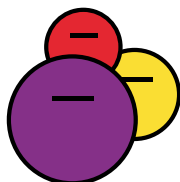


LOS CONSUMIDORES ANTE EL MERCADO HIPOTECARIO “POST-COVID-19”

La financiación hipotecaria y los derechos de los consumidores tras la nueva Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y la crisis económica y sanitaria ocasionada por la pandemia.

OBSERVATORIO HIPOTECARIO DE ADICAE



ADICAE

Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros

Proyecto: Observatorio hipotecario de los consumidores en la era post-covid
Año: 2020
Edita: ADICAE, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros
Servicios Centrales: C/Gavín 12 (local) 50001 Zaragoza
Depósito Legal Z 1414-2020

Autores del texto:
Francisco Javier Jiménez Chacón
Equipo Observatorio Hipotecario

El presente proyecto ha sido subvencionado por el Ministerio de Consumo,
siendo su contenido responsabilidad exclusiva de la asociación beneficiaria.

CONTENIDO

1. PRESENTACIÓN.	4
<i>Manuel Pardos Vicente, Presidente de ADICAE.</i>	
<hr/>	
2. INTRODUCCIÓN, CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCLUSIONES	6
<i>Fco. Javier Jiménez Chacón, Abogado, miembro del Consejo Jurídico de ADICAE y Coordinador del Observatorio Hipotecario ADICAE 2020.</i>	
<hr/>	
3. ESTUDIOS E INFORMES REALIZADOS DENTRO DEL OBSERVATORIO HIPOTECARIO ADICAE 2020.	14
<hr/>	
Estudio I: El acceso a la vivienda de los consumidores en España. ¿Comprar o alquilar?	15
<hr/>	
Estudio II: Las prácticas comerciales en la oferta, comercialización y contratación de hipotecas tras el Covid19. Tendencias y novedades en la oferta y contratación, la publicidad, los tipos aplicados y otros aspectos relevantes.	21
<hr/>	
Estudio III: El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el depósito obligatorio de los modelos de contratos de préstamo con condiciones generales.	35
<hr/>	
Estudio IV: La judicialización de los conflictos masivos en materia hipotecaria que afectan a los consumidores y usuarios. Las cláusulas abusivas “en serie” o “masivas”.	45
<hr/>	
Estudio V: Las medidas de protección del consumidor en las hipotecas ante el contexto del Covid19. Las moratorias legales y convencionales.	54
<hr/>	

1. PRESENTACIÓN

“Observar”, según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua española es “*Examinar atentamente*”; esto es lo que hemos hecho desde nuestro “Observatorio” Hipotecario , dentro del ámbito de este Proyecto extraordinario acometido por ADICAE en este año 2020, examinando atentamente el mercado inmobiliario hipotecario, sacudido en este ejercicio, por la crisis sanitaria y económica derivada de la pandemia, y tras la entrada en vigor de la conocida mediáticamente como “*Nueva Ley Hipotecaria*” – Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019 de 15 de mayo (LCCI) – tras más de un año ya de su entrada en vigor el día 16 de Junio de 2019.

Y para llevar a buen puerto este proyecto, hemos tenido la suerte de contar con la colaboración de prestigiosos profesionales de primer orden de los ámbitos académico y forense, entre ellos ilustres catedráticos de Derecho Civil como *Dña. Teresa Alonso* (Universidad de Zaragoza), *D. José Manuel Busto Lago* (Universidad de La Coruña), o *D. Manuel Jesús Marín* (Universidad de Castilla La Mancha); o de Finanzas, como el profesor *D. Luis Ferruz* (Universidad de Zaragoza); todos ellos han elaborado diversos estudios que se han venido realizando dentro de este Observatorio, a los que hay que unir otros experimentados profesores que han participado en diversas actividades, como el también Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia *D. Francisco Javier Orduña Moreno*, además exmagistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, o *D. Francisco Pertíñez Vilchez*, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

A ellos hay que unir la inestimable colaboración y participación del Presidente del Consejo de Consumidores y Usuarios de España y Registrador de la Propiedad *D. Carlos Ballugera*, y de miembros relevantes de la judicatura como *D. Enrique Sanjuán y Muñoz*, Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga, quien en su día planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de diciembre de 2016 por la que se declaraba el derecho a la restitución íntegra de todas las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor desde el inicio del contrato de préstamo en concepto de cláusula suelo.

Y cómo no, con la también inestimable colaboración de los abogados y abogadas de ADICAE SERJUR, algunos de los cuales como *D. Víctor Cremades*, *Dña. Eva María García Alegre* o *Dña. Karina Fábregas*, han coordinado a los distintos profesionales que han realizado cada uno de los Estudios e Informes que se han realizado en el seno del observatorio, o *Dña. María Dolores Honrubia* que han realizado un trabajo de campo analizando los distintos modelos de contrato de préstamo hipotecario (“*Formularios*”) inscritos en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, hemos contado con destacados profesionales del sector de la comunicación y el marketing relacionados con la materia, como *Dña. Raquel Lander*, periodista del Diario económico *Expansión*, o *D. Juan Villén*, Director de *Idealista.com*.

Asimismo también, durante los días 18 y 19 de noviembre de 2020 se celebraron unas importantes jornadas “*on-line*” que sirvieron de presentación de este Observatorio y los distintos estudios e informes llevados a cabo en el mismo, y fueron a la vez escenario de debate y confrontación de ideas, fresco y ameno, seguidas por más de 400 consumidores, y que además de la intervención de muchos de los profesionales más arriba citados, contó con la destacada participación de *Dña. Margarita Delgado*, Subgobernadora del Banco de España y *D. José Luis Martínez Campuzano*, portavoz de la Asociación española de Banca (AEB).

En definitiva, con la intervención de todos ellos, y muchos otros profesionales más, hemos “*examinado atentamente*” el mercado, relacionado con el sector inmobiliario y su financiación, particularmente en su faceta hipotecaria, y desde la perspectiva y defensa, como no puede ser de otro modo, del derecho de los consumidores.

Manuel Pardos Vicente
Presidente de ADICAE

2. INTRODUCCIÓN, CONSIDERACIONES GENERALES Y CONCLUSIONES



No es bocado fácil ser Asociación de Consumidores en este país; una legislación sustantiva y procesal caduca y desfasada en materia de acción colectiva, unos órganos judiciales no concebidos ni preparados para dar respuesta rápida y satisfactoria a los consumidores ante conflictos masivos, unas entidades, predisponentes, que especialmente en el sector bancario, han estado instaladas en el abuso como algo normal en su funcionamiento y siempre justificado en su obligación de obtención de beneficios a sus accionistas, unos organismos de supervisión laxos y en muchos casos, ineficaces frente a dichos abusos; un Ministerio Fiscal que, salvo contadas excepciones, rara vez vemos enarbolar con decisión la bandera de la defensa del consumidor; algunas “*pseudoasociaciones*” de consumidores que en realidad no lo son, y obedecen más a otros fines, ajenos a los de una auténtica asociación de consumidores y que en parte, desnaturalizan el mercado.

Afortunadamente, nuestra incorporación a la Unión Europea ha hecho remover estructuras, normativas, prácticas, e incluso mentes, conciencias y hábitos; muchas de las sentencias en el ámbito del derecho bancario y de consumo que hoy leemos, nos parecerían leídas hace 10 años, poco menos que artículos de ciencia ficción o de otro planeta.

Pero posiblemente, todo ello, aun con esfuerzo, nos está haciendo mejorar como sociedad, como economía, y como personas; y ahí está y seguirá estando ADICAE, al servicio y defensa de los consumidores de este país.

Se han analizado en el ámbito de este Proyecto y dado un repaso a conflictos masivos como los generados por el uso seriado e indiscriminado de cláusulas abusivas en las hipotecas y préstamos de todo tipo, y que, aún con alguna que otra resistencia, están mayoritariamente desapareciendo ya de la mayoría de contratos de crédito inmobiliario, a golpe de sentencia, especialmente las llegadas del Tribunal de Justicia Europeo, y evolución legislativa de la normativa aplicable, que debe continuar, y que tiene en el horizonte como importante acontecimiento la nueva *Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses de los consumidores*, y por la que se deroga la *Directiva 2009/22/CE*; Directiva que entrará ya en vigor el próximo día de Nochebuena -24 de diciembre de 2020-, y que ahora deberá ser transpuesta a nuestro Ordenamiento jurídico nacional antes del 25 de diciembre de 2022, entrando

en vigor las medidas legales, reglamentarias y administrativas que se adopten a partir de 25 de junio de 2023, proceso en el que ADICAE estará por supuesto presente en la persecución, como siempre, de la mejor defensa de los derechos de todos los consumidores.

Hemos abordado asimismo cuestiones de máximo interés y actualidad dentro del sector de la financiación a la contratación inmobiliaria, mayoritariamente hipotecaria, pero también no hipotecaria. Y también, otras opciones habitacionales alternativas a la compra tradicional, como el mercado de alquiler. Pero cuestiones tan relevantes como la función notarial y registral en este ámbito, y las medidas coyunturales de moratoria hipotecaria; temas de actualidad que había que “observar” y a fe que se han observado.

Así, hemos observado cómo la preferencia por la compra de vivienda está cediendo progresivamente terreno en favor del mercado del alquiler, acercándonos en ratios a nuestros vecinos europeos, a pesar de que el incremento de precios de alquiler en los últimos años es descomunal, mientras que las circunstancias actuales del mercado han frenado los valores de compra, lo que unido a un mercado actualmente muy barato en cuanto a tipo de interés, y la necesidad de vender de muchos propietarios por la situación actual generada por el Covid-19 probablemente hagan que sea un momento ideal para adquirir vivienda a buen precio y en condiciones de financiación inmejorables.

Hemos observado como la nueva Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario 5/2019 de 15 de marzo que entró en vigor el día 16 de junio de 2019, ha cambiado de alguna manera el mercado de la financiación hipotecaria de inmuebles, contribuyendo a consolidar el concepto fundamental de Transparencia, principio que ya debería ser considerado como transversal y pilar de nuestra sociedad, dando un mayor protagonismo aún en dicho control de transparencia formal y material a los Notarios, registradores de la propiedad y sobre todo al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con la obligación de depósito en el mismo de los condicionados generales.

Hemos observado cómo la constancia de las Condiciones Generales de la Contratación y la obligación de las entidades bancarias de depositar sus modelos de contrato de

préstamo – “*formularios*”- en un Registro público, puede crear la falsa apariencia en el consumidor de que se adecúan a derecho en cuanto a su contenido, por lo que si se limitan las facultades de Notario y Registrador -tal como hace la DGRN al interpretar los preceptos de la LCCI- a la hora de verificar el control de contenido y posible abusividad o nulidad de dichos clausulados, al entender que esto solo es susceptible de ser controlado judicialmente, y se reduce a una mera constatación formal cuyo incumplimiento solo podría suponer una infracción administrativa.

Y hemos observado también, con cierto desazón como la banca no se “rinde” y continúa aprovechando cualquier resquicio de la ley – como la confusión inicial sobre si debía el consumidor otorgar escritura pública para las moratorias o solo debían ser formalizadas unilateralmente por el banco- para “*barrer para casa*”, o cómo en los nuevos condicionados generales depositados por las entidades bancarias en el Registro continúan existiendo cláusulas presuntivamente abusivas, y que cada vez más están tumbando con más asiduidad los juzgados de nuestro país, como por ejemplo la comisión de apertura o la de comisiones por impago.

Hemos observado cómo en ningún otro país europeo se ha producido una situación como la vivida en los últimos años en materia de cláusulas abusivas. Con cientos de miles de sentencias declarando la abusividad de cláusulas abusivas de distinto pelo (cláusulas suelo o limitativas a la baja de tipo de interés variable, cláusulas abusivas de gastos, intereses de demora, vencimiento anticipado, e incluso por muchos juzgados y Audiencias, también el IRPH) y en lontananza, otras como comisiones de apertura, cláusulas 360/365, comisiones de impagos o reclamación de posiciones deudoras...la banca mantiene un pulso judicial que sería incomprensible si no fuera por un incomprensible también a veces y errático devenir de cambios doctrinales y jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo que, unido a la lentitud en resolver sobre cuestiones clave en la materia y que a tantos consumidores y pleitos afecta, desemboca en un auténtico caos judicial e inseguridad jurídica que, lamentablemente, no tiene visos de quedar definitivamente resuelto a corto o medio plazo.

Una banca moderna, realmente cercana al consumidor, asumiría sus errores, reconocería que no hay prácticamente ninguna escritura de préstamo hipotecario suscrito, y que se cuentan por varios millones, en los últimos 20 años que no adolezca de alguna cláusula abusiva.

Necesitamos, por el bien de todos, descongestionar nuestros juzgados, y dedicarse a asuntos de mayor enjundia que afectan a la ciudadanía antes que a seguir revisando, de manera mecánica, casi administrativa, la existencia de cláusulas abusivas en unos contratos donde, ya a priori, se sabe que la respuesta va a ser afirmativa; y necesitamos que nuestro Tribunal Supremo, se aleje de esta última tendencia a volver a un pasado que se antoja ya lejano, y mantenga la iniciada en el año 2013, erigiéndose de manera definitiva como el principal garante del respeto a los derechos de los consumidores, como siempre debió ser y como además, con muchas de sus Sentencias dictadas en estos años -emborronadas con unas pocas-, ha demostrado poder ser.

Y es que aún a estas alturas, parecen crujir los cimientos de nuestra estructura judicial, comenzando por nuestro Tribunal Supremo, cuando nuestra legislación nacional interna se intenta conjugar con las normas del Derecho de la unión, cuya primacía sobre el derecho nacional es clara, conforme al art. 4bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): *“Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”*

Posiblemente el que no exista un código articulado único en nuestro derecho que regule la contratación por adhesión o en masa -como no lo hay aún que regule la acción colectiva de manera separada- provoca que continuamente se pretendan buscar interpretaciones y soluciones previstas -especialmente por nuestro Código Civil y nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil- para el contrato por negociación, lejos del cual no encontramos cuando se contrata por un profesional con un consumidor bajo condiciones generales de la contratación.

Otro tanto ha sucedido en relación con la incidencia de las cláusulas abusivas en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias, mecanismo de desahucios en masa que han puesto en la calle y despojado de sus viviendas a muchísimos consumidores en procedimientos que, con posterioridad, las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, han venido a demostrar que nunca debió desahuciarles, al menos a la mayoría, al estar sus contratos viciados de nulidad, especialmente por la existencia en los mismos de la llamada cláusula de vencimiento anticipado.

Por otro lado, las moratorias – o más propiamente- suspensiones de lanzamientos y desahucios, han venido siendo, desde hace ya prácticamente más de 8 años, una

“cataplasma” y sigue siendo esta cuestión una “patata caliente” que la sociedad, y nuestros gobernantes deben resolver, con o sin la anuencia de la Banca.

Y es que a la hora de hablar de desahucios y/o lanzamientos, es necesario distinguir entre dos grandes bloques:

- A) Desahucios (lanzamientos) derivados del impago del préstamo hipotecario.
- B) Desahucios derivados del impago de rentas de alquiler.

Si a la hora de hablar de “desahucios” no hablamos con propiedad, y se entremezclan unos supuestos con otros, nos encontramos con confusión en la ciudadanía y los consumidores en general, en que a la vez que están escuchando una noticia en la que miembros del gobierno aseguran que *“los desahucios están actualmente prohibidos”*, simultáneamente reciben imágenes de un desahucio paralizado a ultimísima hora y con la fuerza pública en la puerta, creando desconcierto en la población; de ahí que, efectivamente tal como reivindica ADICAE, ante tanto desconcierto en la materia, sea quizá el momento de crear una norma única que refunda las dispersas resoluciones existentes en la materia, tanto en relación a desahucios relacionados con la pérdida de la propiedad (y la posesión) por impago del préstamo hipotecario, y la pérdida de la finca alquilada por impago de la renta.

En términos jurídicos, en el primero de los casos, la acepción más correcta es “lanzamiento”, mientras que la expresión “desahucios” se reserva para el segundo (alquiler); pero como quiera que se utiliza, fuera de los ámbitos judiciales (prensa, etc.) el término desahucios para todos los supuestos, ello crea cierta confusión a la hora de saber a qué supuesto nos estamos refiriendo.

Se calcula que hay unas 50.000 familias en esta situación, desperdigadas en todos los juzgados y Audiencias de nuestro país, aunque no hay datos concretos, hay quienes hablan de casi 100.000 (PAHs), mientras que el gobierno lo estima en unas 25.000.

Además, el no haber sabido o querido solucionar tampoco el legislador, con la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, las situaciones anteriores derivadas de contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley en junio de 2019, situaciones que son las que de verdad tienen atascados a nuestros juzgados

y tribunales, y en una situación de inseguridad jurídica a todo el sector sin parangón.

Y es que en el camino han quedado miles de resoluciones de juzgados y Audiencias manteniendo criterios no pocas veces contradictorios y desiguales, que hacían depender la suerte del consumidor a su derecho a verse restituido en función de si vivía en un lugar u otro de España; o de si había “corrido demasiado” o no en formular su demanda.

En cuanto a la incidencia del Covid-19 en el ámbito hipotecario, quizás lo más sonado, aunque insuficiente, han sido las llamadas Moratorias, tanto legales como convencionales, dirigidas a intentar dar un respiro al prestatario, ante tanta adversidad sanitaria y económica.

A pesar de ello, una más que mejorable técnica legislativa (posiblemente achacable a las prisas y la urgencia en su implementación), y errores de fondo, han impedido que más consumidores puedan haber aprovechado estos mecanismos destinados a darles un respiro.

La moratoria hipotecaria es una consecuencia lógica del estado de alarma, que ya pudimos observar en otros países, como Italia. La necesidad de que la misma no sea generalizada y se condicione al cumplimiento de una serie de requisitos de solvencia económica, entra dentro de las reglas o parámetros previsibles, siendo especialmente meritoria la previsión del impago en cadena previsto para el propietario de segunda vivienda cuyo inquilino se acoja a la moratoria arrendaticia; y es comprensible que la excepcionalidad de la situación y la urgencia en la redacción de estas medidas afecten a la calidad de la tarea legislativa. Ahora bien, lo anterior no puede llegar al punto de hacer admisible el alto grado de duplicidad e incluso de contradicción que existe entre diversos artículos de unos decretos publicados con una diferencia de días. Contradicciones, redundancias e imperfecciones que se distancian de lo que ahora es necesario: mensajes claros, concisos y directos que favorezcan la seguridad jurídica.

En cuanto a la devolución de las cantidades incluidas en la moratoria habría de existir una regulación legal garantista, con plazos razonables y apoyo financiero público. El mismo Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo fija pautas suficientemente garantistas para los alquileres no pagados con plazo de devolución de tres a diez

años sin interés, pero falta un plazo mínimo para la devolución de las cantidades comprendidas en la moratoria.

Hay que insistir por tanto en que los deudores hipotecarios deben asesorarse bien, que deben acudir a la ayuda que les brinda el Estado social y democrático de Derecho, a las asociaciones de personas consumidoras, a los servicios de consumo municipales, autonómicos, estatales y europeos, al Ministerio Fiscal, a notarios y registradores, a jueces y por supuesto a abogados especializados que les asesoren y ayuden a defender sus derechos de la mejor manera posible.

A continuación analizaremos pues y recogeremos las líneas fundamentales de dichos trabajos y estudios, que podrá consultar si lo desea íntegramente cada uno de ellos, a través de la Web:

<https://observatoriohipotecario.adicae.net/#seccion4>



Confiamos en fin, que el trabajo desarrollado en este observatorio, tanto las que se recogen en la publicación que tiene en sus manos, como en los distintos estudios y trabajos que lo integran le sirva sobre todo a ud., consumidor, cuya defensa y protección en la razón de ser de nuestra asociación ADICAE.

**3. ESTUDIOS E INFORMES REALIZADOS
DENTRO DEL OBSERVATORIO HIPOTECARIO
ADICAE 2020**



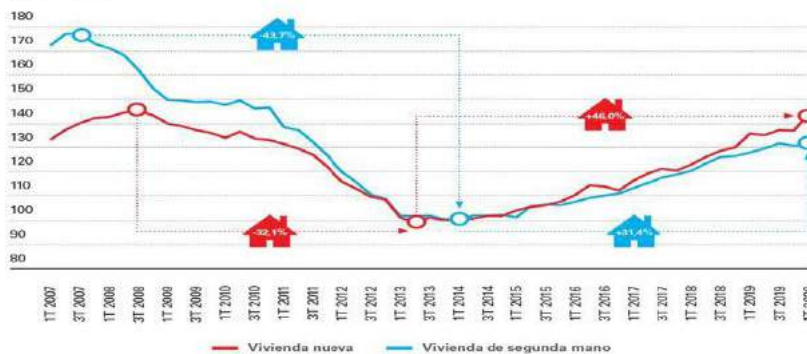
Estudio I: El acceso a la vivienda de los consumidores en España. ¿Comprar o alquilar?

Luis Ferruz Agudo (Catedrático de Finanzas de la Universidad de Zaragoza).

- El mercado inmobiliario en España.
- ¿Comprar o alquilar?
- Hipotecas por internet

Comenzamos el análisis de conclusiones de este primer bloque realizado con un mensaje de optimismo: ni de lejos estamos en una situación de crisis estructural peor en 2020 que en la crisis de 2008; la situación de crisis, grave, que atravesamos en esta ocasión es conyuntural, no estructural, aunque cause daños a la estructura, pero ni estamos en situación de burbuja inmobiliaria, ni de solvencia y liquidez del sector financiero. Baste ver el siguiente gráfico para ver la progresiva recuperación de precios de vivienda de obra nueva y segunda mano desde la crisis de 2.008:

Evolución del precio de la vivienda nueva y de segunda mano
(100 = 1T 2014)



Fuente: CaixaBank Research, a partir de datos del INE.

Fuente: Fundación La Caixa.

Las compraventas de vivienda se situaron en 48.586 transacciones durante el pasado mes de julio, lo que supone una caída interanual del 5%, por el impacto de la crisis del Covid-19, aunque se modera respecto al retroceso del 20,9% de junio. Por su parte,

el precio promedio de las viviendas cedió un 9,4% en el séptimo mes del año y los préstamos hipotecarios bajaron un 4,8% según los datos del Consejo General del Notariado (Fuente: Europa Press).

La venta de pisos mostró una reducción interanual en julio del 12%, mientras que la de pisos de precio libre cayó un 11,9%.

El metro cuadrado de las viviendas compradas en julio alcanzó los 1.377 euros, reflejando así una bajada del 9,4% interanual debido tanto al descenso del precio de las viviendas unifamiliares (-9,4%) como al de los pisos (-6,1%).

El precio por metro cuadrado de las viviendas compradas alcanzó los 1.377 euros, una bajada del 9,4% y la venta de pisos se ha reducido un 12%.

Por su parte, el precio por metro cuadrado de los pisos de precio libre se redujo un 6,1%. Dentro de éstos, el precio de los de segunda mano se situó en los 1.479 euros (-12,5% interanual) y el de los pisos nuevos, en 2.346 euros (+10,7% interanual).

El número de **nuevos préstamos hipotecarios realizados en el mes de julio registró un descenso interanual del 4,8%**, hasta los 28.118. La cuantía promedio de tales préstamos fue de 176.941 euros, lo que supone una caída del 23,9% interanual. Por su parte, los **préstamos destinados a la construcción** mostraron en julio un aumento interanual del 32,5%, hasta las 578 operaciones; al tiempo que la cuantía promedio de los mismos fue de 465.281 euros, recogiendo así una **contracción interanual del 52,2%**.

Asimismo, la **cuantía media de los préstamos para la construcción de una vivienda se redujo un 54,4%**, hasta los 248.033 euros, con 473 operaciones firmadas en junio. Por último, los **préstamos hipotecarios destinados a financiar actividades empresariales** experimentaron una **fuerte caída interanual del 36,5%**, hasta las 228 operaciones, y su cuantía cayó un **55,9% interanual**, hasta los 857.670 euros.”

Los préstamos hipotecarios han descendido un 4,8% y los destinados a promotores para la construcción un 52,2% menos.

El mercado de alquiler

Consumidor: Analice su nivel de renta y capacidad financiera presente y futura de hacer frente a los pagos por la compra o alquiler. También si el uso va a ser estable y duradero con vistas al futuro.

Desde junio de 2015 a junio de 2020 el **precio de la vivienda en alquiler ha subido en España un 52%**. En el siguiente gráfico se muestra un desglose por Comunidades Autónomas.

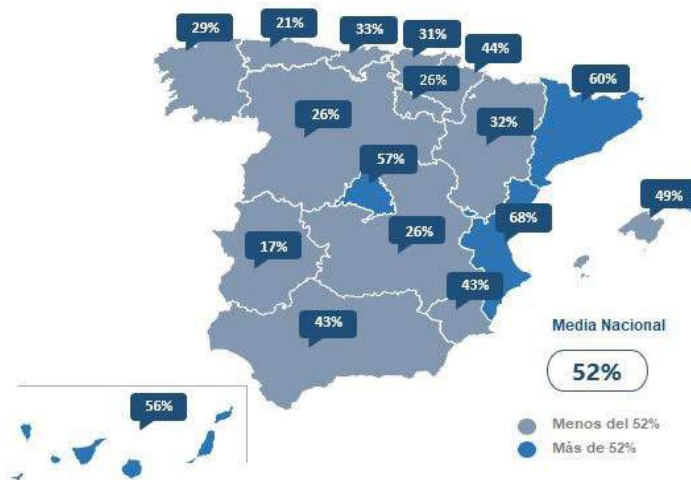
La **juventud** está siendo especialmente castigada por las diversas crisis, y ello por:

- Los **bajos salarios**.
- La **precariedad** en el trabajo.

Por otro lado el **aumento del teletrabajo**, está siendo reforzado por la pandemia de la Covid19, por lo que los compradores en la medida de lo posible buscan viviendas de mayor tamaño y con el máximo posible de acceso directo o indirecto a zonas soleadas y de naturaleza.

En cualquier caso, **los precios siguen subiendo, tanto en la compra como en el alquiler en general en toda España.**

INCREMENTO DEL PRECIO DE LA VIVIENDA EN ALQUILER EN 5 AÑOS (2015-2020)



Incremento del Precio de la vivienda en Alquiler 2015-2020. Fuente Fotocasa⁵

Los alquileres han subido en España un 52% entre 2015 y 2020.

¿Comprar o alquilar?

Consumidor: Comprar o alquilar depende básicamente de los niveles de renta del consumidor, así como de la situación actual y perspectivas de futuro de dichos niveles de renta. Y también como en todo bien, del uso más o menos regular y estables que se vaya a hacer de dicho activo.

Sabido es que España es un país en que tradicionalmente se encuentra más arraigada la compra de vivienda que el alquiler, fijando la primera como objetivo de estabilidad y la segunda de oportunidad o temporalidad. Sin embargo, como veremos a continuación, la diferencia con el resto de Europa es menor que la que cabría pensar, como observamos en estos dos gráficos:

Régimen de tenencia de la vivienda en la UE, comparado con España, en 2017.



Las diferencias y similitudes en el régimen de tenencia, propiedad o alquiler, son propias de factores relativos a

- la forma de acceso a la vivienda en cada país.
- políticas sociales y de vivienda.

Por tanto, no hay una respuesta única y clara, no se puede decir que sea mejor comprar o alquilar; dependerá de muchos factores. En general la compra de un bien, por supuesto una vivienda, frente a su alquiler es la mejor opción si se va a realizar un

uso regular, estable y duradero del bien; pero los niveles de renta y las expectativas pueden no aconsejarlo. El alquiler es la mejor opción frente a la compra si el uso del bien, en este caso de la vivienda, no va a realizarse de un modo regular, estable y con notable **proyección en el tiempo**, independientemente de los niveles de renta y las expectativas.

No obstante, **en estos particulares momentos**, con unos alquileres al alza y unos precios de los pisos también al alza, pero más moderadamente, en general, desde un **estricto punto de vista financiero** y atendiendo a criterios como el VAN, TIR y Pay-Back descontado, en su caso combinados con Simulación en ambiente de riesgo, **la mejor opción sería comprar, ya que los pagos del préstamos hipotecario pueden ser incluso menores que los asociados al alquiler**; todo ello unido con un proceso de negociación a la baja del precio ofertado por el vendedor, dado que previsiblemente el precio de los activos inmobiliarios en general puede disminuir en los próximos meses y años.

Los **tipos de interés están histórica y sustancialmente bajos** y esta situación puede durar años. Sin embargo, la compra de un piso, apartamento, etc. supone una gran cuantía inicial frente a los pagos periódicos por alquiler.

Los partidarios fervientes de la compra suelen aducir que alquilar es **“tirar el dinero”** y que nunca eres el dueño de la vivienda. Lo segundo es muy cierto hasta cierto punto, pero no es menos cierto que la compra supone también “tirar el dinero” en intereses que cobra el banco, comisiones y gastos varios e impuestos que cobra el sector público.

Con unos alquileres al alza y unos tipos de interés históricamente en mínimos y muy bajos parece que la mejor opción actualmente sería comprar.

Hipotecas por internet

El mejor consejo al consumidor comprador de un piso con financiación hipotecaria se puede dar es que siempre que sea posible, contrate la hipoteca por internet, utilizando comparadores financieros y consultando dudas por escrito y en último término visitando al prestamista o prestamistas preseleccionados, utilizando comparadores

financieros y consultando dudas por escrito a resolver por escrito y en último término visita presencial con el prestamista o prestamistas preseleccionados.

Todos los productos por internet normalmente son más baratos que la contratación de un préstamo hipotecario en oficina.

Las hipotecas “online” están en pleno **proceso de auge y expansión**, conectado con la progresiva desaparición del dinero físico y los contactos con dinero, tarjetas, etc. en los nuevos tiempos que corren acelerados con la crisis sanitaria.

Todavía existe mucha reticencia al comercio y negociaciones on line, y más todavía en servicios financieros como concesión de préstamos hipotecarios. Pero se observan varios aspectos que están aumentando considerablemente la negociación on line aparte del ahorro de tiempo, papeleo y costes:

a) mayor seguridad jurídica; b) aumento de la cultura financiera; c) refuerzo de la “personalización” por parte de las entidades financieras y brokers financieros e hipotecarios, designando incluso gestores personales. Esta personalización puede ser a través de presencialidad en oficina física o mediante videollamada, videoconferencia por zoom, teams, google meet, etc.; d) refuerzo de la cultura digital y actividad por internet potenciada por la pandemia Covid19 y la necesidad de precauciones, mantener distancia de seguridad y la tensión que se genera, incomodidad de la actividad presencial con mascarilla etc.

En definitiva, nuestro mejor consejo no puede ser otro que antes de tomar una decisión final sobre compra o alquiler, sobre hipoteca a tipos fijos o variables, resulta oportuno y muy conveniente ante una decisión tan importante contar con la ayuda de asesoría financiera independiente y sobre todo **con la información de organizaciones de consumidores y usuarios de productos financieros como ADICAE.**

Estudio II: Las prácticas comerciales en la oferta, comercialización y contratación de hipotecas tras el Covid19. Tendencias y novedades en la oferta y contratación, la publicidad, los tipos aplicados y otros aspectos relevantes.

Coord.: Eva M. García Alegre (Abogada, Consejo Jurídico SERJUR ADICAE)

Miguel Pardinilla Román (Abogado, SERJUR ADICAE)

- Tipo fijo frente a tipo variable.
- Vinculación del cliente: contratación de productos vinculados y su incidencia en el tipo de interés.
- Las entidades financieras, responsables del sobreendeudamiento de las familias
- Consecuencias sancionadoras de las entidades de crédito que no respeten debidamente los procedimientos de evaluación de la solvencia.
- Las comisiones: apertura, estudio, amortización anticipada, cancelación, impago, subrogación, novación, cambio moneda...
- Los gastos vinculados al préstamo hipotecario y a la compraventa.

En este estudio se han analizado las prácticas comerciales más frecuentes en la oferta, comercialización y contratación de hipotecas tras la situación generada por el Covid19 y cuales están siendo las tendencias en la materia, cual la publicidad de las mismas, los tipos aplicados y la vinculación de productos.

Tipo fijo frente a tipo variable

Ya en 2019 el crecimiento de préstamos hipotecarios a tipo fijo frente al variable creció (42% frente al 39% en 2018) y los tipos de interés medio hipotecario se mantienen en el 2,5%. Y este crecimiento continúa en progresión. Sin embargo, como era de esperar, los efectos de la Covid-19 se están dejando sentir en el mercado hipotecario: en la segunda quincena del mes de marzo (datos del Colegio de Registradores de España), la contratación de préstamos hipotecarios cayeron un 27,25% respecto mismo periodo año anterior.

Cuanto mayor sea la morosidad y mayor el riesgo de impago que las entidades crediticias deban asumir para mantener su volumen de negocio, más caro será el crédito y los tipos de interés.

Aunque el tipo de interés de referencia más utilizado (y actualmente casi único), sigue en negativo, su evolución venía siendo al alza hasta el mes de mayo (-0,081%), si bien a partir de junio volvió a desplomarse a terreno negativo, cerrando octubre de 2020 con el -0,466%.

En este marco actual, los datos publicados por el INE sobre contratación de hipotecas son a mes de agosto 2020, arrojan que el número de hipotecas sobre viviendas inscritas en los registros de la propiedad es de 19.825, un 3,4% menos en tasa anual. El importe medio de dichas hipotecas aumenta un 4,0% y se sitúa en 134.678 euros.

Hipotecas constituidas sobre viviendas - Agosto 2020

	Valor	Variación mensual	Variación anual
Número de viviendas hipotecadas	19.825	-23,8	-3,4
Importe medio (euros)	134.678	1,8	4,0
Tipo de interés medio	2,49	-2,1	-2,9

Asimismo, se observa que en 2019, los préstamos hipotecarios a tipo fijo fueron del 40% y a interés variable un 60% (frente a un 37,4% y un 62,6% respectivamente en 2.018).

En el mes de marzo de 2020, el porcentaje de préstamos hipotecarios a tipo fijo superó incluso el de tipo variable, con un 51,5% de hipotecas a tipo fijo, y tan solo un 48,5% a tipo variable, relación que se ha relajado en los últimos datos mensuales del mes de Agosto, con un 46,2% a tipo fijo, frente al 53,8% a tipo variable (Fuente: INE).

Parece claro que los nuevos prestatarios ante la situación actual, optan por ser conservadores y lo cierto es que las hipotecas a tipo fijo puede considerarse que se ofertan a intereses “bajos”, encontrándose muchas entidades, a noviembre de 2020, ofertando tipos fijos (TAE) por debajo del 2%, lo cual, para un endeudamiento a largo plazo, es razonable para el consumidor.

Vinculación del cliente: contratación de productos vinculados y su incidencia en el tipo de interés.

Una de las características básicas de la nueva regulación incorporada por la LCCI es que se ha limitado la facultad del prestamista de vincular obligatoriamente al prestatario con otros productos, pero a excepción de 2:

- Seguro de vida: puede ser exigido por el Banco para garantizar el pago de la deuda.
- Seguro de daños: del inmueble, es decir, el típico seguro multirriesgo del hogar.

No obstante, ambos pueden ser contratados por el consumidor con la empresa que desee, sin que por ello el banco pueda encarecer el préstamo.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, a excepción del seguro de vida y de daños, los gastos de formalización de la hipoteca recaen sobre la entidad bancaria, no el consumidor.

Más allá de estos productos obligatorios que el banco puede exigir, existen otros que puede ofrecer, e incentivar su contratación con bonificaciones (normalmente del tipo de interés), y que es lo que se conoce en la nueva Ley como **Venta combinada**.

El banco debe informar de forma transparente al consumidor los precios de los productos vinculados a la hipoteca. Esto permite al usuario comparar el coste de estos productos con otras entidades.

Actualmente, la **bonificación que están ofertando las entidades financieras se encuentra en una horquilla de entre el 1 y 1,3%**; ello puede suponer un ahorro de unos 1.000 euros de media anuales, según los análisis realizados en distintos tipos de préstamos; este ahorro es el que habrá que poner en comparación entre el precio de los productos vinculados o combinados ofertados por el banco y otros de terceros (además de si, en el caso de los combinados, nos interesa en si mismo el producto o no).

El precio medio de una póliza de multirriesgo hogar son unos 160 euros anuales (aunque los más económicos parten de 77 euros anuales); y la prima media de un seguro de vida anual de póliza de préstamo hipotecario oscila entre 220 y 400 euros (media 300 euros), con considerables diferencias lógicamente en virtud de la edad, problemas de salud, capital, etc.

Por lo tanto, siempre y cuando, si la incidencia de las bonificaciones en el préstamo concreto supone esos 1.000 euros de ahorro, siempre y cuando las primas que en concepto de hogar y vida y otros productos combinados que dan lugar a esa bonificación de tipos, nos cobrara la entidad fueran inferiores a esos 1.460 euros (1.000 + 160 +300) al año, podríamos decir que compensa contratarlos con el banco; pero habrá que calcular muy bien, año a año, con carácter previo, cual es el ahorro estimado por dichas bonificaciones, y recordamos que es obligación de la entidad realizar y presentar al consumidor dichos cálculos.

Requisitos de solvencia del prestatario: evolución, procedimiento, garantías, sobreendeudamiento, oferta. La oferta hipotecaria de entidades extranjeras.

Solvencia hace referencia a un comportamiento responsable de la entidad bancaria con sus clientes. Es evidente que es una situación que se sitúa en la esfera del deudor, pero cuya responsabilidad y verificación de existencia se traslada en buena parte al acreedor, que con carácter previo se encuentra obligado a evaluarla, llegando a lo que se conoce como **corresponsabilidad**.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Comunitaria 2014/17 UE, trajo consigo la **Ley 5/19 de 12 de marzo de contratos de créditos inmobiliarios**, que contiene normas de transparencia y de conducta para los prestamistas, intermediarios de créditos.

El procedimiento de evaluación de la solvencia será el siguiente:

1. Verificación por fuentes de información **EXTERNA**:
 - Informes comerciales sobre compañías y sus socios /accionistas, administradores.
 - Registros de morosos.
 - Información registral ya sea del registro mercantil o de la propiedad.
2. **Estudio de la solvencia al potencial prestatario**: económica, profesional y personal/familiar: hábitos de pago del solicitante, valoración del entorno profesional y familiar etc.

En último lugar, obtenida una resolución favorable respecto de la capacidad de la solvencia se analizará si se adecua a la operación solicitada y a la rentabilidad esperada por la entidad y, en base a ello, decidir si concede o no la operación.

Evaluación automática o scoring

El “scoring” crediticio es el sistema de evaluación automática de solicitudes de operaciones de crédito utilizado por las entidades de crédito a la hora de conceder productos de financiación cuando el volumen de la operación no supera los límites establecidos: con el ratio de endeudamiento razonable de no superar el **30%** de los ingresos familiares.

Se efectuará un seguimiento al cliente a fin de prevenir fundamentalmente situaciones de morosidad. Este seguimiento se centrará en la conservación de la **liquidez**, que las garantías aportadas siguen siendo suficientes (**solvencia**), que el cliente sigue siendo **rentable** para la entidad financiera. Estas actividades de seguimiento deben ser sistemáticas, permanentes, con entidad suficiente para detectar cualquier incidencia, como por ejemplo un impago o la devolución de un recibo, para tratar de recuperar el crédito concedido.

Factores determinantes del riesgo

Los **factores claves para determinar el nivel de riesgo** son:

- **La solvencia del acreditado.**
- **El plazo de la operación:** a mayor plazo de la financiación concedida, mayor riesgo.
- **El importe de la operación concedida:** a mayor cuantía del producto, existe mayor riesgo de incertidumbre.
- **La modalidad del crédito:** dependiendo del producto de financiación concedido, existirá mayor probabilidad de que la operación sea fallida.
- **La finalidad de la operación crediticia:** no es lo mismo la compra de una vivienda habitual que la financiación de un viaje.

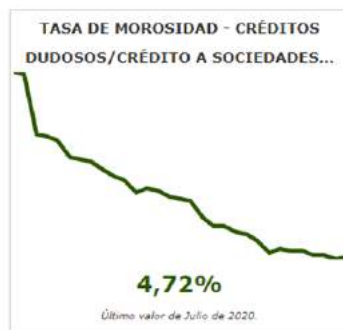
- **Las garantías complementarias:** la constitución de garantías reales y personales a favor de la entidad prestataria refuerzan las probabilidades de éxito de la operación.
- **El grado de concentración de riesgos del cliente:** Cuanto mayor sea la diversificación de riesgos asumidos con el cliente, menor probabilidad habrá de que la operación de financiación sea fallida.

La tasa de morosidad se situó en julio de 2020 en el 4,72%.

Indicador: **TASA DE MOROSIDAD - CRÉDITOS DUDOSOS/CRÉDITO A SOCIEDADES NO FINANCIER Y HOGARES**, en la sección de **Contrapartidas ALPs (saldos fin de mes)**, de la categoría **Sector Monetario, Financiero y Bursátil**. Intervalo desde **Enero de 1962** hasta **Julio de 2020**.

Claves principales de la serie:

Valor más reciente (Julio de 2020): **4,72**.
 Valor anterior (Junio de 2020): **4,67**.
 Variación en los dos últimos valores: **0,05**. (**1,07** porcentualmente).
 Valor más alto alcanzado en Diciembre de 2013: **13,62**.
 Valor más bajo alcanzado en Enero de 1962: **0,26**.
 Unidades: **PORCENTAJE**.
 Actualizada el **22 de Septiembre de 2020**.
 Frecuencia: **Mensual**.
 Fuente: **BANCO DE ESPAÑA Y ELABORACIÓN PROPIA**.
 Código: **828005**.



Ello ha hecho que las entidades bancarias hayan “neutralizado” el riesgo y que el porcentaje de préstamo sobre el valor de tasación del bien no supere casi en ningún caso el 80%, pasándose a considerarse de alto riesgo la que lo supere (para el banco y para el hipotecado).

Las entidades financieras, responsables del sobreendeudamiento de las familias

Según un informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, del que ADICAE es miembro, las asociaciones de consumidores vienen reclamando la regulación por ley del sobreendeudamiento que se presente como una razón de estado.

Este organismo plantea medidas urgentes al actual Gobierno y al Parlamento: el derecho de desistimiento en contratación de créditos, que ya contempla la última Directiva Europea sobre crédito al consumo, la corresponsabilidad legal de las entidades en caso de impago cuando el crédito se haya concedido de manera temeraria, limitaciones legales a la publicidad, mejores normas y más control sobre la información que ofrecen las entidades, control efectivo de la usura, entre otros.

El importe de la cartera de dudosos mostró un ligero aumento desde los 57.192 millones de euros observados en el cuarto trimestre de 2019 hasta los 57.382 millones de euros del primer trimestre de 2020 (+0,3%), al tiempo que el saldo vivo -que actúa en sentido contrario- creció un 0,2%.

En general, se observa una ralentización generalizada en el saneamiento en las distintas rúbricas del crédito. En el crédito a la adquisición de vivienda, la tasa de dudosa pasó del 4,0% observado en el primer trimestre de 2019 al 3,4% de un año después, una mejora que, en cambio, si se compara con el ejercicio de cierre de 2019, apenas se mantiene.

Es notorio que la situación actual de sobreendeudamiento hipotecario es debida a una corresponsabilidad entre la actuación, como mínimo, de las entidades de crédito, de los deudores hipotecarios (consumidores) y del contexto normativo.

El sobreendeudamiento de las familias pasó del 45% en 1995 o del 76,7% en 2001 al 143% en 2008.

Consecuencias sancionadoras de las entidades de crédito que no respeten debidamente los procedimientos de evaluación de la solvencia:

Todas las sanciones impuestas serán publicadas en el Registro de Sanciones del Banco de España, registro que será único y público. Todos los órganos sancionadores comunicarán de forma telemática y trimestral las sanciones que hayan devenido FIRMES en el trimestre anterior.

Últimas sanciones publicadas en 2018 en el Registro del Banco de España:

- **21/12/18: sanción a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A de tres millones de euros (3.000.000 €), por la comisión de una infracción grave consistente en ejercer, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de septiembre de 2016, actos u operaciones con incumplimiento de la Orden 2899/2011 y de la Circular 5/2012 del Banco de España. (Artículo 93.f de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito).**
- **30/11/18. Sanción de multa impuesta a CAIXABANK, S.A., por importe de un millón doscientos mil euros (1.200.000 €) por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 5.e) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito**
- **30/05/18. Sanción de multa impuesta a BANCO PICHINCHA ESPAÑA, S.A., por importe de trescientos cincuenta y un mil euros (351.000 €), por la comisión de una infracción.**

Las comisiones: apertura, estudio, amortización anticipada, cancelación, impago, subrogación, novación, cambio moneda...

Un 8,5% de las reclamaciones presentadas en relación con préstamos hipotecarios han versado sobre la aplicación o cobro indebido de comisiones de diversa naturaleza, destacando la de reclamación por impago o posiciones deudoras, la de apertura, la de amortización anticipada y la de cancelación.

La comisión de apertura:

Después de que el Tribunal Supremo, mediante su Sentencia nº 44/2019, de 23 de enero de 2019, abordara esta cuestión y declarara la ausencia de abusividad de esta comisión en los contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 16 de julio de 2020, ha establecido que dicha cláusula debe responder a **servicios prestados reales y a una exigencia de información suficiente que permita al consumidor conocer el alcance del coste total del préstamo hipotecario**, debiendo la financiera acreditar que se

transmitió la información precontractual relativa a dicha comisión y que se realizaron efectivamente servicios que generaron un coste a la entidad.

Es por ello, que se ha considerado contrario a las buenas prácticas la aplicación simultánea de esta comisión junto con otras como de estudio, entre otras.

Muchas ofertas de préstamo hipotecario publicitan que no cobran comisión de apertura, tratando así de ganar un puesto en la competencia del mercado hipotecario.

Banco Santander, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Evo Banco, Abanca, ING Direct o Tríodos son algunas de las entidades que renuncian expresamente a cobrar este tipo de comisión de apertura de forma general. Otras, como Ibercaja, Sabadell, CaixaBank, Bankia o Kutxabank, tienen ofertas que no aplican comisiones de apertura, pero se deben cumplir ciertos requisitos, es decir, la desaparición de esta comisión se trata como una bonificación a cambio de, por ejemplo, contratar seguros con la entidad, domiciliar la nómina, o, también, por pertenecer a una oferta para determinado colectivo (hipoteca joven, etc.).

Bankinter establece una comisión de apertura fija de 500€ para las ofertas que actualmente publicita.

En cuanto a la cuantía habitual de las entidades que lo aplican porcentaje varía entre el 0,5% y el 3%, siendo la de CaixaBank la que alcanza porcentajes más altos, según las ofertas estudiadas.

Suele establecerse asimismo un mínimo; el Banco Sabadell, en este caso, contiene el mínimo más alto, situado en 700€, aunque también encontramos cantidades como 450€ o 600€ en otras entidades financieras.

Comisión de estudio:

Se basa en los gastos producidos al estudiar la viabilidad del préstamo según la situación individual del solicitante del préstamo.

Ibercaja, por ejemplo, solamente cobra comisión de estudio si no hay comisión de apertura. BBVA, aunque no cobra comisión de apertura, sí que cobra comisión de estudio. Otras siguen la estrategia de eliminar esta comisión con base en ciertas condiciones, como pueden ser Bankia o Kutxabank (esta última, excluye la comisión de estudio si el préstamo es menor a 150.000€).

Los mínimos rondan los 100€ y los 200€, aplicándose porcentajes al principal del 2% o del 2,5%.

Comisión de amortización anticipada:

La nueva Ley de Crédito Hipotecario (Ley 5/2019) obliga a la entidad a informar al prestatario, en el plazo de tres días desde su solicitud, de los costes de dicha amortización anticipada, para ser perfectamente conocedor de si dicho adelanto le va a merecer la pena.

Para contratos posteriores a 16 de junio de 2019: Respecto al interés variable: se debe optar entre un 0,15% del capital anticipado durante los 5 primeros años; o bien un 0,25% en los 3 primeros años. Una vez pasados esos años, el banco no podría cobrar ninguna comisión por amortizar anticipadamente cantidad alguna, si bien algunos bancos establecen un mínimo de amortización anticipada.

Por su parte, en los préstamos de interés fijo, los límites se establecen en un 2% durante los primeros 10 años, y un 1,5% durante el resto (ha de entenderse este límite también para los plazos fijos de una hipoteca de interés mixto). Ciertas entidades renuncian a cobrar esta comisión en sus ofertas facilitadas. Evo Banco, Abanca o ING Direct son algunas de estas entidades.

Comisión de cancelación registral de la hipoteca:

El art. 7 de la Ley 41/2007, establece que *“en cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello”*.

El Banco de España no considera una gestión suficiente como para repercutir costes al consumidor, el mero hecho del desplazamiento del apoderado de la entidad a la notaría que indique el cliente para comparecer ante notario y declarar y certificar la extinción de la deuda.

Comisión por impago o gastos por reclamación de posiciones deudoras:

La Directiva 2014/17/UE establece, en su artículo 28.2, que “los Estados miembros podrán exigir que, si se permite al prestamista definir e imponer recargos al consumidor en caso de un impago, esos recargos no excedan de lo necesario para compensar al prestamista por los costes que le acarree el impago”. En la misma línea se ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia nº 566/2019 de 25 de octubre de 2019.

La normativa sí recoge de forma clara la posibilidad de imponer una comisión o repercutir los costes generados por este motivo, eso sí, siempre que haya sido debidamente informada al momento de contratar y se justifiquen los gastos debidamente.

Comisión por subrogación:

La mayoría de las entidades se adhieren a lo legislado en la nueva Ley 5/2019. De esta forma, hay que diferenciar:

- Subrogación de acreedor: generalmente se tratará como una comisión por amortización anticipada.
- Caso especial desde la Ley 5/2019: variar de hipoteca de interés variable a fija, tanto en novación como en subrogación. La nueva Ley potencia este cambio estableciendo un límite del 0,15% durante los 3 primeros años. Una vez transcurridos, no se podrá exigir comisión alguna.

En el caso de la comisión por subrogación de deudor, como todas las comisiones, puede ser pactada libremente entre entidad y cliente para el caso de venta del inmueble hipotecado que suponga la asunción de la deuda hipotecaria por el nuevo comprador.

Es importante reseñar que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de noviembre de 2017, vino a señalar que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Comisión por novación modificativa:

Esta comisión tiene ciertos límites establecidos que limitan la libertad de pacto entre prestatario y prestamista. Un primer límite se establece en el 0,15% del principal pendiente de amortizar si dicha novación se realiza durante los tres primeros años, si bien solamente existe esta limitación para el caso en el que se decida cambiar de un interés variable a uno fijo. Esta medida, sin duda, y tal y como se reconoce en la Ley 5/2019, busca “favorecer la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo”. Pasados los tres primeros años de vida del préstamo, el banco no tendrá capacidad de obligar al prestatario a abonar cantidad alguna por esta modificación.

Otro límite es el del 0,1% del capital pendiente en caso de modificarse únicamente el plazo de amortización.

Si bien la mayoría de las prestamistas se adhiere a la legalidad establecida para los máximos de esta comisión, hay entidades que deciden no cobrarla, y así parece ser en el caso de ING Direct y Abanca.

Comisión por cambio de moneda:

Se plantea en los llamados préstamos multidivisa. Estos préstamos hipotecarios forman parte de una modalidad especial dentro de la naturaleza de estos contratos y deben ser tratados como productos complejos, tal y como lo ha considerado el Banco de España y también el Tribunal Supremo en su sentencia nº 608/2017, de 15 de noviembre.

Esta complejidad reside, especialmente, en entender los riesgos asociados a la fluctuación del valor de las divisas en cuestión, lo que supone un recálculo constante del capital prestado y, probablemente, un desconocimiento de la cantidad de principal que pendiente de amortizar.

Frente a estos cambios de moneda de pago, la entidad puede (y suele) exigir el pago de una comisión que suele rondar el 0,20% sobre el pendiente del préstamo.

A pesar de establecerse esa comisión, debemos saber que en este tipo de préstamo “la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo”, tal y como establece el art. 14.4 de la Ley 5/2019. Es decir, no se podrá cobrar una comisión por cambio de moneda al inicio del préstamo, ya que vendrá incluida en la comisión de apertura.

Los gastos vinculados al préstamo hipotecario y a la compraventa:

A) Los gastos de formalización de hipoteca:

El TJUE estableció en su sentencia de 16 de julio de 2020 que, si bien la cláusula era nula, los efectos de la restitución de los gastos debían ajustarse a la distribución que en su momento establecían las normas legales y reglamentarias; y solo en el caso de que dichas normas “impongan” el pago al consumidor, este debe soportarlo.

Lo cierto es que la “*nueva Ley Hipotecaria*” (Ley 5/2019), en la que se estipula que la totalidad de los gastos de formalización del préstamo hipotecario, son a cargo de la entidad prestamista. Así, los gastos de notaría, registro de la propiedad, gestoría e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) serán abonados por la entidad bancaria.

La totalidad de las entidades ofertan préstamos en los que los gastos de la hipoteca serán cubiertos por la misma entidad, a excepción de los gastos de tasación de la vivienda, que será a cargo del consumidor. Solamente hemos encontrado ofertas de CaixaBank y de ING Direct que proponen cubrir dicho gasto solamente en caso de que el préstamo sea finalmente aceptado por la entidad y llegue a formalizarse.

B) Los gastos de la compraventa:

Aunque los mismos no se distribuyen entre entidad prestamista y prestatario, sino entre comprador y vendedor, resulta relevante observar qué entidades informan de estos gastos y qué entidades no, puesto que definitivamente es un gasto muy relacionado con la formalización del préstamo y que el consumidor va a tener que asumir.

3. Entidades como el Santander, Ibercaja, BBVA, Sabadell, Kutxabank o Evo Banco sí que informan de estos gastos en sus simulaciones, si bien exponen claramente que son gastos que deberá asumir el cliente y no la entidad bancaria.

C) Gastos de mantenimiento de cuenta asociada:

Algunas entidades, realmente la mayoría, exigen tener una cuenta bancaria asociada al pago del préstamo hipotecario.

A partir de 2012 el consumidor ha perdido protección, ya que ahora los bancos sí cobran comisión por la cuenta corriente asociada a la hipoteca.

Algunas entidades optan por obligar a tener una cuenta bancaria asociada, pero sin comisión, como puede ser el Banco Santander. Otras, en cambio, sí que exigen esta comisión, aunque los precios son dispares: 3 €/mes Tríodos; 50 €/año Abanca; 18 €/trimestre CaixaBank; 45 €/año Bankinter, etc.

El Observatorio Hipotecario de ADICAE viene observando un incremento, en algunos casos (Caixabank), en los últimos meses de hasta un 300% en el cobro de estas comisiones, especialmente en cuentas con poco movimiento.

D) Gastos de formalización de subrogación o novación modificativa del préstamo:

El consumidor puede exigir a la entidad financiera que la novación se formalice en documento privado, sin la necesidad de elevar la escritura a público y costear los servicios de notaría, registro o gestoría necesarios para ello.

**SI HAS PAGADO GASTOS HIPOTECARIOS
ANTERIORES A JUNIO DE 2019:
¡RECLAMA CON ADICAE!**



Estudio III: El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el depósito obligatorio de los modelos de contratos de préstamo con condiciones generales.

Coord.: Karina Fábregas Márquez (Abogada, Consejo Jur. SERJUR ADICAE).

M^a Teresa Alonso Pérez (Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza).

José Manuel Busto Lago (Catedrático Derecho Civil Universidad de La Coruña)

M^a Dolores Honrubia (Abogada SERJUR ADICAE)

- La función notarial y la transparencia en la contratación de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda.
- La obligación del prestamista de depositar las condiciones generales del préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- ¿Cuál debe ser el contenido del depósito previo a la comercialización?
- ¿Qué ocurre si una cláusula del contrato de préstamo formalizado en Escritura Pública difiere de la cláusula que fue objeto de depósito en el RCGC?
- Análisis comparativo de las condiciones generales de la contratación inscritas por las entidades bancarias.

La función notarial y la transparencia en la contratación de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda.

La función ejercida por los notarios consiste, según al artículo 1 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en *dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*. También, en el artículo 24.2 de dicha norma, se establece que:

Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

El estallido de la burbuja inmobiliaria, debido a la crisis de 2008, ha evidenciado que, en el desarrollo de la función notarial con ocasión del otorgamiento de escrituras de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, ha podido influir, en cierta medida, la capacidad económica de la entidad bancaria que aparece como “cliente” del despacho notarial. Ballugera lo expresa perfectamente con las siguientes palabras: *“Así los notarios están inermes ante el juego de los bancos, que les tratan como sus agentes si quieren trabajar.”*

La LCCI, en su afán por alcanzar la máxima transparencia en los contratos de crédito hipotecario para adquisición de vivienda y con el objetivo de elevar el nivel de protección de los consumidores, regula pormenorizadamente el proceso de formación de este contrato. La fase precontractual se amplía considerablemente y, en consecuencia, se ralentiza, insertando tramitaciones diversas que persiguen que el consumidor tenga la oportunidad de reflexionar y la posibilidad de llegar a ser consciente de las serias implicaciones jurídicas del contrato que va a celebrar y de la incidencia que el mismo y su incumplimiento podrían tener sobre su patrimonio. Además, la ley delinea y concreta precisamente la intervención de los diferentes sujetos que protagonizan el periodo previo a la perfección del contrato.

En el período precontractual la ley intercala una fase entre la inicial -protagonizada en exclusiva por el prestamista y el prestatario- y la final que corresponde a la firma de la escritura pública. En dicha fase intermedia, el notario –que es el mismo que, si procede, autorizará la firma de escritura pública- desarrolla una función diseñada y pautada precisamente y cuyo objetivo consiste en que compruebe y de fe de que, en la fase anterior, se han dado los presupuestos para que se haya podido alcanzar un alto nivel de transparencia, tanto formal como material.

La función notarial debe contribuir a aumentar los niveles de protección de los consumidores a través del control de la transparencia.

Pero, además, se prevé normativamente que el desempeño de la función notarial contribuya a incrementar el nivel de transparencia del contrato, lo que, sin duda, supone una importante medida de protección del consumidor, puesto que el notario no es parte del contrato y, por tanto, el asesoramiento que tiene obligación de prestar al consumidor es, por tanto, desinteresado. Más aún, si se toma en consideración la facultad de libre elección de notario que la norma reconoce al consumidor y que obliga al prestamista a incorporar a una aplicación informática la documentación que debe entregar al prestatario con el objetivo de que cualquier notario elegido por el consumidor pueda descargarla cuando el consumidor procede a esa elección.

En esta fase intermedia, la labor del notario consiste en comprobar que el prestamista ha entregado al potencial prestatario toda la documentación a que le obliga la ley (art 14 LCCI). Dicha comprobación se efectúa a partir de la documentación incorporada por la entidad prestamista en la aplicación

informática existente al efecto y que depende de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente DGRN). A continuación, el potencial prestatario y sus garantes deben comparecer obligatoriamente de manera presencial en la oficina notarial para ser asesorados e informados por el notario del contenido del contrato que pretenden firmar. De las dudas del potencial prestatario y del alcance del asesoramiento que se le proporciona debe dejarse constancia en el acta que finaliza este período de la fase precontractual. Se entiende que, con ocasión de la revisión del contrato y del asesoramiento que debe prestar al consumidor, el notario podrá percatarse de si el contrato contiene alguna cláusula contraria a normas imperativas, debiendo, en su caso, proceder en consecuencia en atención a la función de control de legalidad que le compete.

El **artículo 15 de la LCCI** en el título de su epígrafe perfila inicialmente la cualidad de la función del notario **“Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia”**.

El notario debería, en principio, limitarse a comprobar que, efectivamente, el prestamista ha cumplido con todas las obligaciones que le impone la ley para cumplir el principio de transparencia.

El contenido del precepto no solo le obliga a controlar que concurren los requisitos de transparencia material, sino también los presupuestos que garantizan una adecuada transparencia formal. El notario debe desarrollar su trabajo convirtiéndole en un agente importante en orden a la consecución de la transparencia principalmente material.

Sujetos a los que alcanza la función notarial relacionada con la transparencia (prestamista, hipotecante no deudor y garantes del préstamo)

La obligación de asesoramiento y de comprobación del nivel de transparencia que el prestamista haya implementado a la contratación, debe efectuarse por el notario **a favor del prestatario que debe comparecer personalmente**. Pero, además, el párrafo cuarto del artículo 15, obliga también a comparecer ante notario **a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo**, lo que incluye **a los avalistas o fiadores y también a los hipotecantes no deudores**, a quienes se les extienden todas las previsiones de protección del prestatario contempladas en la norma. Si quien presta la garantía adicional a la hipoteca es una persona jurídica, se le exime de la obligación de comparecer y de recibir los servicios notariales previstos a estos efectos.

La comparecencia del prestatario y de los garantes, si los hubiera, debe ser personal y, además, debe ser presencial.

Los servicios relacionados con la comprobación del nivel de transparencia y de asesoramiento deben prestarse personalmente al prestatario y a su garante o garantes, y que la posibilidad de intervenir a través de representante (voluntario, claro está) se reduce a la presencia en la notaría a efectos de la extensión del acta notarial.

El notario debe formular un test a los comparecientes en el que se les interroga acerca del contenido del contrato. Este sistema del test ha sido trasplantado de los de conveniencia e idoneidad de la normativa MIFID.

Este test ha sido estandarizado por la Circular del Consejo General del Notariado de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, y, a juzgar por las cuestiones que contiene, puede permitir conocer el grado de comprensión del compareciente sobre los aspectos esenciales del contenido del contrato proyectado y, desde luego, permite acreditar si dicho sujeto ignora algún extremo relevante del contrato; en este segundo caso el notario no podrá autorizar la firma de la escritura pública, debiendo hacer constar este extremo en el acta notarial con la que acaba esta fase.

El contenido de dicho acta notarial permitirá, o no, el otorgamiento de escritura pública. Según el artículo 15 debe ser negativa en este sentido si el potencial prestatario no ha recibido toda la documentación pertinente por parte del prestamista, si el resultado del test es negativo o si el interesado -o interesados- no comparecen para ser informado y asesorado.

En el acta notarial debe constar acreditado el cumplimiento de los plazos, las dudas suscitadas por el prestatario y el asesoramiento que sobre ellas ha suministrado el notario y, además, debe hacerse constar que el Notario ha informado individualizada mente sobre las cláusulas incluidas en la FEIN y en la FIAE. Por último, debe aparecer la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos. Por último, el notario hará constar si autoriza o no el otorgamiento de escritura pública.

En el acta debe hacerse constar (**art 15.2 LCCI**):

- El cumplimiento de los plazos de puesta a disposición de prestatario de la documentación por el prestamista.
- Las cuestiones que el compareciente ha formulado al notario y el asesoramiento prestado por éste.
- Que el notario ha informado de las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE); no cabe una referencia genérica a todas, sino que debe hacerse una referencia concreta a cada cláusula.

Toda esta tramitación previa al otorgamiento de escritura pública persigue que la contratación se produzca con un alto nivel de transparencia que haga más

segura para las partes, y, en particular, para el consumidor, la contratación de los créditos hipotecarios a los que alcanza la LCCI, intentando conjurar los riesgos que incrementaron descomunadamente el nivel de litigiosidad en este sector tras la crisis de 2008.

La obligación del prestamista de depositar las condiciones generales del préstamo con garantía hipotecaria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Los arts. 7.1 LCCI y 11.2 LCGC establecen que los formularios de préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCCI/2019 deben depositarse obligatoriamente por el prestamista en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación antes de empezar su comercialización. No obstante, la publicación de las mismas en sus páginas web sólo es obligatoria si disponen de ellas, pudiendo sustituir este medio de publicidad en estos casos, por su puesta a disposición de los prestatarios y potenciales prestatarios de manera gratuita.

¿Es necesario que se controle en la escritura pública de préstamo hipotecario y en la inscripción registral que se ha realizado el depósito previo de las CGC? Sí, el notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito. Ese control notarial y registral es una obligación profesional del notario y del registrador, que no puede deparar un coste económico adicional para ninguna de las partes del contrato.

Se ha puesto en duda si el incumplimiento de ésta obligación “solo” supone la comisión de una infracción administrativa de los arts. 46.3 y 24 LCCI), o si la ausencia del depósito afecta a la transparencia del contrato de préstamo y, por lo tanto, determinaría su nulidad, ante lo que nos decantamos por lo segundo.

¿Cuál debe ser el contenido del depósito previo a la comercialización?

El art. 11.2 de la LCGC alude a «los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios» y el art. 7.1 de la LCCI lo hace a «las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación», por lo que parece que la entidad bancaria podrá optar por una de las dos fórmulas, modelo íntegro del contrato completo, o listado ordenado de condiciones generales de la contratación que después utilizará algunas de ellas o todas en el contrato concreto.

¿Qué ocurre si una cláusula del contrato de préstamo formalizado en Escritura Pública difiere de la cláusula que fue objeto de depósito en el RCGC?

Según la DGRN en su instrucción 13 de junio de 2019, ello no impediría su inscripción, y supondría una presunción de negociación individual de la cláusula contractual, sin perjuicio de que el Notario deba hacerlo constar en base al art. 23.2: *«el notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes»*. Esta interpretación de la DGRN entendemos resulta incorrecta pues va contra la obligación impuesta al predisponente de la carga de la prueba de que ha existido negociación individual de la cláusula (art. 82.2 Ley Consumidores y Usuarios), por lo que el Registrador en estos casos entendemos no deberá inscribir el contrato.

Por otro lado en el supuesto de que se compruebe, por el notario o por el registrador, que una condición general no ha sido depositada, deberán notificárselo al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su deber general de colaboración con la administración, para que éste proceda en la forma establecida en el art. 24 de la LCGC, cuando ordena que *«la falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el Capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen (...)»*.

En cuanto a las obligaciones del notario autorizante, conforme la Instrucción DGRN de 20-12-2019, el notario debe indicar de forma expresa que se ha verificado el cumplimiento por la entidad prestamista de su obligación de depósito previo de las CGC en el RCGC no siendo suficiente la manifestación de los otorgantes, si bien para la DGRN no es necesaria la constancia del número de depósito de las CGC, aunque lo lógico es que por la entidad financiera se consigne y por el notario así se constate, para facilitar la comprobación posterior del registro de las CGC.

Igualmente entiende la DGRN es que ante una eventual ausencia de depósito previo de las CGC, la función de control de transparencia formal no alcanza una nulidad patente y de pleno derecho de la misma, por considerar que el análisis de dicha nulidad sólo compete a la autoridad judicial, lo que nuevamente parece ir en contra del espíritu de la ley y del art. 84 del TRLGDCU. E igualmente excede de las funciones del Registrador cuestionar el carácter de una cláusula particular negociada individualmente o no.

En concreto, en cuanto al alcance de la calificación registral conforme al art. 18 Ley

Hipotecaria y art. 84 TRLGDCU, frente a una interpretación restrictiva anterior, se impone una interpretación amplia y acorde con la naturaleza del acto de calificación y con las funciones del Registrador que abarcaría:

- La apreciabilidad de oficio de la nulidad de cláusulas contractuales abusivas, aplicable no sólo a los órganos jurisdiccionales, conforme a las STJUE 2-10-19 y STS 52/2020 23-01-20.
- La improcedencia de la inscripción registral en los casos de cláusulas “lista negra” arts. 85 a 91 TRLGDCU, cláusulas contrarias a normas imperativas y prohibitivas (arts. 8.1 LCGC y 6.3 CC), cláusulas declaradas nulas por STS con valor de jurisprudencia, o cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el RCGC.

Análisis comparativo de las condiciones generales de la contratación inscritas por las entidades bancarias.

ADICAE ha desarrollado una labor de revisión de aquellos formularios depositados, a fin de comprobar la utilidad práctica del RCGC para los consumidores y el contenido de los clausulados generales depositados.

En total se han examinado los condicionados generales de 208 formularios de escrituras de préstamos hipotecarios, subrogaciones o novaciones, de las siguientes entidades:

BANCO DE SANTANDER: 28., BBVA: 28., CAIXABANK: 9, BANKIA: 18., BANCO DE SABADELL: 7. IBERCAJA: 11, UNICAJA, SAU.: 8, BANKINTER: 1, ABANCA: 7, LIBERBANK: 10, CAJA DE INGENIEROS: 2, CAJA LABORAL: 9, UCI: 30.

Los equipos técnicos de ADICAE han analizado minuciosamente los clausulados de 208 formularios de 13 entidades financieras depositados en el Registro de Condiciones Generales de la contratación.

La primera reflexión que estos meros datos sugieren es la de la amplitud y complejidad de la información aportada por las entidades obligadas. Así, si bien en el cuadro precedente se reseñan los números de contratos tipo analizados por ADICAE, el número total de contratos depositados es mucho mayor, lo que supone que uno de los aspectos del “espíritu” de la norma quede boicoteado, al devenir inservible el Registro para labores de cotejo y comparación, en una suerte de “maremagnum” inexpugnable e inútil para el consumidor.

En el análisis de los clausulados de los contratos tipo depositados (todos ellos después de la entrada en vigor de la LCCI, Ley 5/2019) se han revisado los aspectos más controvertidos o de mayor relevancia para los consumidores. Al respecto se puede señalar:

- En relación a los **gastos hipotecarios**, todas las nuevas hipotecas respetan la distribución de los gastos dada por la nueva ley 5/2019.
- En relación al **vencimiento anticipado**, todas las nuevas hipotecas recogen el condicionado de la Ley 5/2019 sobre el porcentaje de préstamo a adeudar para poder declarar vencido la totalidad del mismo en función de si estamos en la primera o segunda mitad de vida del crédito.
- La mayoría de las hipotecas contienen **cobros de comisiones por subrogaciones o por modificación de las condiciones del préstamo**. Ambas comisiones, pese a que puedan superar el control de incorporación por ser transparentes, no impiden que puedan determinar un desequilibrio por falta de reciprocidad.
- En el 90% de las hipotecas se contienen también **comisiones por apertura**. Al igual que ocurre con lo anterior, el hecho de que esas actuaciones iniciales sean “inherentes” a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo no impide que ésta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el art. 87.5 TRLCU.
- La gran mayoría de las hipotecas contienen **comisiones por reclamación de posiciones deudoras**. Esta comisión está prohibida al amparo del artículo 14.3 de la nueva ley, puesto que no son servicios expresamente solicitados por el consumidor, siempre y cuando no se acredite el gasto concreto sufrido por el prestamista
- Hay una parte de las escrituras que se inscribieron en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación que contienen la **cláusula de compensación de deudas**, que pese a que sería válida si se pactase entre ambas partes, al inscribirla como Condición General de la Contratación nos lleva a pensar que la misma no va a ser objeto de negociación y será impuesta por el banco, pudiendo ser declarada abusiva.
- Un porcentaje elevado de las hipotecas en el estudio tienen **bonificaciones por la contratación de productos, vinculados/combinados**. Como se establece en la ley las ventas vinculadas están prohibidas, pero es muy probable que a los consumidores en la mayoría de los casos no se les informe de qué parte de las

bonificaciones son productos vinculados y qué parte de las bonificaciones son ventas combinadas.

- De igual modo ocurre con la **cláusula del cálculo de días comerciales**. En la Directiva 2014/17/UE se establece que, en contratos celebrados con consumidores para inmuebles de uso residencial, a la hora de calcular el tipo de interés se utilice el método 365/365. En varias de las hipotecas se impone el **cálculo de 360 días comerciales**.
- En gran parte de las cláusulas de reembolso anticipado se recoge el texto de la ley. Ahora bien, **existen algunas que se saltan normas imperativas**, esto es, no ponen el método de cálculo de dicha comisión o el importe exacto de la misma. Existe otra parte de las hipotecas que no establecen los porcentajes a cobrar.
- La gran mayoría de las hipotecas contienen una cláusula en la que se **renuncia a los beneficios de división, excusión y orden en relación con los avalistas**. Esto significa que el fiador se obliga al pago de igual modo que el deudor principal, y en caso de impago de éste, el acreedor podrá dirigirse indistintamente frente al fiador, el deudor principal, o frente a ambos. Esta cláusula salvo que sea negociada y pactada por ambos contratantes puede ser declarada nula por abusiva, y de hecho lo está siendo, por muchos Tribunales.

En consecuencia, y según se desprende de lo anterior, pese a la obligación de inscripción en el RCGC muchos de los condicionados mantienen en este momento condiciones o clausulados de carácter abusivo o contrarios a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, y por ello debieran acabar siendo declaradas nulas por abusivas.



Servicio de orientación e información sobre hipotecas
¿Estás pensando en comprarte una casa, pero tienes dudas sobre qué tipo de hipoteca solicitar?

¡En ADICAE resolveremos todas tus consultas!
Atención personalizada de expertos por videoconferencia

Solicita tu cita previa: orientacionhipotecas@adicae.net

Proyecto: Observatorio Hipotecario de los consumidores en la era post-covid

ADICAE

Ministerio de Consumo

Con el apoyo del Ministerio de Consumo. Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Asociación.

PARTICIPA CON ADICAE EN LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A LOS ABUSOS EN CRÉDITOS INMOBILIARIOS

En **ADICAE** no solo realizamos una labor de orientación, información y mediación con las entidades financieras, sino que también reivindicamos unas leyes más justas y una mayor protección de los consumidores frente a los abusos de los bancos.

Por ello, **ADICAE** ha conformado un Observatorio Hipotecario, compuesto por prestigiosos profesionales, abogados y expertos en la materia, que busca la defensa y protección de los consumidores a través de:

- Seguimiento de las prácticas comerciales en la oferta y contratación de hipotecas, la publicidad de las mismas, los tipos aplicados y la vinculación de productos.
- Seguimiento y análisis de los contratos tipo depositados en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- Seguimiento, iniciativas y actuaciones en relación a problemas y conflictos judicializados en la aplicación de las condiciones (vencimiento anticipado, gastos hipotecarios, IRPH, etc.).
- Análisis práctico de las moratorias hipotecarias.
- Seguimiento de la relación existente entre evolución del mercado inmobiliario y el hipotecario en el contexto del acceso a la vivienda de los consumidores.

**¡INFÓRMATE Y COLABORA RECOPILANDO
MATERIALES QUE SIRVAN DE ANÁLISIS Y
SEGUIMIENTO EN EL OBSERVATORIO!**

Escríbenos a plataformahipotecaria@adicae.net

Estudio IV: La judicialización de los conflictos masivos en materia hipotecaria que afectan a los consumidores y usuarios. Las Cláusulas abusivas “en serie” o “masivas”.

Víctor Cremades Erades (Abogado, Coordinador Consejo Jurídico SERJUR ADICAE).

Susana Tirado (Abogada, SERJUR ADICAE).

- Los principales condicionados y temas de conflicto judicial en los préstamos con garantía hipotecaria: cláusulas suelo, vencimiento anticipado, gastos hipotecarios e IRPH.
 - El abuso de la cláusula suelo (o de limitación de la variabilidad a la baja del tipo de interés).
 - La problemática cláusula de gastos “hipotecarios”.
 - La cláusula IRPH: cuando la falta de transparencia... ¡no implica abusividad!
 - La cláusula de vencimiento anticipado.
- La situación legislativa y procesal de la acción colectiva y otros medios de defensa de los consumidores de los servicios financieros.

Los principales condicionados y temas de conflicto judicial en los préstamos con garantía hipotecaria: cláusulas suelo, vencimiento anticipado, gastos hipotecarios e IRPH.

La magnitud de la conflictividad judicial a lo largo de los últimos 10 años ha dado lugar a una profusa y cambiante jurisprudencia en las que han participado los tribunales de distintos ámbitos y competencias, y que a golpe de sentencia se ha ido obligando a los legisladores a dar pasos en la legislación que no habrían llegado a ver. A esto ha ayudado también el cuestionarse el problema de la contratación por adhesión desde un contexto europeo y no meramente nacional, donde las directivas han jugado un importante papel en el desarrollo de protección de los consumidores. Sin duda, en este devenir, ha tenido papel especialmente protagonista el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus importantes y clarificadoras sentencias interpretando la aplicación de la directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, que podemos considerar de alguna manera como “norma suprema” a seguir cuando de cláusulas abusivas

en contratos celebrados con consumidores se trata. Aunque la misma no comenzó a ser tenida en cuenta en nuestro país hasta mucho después, como consecuencia de la crisis económica e inmobiliaria y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que compusieron las herramientas esenciales de defensa de los consumidores.

En determinados aspectos la Ley 5/2019 que traspone la directiva 14/2017 establece cierta seguridad jurídica a la contratación hipotecaria por venir, pero no resuelve los conflictos pendientes, que son muchos, que provienen de los tiempos anteriores a esa ley, y que han llegado a provocar la creación de juzgados especializados para la resolución de conflictos hipotecarios de carácter individual que quedan pendientes, y demuestra al fin y al cabo un interés en la solución de esa conflictividad desde un punto de vista individual, existiendo una parálisis en el desarrollo de las herramientas que son y deben ser fundamentales para la solución de conflictos de consumidores, como sería la resolución colectiva de los mismos, y si es posible de carácter extrajudicial. Pero estas cuestiones están en un estadio inicial y es por ahí por donde se debe desarrollar las perspectivas de solución de este tipo de conflictos, dando posibilidades a las verdaderas asociaciones de consumidores como ADICAE el aunar representatividad en esa protección.

Así lo exige el artículo 51 de la Constitución española y el artículo 7.3 de la LOPJ. La contratación en masa ha sustituido a la contratación por negociación lo que conlleva la inserción de cláusulas predispuestas al contrato, quedando la autonomía de la voluntad de los adherentes (consumidores) limitada dando lugar a casos de vulneración de derechos como consecuencia del abuso del predisponente a la hora de imponer condiciones.

Por ello, los elementos de análisis en este estudio han sido las condiciones generales de contratación que han dado lugar a la mayor conflictividad como son las cláusulas suelo, y el vencimiento anticipado, que suponen que verán reducida su conflictividad a futuro con la aplicación de la nueva normativa hipotecaria, pero que aún arrastra un gran número de situaciones conflictivas y a resolver.

El abuso de la cláusula suelo (o de limitación de la variabilidad a la baja del tipo de interés)

La sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de fecha 9 mayo 2013 (Sentencia Nº: 241/2013, fue sin duda la que destapó “la caja de Pandora”, y, aunque de forma encorsetada, ya que no declaró la restitución a los consumidores de las cantidades indebidamente abonadas por estas cláusulas, declaró la nulidad de aquellas que no superaran el control de transparencia comportando dicha no superación la abusividad y por tanto nulidad de pleno derecho de las mismas. Dicho control de

transparencia no solo se proyecta en su plano formal o de incorporación -en el sentido de que la cláusula sea clara, gramaticalmente correcta y transparente-, sino en su plano material o de contenido, de tal manera que la información precontractual suministrada al consumidor le permita a éste entender no sólo la carga jurídica, sino también económica, del efecto de dicha cláusula en el devenir futuro del contrato.

Posteriormente, en sentencias de 25 de marzo y posteriores de abril y diciembre de 2015, el TS estableció la llamada “retroactividad parcial” de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, limitándolos a fecha 9-5-2013; cuestión definitivamente resuelta, tras la cuestión prejudicial núm. C154/15 planteada por el entonces Juez de refuerzo de lo Mercantil de Granada, *D. Enrique Sanjuán y Muñoz* -actualmente Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga-, el TJUE declaró mediante importantísima sentencia de 21 de diciembre de 2016 que declarada la nulidad de la cláusula, la restitución debía ser íntegra desde el inicio del contrato, doctrina asumida por el TS en su posterior Sentencia de 24 de febrero de 2017.

Aunque aparentemente todo pareció clarificado con estas sentencias, un buen número de casos quedaron en el aire, e incluso aún lo están.

- a) Las cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo suscritos con autónomos, pymes, personas jurídicas o no, que intervinieron en el mismo como consumidores en unos casos y en otros no, y que habían venido obteniendo el no por respuesta en la mayoría de los casos por juzgados y tribunales y a los que la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 2020 pareció abrir la puerta, al recordar que el control de incorporación se aplica a todos los adherentes, sean consumidores o no, y que el mismo no solo supone que la cláusula sea clara, sencilla, gramaticalmente correcta, sino que incluye que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer la cláusula (control de cognoscibilidad).
- b) Los llamados acuerdos o pactos novatorios, es decir, aquellos firmados en masa por las entidades bancarias tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-5-2013, antes de la STJUE 21-12-2016, por el que rebajaban o suprimían la cláusula suelo recogiendo el consumidor renuncia a reclamar cantidades indebidamente cobradas. Tras una primera STS 16-10-2017 en la que se declaraba la nulidad de estos pactos y que no convalidaban tampoco a las de origen, poco después, en lo que pareció un giro doctrinal, la STS 11-abril-2018 vino a reconocer la posibilidad de que estos pactos fueran válidos si recogían una transacción para resolver la controversia, sentencia que entendemos no ha sido correctamente seguida por muchos juzgados y tribunales, pues hay que reconocer que el requisito para ello que dicha sentencia declaraba era que el pacto posterior fuera transparente; posteriormente, el TJUE, en sentencia 9 de julio de 2020, ha incidido en que el pacto posterior debe ser transparente y consecuencia de un consentimiento libre

e informado, de lo contrario no vincula al consumidor y asimismo, no admite la cláusula de renuncia al consumidor.

Finalmente, el Tribunal Supremo, mediante reciente sentencia de 5 de noviembre de 2020, ha ratificado que estos pactos novatorios no convalidan la cláusula suelo inicial, pero si son transparentes son válidos a partir de su firma, aunque recojan una nueva cláusula suelo o cláusula rebajada, declarando nula la renuncia a reclamar, cuando la misma se refiera tanto a pactos pasados como los presentes o futuros.

A futuro, el art. 21.3 de la LCCI ha proscrito definitivamente el uso de las cláusulas suelo de los contratos suscritos a partir de 16 de junio de 2019 con un escueto: *“En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.”*

La problemática cláusula de gastos “hipotecarios”

Aunque también la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario ha venido a atribuir la totalidad de los gastos (notaría, registro, AJD, gestoría...) a excepción de la tasación al prestatario en los contratos de préstamo hipotecario suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley, la problemática se centra en los contratos suscritos con anterioridad. La STS de 23 de diciembre de 2015 declaró la nulidad por abusiva y desproporcionada de las cláusulas genéricas de gastos que atribuían al consumidor de manera indiscriminada todos los gastos presentes y futuros derivados del préstamo, a partir de la misma se desató una enorme litigiosidad provocada por la falta de determinación clara en dicha sentencia de cuáles eran los efectos de la nulidad de dicha cláusula, en definitiva, qué gastos debían resarcirse al consumidor.

Las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 determinaron una “distribución de gastos” muy criticada entre prestamista y consumidor, que reconocía a este último “sólo” el 50% de los de notaría, el 100% de registro, y el 50% de gestoría (recientemente cambiado dicho criterio y aumentado al 100% por nueva STS de 26 de octubre de 2.020).

Mención aparte, aunque somera, merece la cuestión del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD). Como ya hemos indicado en otro apartado de esta publicación, el TJUE, estableció en su sentencia de 16 de julio de 2020 que, si bien la cláusula era nula, los efectos de la restitución de los gastos debían ajustarse a la distribución que en su momento establecían las normas legales y reglamentarias; y solo en el caso de que dichas normas *“impongan”* el pago al consumidor, este debe soportarlo. El TJUE, de manera reiterada en su doctrina, ha establecido que la interpretación que debe darse a la doctrina por él mismo establecida en relación a los principios de efectividad

y no vinculación de las cláusulas abusivas para el consumidor es extensiva en favor del mismo -no restrictiva- enjugada además con el llamado principio disuasorio, es decir que restaure al consumidor en la situación de hecho y de derecho existente de no haber existido la cláusula abusiva y nula, y a la vez disuada al predisponente de su utilización futura y reiteración en el uso de la misma-

Conforme a dicha interpretación extensiva debería entenderse, contrariamente a lo que interpreta el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de julio de 2020, que no existe norma alguna en nuestro derecho interno que **"imponga"** (carácter imperativo y tenor literal de la sentencia del TJUE) al consumidor el pago de ninguno de los gastos que derivan o son consecuencia de las denominadas cláusulas genéricas de gastos.

No existe ninguna norma nacional que "imponga necesariamente" los gastos derivados de cláusulas genéricas de gastos.

Por razonamientos similares, el arancel notarial debería ser soportado al 100% por la entidad bancaria, ya que no solo no lo impone la norma su pago al prestatario, sino que dicho arancel lo atribuye con carácter principal a aquel en cuyo interés se celebre la escritura, siendo notorio que es siempre a la entidad bancaria a la que interesa su otorgamiento, pues al consumidor le daría igual que se hiciera en escritura pública o en contrato privado, con tal de que el banco le preste el dinero.

La cláusula IRPH: cuando la falta de transparencia... ¡no implica abusividad!

El Tribunal Supremo dictaminó a finales de 2017 que el uso del IRPH era válido y no era posible someterlo a un control de transparencia por ser un índice definido y regulado por una norma jurídica.

Lo establecido en esta sentencia fue corregido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020¹, que entiende que el IRPH sí es susceptible de control de transparencia, como estableció el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña inserto en la citada STS 14-12-2017.

Sin embargo, en una reciente y sorprendente nueva sentencia de fecha 12 de noviembre de 2020, el Tribunal Supremo ha venido a declarar que aunque las cláusulas de IRPH no sean transparentes, no son abusivas, por no provocar, a su juicio, desequilibrio ni comportar mala fe en su imposición al consumidor; y decimos sorprendente, porque si bien la propia sentencia reconoce que tanto en cláusula suelo o multidivisas la falta de transparencia comporta abusividad, en esta cuestión de IRPH declara que no (no se sabe muy bien por qué), salvo por el volver a reiterar su doctrina asentada con la citada al principio STS 14-12-2017.

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018. Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia, S. A.

No nos cabe duda que en esta materia nuevas cuestiones prejudiciales volverán a ser elevadas al TJUE, que suponemos se verá compelido a dictar nueva sentencia al respecto que esperemos sea más clara que la de 3 de marzo de 2020; coincidiendo con la tesis mantenida por muchos autores, la abusividad es la necesaria sanción que conlleva la falta de transparencia de una cláusula, siempre en defensa extensiva del derecho de los consumidores, y el control de transparencia no puede dejarse en un mero “paso previo”, como requisito habilitante de un segundo control de abusividad; la falta de transparencia causa un perjuicio per se al consumidor, que debe ser sancionada con la declaración de abusividad de la cláusula no transparente, y por tanto con la nulidad de pleno derecho de la misma y su expulsión del contrato.

La falta de transparencia de una cláusula impuesta al consumidor en un contrato de adhesión debe comportar siempre como sanción la declaración de abusividad de la misma, al causar por si misma un perjuicio en el consumidor y suponer ausencia de buena fe por el prestamista en su imposición no transparente.

La cláusula de vencimiento anticipado

Mención principal merece esta cláusula, cuya relevancia sin duda es incluso superior a la de las cláusulas suelo o la del IRPH, y ello porque en ejercicio de la misma, es en base a la que se han llevado a cabo en los últimos 10 años más de medio millón de ejecuciones hipotecarias y decenas de miles de desahucios (muchos de los cuales están aún por llevar a efecto tras haberse adjudicado la vivienda la entidad bancaria y pendientes de la extensión de la moratoria (actualmente hasta mayo de 2024).

En los últimos 10 años se han llevado a cabo más de medio millón de ejecuciones hipotecarias y decenas de miles de desahucios.

La sentencia de 14 de marzo del 2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el caso Aziz, (asunto C-415/11) vino a poner en jaque nuestro tradicional y restrictivo en cuanto a medios de defensa para el prestatario del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria; declaró contrario a la Directiva que el deudor no pudiera oponerse a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas; además asentó que el incumplimiento del deudor debía ser lo suficientemente grave y esencial para poder resolver el contrato por impago. Esta relevante Sentencia dio lugar a la reforma de la LEC a través de la Ley 1/13 de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, mediante la cual se introdujo como nueva causa de oposición del deudor la existencia de cláusulas abusivas; y asimismo modificó el art. 693 de la ley en el sentido de exigir al menos un impago de 3 cuotas mensuales como requisito para que la cláusula de vencimiento anticipado no fuera abusiva y por tanto nula.

Siendo que las cláusulas de vencimiento anticipado habitualmente preveían la posibilidad de resolver el contrato por el impago de una sola cuota, la duda estaba servida. Si el banco aun de tener el préstamo una cláusula de vencimiento anticipado que previera la resolución por un solo impago, dejaba pasar al menos tres impagos antes de ejecutar la hipoteca, ¿era válido?

El auto del TJUE de 11 de junio de 2015 fue claro en este aspecto: la abusividad de la cláusula debía apreciarse en abstracto, por lo que independientemente de cuantas cuotas hubiera dejado de pasar el banco antes de ejecutar, si la cláusula preveía la resolución por un solo impago, era nula, a los efectos de hacer valer los principios de no vinculación y efectividad, así como disuasorio, de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Posteriormente, la STJUE de 26 de enero de 2017, Sala Primera (C-421/14, Banco Primus) reiteró este criterio clarísimo en todas sus Sentencias, recogiendo además la obligación del juez nacional de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas aunque el consumidor no las hubiera alegado.

Tras formular el propio TS cuestión prejudicial sobre la cuestión, el TJUE en nueva Sentencia de 26 de marzo de 2019, vuelve a reiterar su doctrina anterior, indicando que una cláusula abusiva como la de vencimiento anticipado no puede ser moderada parcialmente, aunque si las consecuencias para el consumidor son perjudiciales y el contrato no puede subsistir **sin la cláusula sí será posible sustituirla en su beneficio por una disposición de derecho nacional.**

Con una peculiar interpretación de esta última sentencia, el TS en sentencia 11 de septiembre de 2019 declara que dado que el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado -conclusión sorprendente desde luego y más que discutible- resulta apropiado, “en beneficio” del deudor, no sobreseer la ejecución si el incumplimiento de impago ha sido lo suficientemente grave y esencial, considerando como parámetro para medir dicha gravedad, los límites establecido en el art. 24 de la nueva LCCI (a saber, un incumplimiento de al menos 12 mensualidades o el 3% del capital, si el impago se produce en la primera mitad del préstamo, y de 15 mensualidades o un 7% si se produce en la 2ª mitad).

Aunque dicha sentencia en muchos casos ha supuesto una tabla de salvación para sobreseer muchas ejecuciones hipotecarias donde se ejecutó por unas pocas cuotas impagadas (menos de 12), desde luego dicha solución ha sido más que criticada porque supone la aplicación de una norma de carácter irretroactivo a situaciones pasadas, lo que se ha tachado de inconstitucionalidad; más discutible aún si se hace “en beneficio del deudor” como se afirma, sin tan siquiera preguntarle, como exige con total claridad el posterior Auto del TJUE de 3 de octubre de 2019.

La situación legislativa y procesal de la acción colectiva y otros medios de defensa de los consumidores de los servicios financieros.

ADICAE, como organización de consumidores más representativa en nuestro país, viene defendiendo desde el inicio de la efervescente litigiosidad en materia de cláusulas abusivas, la acción colectiva como herramienta adecuada para dar solución a estos conflictos masivos en que tantos consumidores se ven atropellados en sus derechos.

Su legitimación para el ejercicio de estas acciones viene recogida entre otros, en el art. 11 LEC, y art. 24 del TRLGCU, y se articula a través de las llamadas acciones de cesación (acción típica y principal), retractación y declarativa, pudiendo a la primera de ellas, las llamadas acciones resarcitorias, esto es, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

A pesar de una legislación procesal y sustantiva con numerosas lagunas en materia de acción colectiva, los éxitos obtenidos hasta la fecha por la asociación en materia de acciones colectivas han sido numerosos y relevantes (cláusulas suelo, cláusulas de gastos), a pesar de la pertinaz oposición de las entidades bancarias y su estrategia de alargar y alargar al máximo los procesos, con todo tipo de estrategias procesales dilatorias, aprovechando una estructura judicial con pocos medios y herramientas para en unos plazos razonables, dar solución rápida a los consumidores.

Las acciones colectivas son necesarias e imprescindibles para la defensa de los derechos de los consumidores, quienes ostentan una condición de vulnerabilidad frente a imposiciones y malas prácticas por parte de las entidades financieras.

Las habituales malas prácticas bancarias que día a día denotan el abuso y fraude a los consumidores, con una total falta de información y transparencia, ha llevado a que el TJUE haya tenido que intervenir ante sentencias del Tribunal Supremo que eran claramente contraria a los intereses de los consumidores y favorables a los servicios bancarios.

Como ejemplo de lo anterior el gran hito de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas, y Seguros de España, ADICAE, donde por primera vez se consigue por medio de una acción colectiva elevar una cuestión a Europa, en este caso sobre gastos hipotecarios.

La cuestión fue planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Badajoz, a instancia de

ADICAE, cuestionando la Sentencia del Alto Tribunal donde se repartían los gastos atribuidos al consumidor a pesar de haber sido declarada nula, y en su consecuencia como no puesta, y que acompañó a otras planteadas en el mismo sentido por otros juzgados.

El resultado fue la sentencia del TJUE de 16 de julio del 2020, donde respondía a esta cuestión, estableciendo que si cláusula es abusiva los jueces no pueden moderarla, debe inaplicarse en su totalidad, de otra forma *“se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”*. Así como plazos y costas de dichos procedimientos.

Las acciones colectivas son el único medio por el que puede defenderse a ultranza los derechos y consumidores de Usuarios, y así lo ha entendido siempre ADICAE, y como no podía ser de otro modo también ha sido así entendido en el marco de la Unión Europea, materializado en una nueva Directiva que regule y facilite estas acciones colectivas.

En base a la citada Directiva, sobre acciones colectivas:

- Las entidades designadas por los Estados miembros de la UE podrán representar a grupos de consumidores en casos colectivos.
- La reparación colectiva será posible en todos los países de la UE: debe existir al menos un mecanismo de acción representativo en todos los Estados miembros, que permita a las organizaciones representar a los ciudadanos, con el poder de buscar sanciones y compensación por el daño causado.
- Tendrán que cumplir criterios específicos de elegibilidad: para la acción representativa transfronteriza: los criterios se establecen en las nuevas normas, mientras que para los procedimientos internos los criterios se establecen en la legislación nacional.
- La parte que pierda pagará los costes de los procedimientos (“principio del perdedor paga”), que tiene como objetivo proteger a las empresas contra demandas sin fundamento.
- Además de la ley general del consumidor, se permitiría la acción colectiva en casos que involucren violaciones de comerciantes en áreas tales como protección de datos, servicios financieros, viajes y turismo, energía, telecomunicaciones, medio ambiente y salud, así como derechos de pasajeros aéreos y ferroviarios.

Estudio V: Las medidas de protección del consumidor en las hipotecas ante el contexto del Covid19. Las moratorias legales y convencionales.

Manuel Jesús Marín López (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha)

Álvaro Domec (Abogado, SERJURADICAE)

- Moratorias legales y moratorias convencionales, en préstamos hipotecarios y no hipotecarios.
 - Moratorias legales, un respiro para muchas familias.
 - ¿Quién podía acogerse a la moratoria legal?
 - Moratorias convencionales, un arma de doble filo para los consumidores.
- Datos reales sobre las moratorias.

La pandemia del COVID-19 está teniendo un enorme impacto social y económico en España.

El confinamiento supuso el cierre temporal de la mayoría de las empresas del país, y esto ha provocado una crisis económica descomunal que viene acompañada de desempleo, reducción en el gasto de las familias y la caída brusca de los ingresos recaudados por el Estado vía impuestos. Se produce así una espiral diabólica que, según algunos economistas, dará lugar a la crisis más profunda en nuestro país desde que terminó la Guerra Civil.

Para hacer frente a esta situación, el Gobierno adoptó, con la entrada en vigor del estado de alarma en marzo de 2020, una serie de moratorias en el pago de la deuda vinculada a vivienda, estableciéndose un régimen de moratorias legales y otro de moratorias convencionales.

La moratoria supone la suspensión de la obligación de abonar las cuotas de amortización del préstamo. Es este un mecanismo muy útil para dar una rápida solución a los prestatarios ante la difícil situación económica personal que padecen por la crisis del COVID. Se trata de una solución fácil de implementar, que tiene pocos costes de gestión, y que provoca un beneficio directo e inmediato en el prestatario.

1. Nota informativa sobre la aplicación de las moratorias legislativas y sectoriales hasta el 30 de septiembre de 2020*, fechada el 2 de octubre de 2020. Disponible en https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe021020.pdf (consulta: 5.10.2020).

Según información del Banco de España¹, a fecha de 30 de septiembre de 2020 se han beneficiado de estas moratorias más de 958.000 personas, a las que hay que sumar otras 395.000 que han disfrutado de la moratoria en los préstamos personales sin garantía hipotecaria.

Casi un millón de personas se han beneficiado de las moratorias legales del pago de la hipoteca establecidas durante el estado de alarma, dejando de pagar durante 3 meses sus cuotas.

Moratorias legales y moratorias convencionales, en préstamos hipotecarios y no hipotecarios.

Moratorias legales, un respiro para muchas familias

El RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, permite que los prestatarios de préstamos hipotecarios que estén en situación de extraordinaria dificultad como consecuencia de la crisis del COVID-19 puedan suspender el pago de las cuotas del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual. El RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, amplía la moratoria de los préstamos hipotecarios a otras hipótesis (préstamos para la adquisición de inmuebles afectos a una actividad empresarial) y la prevé también para los préstamos sin garantía hipotecaria.

La moratoria legal es voluntaria para el prestatario, pero obligatoria para el prestamista. Los efectos de la moratoria legal se producen automáticamente, con la simple presentación de la solicitud de la moratoria. Estas se pueden aplicar en tres tipos de préstamos hipotecarios:

1. Préstamo hipotecario para adquirir la vivienda habitual.
2. Préstamo hipotecario para adquirir inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollan empresarios y profesionales.
3. Préstamo hipotecario para adquirir una vivienda distinta de la habitual en situación de alquiler.

¿Quién podía acogerse a la moratoria legal?

Podía solicitarla *“quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19”* (art. 7.1 RD 8/2020).

El problema ha sido que habían de concurrir todos los requisitos y esto ha motivado que menos personas hayan podido beneficiarse.

La moratoria legal se aplicó a todo préstamo hipotecario celebrado antes del 18 de marzo de 2020 o incluso ese mismo día; pero no a los celebrados con posterioridad. Y ha permanecido vigente para ser solicitado hasta el 29 de septiembre de 2020, tras haberse prorrogado el mismo.

Es la entidad prestamista la que tiene que tomar la iniciativa para elevar a escritura pública la moratoria solicitada. Así resulta de la DA 15ª del RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, y formalizarla en escritura pública.

Durante el tiempo que dura la moratoria el prestamista no tiene derecho a cobrar intereses moratorios; y mientras dure la moratoria, como es lógico, es inaplicable la cláusula de vencimiento anticipado que consta en el contrato de préstamo. Este precepto es absurdo, ya que el prestatario tiene derecho a suspender el pago de esas tres cuotas mensuales, porque esas tres cuotas no vencen.

En fin, una vez otorgada, sus efectos se prolongaban durante tres meses.

Moratorias convencionales, un arma de doble filo para los consumidores

La Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) publicó el 2 de abril de 2020 unas “*directrices sobre las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la crisis de la COVID-19*”¹.

En este documento se establece que la aplicación de una moratoria no conllevará la reclasificación de la operación como refinanciación o reestructuración.

Requieren de acuerdo de ambas partes y nada impide a las partes celebrar un acuerdo novatorio al margen de los acuerdos sectoriales. Si el acuerdo novatorio se celebra al amparo de un acuerdo marco sectorial, la norma exige (como ya lo hacen los propios acuerdos sectoriales) que la concreta entidad prestamista se adhiera al acuerdo.

La moratoria convencional suscrita entre el deudor y su entidad financiera al amparo de un acuerdo marco sectorial podrá acordar, sin perjuicio del devengo de los intereses pactados en el contrato de préstamo inicial, que el importe de lo aplazado se abone mediante: a) la redistribución de las cuotas sin modificación del plazo de vencimiento, o b) la ampliación del plazo de vencimiento en un número de meses equivalente a la duración de la moratoria.

1. Disponible en <https://www.bde.es/ff/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/guias/EBA-GL-2020-02-ES.pdf> (fecha de consulta: 2.9.2020)

La moratoria convencional se produce “sin perjuicio del devengo de los intereses pactados en el contrato de préstamo inicial”.

Con la moratoria convencional se aplazan las cuotas del préstamo, pero ese aplazamiento genera intereses remuneratorios a favor del prestamista. Sin embargo, la norma no aclara cómo y cuándo han de satisfacerse esos intereses.

Interpretación más lógica: El prestatario no paga las cuotas mensuales afectadas por la moratoria en la fecha establecida (ni paga capital ni paga los intereses remuneratorios que integran esa cuota). Pero sobre la parte de las cuotas relativas al capital se abonarán los intereses remuneratorios que correspondan, teniendo en cuenta la fecha en que se prestó ese capital y el momento en que ha de ser abonado.

La moratoria convencional es más beneficiosa para el banco que la moratoria legal.

En la moratoria legal se aplazan varias cuotas de amortización, que se abonarán más tarde, pero cada cuota mantiene su cuantía inicial. Sin embargo, en la moratoria convencional del RD-Ley 19/2020 las cuotas que no se pagan en el momento inicialmente previsto se abonarán más tarde, pero ese retraso lleva consigo la aplicación de los intereses remuneratorios que correspondan sobre el capital dejado de abonar en la cuota suspendida. En la moratoria legal el prestamista “financia” el aplazamiento de cuotas, pues no cobra interés remuneratorio alguno por ello. En las moratorias convencionales, sin embargo, el aplazamiento de las cuotas genera intereses remuneratorios a favor del prestamista: el prestamista “cobra” por el aplazamiento lo mismo (el mismo tipo de interés) que “cobra” por la concesión inicial del préstamo.

En consecuencia, la moratoria convencional implica que, durante los meses acordados, el prestatario no abonará nada (ni el capital que integra la cuota, ni los intereses remuneratorios que se incluyen cada cuota). El prestatario queda obligado a restituir ese capital más tarde, junto con los intereses remuneratorios que genere hasta durante ese tiempo.

Lo que sí cabe pactar es la prórroga del seguro de protección de pagos o de amortización de préstamo que se hubiera contratado inicialmente.

Ambas moratorias pueden simultanearse: junto a la moratoria legal las partes pueden celebrar desde el principio (o mientras dura la suspensión de las cuotas de la moratoria legal) una moratoria convencional. En este caso, la moratoria legal producirá sus efectos (suspensión del pago de las cuotas durante tres meses), y después empezarán los efectos de la moratoria convencional. De este modo el legislador quiere que el prestatario disfrute primero de la moratoria legal, que le es más beneficiosa que la convencional.

Datos reales sobre las moratorias

Desde el comienzo de la crisis sanitaria provocada por la covid-19 al cierre de junio se han aprobado 226.285 **solicitudes de moratoria**, el 83% de las presentadas, según los últimos datos del Banco de España. Estas solicitudes incluyen tanto la moratoria diseñada por el Gobierno como la propuesta por las entidades financieras, cuyo aplazamiento es aún mayor que el del Ejecutivo: 12 meses (frente a los tres meses de la gubernamental).

A estas medidas se suma la posibilidad de aplazar los **préstamos al consumo** durante seis meses si el cliente lo necesita, que ya se ha concedido a más de 364.000 solicitantes.

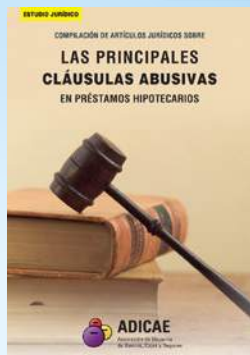
Cada vez los requisitos para poder acceder a la moratoria son más exigentes, por ello el 90% de los solicitantes no cumplen los cuatro requisitos que exige el Gobierno. Es decir, 9 de cada 10 solicitantes se ha quedado fuera de la prórroga.

Por ejemplo, Caixabank ha recibido en torno a 95.000 peticiones, el Banco Santander casi 50.000, Bankia unas 20.000 y Bankinter y Sabadell en torno a 6.000.

Estas cifras muestran que ha sido una buena alternativa para muchísimas familias que estaban ahogadas por el pago de la hipoteca. Se calcula casi 200.000 peticiones privadas formalizadas.

Se han analizado detalladamente en el estudio realizado los requisitos exigidos para otorgar las moratorias de: BANCO DE SANTANDER, BBVA, IBERCAJA, BBK, ING, BANKIA, BANKINTER, y CAIXABANK y al mismo nos remitimos.

¡NO TE PIERDAS LAS PUBLICACIONES DE ADICAE!

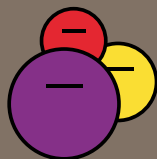


Entra en **www.adicae.net**
y conviértete en un consumidor crítico,
responsable y solidario



El presente proyecto ha sido subvencionado por el Ministerio de Consumo, siendo su contenido responsabilidad exclusiva de la asociación beneficiaria.

PROYECTO: Observatorio Hipotecario de los consumidores en la era post-covid



ADICAE

Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros



El presente proyecto ha sido subvencionado por el Ministerio de Consumo, siendo su contenido responsabilidad exclusiva de la asociación beneficiaria.

WWW.ADICAE.NET