

## **El desequilibrio ante la información como causa que agrava aún más la delicada posición de la ciudadanía ante el sector bancario en época de crisis.**

M<sup>a</sup> José Fdez de Landa  
ARARTEKO

1. Muchos han sido los ciudadanos y las ciudadanas que en los últimos años han hecho llegar a la institución del Ararteko, tanto por escrito como de forma oral, su desacuerdo y su **sensación de desprotección**, ante la actuación de algunas entidades bancarias.

Aunque no nos encontramos propiamente ante conflictos en los que se vean afectadas administraciones públicas vascas, esta institución está colaborando con todos los agentes implicados, para que se pueda avanzar en la protección de las personas afectadas.

El Ararteko no tiene atribuidos poderes de investigación para determinar si la actuación que realizan las entidades financieras es conforme al ordenamiento jurídico o a códigos deontológicos de conducta. A esta institución no se le han atribuido facultades para determinar si las actuaciones de las entidades bancarias y financieras han comportado engaño, cláusulas o actitudes abusivas, ocultación de información o información insuficiente o deficiente, etc. que pudieran acarrear la nulidad de los contratos.

Las facultades de investigación del Ararteko, a través de la herramienta de la queja, se pueden emplear en los casos en los que la actuación objeto de la queja la haya realizado una administración pública vasca.

2. Como consecuencia de la grave **crisis económica** que atraviesa nuestra sociedad, se están poniendo de manifiesto una serie de problemas y situaciones muy complicadas que afectan a las familias y que están comprometiendo la propia subsistencia económica de estas personas.

A la difícil situación que viven muchos hogares como consecuencia del incremento paro, de la precariedad e inestabilidad laboral y económica, se unen las consecuencias que se manifiestan hoy de las relaciones contractuales que estas personas y familias suscribieron con entidades financieras.

Unas entidades financieras que, hemos de tener presente, que han recibido fondos públicos, en teoría, o eso es lo que se nos ha transmitido, para que destinen esos recursos para favorecer el crecimiento económico, esto es, que fluya el crédito hacia las empresas y los ciudadanos particulares. Sin embargo, no parece que este haya sido el destino de esas grandes cantidades de fondos públicos que se han puesto a disposición de las entidades bancarias para reflotarlas.

La justificación que se esboza para este trasvase de fondos públicos hacia estas entidades privadas con ánimo de lucro, como son los bancos, es que el interés general exigía que el sistema financiero se sanease.<sup>1</sup>

La actividad económica que desarrolla el sector bancario no encaja dentro del concepto de servicio público. Sin embargo, sí es una actividad con un gran impacto en el interés general y con una amplia regulación administrativa. Ello ha permitido que la doctrina científica la califique como una actividad privada de interés general y, por ello, debe ser supervisada, por entidades independientes de la propia actividad bancaria.

A pesar de ello, las y los ciudadanos asistimos desbordados e inermes a la aparición de situaciones de gran vulnerabilidad y desprotección derivadas de la adquisición de productos y servicios bancarios, así como de prácticas bancarias que están provocando efectos no controlados y de una terrible incidencia en la vida familiar. Esta situación alcanza su máxima gravedad con las ejecuciones hipotecarias.

**3. La ejecución hipotecaria ha de analizarse necesariamente desde la perspectiva del derecho a la vivienda,** como un derecho constitucionalmente protegido, por lo que, frente a su pérdida, por causas sobrevenidas y ajenas al ámbito de decisión e intervención de la persona afectada, la Administración viene obligada a articular medidas que sustenten ese derecho fundamental a favor del consumidor de buena fe.

Ahora bien, este acercamiento también ha de realizarse desde la **óptica de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.** La vivienda es el bien a cuya adquisición una familia destina la mayor cantidad de recursos y no puede estar menos protegida para la persona consumidora que la adquisición de un bien mueble a plazos.<sup>2</sup>

En estos dos últimos años hemos asistido a la aprobación de tres nomas, que han intentado abordar el drama de los desahucios, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y más recientemente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Estas normas recogen aspectos positivos que se han de valorar (medidas de reestructuración de la deuda hipotecaria, moderación de los intereses de demora,

---

<sup>1</sup> 13/10/2008 Público.es 30.000 millones de € ampliables a 50.000, dinero fresco para conceder créditos

<sup>2</sup> Art. 11 de la Ley 28/1998 de 13 de julio reguladora de la venta a plazos de bienes muebles, autoriza al juez a conceder una moratoria en cuanto al pago de las cuotas con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios. *(Artículo 11 Facultad moderadora de Jueces y Tribunales "Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador".)*

medidas fiscales, suspensión de los lanzamientos, creación de un fondo social de viviendas para facilitar el acceso de estas familias a contratos de arrendamiento con rentas asumibles...); sin embargo, no parece que estén sirviendo para dar una respuesta adecuada a todas las personas y familias que viven en primera persona este terrible problema, a pesar de que la Ley 1/2013 incide en un aspecto que ya ponía de manifiesto el Real Decreto-ley 27/2012 en su Exposición de Motivos que *"la tasa de morosidad en nuestro país es baja"* y de que por *"circunstancias excepcionales, (los deudores) han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección"*

La suspensión de los lanzamientos por un período de dos años sólo va a beneficiar a las personas y a las familias que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y que, además cumplan la relación de requisitos de carácter económico que enumera la Ley.

Es creciente el número de personas que acuden al Ararteko, angustiadas por el hecho de haber perdido la vivienda y de seguir debiendo a la entidad financiera sumas importantes de dinero que no pueden pagar como consecuencia de un accidente, por haberse quedado en paro, haberse roto su relación de pareja, etc.

Esta institución ha defendido que se ha de favorecer la dación en pago, como vía de extinción de la toda responsabilidad asumida con la suscripción de un crédito hipotecario, al menos, cuando afecta a la vivienda habitual y ha recomendado que se establezca una moratoria en el pago del préstamo, cuando por causas sobrevenidas, el prestatario de buena fe se encuentre en circunstancias de gran dificultad.

Frente al sobreendeudamiento familiar, la prioridad de los poderes públicos debe ir orientada a articular medidas que permitan que el deudor devuelva el préstamo, pero, al mismo tiempo, conserve, siempre que sea posible, la vivienda. La pérdida de ésta debería ser siempre la última opción, ya que el espacio habitacional es una condición necesaria para el libre desarrollo de la personalidad y constituye un elemento de salvaguarda frente a la exclusión social.

Asimismo, se debería propiciar por parte de los poderes públicos que se suscriban los contratos de préstamo hipotecario sobre la exclusiva garantía del propio bien hipotecado. Esta previsión ya la contemplaba y contempla el art. 140 de la Ley Hipotecaria.

Esta limitación de la responsabilidad al concreto bien hipotecado podría haber beneficiado a muchas familias, que por desconocimiento de las personas prestatarias y porque los contratos de préstamo hipotecarios son auténticos contratos de adhesión, en los que la capacidad de negociación que tenemos las y los ciudadanos se limita a aspectos muy puntuales, no ha desplegado la virtualidad que, quizás, podría haber llegado a adquirir.

Sin embargo, los contratos de préstamo se han ofrecido por las entidades bancarias reforzando al máximo las garantías de ejecución y por tanto, sobre la base de la responsabilidad universal del deudor (arts. 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 CC).

Las entidades bancarias se han servido de su posición privilegiada tanto en la negociación y como ante la información, para asegurarse las máximas garantías en caso de impago.

4. Esta **asimetría, este desequilibrio entre la información** que se proporciona a las personas adquirentes de los productos financieros y la que dispone la entidad bancaria se pone de manifiesto en la mayoría de las reclamaciones que nos plantean los y las ciudadanas y que afectan al sector bancario. Este es el denominador común de muchas consultas y dudas que nos han remitido los y las ciudadanas sobre el cobro de comisiones bancarias, compra de participaciones preferentes, adquisición de aportaciones financieras subordinadas, establecimiento de cláusulas suelo, índice de referencia de préstamos hipotecarios IRPH Cajas o intereses de demora cercanos al 20% en los contratos de préstamos hipotecarios suscritos.

El gran desequilibrio de las partes ante la información ha tratado de ser paliado por la propia legislación bancaria, que, además, ha creado órganos especializados de control (Banco de España, CNMV). Sin embargo, la realidad se impone y deja de manifiesto que estos órganos no han actuado con la celeridad que deberían haber desplegado.

Ahora bien, se ha de tener presente, además, que la persona que adquiere un producto financiero no pierde por ese hecho su condición de persona consumidora y por tanto, que el sistema de defensa que establece la normativa sectorial en materia de consumo le debe ser de aplicación. Abordar la actividad bancaria desde la perspectiva del derecho al consumo y el marco de protección a la persona consumidora que este ofrece es algo muy novedoso.

El sistema de protección en materia de consumo está basado en la idea de que la persona consumidora se halla en una situación de inferioridad respecto del profesional tanto en relación con su capacidad de negociación como en relación con la información de que dispone y en consecuencia, pretende subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

Un derecho esencial de las personas consumidoras y usuarias es el *“derecho a recibir una información veraz, completa, objetiva y comprensible sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su disposición, con indicaciones para su correcto uso o consumo y advertencias sobre los riesgos previsibles que su utilización o consumo implique, de tal forma que puedan realizar una elección consciente y racional entre los mismos y utilizarlos de una manera segura y satisfactoria.”* (art. 14.1 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias).

Este desequilibrio en el acceso a la información tanto en el momento de la contratación como en sus fases previas están afectando al día a día de las familias y están comprometiendo las posibilidades de hacer frente puntualmente al pago de préstamos hipotecarios o a la liquidez familiar, porque, en estos momentos, no se puede obtener el reembolso de la inversión realizada, en las condiciones que se consideraban pactadas, etc.

Se ha de reconocer, además, que las resoluciones judiciales que han recaído no siempre han servido para resolver definitivamente el problema. Sí, al menos, están sirviendo al empoderamiento de la ciudadanía ante este tipo de prácticas y en consecuencia, a que se planteen las demandas ante los órganos jurisdiccionales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que resuelve el tema de las **cláusulas suelo** resulta paradigmática, porque no declara con carácter general la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas, pero sí declara que son nulas las cláusulas suelo que contenían los contratos suscritos por los consumidores y que constituían el objeto de ese procedimiento por falta de transparencia<sup>3</sup>. Esto es, el Tribunal Supremo las declara nulas porque se ha creado la apariencia de un contrato a interés variable, por falta de información suficiente sobre un elemento definitorio del contrato, por la ausencia de simulaciones de escenarios económicos diversos, por la inexistencia de una advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad, etc. Esta sentencia, además, conmina a las entidades afectadas a cesar en la utilización de estas cláusulas, pero no reconoce efectos retroactivos, pues considera que la retroactividad de la sentencia generaría un riesgo de trastorno grave al orden público económico.

Con fecha 3 de junio el TS dictó un Auto aclaratorio en el que incide en que las cláusulas suelo no negociadas individualmente son lícitas siempre que sean transparentes, de acuerdo con una serie de circunstancias y parámetros que no tienen carácter taxativo, y refuerza la idea de que el consumidor debe ser informado con carácter previo y de manera cumplida sobre el alcance y consecuencias de las cláusulas suelo, para que pueda adoptar con criterio su decisión.

Los ciudadanos y ciudadanas denuncian también una información sesgada, no clara, cuando no engañosa, en torno a las características de instrumento de inversión, como son las denominadas **aportaciones financieras subordinadas de Eroski y Fagor**, que han sido comercializadas por diversas entidades bancarias.

Dado que los productos financieros, en el caso que nos ocupa las aportaciones subordinadas, han de ser supervisados y autorizados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), organismo ligado al Ministerio de Economía y Competitividad, trasladamos la cuestión planteada a la institución del Defensor del Pueblo de España, para que analizase la actuación de dicho organismo. Remitimos a la citada defensoría la queja de las personas afectadas, que nos indicaban que la comercialización de este producto financiero se había realizado sin haberles proporcionado una información adecuada sobre sus características, en particular, su carácter perpetuo y que en el momento presente (en el que muchas de las familias afectadas tienen necesidad de disponer de los ahorros depositados en estas aportaciones subordinadas) se encontraban con que no podían recuperar las cantidades invertidas.

Todo ello en un contexto en el que está sucediendo fallos judiciales y laudos arbitrales que inciden en que en la comercialización de las llamadas participaciones preferentes (un producto que presenta similitudes con las aportaciones

---

<sup>3</sup> BBVA; Cajamar y NCG Banco

subordinadas) se han producido casos de información insuficiente o deficiente, cuando no engaño, por parte de algunas entidades financieras, que han abusado de la confianza que los clientes habían depositado en ellas y les han inducido a adquirir estos productos financieros, cuando las personas contratantes no tenían los conocimientos ni la experiencia necesarios en el ámbito de la inversión para comprender los riesgos y las obligaciones inherentes a las operaciones que estaban suscribiendo.

Es conocido que la CNMV ha abierto varios expedientes sancionadores por mala comercialización de productos financieros<sup>4</sup>. Asimismo, la Defensoría del Pueblo de España ha elevado un conjunto de recomendaciones a la CNMV, al Banco de España y al Ministerio de Economía.<sup>5</sup>

Cabe la posibilidad, según las condiciones de este producto financiero, de que la empresa emisora (en el caso que nos ocupa, Eroski y Fagor) pudiera amortizar la emisión anticipadamente, de forma total o parcial, transcurrido un período mínimo de 5 años desde la fecha del desembolso. No obstante, esa posible amortización anticipada derivará exclusivamente de la voluntad de las entidades emisoras.

Por otra parte, si se desea vender las aportaciones hay que esperar a que existan órdenes de compra para que se pueda ejecutar la venta. Es decir, se ejecutará la venta en la medida en que exista una demanda y según los términos de ésta.<sup>6</sup>

Esta información limitada que denuncian las personas afectadas contrasta con las obligaciones de información que impone la legislación bancaria, de forma clara a partir del año 2007. Ese año se aprobó la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y mediante la que se traspuso al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre mercados de instrumentos financieros (MiFID).

Esta regulación ha profundizado en la protección a los clientes, incrementando y precisando las obligaciones de las entidades bancarias. Entre estos deberes, cabe subrayar aquel según el cual se ha obligado a las entidades financieras a clasificar a sus clientes en función de sus conocimientos financieros, con el fin de diferenciar el comportamiento que se debe adoptar frente a ellos. Así, la ley distingue entre clientes profesionales y clientes minoristas, e impone a las entidades que prestan servicios de inversión que se comporten con diligencia y

---

<sup>4</sup> 29-5-2013 hace público que la CNMV va a sancionar a 9 grupos financieros por la venta de participaciones preferentes y deuda subordinada (Bankia, NGC) 22 incumplimientos de la normativa, que afectan a falta o incorrecta acreditación de la conveniencia, inadecuada gestión del conflicto de intereses, información inadecuada.

<sup>5</sup> *Estudio sobre participaciones preferentes*. Defensor del Pueblo, marzo de 2013

[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido\\_1363251759639.html](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1363251759639.html)

<sup>6</sup> Una práctica que ha venido operando ha sido la recompra de la aportación, al cien por cien de su valor nominal, cuando el cliente lo solicitaba, y luego se vendía a otro cliente por ese precio, comunicando esa transmisión en el mercado AIAF (Mercado de Renta Fija SA). En el año 2010 la CNMV recomendó que las operaciones de compra y venta de estos instrumentos de inversión se realizase en un mercado transparente, multilateral y organizado como es el mercado SEND, que es una plataforma electrónica de negociación de renta fija destinada al inversor particular y cuyo funcionamiento resulta más familiar para los inversores minoristas, pues es similar al de la Bolsa. Es a partir de ese momento cuando empiezan a surgir dificultades con las transmisiones. Eroski y Fagor cotizan, desde julio de 2012, en la plataforma de negociación SEND.

transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

En este marco, resulta básica la obligación de informar que pesa sobre las entidades financieras que prestan servicios de inversión y que se intensifica en relación con el cliente no profesional, a quien deben mantener, en todo momento, adecuadamente informado sobre el instrumento financiero contratado y los posibles riesgos inherentes a la operación. Pero, además, en la fase previa a la celebración del contrato, se les obliga a asegurarse de los conocimientos, experiencia financiera y objetivos perseguidos por el cliente, mediante una evaluación de conveniencia o idoneidad (test de conveniencia).

Se ha de tener presente que ya el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que se aprobó con el objeto de contribuir a la transparencia de los mercados y a la protección de los inversores, imponía el deber de proporcionar toda la información relevante para que los inversores conformasen su voluntad con pleno conocimiento. Así, regulaba en su artículo 16 el deber de información sobre las operaciones realizadas y precisaba que *“dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes.”*

En el anexo de esta disposición, se recogía un código general de conducta de los mercados de valores, en cuyo art. 5.3 se señalaba que: *“La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.”*

Por su parte, el art. 1.265 del Código Civil señala que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*. *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...”* (art. 1.266 CC)

Añade el Código Civil que *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

*1º Consentimiento de los contratantes.*

*2º Objeto cierto que sea materia del contrato.*

*3º Causa de la obligación que se establezca”* (art. 1.261 CC).

Asimismo, aunque el Código Civil no lo recoge expresamente, el error debe ser excusable, esto es, se ha de tratar de un error que no se pudo evitar empleando una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

En consecuencia, deviene crucial para la propia existencia y validez del contrato que el consumidor disponga de la información adecuada y necesaria que le permita comprender el producto, así como las obligaciones que han contraído las partes

contratantes y los derechos que se derivan para ambas partes de esa concreta operación.

Estamos asistiendo en los últimos meses a una sucesión de pronunciamientos de los tribunales muy decididos y muy críticos con las actuaciones de determinadas entidades bancarias, a través de los que se ha reconocido, en función de los casos, bien la responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados de la mala inversión aconsejada al cliente, o bien se ha declarado la nulidad de los contratos de compraventa de *"preferentes"*, por vicios en el consentimiento, al haberse acreditado que la entidad financiera incumplió su obligación precontractual de información y porque, en consecuencia, el consentimiento de las partes fue prestado de forma errónea, al desconocer éstas totalmente las características y el objeto de las órdenes de compra suscritas.

Estas resoluciones, que se ha de reconocer que no recogen una postura unánime de los tribunales de justicia, se han hecho eco de que las personas afectadas destacan que la inversión en estos productos se realizó porque desde las entidades bancarias se les aconsejaba su adquisición. En estas decisiones judiciales, más protectoras de los intereses de los inversores, ha adquirido gran relevancia el perfil del inversor: una persona inexperta, con un carácter conservador en sus inversiones, con desconocimiento en la materia y que no está al corriente de la gran cantidad de productos existentes en el mercado. Pese a ello, desde las entidades comercializadoras se ha manifestado que los contratos celebrados se limitaban a una intermediación en la adquisición de las *participaciones preferentes* y por tanto, que nunca se suscribió un contrato de asesoramiento financiero.

La carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero.

El Parlamento Vasco, mediante una proposición no de ley aprobada en el Pleno celebrado el 28 de febrero de 2013, instó a Kontsumobide-Instituto Vasco de Consumo a que interviniese de oficio con el fin de resolver dos cuestiones en los conflictos que se hayan producido entre los clientes que adquirieron activos financieros de riesgo o similares y las entidades financieras y empresas que los hayan comercializado o emitido: por una parte, para aclarar si la información ofrecida fue suficientemente concreta y clara, si pudo inducirlos a confusión y si puede considerarse engañosa; y, por otra, para encontrar soluciones a las reclamaciones de devolución de la inversión de los afectados, teniendo en consideración las propuestas de las partes.

En estos momentos Kontsumobide está actuando, haciendo uso de sus competencias de mediación, en el análisis de varios centenares de casos, en los que están trabajando las y los profesionales del citado Instituto Vasco de Consumo. Esta mediación aglutina a las tres partes afectadas: las personas consumidoras, las empresas emisoras y las entidades financieras comercializadoras de aportaciones subordinadas.

La existencia de un número considerable de personas que han denunciado no haber sido debidamente informadas sobre las características de las aportaciones financieras subordinadas, personas muchas de ellas clientes minoristas de las entidades bancarias sin experiencia previa en inversiones, debe comprometer a las



entidades concernidas y a las administraciones y organismos competentes a obrar con la máxima diligencia y responsabilidad, con el fin de esclarecer el proceso que condujo a la suscripción de estos productos financieros y averiguar si la información aportada fue suficientemente clara, concreta y de fácil comprensión para los clientes en el momento de la contratación y sus fases previas. Para ello se han de analizar los casos concretos.

Sin perjuicio del uso de la vía judicial por parte de las personas que reclaman la devolución de las cantidades invertidas en las aportaciones financieras subordinadas, los poderes públicos, y en especial el Gobierno Vasco, ha de disponer de los medios precisos para que las vías de la mediación y del arbitraje que gestionan Kontsumobide y la Junta Arbitral, respectivamente, resulten ágiles y eficaces.

Varias familias vascas se han puesto en contacto con esta institución, para trasladarnos su desacuerdo y preocupación con la actuación seguida por una entidad bancaria integrada en Kutxabank, porque mantiene la vigencia del índice **hipotecario IRPH Cajas** y con el Ministerio de Economía y Competitividad, porque no ha aprobado, hasta la fecha, el régimen de transición, al que alude la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Estas familias en sus escrituras tienen recogida una estipulación que establece el tipo de interés variable que resultará aplicable hasta que se amortice íntegramente la deuda garantizada con la hipoteca. Este tipo de interés aparece referenciado al índice IRPH-Cajas y se revisa cada tres meses.

Asimismo, en esa estipulación se señala que: *“Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante de incrementar al EURIBOR un MARGEN de 1,000 punto porcentual de interés, durante toda la vida de la operación”.*

La Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que entró en vigor el 29 de abril de 2012, estableció en su art. 27 los tipos y referencias de interés que a partir de la entrada en vigor de esa orden iban a tener la consideración tipos de interés oficial.<sup>7</sup>

3. La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España.”

---

<sup>7</sup> “Artículo 27. Tipos de interés oficiales.

1. A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.

c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.

d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).

e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

2. Los tipos se publicarán mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado» y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España.

Los nuevos contratos de préstamo hipotecario que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta Orden se han de referenciar necesariamente en relación con uno de los tipos de interés oficial.

¿Qué ocurre con los tipos de interés cuyas referencias ya no van a servir para fijar los tipos de interés de los nuevos préstamos que se suscriban? Ejemplo, IRPH Cajas.

En su disposición transitoria única la Orden concreta el *régimen transitorio de índices o tipos de referencia* y señala, en su apartado 1 que: **“Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, *continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos*”** y añade **“La *desaparición completa* de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un *año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo*, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente *régimen de transición para los préstamos afectados*.”**

**2. Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:**

- a) *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.*
- b) *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.*
- c) *Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.”*

La nota aclaratoria publicada, en mayo, por el Banco de España precisa que el plazo de 1 año al que alude la disposición transitoria única concluye el próximo 6 de octubre, porque el 6 de octubre de 2012 entró en vigor la Circular 5/2012 de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Ahora bien, la fecha de la desaparición de los índices de referencia no oficiales es orientativa, porque está condicionada a que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

La estipulación que recoge la escritura de la hipoteca menciona que en caso de que desaparezca el tipo de referencia precitado (IRPH-CAJAS) opera el tipo de sustitución acordado.

La desaparición de los tipos de referencia, según la concreta la disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011, se identifica con el establecimiento del régimen de transición. Un régimen que a fecha actual no está aprobado y que se prevé que va a tener lugar antes del 6 de octubre de 2013.

En consecuencia, se ha de concluir que no resulta de aplicación inmediata en estos momentos la previsión que recoge la Escritura de hipoteca. El Banco de España, por su parte, no puede garantizar que en el momento en el que se apruebe y entre en vigor el régimen de transición opere inexcusablemente la previsión de Escritura

de hipoteca (Euribor + 1%) desplazando el tipo de interés que defina la norma que regula la transición.

El tipo de interés referenciado al IRPH Cajas está subiendo<sup>8</sup> y ello compromete la liquidez de las familias afectadas, así como sus posibilidades de hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario que en su día suscribieron para la adquisición de su vivienda habitual. Este incremento en el tipo de interés del préstamo, dada la complicada coyuntura económica actual, resulta particularmente gravoso para estas familias, que se enfrentan a graves dificultades para seguir atender el pago de su vivienda. Según nos trasladan las personas afectadas, esto la falta de un régimen de transición les está suponiendo entre 100 y 400 €/mes.<sup>9</sup>

Como quiera que el órgano llamado a establecer el régimen de transición es el Ministerio de Economía y Competitividad nos dirigimos a la institución del Defensor del Pueblo, para que en la medida de sus posibilidades pueda, promover iniciativas que considerara convenientes, con el fin de que se apruebe cuanto antes el régimen de transición y éste resulte lo más acorde a los intereses de las personas afectadas. Como se ha indicado, la petición de estas familias se limita a que se les aplique el régimen que suscribieron, cuando se adhirieron al contrato de préstamo hipotecario que les propuso la entidad bancaria Kutxa.

La institución del Defensor del Pueblo nos ha informado de que está investigando sobre las previsiones de desarrollo legislativo de la Orden de Transparencia con la Secretaría de Estado de Hacienda y el Banco de España, está pendiente de recibir información de la secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa.

Asimismo hemos realizado una gestión con la entidad con la que directamente se suscribieron los préstamos hipotecarios, quien ha derivado el análisis de la cuestión a Kutxabank.

\* \* \* \* \*

- Como se ha indicado, estos conflictos ponen de manifiesto un problema que nace en el marco de las relaciones entre privados, y el Ararteko no tiene atribuidos poderes de investigación para determinar si la actuación que realizan las entidades

8

Periodo	Euribor %	IRPH-Cajas %
Marzo 2012	1,499	3,777
Abril	1,368	3,691
Mayo	1,266	3,607
Junio	1,219	3,605
Julio	1,061	3,504
Agosto	0,877	3,724
Septiembre	0,740	3,573
Octubre	0,650	3,498
Noviembre	0,588	3,336
Diciembre	0,549	3,304
Enero 2013	0,575	3,572
Febrero	0,594	3,595
Marzo	0,545	3,796
Abril	0,528	3,900
Mayo	0,484	3,862
Junio	0,507	

<sup>9</sup> Euribor cota máxima: *Junio 2008: 5,361% Julio 2008: 5,393% Agosto 2008: 5,323% Septiembre 2008: 5,384%*.

financieras es conforme al ordenamiento jurídico o a códigos deontológicos de conducta. No se han atribuido facultades a la institución para determinar si las actuaciones de las entidades bancarias y financieras han comportado engaño, cláusulas o actitudes abusivas, ocultación de información o información insuficiente o deficiente, etc. que pudieran acarrear la nulidad de los contratos...

Sin embargo, una de nuestras funciones es promover la cultura de los derechos de los ciudadanos y en ese ámbito, tratamos de informar a la ciudadanía y les encaminamos hacia las distintas posibilidades que se encuentran a su disposición.

- La intervención supervisora de las administraciones públicas debe estar motivada por las situaciones de desequilibrio contractual entre las partes y esa supervisión debe evitar el abuso sobre la parte débil de la relación por parte de quien ejerce una posición de poder.

- Dicen los expertos que se necesita definir de nuevo el papel del sector público y del privado, que el sector público debe centrarse en promover de la competencia, regularla y supervisarla. Esa supervisión para que sea adecuada y efectiva exige que sea asumida por organismos realmente independientes de los intereses de parte y por tanto, debe ejercerse por profesionales bien preparados, que desempeñen su función con un compromiso a largo plazo, que generen una percepción de justicia en la sociedad.

- La enorme complejidad que reviste la actividad bancaria ha favorecido la creación de órganos especializados en la atención de las reclamaciones de las y los usuarios de los servicios bancarios, en los que tradicionalmente ha residido el control de la actividad bancaria. (CNMV y Banco de España)

La existencia de estos órganos especializados no debe, sin embargo, impedir que desde los organismos públicos competentes del País Vasco para la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias se pueda y se deba intervenir y encauzar la protección de las personas consumidoras y usuarias de productos y servicios financieros. Ello exige acometer un esfuerzo de especialización y formación de su personal en la actividad del sector bancario y financiero. El artículo 10.28 del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye la competencia exclusiva en defensa de la persona consumidora y usuaria a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Además, deviene necesario que la intervención de los órganos de defensa y protección de las personas consumidoras y usuarias en el País Vasco no se limite a una actuación protectora a posteriori, esto es, una vez detectado el problema, sino que ha de estar orientada también a implementar mecanismos que permitan detectar situaciones de riesgo para los consumidores y usuarios de productos financieros; por tanto, ha de servir para sentar las bases que permitan que en el futuro se pueda intervenir con un mayor carácter preventivo.

El desafío está ante nosotros.