



## RENEGOCIACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

**Agosto 2016**

"Si quieres decirle a la gente la verdad, sé divertido o te matarán".

**Billy Wilder**



Muchas parejas y matrimonios con problemas en su relación llevarán a efecto su ruptura tras este período estival. Esta crisis personal suele conllevar también dificultades económicas para la pareja.

Un abogado experto en derecho bancario y de la pareja puede ayudar a salvar la crisis económica derivada de dicha ruptura, cuando la pareja está vinculada por un préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar.

Sobre la iniciación en la negociación de unas condiciones más favorables de dicho préstamo trata la presente aportación.

## **I.- LA NOVACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO PUEDE INTERESAR A TODOS LOS AFECTADOS**

No sólo al prestatario puede interesarle una modificación más favorable de las condiciones del préstamo.

Si lo solicitamos con un enfoque adecuado, a la entidad prestamista puede interesarle la novación del préstamo hipotecario.

Un motivo para una negociación, a fin de evitar perder una operación de activo, sería que económicamente fuere rentable la subrogación en el préstamo por otra entidad crediticia<sup>1</sup>.

Cabe también que a la entidad crediticia le interese pactar la novación del préstamo, si de sus condiciones deduce que conforme a la jurisprudencia actual puede tener dificultades a la hora de ejercitar la garantía hipotecaria en caso de impago del mismo.

Por ejemplo, si los intereses inicialmente pactados fueron leoninos, y consecuentemente podría ser de aplicación la Ley de 23 de julio de 1908, o bien si los mismos se referenciaron con relación a un índice abusivo<sup>2</sup>; o cuando los intereses remuneratorios exceden de

---

<sup>1</sup> Para ello debemos hacer cálculos del coste que nos acarrearía la subrogación, contando que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, exime del pago del impuesto de actos jurídicos documentados a las escrituras de subrogación que se efectúen conforme a la misma, y que también limita el cobro por parte de la prestamista de intereses por cancelación anticipada, dependiendo de cuando se hubiere concertado el préstamo, y si es préstamo a interés variable o fijo. A los honorarios notariales y derechos registrales de las escrituras de subrogación, se aplica el arancel con las reducciones que establecen para este caso y tomando como base de cálculo el 70% del capital.

<sup>2</sup> En la actualidad el Índice de referencia oficial recomendado por el Banco de España para los préstamos hipotecarios y de consumo, y el utilizado en las revisiones hipotecarias es el Euribor Hipotecario.

Para calcularlo, todos los días se solicita a los bancos de referencia que envíen sus tipos de interés actuales. A partir de ellos, se realiza el cálculo del nuevo valor del EURIBOR, para lo cual se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés estudiados y se realiza la media aritmética del resto de valores. El resultado

la función que les es propia<sup>3</sup>, o comúnmente cuando existen cláusulas nulas por su formación o por ser contrarias a una norma indisponible, o cláusulas abusivas<sup>4</sup>.

Un buen acuerdo novatorio con la entidad, que incluso podría verse como utópico, pero por plantearlo nada perdemos, sería pactar que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, posibilidad que prevé el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. Este acuerdo evitaría una responsabilidad personal ilimitada por la deuda, prevista en el artículo 1911 del CC, y la extensión de la responsabilidad a los terceros fiadores solidarios (si los hubiera), y posibilitaría en su caso una dación en pago voluntaria.

---

se redondea al número de tres decimales más próximo al valor del promedio. Se publica el día 20 de cada mes en el BOE.

Pero en los años 90 se introdujo el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), que corresponde al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedido por los Bancos, Cajas de Ahorros o teniendo en cuenta todas las entidades. Ha habido tres variantes del IRPH. Estos índices eran susceptibles de influencia por la propia entidad que los fijaba, en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

En el año 2013, mediante la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se eliminaron las dos variantes de IRPH de Bancos y Cajas, estando vigente actualmente únicamente el IRPH de Entidades.

Se están produciendo reclamaciones por consumidores, respecto de los préstamos referenciados a este índice, incluso ha habido pronunciamientos a favor de la inaplicación del IRPH, como las sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 25 de marzo de 2015, declarando nula por abusiva la referencia al Índice IRPH, o la Sentencia 156/2014, de 29 de abril, del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de San Sebastián, que declaró la nulidad de la cláusula del contrato que estableció como tipo de interés el IRPH- CAJAS, al entender que la misma vulneraba el artículo 8 de la ley de Condiciones generales de la Contratación y artículo 6.3 Código Civil.

<sup>3</sup> Como sería si por ejemplo el interés ordinario o remuneratorio es superior al interés moratorio.

<sup>4</sup> Por ejemplo, por aplicación de la doctrina jurisprudencialmente sentada sobre una cláusula suelo. (SSTS 241/2013, de 9 de mayo y 139/2015, de 25 de marzo).

También el **RDL 6/2012 de 9 de marzo**, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, prevé la posibilidad de una dación de la vivienda en pago con eficacia solutoria.

El Real Decreto-Ley 6/2012, publicado en el BOE de 10 de marzo de 2012, con entrada en vigor al día siguiente, prevé dicha **dación de la vivienda habitual** para los deudores que designa, entre los que se encuentra los que están al borde de la exclusión social y las víctimas de violencia de género.

El citado Real Decreto 6/2012 permite esta dación en pago si se llega a una tercera fase del proceso de reestructuración de la deuda que prevé. Estas fases son: a) refinanciación o, lo que es lo mismo, reestructuración viable de la deuda hipotecaria, lo cual no podrá ser solicitado por aquellos deudores que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución, una vez producido el anuncio de la subasta; b) posibilidad de que el deudor en cuestión plantee a la entidad una quita, con respecto al capital pendiente de amortizar, lo cual podrá o no podrá ser aceptado por la entidad acreedora; y c) finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores resultase fructífera, el deudor podrá solicitar la **dación en pago de la vivienda**, como medio liberatorio de la deuda, pudiendo permanecer en la misma, en régimen de alquiler, durante el plazo de los dos años siguientes a este suceso, abonando una renta asumible.

La novación del contrato de carácter modificativo según la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, se corresponde a la primera fase prevista en el RDL 6/2012 de 9 de marzo.



## **II.- UNA FORMA DE INICIAR LA NEGOCIACIÓN PARA LA NOVACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO**

El control judicial sobre la transparencia en la negociación del préstamo hipotecario no se extenderá a las condiciones del préstamo hipotecario, aunque contenga condiciones abusivas<sup>5</sup>, si el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario (Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio, Roj: STS 2550/2016).

Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión<sup>6</sup>.

La matización anterior es importante, pues en los préstamos hipotecarios con consumidores, como van a ser la mayoría de las

---

<sup>5</sup> La Ley General de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril, -LCGC-, aplicable a los contratos de préstamo hipotecario entre consumidores y entidades crediticias, distingue entre condiciones generales y cláusulas abusivas.

En su Exposición de Motivos, la LCGC señala que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general.

Una cláusula abusiva puede ser una condición general del contrato (la impuesta por la entidad predisponente al prestatario en la escritura tipo de préstamo hipotecario), o no (impuesta por el empresario en un único contrato a un consumidor, cuando no ha sido negociada individualmente).

<sup>6</sup> Lo relevante para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores es el destino de la operación, no las condiciones subjetivas del contratante (STJUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

El artículo 3 del vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre -Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-, establece el concepto general de consumidor y de usuario en los términos siguientes: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

El préstamo hipotecario para la compra de la vivienda habitual siempre está sometido a la normativa de consumo.

parejas que se separan o divorcian, si no hubo transparencia en la introducción de las condiciones en el préstamo hipotecario, la entidad prestamista puede tener serias dificultades para la ejecución de la garantía, y consiguientemente sería un motivo que determinaría un interés mutuo en iniciar una negociación novatoria de sus condiciones.

Aunque el préstamo hipotecario inicial para la compra de la vivienda habitual en que se incorporó la cláusula controvertida, se hubiera ampliado, también puede aplicarse la normativa sobre protección de consumidores al dicho préstamo inicial (STS de 3 de junio de 2016 -Roj: STS 2401/2016-).

El examen del abogado de la condición del préstamo hipotecario, a los efectos de enfocar la negociación, es fundamental.

Cualquier miembro de la pareja, como consumidores, puede iniciar el proceso de revisión del préstamo hipotecario en su caso, solicitando al Servicio de Atención al Cliente o Defensor del Cliente de la entidad financiera, toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones relativas a dicho préstamo.

La entidad crediticia tiene obligación de entregarla y conservarla al menos durante el período en de duración de las normas sobre prescripción (20 años para las acciones hipotecarias y 5 años para las personales).

La entrega al cliente del contrato es una obligación legal impuesta a la entidad por la normativa de transparencia (norma 6.<sup>a</sup> de la CBE n.º 8/1990 y número 7.º de la Orden de 12 de diciembre de 1989, y actual Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, que sustituye a la anterior Orden de 5 de mayo de 1994, y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de

España), y así lo ha resuelto reiteradamente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Finalizo este trabajo amigo lector con algo que me contaron relativo al peso de los aspectos personales y materiales en la negociación de las rupturas de parejas:

*Cuentan que un famoso abogado fue invitado a pasar sus vacaciones a casa de un amigo arquitecto que se trasladó a vivir a Ibiza, y se sorprendió al ver que, pese a que sabía que era un profesional cotizado, se había comprado un modesto apartamento, y estaba prácticamente vacío, con lo estricto para trabajar, dormir y cocinar.*

*- ¿Qué pasó con tus muebles le preguntó?*

*El arquitecto amigo rápidamente le contestó con otra pregunta:*

*-¿Y donde están los tuyos?*

*-¿Los míos? – se sorprendió el invitado-, ¡pero si he venido a visitarte y estoy aquí de paso!!*

*- Yo también..., concluyó el amigo.*



