

CONSEJOS PARA ALEGAR CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PROCEDIMIENTOS NO FINALIZADOS DENTRO DEL PLAZO DE UN MES DE LA LEY 1/2013 (BOE 15-5-13)

Estimado compañer@,

Esta guía pretende servir de orientación para profesionales que tengan asignada la defensa de personas inmersas en procesos de ejecución hipotecaria aún no finalizados, a todos los cuáles les es de aplicación el plazo de un mes establecido por la Ley 1/2013, en su Disposición Transitoria 4ª (de 16-5-2013 a 16-6-2013).

La movilización creciente ante a la conducta antisocial de las entidades financieras en materia de vivienda, así como la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, han obligado al Gobierno a modificar la legislación española en materia hipotecaria. Dicha modificación se ha materializado en la Ley 1/2013 de “medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social”. Una primera valoración, a escasos días de su publicación, es que esta norma:

1.- No da respuesta al problema (no hay dación en pago ni alquiler social ni paralización de desahucios). Ni una palabra sobre el derecho a la vivienda como Derecho Humano (arts. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 8 Convenio Europeo de Derecho Humanos).

2.- Asume tan sólo parcialmente y de forma torticera, e incluso en ocasiones contraviene las conclusiones de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. No hay una palabra sobre las ejecuciones hipotecarias y los desahucios ya ejecutados bajo una normativa que vulnera el derecho de defensa del consumidor, y por tanto, la tutela judicial efectiva. En lo que respecta a los intereses de demora, contraviene incluso la doctrina del TJUE al legalizar una integración de intereses abusivos permitiendo su recálculo por la entidad con el límite de 3 veces el interés legal del dinero (integración de cláusula abusiva prohibida en el ordenamiento europeo).

3.- Contiene elementos de inconstitucionalidad flagrante como la discriminación por razón de edad a menores de 4 a 16 años, la posibilidad de recurrir en apelación el Auto que resuelve sobre cláusulas abusivas sólo en caso de que resulte perjudicada la entidad financiera, etc.

Como muestra de esa aplicación torticera de los postulados de la sentencia europea, la Disposición Transitoria 4ª inaugura un plazo sumarisimo de un mes desde la publicación de la ley (sirviendo el BOE como notificación a efectos procesales) para que, en los procedimientos en curso a la fecha de su entrada en vigor (15-5-2013) los ejecutados puedan alegar la existencia de cláusulas abusivas en el contrato. Parece que el objetivo de la norma es que la mayoría de personas con procesos en marcha no pueda acogerse a ella. En estas condiciones, es tarea de todos aprovechar este plazo preclusivo para la defensa de las personas afectadas alegando todos los abusos que las entidades financieras han impuesto en los contratos de hipoteca que ahora están ejecutando.

¡Sí se puede! - Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH)

CUESTIONES PRÁCTICAS PARA PROMOVER INCIDENTE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

1.- Necesidad de abogado y procurador. El incidente se planteará por escrito encabezado por Procurador y bajo la dirección letrada de un Abogado en ejercicio.

2.- Plazo preclusivo de un mes.- El plazo que establece la ley finaliza el 16 de junio de 2013. Esta disposición es bastante cuestionable dada la indefensión generalizada en que se encuentran los ejecutados, y que se consolida con una notificación procesal “por decreto” (vía Boletín Oficial del Estado) sin que se haga notificación efectiva al destinatario. Es posible que podamos solicitar ampliaciones de estos plazos en algunos supuestos y, dependiendo del criterio del Juzgado, se consiga o no. Por eso hemos llamado a estos documentos “Kit de Emergencia”. En cualquier caso, como regla general debemos presentar el escrito planteando el incidente antes de la finalización del mes.

3.- Modelo de escrito.- Más abajo incorporamos un modelo tipo que puede servir de orientación, en el que se deberán incluir todas las cláusulas abusivas que localicemos en la escritura de préstamo hipotecario (recuerda que junto con el primer escrito que recibió el ejecutado, esto es, el despacho de ejecución, se acompañaba fotocopia de la escritura de préstamo).

4.- Cuestión prejudicial al TJUE y cuestión de inconstitucionalidad al TC.- En el modelo de escrito de incidente hemos incorporado peticiones para el planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJUE e inconstitucional al TC pues la Ley 1/2013 ha incurrido en numerosos vicios que la deberían invalidar al no ajustarse ni a la legalidad europea ni al ordenamiento jurídico interno.

En caso de que el Juzgado que ventile la ejecución hipotecaria aprecie la necesidad de alguno de estos planteamientos, debería decretar la inmediata suspensión del procedimiento hasta la resolución de la cuestión, aliviando la situación de desahucio y generación de deudas inminente que soportan los ejecutados.

Si ello sucediera, te pedimos que te pongas en contacto con la propia Plataforma de Afectados por la Hipoteca para estudiar el planteamiento de suspensión procesal en el resto de procedimientos.

www.afectadosporlahipoteca.com

Cláusulas abusivas para alegar.- El concepto legal de cláusula abusiva es el siguiente:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.” (art. 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

A partir de esta definición, y sin ánimo de exhaustividad, te sugerimos el siguiente listado con carácter de *numerus apertus*, pudiendo existir muchas otras:

1.- Comisiones por gestión de cobros de impagados o reclamación de posiciones deudoras (entre 20 y 30 euros cada vez que se produce). Todo ello vulnera la normativa de disciplina que regula las relaciones entre entidades de crédito y sus clientes según lo previsto en la norma Tercera, apdo.3º de la Circular del Banco de España 8/1990 y el Número Quinto de la Orden Ministerial de 19 de diciembre sobre Tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información clientes y publicidad. Cabe recordar que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España reitera en su Memoria que las comisiones de este tipo no responden a servicio alguno prestado a los clientes, siendo abusiva su aplicación automática.

2.- Intereses de demora abusivos e incluso en ocasiones usurarios. El fin indemnizatorio del interés de demora comprende el resarcimiento por la falta de percepción del interés remuneratorio pactado. Por su cuantía la indemnización es desproporcionadamente alta en todos los casos en que resulte desequilibrada como penalización en comparación con el interés remuneratorio habitual. Es utilizable el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Arrecife nº 4 en contrato de préstamo hipotecario siendo la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) con interés de demora del 19%, y el Juzgado entendió que tal condición resultaba usuraria (Ley Azcárate de 1908) anulando no solo la ejecución, sino también la hipoteca.

3.- Cláusula suelo: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual MINIMO aplicable en este contrato será del XXX %"

4.- Responsabilidad universal impuesta en sustitución de responsabilidad limitada que contempla la Ley Hipotecaria en su artículo 140. No se informó al deudor de la posibilidad de este tipo de hipoteca. Y en caso de que se le hubiera informado, la opción que hubiera escogido la del ar. 140 LH, mencionado.

5.- Vencimiento anticipado por impago de una sola cuota u obligaciones de escasa trascendencia."...no obstante el plazo pactado, se producirá su vencimiento anticipado, con facultad correlativa de la entidad financiera de exigir, con ejecución hipotecaria, cuanto se le deba por principal y accesorios, si la parte prestataria no paga puntual y exactamente conforme a lo pactado los

intereses y las cuotas globales de amortización e intereses, o el impago parcial de una sola cuota"

En este sentido la S.T.S. de 16 de diciembre de 2.009: *"sobre abusividad de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario y efectos de la inscripción."*

En Derecho español la obligación de pagar intereses nace del pacto de interés, pues sin pacto el préstamo es gratuito, siendo la gratuidad y no el producir interés lo que es un elemento natural del préstamo. Por tanto, la cláusula de interés no es una obligación esencial del préstamo. De modo que la cláusula ya sería nula al prever el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias. Plantea además otra cuestión, declarada nula por abusiva, en razón a prever el vencimiento anticipado por el solo incumplimiento de obligaciones accesorias, la estipulación será nula en su totalidad, sin que conforme a la STJUE 14 DE junio de 2012 el juez pueda integrarla en beneficio del acreedor y mantener su validez para el caso, por ejemplo, del incumplimiento por el deudor de la obligación principal de devolver las amortizaciones parciales de capital.

Esto a su vez, nos plantea un problema nuevo, el de si el ejecutado puede verse desalojado de su vivienda de gran valor por el incumplimiento de pequeñas obligaciones. De ese problema sale otro, a saber, si es posible garantizar con hipoteca pequeñas obligaciones en relación al valor de la garantía, habida cuenta que el incumplimiento de tales pequeñas cantidades pone en marcha, igual que el incumplimiento de las grandes, el llamado *ius distraendi* o derecho a vender la garantía para pagar la deuda, que en el caso que tal garantía sea la vivienda, termina en el desalojo de la misma del deudor.

La declaración de vencimiento anticipado por el acreedor por el impago de unas pocas cuotas es una conducta del acreedor que también puede ser declarada abusiva conforme al concepto español de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLGCU. La facultad del acreedor de declarar el vencimiento anticipado por el incumplimiento del deudor no por frecuente es menos excepcional ya que para derogar la normativa ordinaria se requiere pacto, mientras que si no hay pacto lo normal es el vencimiento anticipado solo en los casos contemplados en el artículo 1129 CC, entre los que no se cuenta el incumplimiento de las obligaciones de pagar las amortizaciones por el deudor en los plazos pactados.

6.- Cesión de Crédito. Renuncia a la cesión de derechos por parte del prestatario, y no así por parte del prestamista.

7.- Orden de imputación de pagos. Se establece el siguiente orden en la imputación de pagos: Comisiones, intereses de demora, impuestos, gastos

previstos del propio contrato, intereses ordinarios y amortizaciones vencidas, y que supone vulneración del régimen previsto en los artº 1172, 1173 y 1174 CC (La cláusula afecta al contenido esencial del contrato pues, en definitiva, mediante ella se determina la forma en que se asignarán los pagos que constituyen la principal obligación del deudor, pero no consta que se haya negociado entre las partes). Su trascendencia podría dar lugar incluso a la nulidad del contrato, pues no cabe duda que estableciendo un régimen de imputación en que se priorice la amortización del principal pendiente de pago, el devengo de intereses ordinarios y el cuadro general de amortización sería muy distinto, dando lugar a una reclamación dineraria con un importe igualmente distinto frente al deudor. Ya en la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, se establece otro bien distinto orden.

8. En cuanto a los límites y extensión de la hipoteca.

9.- La prohibición de arrendar, enajenar ni gravar bienes o elementos integrantes del inmueble hipotecado sin consentimiento de la entidad financiera

10.- Liquidación unilateral de la deuda por parte del prestamista, en caso de reclamación judicial de la misma, sin que el prestatario pueda oponerse a dichos cálculos.

11.- Asunción de costas. Hecho de establecer previamente que ante una reclamación judicial, las costas y gastos judiciales correrán a cargo del prestatario.

12.- Renuncia al fuero propio.

13.-. Renuncia al examen de la escritura con anterioridad a la firma del contrato: “La parte prestataria renuncia expresamente a su derecho a examinar el proyecto de la presente escritura de préstamo por lo que la misma se otorga en mi despacho”.

14.- Cuantías exigidas en cuanto a las costas judiciales.

15.- Redondeo al alza: “Si la suma del tipo de interés de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un octavo de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo más cercano de dicho octavo de punto porcentual”

16.- Vencimiento anticipado por parte del prestamista por incumplimiento puntual de alguna de las condiciones por parte del prestatario y avalistas, como la disminución de solvencia de prestatario, perdiendo así el pacto del plazo de amortización del préstamo. Razones de pérdida de solvencia: Concurso acreedores, etc..., y por incendio de finca, cuando en la estipulación le obliga al prestatario a suscribir un seguro precisamente de incendios..

17.- Cuota Final. Cuota final de hasta el 30% del capital prestado, generando una falsa creencia al consumidor de que su cuota mensual es más baja de lo que realmente es, ya que en realidad se está aplazando con cada cuota hipotecaria un 20 o 30% del principal prestado, según el caso, porcentaje que genera intereses hasta el final, y que se paga en una última cuota al final de la vida de la hipoteca, y posiblemente de la vida del hipotecado, que con una edad muy avanzada, y seguramente con una capacidad económica menor debe afrontar una "súper cuota" si no quiere incumplir con el contrato de préstamo suscrito, y arriesgarse a que el banco inste un procedimiento de ejecución hipotecaria como el presente, después de haber estado cumpliendo puntualmente durante 20, 30 o 40 años, según el caso, con el pago de su hipoteca.

Esta cláusula, al no haber sido debidamente informada al consumidor, debe considerarse abusiva, ya que si el prestatario hubiera sabido que la última cuota suponía un porcentaje tan alto del capital prestado, no hubiera suscrito este tipo de hipoteca.

18.- Motivos de oposición por la determinación y manipulación del Euribor:

Importantes irregularidades en la determinación del Euribor llevaron a la Comisión Europea a abrir un expediente para investigar las presuntas irresponsabilidades cometidas por las entidades bancarias en su confección, tal como en la correspondiente Memo 11/711 de 19 de octubre de 2011, en la que la Comisión Europea anunciaba el inicio de las investigaciones:

“La Comisión Europea puede confirmar que, a partir del 18 de octubre de 2011 funcionarios de la Comisión llevaron a cabo inspecciones sin previo aviso en las instalaciones de empresas activas en el sector de productos financieros derivados vinculados a la Euro Interbank Offered Rate (EURIBOR) en algunos Estados miembros. La Comisión teme que las empresas en cuestión pueden haber violado las normas comunitarias de defensa de la competencia que prohíben los cárteles y las prácticas comerciales restrictivas (Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo)”.

Allí se evidenció qué constituye una manipulación del mercado prohibida, actuaciones tales como enviar órdenes sin la intención de operar, solo para perturbar un sistema de intercambios (quote stuffing). Se definió, a su vez, que deben considerarse abuso del mercado todas aquellas operaciones con instrumentos financieros realizadas por una persona que posee información privilegiada y que puede influir en los precios en relación con esos instrumentos.

En efecto, la manipulación del índice Euribor por parte de las entidades bancarias que componen la Federación Bancaria Europea, hoy, es un hecho notorio que ha sido ampliamente divulgado en la prensa, reconocido por más de una entidad como es el caso de Barclays cuando el pasado día 27 de junio había reconocido la manipulación y aceptado el pago de una sanción millonaria al llegar a un acuerdo con el Departamento de Justicia Americano en el que abiertamente reconocía la manipulación del índice que pretende aplicar la adversa y, para cerrar la investigación, fue multado con más de 450 millones de dólares (347 millones de Euros) por haber manipulado el Libor y su equivalente europeo el Euribor, o el de UBS (Unión de Bancos Suizos), cuya multa ha ascendido a 1.400 millones de francos (1.170 millones de Euros), lo que supone un reconocimiento de que la manipulación del índice ha existido y ha sido real.

Por otro lado, el deseo de asegurar la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada ha desembocado en una excesiva complejidad, cuando no inteligibilidad, del mecanismo negocial instrumentado, en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales con el consiguiente detrimento de la equidad que ha de amparar al consumidor, siendo éste incapaz de discernir cabalmente la cantidad de riesgo asumido.

En primer lugar, decir que al establecer el tipo de interés variable como Euribor no se explicó con suficiente claridad y sencillez al hipotecado en qué consistía dicho índice variable, ni se detallaba de forma comprensible cómo se calculaba, ni se decía quién realizaba los cálculos ni quién supervisaría la realidad de las operaciones tomadas como base de dichos cálculos ni quién garantizaría la exactitud de las operaciones realizadas para su cálculo, habiendo mi mandante aceptado dicho índice en base a promesas y explicaciones verbales que finalmente han resultado no ser ciertas. La definición e información que se daba era que el Euribor consistía, en:

La media aritmética simple de los valores diarios de los días de mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos a un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURIBOR). Como se define por el anexo VIII apartado 7 de la Circular 8/90 del Banco de España.

En segundo lugar, al haber tratado de comprender qué es el Euribor con un mínimo de seriedad, se ha podido comprobar que las entidades bancarias

ofrecen tablas en las que se publica el Euribor resultante, pero ninguna entidad bancaria ni organismo nacional o supranacional ha sabido facilitar los datos concretos que se han utilizado para realizar las operaciones que permitan comprobar si el Euribor ha sido correctamente calculado o no, lo que supone una enorme falta de transparencia por parte de la entidad tanto respecto a mi mandante, que es parte en el contrato, como respecto al Banco de España, al Boletín Oficial del Estado y al mismo estado español, en cuanto que son los organismos a los que se facilita dicho dato sin permitirle comprobar la corrección de las operaciones de cálculo ni la existencia o no de las operaciones que sirven de base a dicho cálculo, lo que supone por un lado una falta de transparencia que impide conocer una parte esencial del contrato tanto al hipotecado como a quienes avalan con su nombre y reputación la validez del Euribor, es decir el estado español, el banco de España y el Boletín Oficial del Estado.

Por último, añadir que dicha opacidad en el cálculo del Euribor, así como el hecho de que dicho cálculo sea filtrado por la Federación Europea de Bancos (EBF), no siendo ésta un organismo de derecho público, sino una asociación sin ánimo de lucro, una persona jurídica privada, constituida al amparo de la Ley de Asociaciones del estado Belga, hace que un elemento que debería ser transparente y aleatorio, sea opaco y pueda depender de la voluntad privada de una de las partes en asociación con entidades bancarias similares a ella, lo que resulta contrario los Art. 101 del Tratado de la Comunidad Europea, al 1256 Código Civil y a la norma sexta apartado 7 letra "a" de la Circular 8/1990, modificada por las circulares 5/1994 y 7/1999, respecto a la prohibición de que una de las partes pueda influir en el precio, o en el interés como precio del dinero, al 1258 del Código Civil respecto a exigencia de buena fe en los contratos, al 574.1 LEC sobre la necesidad de detallar las operaciones de cálculo que determinen la cantidad reclamada, así como, por lo que resultará de aplicación el Art. 695.1º.2 LEC respecto a la excepción de error en la determinación de cantidad reclamada siendo que el tipo aplicado como Euribor debe ser considerado de importe cero al no acreditarse la existencia de las operaciones de contado utilizadas para el cálculo del mismo y por consiguiente, la nulidad de dicha cláusula por resultar opaca, incomprensible e improbable, adjetivos éstos diametralmente opuestos al deber de transparencia que debería existir en estas cláusulas, con todos los efectos inherentes a la nulidad de las mismas y el correspondiente derecho a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

Hay documentación publicada en el sitio web "opeuribor.es" que acredita estos extremos, y que se cita a los efectos probatorios oportunos, reservándose

esta parte el derecho a aportar dicha documentación en caso de que alguno de los hechos que motivan esta alegación sean cuestionados por la ejecutante.

5.- Comparecencia.- Una vez cursado el escrito promoviendo el incidente de oposición extraordinario por cláusulas abusivas, el Juzgado citará a las partes a comparecencia en la que se discutirá sobre lo alegado. Tras la comparecencia el Juzgado resolverá mediante Auto definiendo las consecuencias la existencia de cláusulas abusivas en la hipoteca. Contra este Auto sólo cabrá recurso en caso de que el Juzgado aprecie la existencia de tales cláusulas, por lo que “de facto”, la Ley 1/2013 impide el recurso en caso de que a la parte ejecutada no se le dé la razón. Entendemos que en este último caso cabe Incidente de Nulidad de Actuaciones por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y posterior Recurso de Amparo al Tribunal Constitucional.

6.- OTRAS CUESTIONES

SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE INTEGRAR CLÁUSULAS DECLARADAS ABUSIVAS

Debes tener en cuenta, para que conste en tu escrito y en la comparecencia que el Juez no tiene facultad alguna para integrar en el contrato cláusulas que se declaren nulas. Al contrario, dichas cláusulas no pueden subsistir debiendo ser eliminadas completamente del contrato sin producir efecto alguno. Así lo establece el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La doctrina del TJUE es muy clara en este sentido. Señalamos entre otras, **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Primera) de 14 de junio de 2012. Asunto C 618/10:**

Fallo: “ 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.**”