

ESTUDIO JURÍDICO

COMPILACIÓN DE ARTÍCULOS JURÍDICOS SOBRE

LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS



ADICAE

Asociación de Usuarios
de Bancos, Cajas y Seguros

**COMPILACIÓN DE ARTÍCULOS
JURÍDICOS SOBRE LAS PRINCIPALES
CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**

Diciembre 2016

ADICAE Servicios Centrales
C/ Gavín, 12 local - 50001 ZARAGOZA -
Tfno. 976-390060 Fax: 976-390199
email: aicar.adicae@adicae.net - www.adicae.net

D.L.: Z 1688-2016

Sumario

1. Introducción

..... 5

2. Las malas prácticas con consumidores en la titulización hipotecaria

..... 8

- 2.1. Introducción 9
- 2.2. La titulización hipotecaria en el origen de la crisis de 2007 9
- 2.3. La estructura de los valores tituladores de hipotecas y su problemática 13
- 2.4. Los valores hipotecarios en las resoluciones judiciales relacionadas con malas prácticas con consumidores 23
- 2.5. Conclusiones 37

3. Abusividad de las cláusulas “IRPH”

..... 38

- 3.1. Introducción 39
- 3.2. Concepto de IRPH 39
- 3.3. Modalidades 39
- 3.4. La acción ejercitada 40
- 3.5. Argumentos a favor de la nulidad de la cláusula 42
- 3.6. Argumentos a favor de la validez de la cláusula 45
- 3.7. Análisis de la cláusula a la luz de la jurisprudencia 54
- 3.8. Conclusiones 67

4. Cláusula suelo y control de transparencia

..... 70

- 4.1. Introducción 71
- 4.2. Concepto de Consumidor. La relevancia de la Sentencia del T. S. de 25 de Junio de 2016. 71
- 4.3. Los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Retroactividad 74
- 4.4. El Control de Transparencia en su aplicación a las Cláusulas Suelo. 83
- 4.5. Introducción.- aproximación lógica y jurídica al concepto 83
- 4.6. Control de transparencia y la sentencia del T.S. DE 9 DE MAYO DE 2013 86
- 4.7. La caracterización del control de transparencia la proyección del principio de buena fe 88
- 4.8. El fundamento del control de transparencia 89

4.9. Aplicación de esta doctrina al caso concreto de las cláusulas suelo 90

4.10. Proximidad relativa entre transparencia, vicios en el consentimiento y control de abusividad 91

4.11. Conclusiones 92

5. Cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés en los préstamos hipotecarios

..... 93

- 5.1. Introducción 94
- 5.2. La respuesta judicial y legal a las cláusulas de redondeo al alza 95
- 5.3. La nulidad de las cláusulas de redondeo al alza: fundamentación jurídica 99
- 5.4. Consecuencias para el consumidor de la nulidad de la cláusula de redondeo al alza 109
- 5.5. Conclusiones 111

6. Las cláusulas de vencimiento anticipado

..... 113

- 6.1. ¿Qué son las cláusulas de vencimiento anticipado? 114
- 6.2. La regulación del vencimiento anticipado 115
- 6.3. La validez general del pacto de vencimiento anticipado 116
- 6.4. Cambio de paradigma: La STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) y la Ley 1/2013 de 14 de mayo 118
- 6.5. Los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Especial referencia a las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 140
- 6.6. Conclusiones 145

7. Conclusiones compilación jurídica

..... 147

8. Bibliografía

..... 153

1. Introducción

Hasta 2008 y años previos, asistimos en España a un crecimiento económico basado en el endeudamiento y la burbuja del ladrillo. Esta **burbuja fue impulsada y sostenida por las entidades bancarias** que, gracias al amparo otorgado por la **escasa supervisión** del Banco de España, la regulación europea, y la desfasada legislación en materia hipotecaria, procedieron a la concesión de préstamos hipotecarios de manera desproporcionada y repletos de **cláusulas abusivas** sin ningún tipo de control, unos contratos llenos de estas cláusulas que objetivamente menoscababan los intereses y derechos de los consumidores. Y los consumidores, con la intención de acceder al boyante y creciente mercado inmobiliario y cautivados por este crecimiento con pies de barro, llegaron a contraer miles de préstamos hipotecarios.

Estas cláusulas fueron **introducidas unilateralmente** por las entidades generando un evidente enriquecimiento injusto en favor del propio Banco o Caja. Resulta especialmente criticable el momento en el que fueron introducidas, a sabiendas de los momentos de crisis económica que se avecinaban, lo que supone un **abuso flagrante de la posición de superioridad** que ostentan Bancos y Cajas en el momento de la contratación.

Pero en los últimos años hemos venido asistiendo a todo un desfile de **acciones de los consumidores y la justicia contra los abusos** de la banca, muy especialmente en el ámbito hipotecario, y en concreto para poner fin a todo un abanico de cláusulas y prácticas abusivas en los préstamos hipotecarios con los que las entidades en los años de la burbuja engoradaron sus beneficios a costa del bolsillo y hogares de muchas familias de manera injusta e ilegal, sacando así los colores a la banca. A la más famosa de estas cláusulas, **la cláusula suelo, se le suman la de vencimiento anticipado, redondeo al alza, cláusulas ya vencidas y declaradas abusivas** en los tribunales, gracias a la acción de ADICAE y otros; a sumarse al uso del IRPH como índice de referencia, o las tristemente famosas cesiones de crédito -titulizaciones- a fondos y entidades de recobro.

Las cláusulas suelo iniciaron el camino a reclamaciones millonarias contra la banca después de que el Tribunal Supremo las declarara nulas en 2013, a lo que se añade ahora poner coto y fin a cobrar **abusivos intereses de demora** cuando las familias tienen dificultades para hacer frente a los pagos; o cuando en semejantes situaciones, por no poder hacer frente a una mensualidad, ya solicitar la devolución total y la ejecución de la vivienda. No por menos tenemos que recordar que, en un escenario como el de esta crisis financiera, estas cláusulas han supuesto y contribuido enormemente a que miles y miles de familias no pudieran hacer frente a sus hipotecas de ninguna manera posible, lo que suponía la pérdida de su hogar; y las miles que aun quedan incursas en procesos judiciales, o en la lucha de hallar una solución para no perder su casa.

Ante todo este panorama, ADICAE siempre se mantuvo en primera línea de **defensa de los derechos de los consumidores**. A las campañas informativas y de formación de socios y voluntarios, se fueron sumando las **labores de mediación ante las entidades bancarias** cuando la crisis golpeaba con fuerza a los más débiles y, por supuesto, las **acciones colectivas emprendidas** contra los abusos cometidos por la banca. Gracias a esta labor, muchos de los abusos cometidos por los bancos se están corrigiendo.

¿Y se supone que ya las han eliminado definitivamente, que no volverán éstas, o habrá otras distintas? ¿Y en tal caso, está la justicia y la normativa -y las autoridades- preparadas para dar respuesta rápida y eficaz?. Es por lo que convendría **saber cómo se llegó** a estas cláusulas, y los déficits y lagunas, los problemas legales y jurídicos, que permitieron su implementación y aplicación, y las consecuencias que trajeron.

En esta línea, la presente compilación jurídica persigue **concienciar y sensibilizar** a los consumidores sobre los peligros de las cláusulas abusivas más comunes, que han demostrado ser totalmente lesivas para el usuario. A su vez, el objetivo final es **alertar a los consumidores de sus futuras consecuencias** y de sus posibles soluciones.

Con todo se hace necesario establecer los **mecanismos legislativos** oportunos para corregir estas situaciones descritas, evitando un indeseable aumento de la litigiosidad y la carga del sistema judicial y clarificando tanto el panorama judicial, como la situación no sólo de millones de hipotecados, sino del propio mercado bancario e hipotecario.

El **primer capítulo** de la compilación analiza el **papel de los valores hipotecarios** como uno de los factores determinantes de la crisis hipotecaria. De tal manera, analiza la figura de la titulización hipotecaria y su capacidad de influencia en el mercado. Igualmente, alerta de los peligros de estos productos complejos y estudia cómo han tratado las diferentes sentencias judiciales su posible utilización como malas prácticas bancarias.

El segundo epígrafe se centra en el análisis del **índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH)**. No se trata de un asunto baladí, pues se trata del segundo índice más utilizado por detrás del euríbor. Además, cobra mucha importancia pues nos encontramos inmersos en plena batalla judicial por su declaración como cláusula abusiva. Este IRPH, se introdujo en los contratos hipotecarios sin transparencia y con un evidente **desequilibrio contractual** siempre a favor de las entidades de crédito.

El tercer capítulo de esta compilación jurídica se centra en el estudio una de las cláusulas abusivas más conocidas, la **cláusula suelo**. Mucho se ha escrito en los últimos años sobre esta cláusula, por ello, en este estudio nos centramos únicamente

en tres aspectos: el concepto de consumidor a los efectos de protección frente a las cláusulas abusivas; los efectos de su nulidad y su retroactividad; y por último, el control de transparencia exigido en dichas cláusulas para ser consideradas nulas.

Otra de las materias que se estudia en la compilación son las **cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés en los préstamos hipotecarios**. Estamos ante una cláusula que en la mayoría de las ocasiones pasa desapercibida para el consumidor y que objetivamente causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Y es que, con la excusa de simplificar el cálculo de las cuotas, las entidades bancarias imponen la sustitución del tipo de interés resultante de la suma del tipo de referencia más diferencial, por otro muy próximo pero de valor superior.

El quinto apartado de la compilación analiza en profundidad la **cláusula de vencimiento anticipado** que diferentes entidades crediticias han incluido en los contratos de préstamo hipotecario. Esta cláusula exige la devolución íntegra del capital más los intereses devengados si el deudor incumple alguna de las cuotas de reembolso en la fecha debida. En esencia, esta cláusula pone fin al aplazamiento pactado. Es decir, priva al consumidor del beneficio de la devolución aplazada del préstamo hipotecario.

2. Las malas prácticas con consumidores en la titulización hipotecaria

Sergio Nasarre Aznar¹

Héctor Simón Moreno²

2.1. Introducción	9
2.2. La titulización hipotecaria en el origen de la crisis de 2007	9
2.3. La estructura de los valores titulizadores de hipotecas y su problemática	13
2.4. Los valores hipotecarios en las resoluciones judiciales relacionadas con malas prácticas con consumidores	23
2.5. Conclusiones	37

¹ El Prof. Dr. Sergio Nasarre Aznar es Catedrático de Derecho civil y Director de la Cátedra de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili. Correo electrónico: sergio.nasarre@urv.cat.

² El Dr. Héctor Simón Moreno es Investigador postdoctoral de Derecho civil y miembro de la Cátedra de vivienda de la Universidad Rovira i Virgili. Correo electrónico: hector.simon@urv.cat.

2.1 Introducción

Los valores hipotecarios han sido uno de los factores determinantes de la crisis sistémica norteamericana de 2007, al tiempo que han tenido un papel relevante en nuestro país puesto que muchas ejecuciones hipotecarias se han iniciado con base en créditos hipotecarios “participados” y ulteriormente titulizados. Además, algunos de estos valores se han comercializado a consumidores a pesar de ser productos jurídica y económicamente complejos y difíciles de comprender en toda su extensión para el consumidor medio. El presente artículo versa sobre las malas prácticas con consumidores en la titulación hipotecaria, centrándose primero en qué son y en qué influyen en el mercado hipotecario las cédulas y participaciones hipotecarias y los bonos de titulación hipotecaria, para luego analizar cómo han tratado las sentencias judiciales su posible utilización como malas prácticas bancarias con consumidores. En definitiva, el presente trabajo evidencia la necesidad de los valores hipotecarios y de su complejidad financiera para conseguir un mercado hipotecario fuerte, pero también analiza los peligros de su mala utilización y los problemas inherentes a su configuración legal que pueden afectar a consumidores hipotecarios.

2.2 La titulación hipotecaria en el origen de la crisis de 2007

La titulación es un proceso financiero por el cual se **convierten bienes poco líquidos**, pero que son capaces de generar unos ingresos periódicos, **en valores negociables**. Tradicionalmente, la titulación más común ha sido la de **préstamos hipotecarios** (tanto residenciales como comerciales), seguida por la titulación de otros préstamos, como **tarjetas de crédito o préstamos personales**³, aunque también es posible titular, por ejemplo, los ingresos obtenidos de alquileres.

La titulación hipotecaria se convirtió en la protagonista de la originación de la crisis de 2007, que persiste nueve años después tanto en relación al acceso a la vivienda⁴, como en relación a los mercados financieros hipotecarios nacionales e internacionales⁵. Así, el proceso

³ De hecho, en el año 2013 se constituyeron 33 fondos de titulación, de los cuales 6 fueron hipotecarios y 18 de otros activos, como préstamos de automóviles y otros créditos. Ver COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, Estadísticas de fondos de titulación de activos, abril 2016, p. 5. Disponible en: http://www.cnmv.es/DocPortal/Estadisticas/FTA/Estadisticas_FTA_Mercados_2016_4.pdf (consultado 19-9-2016).

⁴ Ver, en este sentido, NASARRE AZNAR, Sergio, “La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria”, Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 16/2014, pp. 10 a 37.

⁵ De hecho, mientras que en 2007 se titularon en la Unión Europea casi 600 mil millones de euros y se colocaba en el mercado el 70% de las MBS emitidas, en 2015 fueron apenas 214 mil millones de euros, comercializándose apenas el 38%. Según ALONSO VENTAS, Asunción y MARQUÉS SEVILLANO, Manuel, Los bonos garantizados y las titulaciones: situación actual, marco global y perspectivas futuras, “Revista de estabilidad financiera”, núm. 30, mayo 2016, Banco de España, p. 96: “solo el 38% de los 214.000 millones de euros titulizados en 2015 se colocó en el mercado (véase cuadro 2). En España el volumen titulado fue mínimo y, en su mayoría, permaneció retenido en los balances bancarios. De hecho, en los últimos cinco años el saldo vivo se ha reducido en casi la mitad (de 300.000 millones en 2008 ha pasado a 163.000 millones en septiembre de 2015, incluyendo el saldo vivo del Fondo de Amortización del Déficit Eléctrico —FADE”.

de titulización es el que **posibilitó que las entidades de crédito norteamericanas pudiesen financiar la concesión de préstamos hipotecarios cada vez más arriesgados**, con la finalidad de poner al alcance de todo el mundo el American Dream de convertirse en propietarios⁶.

Además, la titulización es la que **generalizó la crisis financiera** al colocar millones de mortgage-backed securities (MBS) y collateralized debt obligations (CDO) débilmente respaldadas con hipotecas sub-prime norteamericanas en los mercados internacionales, entre ellos los europeos.

Ello fue posible básicamente por el denominado moral hazard que se creaba con la titulización hipotecaria norteamericana que se produjo del siguiente modo. El sistema bancario norteamericano es tradicionalmente débil y es atomizado, de manera que está muy expuesto a crisis locales (ej. el cierre de una mediana empresa en una región) y a la dependencia de los depósitos, como la que se produjo por el fenómeno lending long, borrowing short⁷. Por ello se crearon tres grandes government-sponsored enterprises (GSEs), Fannie Mae, Freddie Mac y Ginnie Mae, con la finalidad de adquirir las hipotecas que concedían estas entidades. La cuestión estriba en que las GSEs, a cambio de sus privilegios, estaban involucradas en la política de vivienda del Gobierno Federal, de manera que fueron inducidas a adquirir cada vez más préstamos hipotecarios concedidos a más familias con el fin de que estas pudieran conseguir el Sueño Americano. De esta forma, **los prestamistas no tenían inconveniente en conceder préstamos cada vez más arriesgadamente** (mayor loan-to-value, familias con menores ingresos, viviendas más caras, etc.) dado que enseguida las hipotecas eran pasadas a las GSEs a través del sistema MERS, que a su vez dio lugar al robo-signing scandal en 2011 (la falsificación de miles de firmas para conseguir una cesión inexistente de créditos hipotecarios con fines de titulización)⁸. A su vez, las GSEs no tenían inconveniente en adquirir hipotecas arriesgadas, dado que las podían titularizar en condiciones ventajosas, al tiempo que no negaban el “apoyo implícito” que recibían, en tanto que GSEs, del gobierno de Estados Unidos, lo que les permitía emitir MBS a tipos de interés muy bajos. Las GSEs fueron intervenidas en 2008 por el Gobierno Federal, estando en 2016 aún en conservatorship, a causa de las numerosas deudas e impagos acumulados⁹. Junto a este “circuito”, que podríamos llamar, oficialmente esponsorizado, coexistía (y coexiste) el denominado non-conforming o privado, que titulizó hipotecas aún más arriesgadas¹⁰. Verificados los primeros impagos de hipotecas, las MBS y CDO en circulación perdieron rápidamente su valor, causando, solamente en 2009, 2,7 billones de euros en pérdidas contables (write-down losses)¹¹, lo que revirtió en el funcionamiento y la

⁶ Ver NASARRE AZNAR, Sergio, “A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain”, en KENNA, Padraic (Ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, 2014, pp. 37-72.

⁷ En la crisis de los depósitos de finales de los 80 y principios de los 90 (lending long, borrowing short) del siglo XX quebraron unas 2.000 entidades de crédito norteamericanas. Ver SEIDMAN, William, “The world financial system: lessons learned and challenges ahead”, *History of the eighties – Lessons for the future*, Federal Deposit Insurance Corporation, Vol. II, 16-1-1997, pp. 55 a 58.

⁸ Ver toda la explicación en NASARRE AZNAR, “A legal perspective...”, cit., pp. 37 y ss.

liquidez de los bancos europeos. En ***España, la crisis de liquidez bancaria impactó rápidamente tanto en los negocios como en las familias***, parando la concesión de créditos que no ha empezado a recuperarse, aunque tímidamente, hasta 2015¹².

No obstante, debe señalarse que este “riesgo moral” que hemos descrito no existe en el otro gran mecanismo refinanciador de hipotecas: el sistema de covered bonds, representado en España básicamente, por las cédulas hipotecarias. Nacido en la Prusia del siglo XVIII con el sistema de Landschaften¹³, este mecanismo financiero sigue con una gran fuerza, especialmente en Europa, encontrándose actualmente en un proceso incipiente de armonización dentro de la Unión Europea. La gran diferencia, al menos teórico-estructural, entre estos y las MBS es la siguiente: mientras que la titulización por MBS se produce off-balance, es decir, la entidad de crédito necesita un vehículo separado al que cederle los préstamos a titular de manera que el riesgo de impago (y otros, como el de divisa, prepago, tipo de interés¹⁴, etc.) de estos lo corren los inversores en MBS (sistema pass-through), en los covered bonds el riesgo de las hipotecas es retenido por el originador de los préstamos hipotecarios (la entidad bancaria), de manera que, con este sistema, no está generando el riesgo moral, al asumir el mismo originador el riesgo de conceder hipotecas subprime¹⁵.

Esta relación entre mercados financieros hipotecarios (operaciones pasivas) y la concesión de préstamos hipotecarios (operaciones activas), posible en Estados Unidos desde la Emergency Home Finance Act of 1970¹⁶ (promulgada por el Department of Housing and Urban Development y que creó la Government National Mortgage Association -Ginnie Mae-), y en España esencialmente desde la Ley 2/1981¹⁷ (en adelante, LMH), es lo que viene a denominarse “mercado hipotecario” y una parte del mismo no puede entenderse sin la otra.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea advirtió en 2014 que las políticas españolas para frenar los desahucios podían tener consecuencias negativas para la estabilidad del mercado hipotecario español¹⁸. Pero también debe tenerse en cuenta que una mejor (más barata y estable) financiación hipotecaria de los bancos, debe repercutir en unas mejores condiciones de

⁹ FEDERAL HOUSING FINANCE AGENCY, Statement of FHFA Director James B. Lockhart, 7 setiembre 2008, p. 5. Disponible en: https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/fhfa_statement_090708hp1128.pdf. Más información sobre ello en: <http://www.fhfa.gov/Conservatorship>.

¹⁰ De esta manera, las hipotecas que no podían ser compradas por las GSE son tituladas por la propia entidad originadora o vendidas a otras entidades para su titulización. Ver TRUJILLO DEL VALLE, José Antonio, “IV. Titulización de activos, crisis y riesgo sistémico”, en ORTEGA FERNÁNDEZ, Raimundo (Coord.), Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias, Fundación de Estudios Financieros, 2011, p. 174.

¹¹ INTERNATIONAL MONETARY FUND, Global Financial Stability Report (GFSR), Abril 2009, p. 11 (disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfsr/2009/01/pdf/text.pdf>).

¹² En cuanto a España, mientras que en los años 2005, 2006 y 2007 se concedieron más de un millón de créditos hipotecarios sobre viviendas, desde 2011 no superan el medio millón. De hecho, en los años 2013 y 2014 no se superaron las 200.000 operaciones. Fuente: Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es).

¹³ NASARRE AZNAR, Sergio, La garantía de los valores hipotecarios, Marcial Pons, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2003, pp. 56 y ss.

concesión de los futuros préstamos hipotecarios, haciéndolos de este modo más asequibles a los consumidores¹⁹.

Existe, pues, una clara correa de transmisión entre deudores hipotecarios e inversores internacionales en valores titulizados a través del proceso de conversión de valores poco líquidos en valores negociables, sea a través de las MBS, sea a través de covered bonds, aunque cada uno con sus particularidades.

En España, no solamente tenemos una regulación para ambos tipos de valores, sino que hemos sido, durante los años del reciente boom inmobiliario (1995-2007) los segundos emisores en Europa tanto de MBS –después del Reino Unido- como de covered bonds – tras Alemania, con sus Pfandbriefe²⁰. Las MBS se han venido conociendo en nuestro país como “bonos de titulación” (hipotecaria o de activos) y están hoy regulados por Ley 5/2015 (por la cual, sorprendentemente, pierden el nombre)²¹. Y los covered bonds son en España, esencialmente²², las cédulas hipotecarias, reguladas en la Ley 2/1981 y en el Decreto 716/2009, de 24 de abril, que lo desarrolla²³ (en adelante, RMH) cuya regulación se viene pretendiendo cambiar por el legislador en los dos últimos años, sin conseguirlo, de momento. Su regulación y problemática en España la pasamos a describir en el punto 2. Su rol como malas prácticas con consumidores, lo estudiamos en el punto 3. Y en el punto 4 extraemos algunas conclusiones.

¹⁴ De modo que mientras la titulación se ha venido utilizando para “transmitir” el riesgo de impago de los préstamos hipotecarios, los swaps o las cláusulas suelo se han venido utilizando por los originadores de hipotecas que se quedan con ellas para mitigar su riesgo de tipo de interés, de divisa o, también el riesgo de impago. En los supuestos más comunes de abusos con consumidores las permutas financieras más utilizadas y atacadas así como las cláusulas suelo han sido de tipos de interés que permitían “convertir” hipotecas a tipo variable (las abrumadoramente más comunes en España) en tipo fijo (al menos con un mínimo). Uno de los motivos para ello, y donde radica la importancia de esto para las entidades de crédito, es que muchas de las deudas que estas tienen con sus propios acreedores son a tipo fijo, como por ejemplo, las cédulas hipotecarias. Por ello necesitaban emparejar los tipos de interés que cobraban por las hipotecas con el tipo de interés que debían pagar a sus propios acreedores, evitando así el denominado “riesgo de interés”. Lo que sucede es que lo hicieron, en muchas ocasiones, con contratos complejos con consumidores, no ofreciéndoles en muchas ocasiones la información necesaria y suficiente, NASARRE AZNAR, Sergio, “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Nº 727, 2011, pp. 2673 y ss.

¹⁵ Esta se trata de una división “clásica”, dado que existe titulación sin transmisión de activos fuera de balance (ej. la sintética) y emisiones de covered bonds a través de vehículos bancarios, como en Francia.

¹⁶ Public Law 91-351 (7/24/70).

¹⁷ BOE de 15 de Abril de 1981.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION-ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS (2014), European Economy. Financial assistance programme for the recapitalisation of financial institutions in Spain, 5th Review, 2014, señaló lo siguiente: “56. The implementation of the Law on evictions, and any further action in this field, continues to have an important impact on financial stability at national and regional level. Different legal frameworks on housing across the national and regional levels and legal uncertainty about the rules to be applied could weigh on the value of the mortgage collateral and the stability of financial markets. Moreover, these effects could have subsequent repercussions on the balance sheets and provisioning needs of credit institutions and on the flow of credit to the economy and the functioning of Sareb. Therefore, Spanish authorities at all levels are encouraged to monitor the implementation of the Law on evictions with a view to support financial stability”.

¹⁹ NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Cambridge, Gostick Hall Publications, 2004, pp. 16 a 19.

2.3. La estructura de los valores titulizadores de hipotecas y su problemática

2.3.1. Los valores “tipo deuda”: las cédulas y los bonos hipotecarios. La problemática de su garantía

Regulados en los arts. 12 (cédulas) y 13 (bonos), estos valores *representan deuda para la entidad emisora*, que al tiempo es la originadora de los créditos y préstamos hipotecarios que los respaldan. Estos son todos los créditos hipotecarios que en cualquier tiempo tenga la entidad emisora (cédulas) o unos determinados (bonos). Por su mayor importancia en el mercado, nos centraremos únicamente en las primeras.

Las cédulas²⁴, a pesar de superar el riesgo moral al que hemos hecho referencia, son *jurídica y financieramente valores complejos, especialmente para consumidores* –a los cuales nada impide que se les pueden comercializar- en tanto que *su garantía está lejos de ser clara* ya desde su primera aparición en nuestro ordenamiento jurídico en 1872. Así, la Figura 1 evidencia otra serie de riesgos.

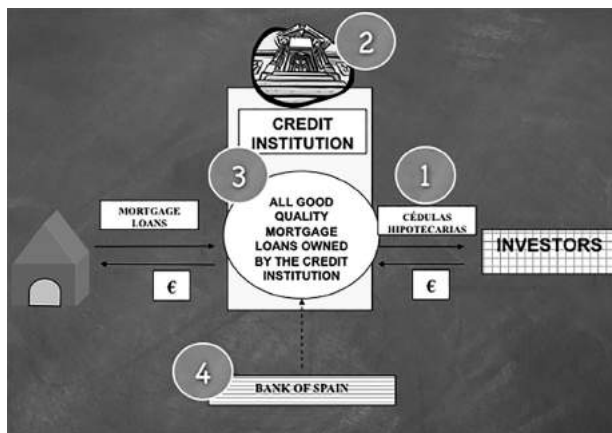


Figura 1. Estructura de las cédulas hipotecarias y problemática. Fuente: S. Nasarre Aznar, “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 727, 2011, p. 2725.

²⁰ Pfandbriefgesetz, 22 mayo 2005. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/pfandbg/BJNR137310005.html>.

²¹ Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE 28 abril 2015, núm. 101).

²² Porque también existen los bonos hipotecarios, regulados en el art. 13 Ley 2/1981.

²³ BOE 2 mayo 2009, núm. 107, p. 38490.

Su problemática principal, incluso después de la reforma que sufrieron en la Ley 41/2007, puede resumirse en los siguientes cuatro puntos²⁵:

- a) Garantía incierta (núm. 1 Figura 1). La que figura literalmente en el art. 12 LMH no está admitida en nuestro derecho desde la LH 1861: una subhipoteca legal, general y tácita.
- b) Existen dudas de diversa naturaleza sobre su comportamiento concursal (Núm. 2 Figura 1), que derivan de su doble condición de créditos contra la masa y de créditos concursales²⁶. De hecho, las cédulas son tratadas como créditos con privilegio especial, pero no llevan aparejada una garantía real ni conceden, por lo tanto, el derecho a la realización de los bienes afectos al margen del concurso²⁷. Así, por ejemplo, como consecuencia de su poco claro comportamiento concursal, sucede que, de acuerdo con el art. 14.1 LMH, todos los tenedores de cédulas, cualquiera que fuese su fecha de emisión, tendrán la misma prelación sobre los préstamos y créditos que las garantizan, por lo que se ha argumentado que “de ahí que en una situación de crisis, en un supuesto concursal, sean no sólo las incidencias propias de los créditos de cobertura (cesiones a terceros, amortizaciones anticipadas, subhipotecas, etc..), sino también la propia actuación de refinanciación del emisor, elementos que pueden distorsionar el equilibrio inicial”²⁸.
- c) Un registro de cobertura insuficientemente regulado y con una utilidad limitada (Núm. 3 Figura 1).
- d) Ausencia de rol de los Registradores de la Propiedad que puedan comprobar la calidad de las hipotecas incluidas en la cobertura de las cédulas e inexistencia de un fiduciario independiente que controle todas las operaciones en todo momento. Únicamente gozan de una supervisión general del Banco de España (Núm. 4 Figura 1).

²⁴ Son las más habituales y reconocidas internacionalmente, siendo la presencia de los bonos meramente testimonial. De hecho, son la fuente de financiación clave en la Unión Europea. En efecto, de acuerdo con la Comisión Europea: “As a result of these advantages, covered bonds have proved hugely successful in Europe and they have become a key source of funding for European banks. European banks are world leaders in issuance of covered bonds. Total covered bond outstanding amounted to 2.5 trillion in 2010 globally, of which more than 80% is accounted for by six EU countries (Germany, Spain, Denmark and France, as well as in Sweden and the UK where the market increased rapidly following enactment of legislation in 2004 and 2008, respectively). The market volume experienced steady growth throughout the crisis until 2012, arguably a result of flight to quality on the side of investors combined with the difficulties for banks to access other sources of term funding, in particular unsecured. In 2013, the volume declined, probably as other markets recovered” (fuente: http://ec.europa.eu/finance/bank/covered-bonds/index_en.htm).

²⁵ Puede hallarse una completa explicación, del todo necesaria, a estas afirmaciones, en NASARRE AZNAR, La garantía..., cit., pp. 953 a 971; y en NASARRE AZNAR, Sergio, “Las novedades en la emisión de las cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial (arts. 2.4 y 2.5 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 665 a 678.

²⁶ Ver la discusión en NASARRE AZNAR, Sergio, “El comportamiento concursal de las cédulas hipotecarias y de las cédulas territoriales en la nueva Ley Concursal”, CEFLEGAL. Revista práctica de derecho, Centro de Estudios Financieros (CEF), núm. 43-44, agosto-septiembre 2004, pp. 5 a 36.

²⁷ VALLE, José Luis, La reforma del mercado secundario de hipotecas (comunicación presentada al III Congreso Nacional De Registradores, Granada 30 de octubre a 1 de noviembre de 2006).

Estos han sido algunos de los motivos por los que el legislador español ha intentado modificar, sin éxito hasta el momento, la LMH. Sorprendentemente, una de las primeras medidas el 22-10-2014 fue preguntar en Internet cómo querían los interesados (básicamente, la industria e inversores internacionales) que fuese la nueva Ley. El propio Ministerio de Economía y Competitividad²⁹ reconocía públicamente hace dos años que “en aras de la mejora del ordenamiento jurídico financiero español y en el marco de los mencionados trabajos a nivel internacional [...] es conveniente llevar a cabo una revisión del marco legal de las cédulas y bonos (referidos ambos como bonos garantizados en esta nota)”. **Reconoce**, dando aún más detalles, que **su regulación es manifiestamente mejorable** (y que no está acompañada con su desarrollo en Europa) en esos ámbitos que hemos identificado: aclarar qué activos respaldan a las cédulas, qué sucede en caso de insolvencia del originador, necesidad de un fiduciario o controlador de la emisión, etc. De hecho, las cédulas hipotecarias españolas se encuentran lejos de los estándares que se están trabajando a nivel europeo para una posible armonización de los covered bonds en Europa³⁰.

A ello hay que añadir que, a pesar de que la denominación de las cédulas hipotecarias está protegida (art. 13.1 RMH), tal denominación está implicada de dos modos en las malas prácticas bancarias, como es que no son ni “cédulas” (porque ya hace mucho tiempo que no se representan en papel) ni son “hipotecarias” (porque no tienen garantía hipotecaria), al igual que las participaciones preferentes no son ni “participaciones” ni “preferentes”, y que las **denominaciones legales** de “cédulas estructuradas” o de “cédulas cajas” han venido siendo utilizadas por la industria para esconder titulizaciones de activos, dado que no son verdaderas cédulas hipotecarias³¹.

Este panorama bien puede representar la base de nuevos problemas tanto con inversores como con consumidores.

²⁸ VALLE, José Luis, La reforma del mercado secundario de hipotecas.

²⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, Documento de consulta relativo a la mejora del marco regulatorio de los bonos garantizados, Sleg7022, 22-10-2014. Aún puede encontrarse hoy (septiembre de 2016) en <http://www.tesoro.es/sites/default/files/Sleg7022MarcoRegulatorio.pdf>.

³⁰ Pueden verse algunos documentos y trabajos en http://ec.europa.eu/finance/events/2016/0201-covered-bonds/index_en.htm (visitado 20-9-2016). En concreto, pueden verse algunos objetivos planteados por NASARRE AZNAR, Sergio, A more integrated covered bond framework? Assessing the options, Bruselas, 1-2-2016 (http://ec.europa.eu/finance/events/2016/0201-covered-bonds/docs/housing-chair_en.pdf; visitado 2-10-2016).

³¹ Ver la justificación de esto en NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas”, cit., pp. 2726 y 2727.

2.3.2. Los valores risk-release: los bonos de titulización. La problemática de la “participación” de los créditos hipotecarios

Los bonos de titulización hipotecaria (BTH) están presentes en nuestro ordenamiento desde la Ley 19/1992³² y la titulización del resto de activos se admitió por RD 926/1998³³, quedando ambas formas de titulización refundidas en la Ley 5/2015. No obstante, la titulización hipotecaria no es posible sin unos valores, las participaciones hipotecarias, que ya se encontraban reguladas –y se siguen encontrando– en el art. 15 LMH desde 1981.

Pero los problemas estructurales tanto de BTH como de las participaciones, a los que hemos dedicado ya cientos de páginas³⁴, se acarrean también desde entonces. Similares problemas han tenido sendos valores parecidos a ambos pero utilizados para titularizar activos distintos de las hipotecas que cumplan con los requisitos del mercado hipotecario (esencialmente, el art. 5 LMH); es decir, básicamente, activos más arriesgados. Estos son los certificados de transmisión de hipotecas y los bonos de titulización activos (BTA).

Los pasamos a resumir en la **Tabla 1**, que los resume desde 1981 hasta la reforma de los BTH y los BTA operada por la Ley 5/2015.

La duda que ahora nos planteamos es si han quedado de algún modo resueltos en la reciente Ley 5/2015. Según su Exposición de Motivos, la norma persigue “incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España” de manera que “se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor”. La respuesta rápida es “no”. Es decir, la Ley 5/2015:

- a) no disipa las cuestiones clave en torno a la naturaleza de los fondos de titulización (art. 15.1) que siguen siendo engendros atrustados sin una base civil sólida (que ahora permiten la división en tranches, art. 15.2);
- b) ni aclara nada sobre la naturaleza de las participaciones hipotecarias (ahí deja el 16.4, sin añadir ni quitar nada al régimen de estas en el art. 15 LMH) o de los certificados de transmisión de hipotecas;
- c) ni en cuanto a la protección de los inversores desde el Derecho civil si la sociedad gestora u otro elemento de la cadena de titulización (ej. originador de los créditos) no cumple sus obligaciones (arts. 15, 26.1, 30.4, 33), dado que muy probablemente no tendrá capital propio suficiente para hacer frente a una situación generalizada de impago (art. 29)³⁶, y más allá de las habituales sanciones administrativas (arts. 38 y ss).

³³ Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización (BOE 15 mayo 1998, núm.116, p. 16279).

³⁴ ASARRE AZNAR, S., La garantía..., al completo.

³⁵ Ver NASARRE AZNAR, Sergio, “El Anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria”, Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 98, 2002, pp. 303 a 312.

Tabla 1:

Valores	Garantía	Problemática
Participaciones hipotecarias	<p>Relación de «uno a uno» participaciones-créditos. La participación representa la “participación” de todo o parte de un crédito hipotecario; de manera que debe existir una relación de uno a uno (art. 15 LMH)</p> <p>Los partícipes tienen dos acciones: 1) contra el emisor, por mala gestión. Acción no garantizada (art. 65.2 RMH).</p> <p>2) acción hipotecaria, contra los deudores hipotecarios, por subrogación (art. 31 c) RMH 2009).</p>	<p>a) Posible indefensión del deudor hipotecario por añadir un posible ejecutante del préstamo sin su conocimiento/consentimiento.</p> <p>b) Riesgo para los propios partícipes (y para los inversores en BTH) de que la entidad de crédito negocie con los créditos hipotecarios participados (con tercero hipotecario de buena fe) porque no queda claro si producen una auténtica cesión de los créditos hipotecarios.</p>
Bonos de titulación hipotecaria (BTH)	<p>Relación de todo el pool de participaciones hipotecarias con todos los BTH emitidos sobre el pool</p> <p>Legalmente: solo acción no garantizada contra Sociedad Gestora por mala gestión (tradicionalmente en el art. 6 Ley 19/92).</p> <p>Realmente: a través del art. 1111 CC debería admitírseles la posibilidad de subrogarse en las acciones de la SG y ejercitar las acciones de los partícipes, así como ejecutar el pool de cobertura.</p>	<p>Naturaleza jurídica de la relación entre bonistas de titulación hipotecaria y las participaciones del pool de cobertura poco clara.</p> <p>Poco clara naturaleza jurídica de los Fondos de Titulación Hipotecaria (FTH)</p> <p>Los bonistas deben soportar los riesgos que se deriven de una inadecuada negociación por parte de la entidad de crédito, emisora de las participaciones hipotecarias.</p> <p>Si las participaciones no implican una verdadera cesión de créditos, posible consolidación del fondo con la entidad originadora de los préstamos hipotecarios en caso de concurso de esta (y, por lo tanto, gran riesgo a la viabilidad de todo proceso de titulación en España).</p>
Certificados de transmisión de hipotecas	<p>Relación de uno a uno con los créditos hipotecarios que no reúnan los requisitos que prevé la LMH (arts. 11, 15 y 18 Ley 44/2002) para la emisión de participaciones hipotecarias.</p> <p>Refinancian créditos hipotecarios que no están garantizados con primeras hipotecas, o con un LTV mayor, con otro tipo de tasación, etc. Es decir, créditos hipotecarios de peor calidad (sub-prime) que las participaciones.</p> <p>Su garantía es igual que las participaciones en relación a los créditos que participen.</p>	<p>a) No se prevé su presencia registral ni que consten en escritura pública en ningún caso.</p> <p>b) Siguen teniendo cuestiones relacionadas con su naturaleza jurídica. Por ejemplo, son valores hipotecarios independientes que, en lugar de agruparse en FTH, como en principio les correspondería, lo hacen en FTA, a menudo en combinación con participaciones hipotecarias que por Ley deberían agruparse necesariamente en FTH. Naturalmente, al agruparse en un FTA, los valores que éste emite son BTA (y no BTH)³⁵.</p> <p>c) En esencia, similares problemas que las participaciones hipotecarias (ej. ¿suponen la completa cesión del crédito participado o no?).</p>
Bonos de titulación de activos (BTA)	<p>Similar que los BTH, pero en relación a un grupo separado (pool) de activos que deben ser derechos de crédito. Éstos pueden revestir cualquier forma y gozar de cualquier garantía, siempre que no sea hipoteca con los requisitos del art. 5 LMH (art. 1 RD 926/1998)</p> <p>Tienen la misma garantía que los BTH.</p>	<p>Sus problemas son similares a los BTH.</p>

Sí que, en cambio, reúne bajo una sola norma todas las posibles titulizaciones (ordinaria, sintética³⁷, hipotecaria y no, cerrados y abiertos, con³⁸ y sin compartimentos; arts. 16.1, 19 a 21), lo que era necesario, y prevé que se pueda crear una nueva junta de acreedores en los fondos de titulización (donde se entiende que podrán estar los bonistas, art. 37), pero que si pretende sustituir al trustee of the issue de una titulización angloamericana con un modelo parecido al del Sindicato de bonistas, difícilmente lo va a conseguir³⁹.

A cambio, añade algunas incertidumbres nuevas como que:

- a) Los bonos de titulización emitidos sobre certificados de transmisión de hipotecas serán considerados como valores hipotecarios de la Ley 2/1981 (art. 16.1 a)), a pesar de que dichos certificados se emiten sobre (“participan”) créditos hipotecarios que no cumplen con los requisitos del art. 5 LMH para ser consideradas hipotecas de calidad o hábiles para el mercado hipotecario (Disp Adic. 4^a Ley 5/2015).
- b) Y que el art. 18 no otorga una denominación concreta a los bonos emitidos sobre los fondos de titulización, de manera que oculta a los inversores⁴⁰ si realmente tienen hipotecas de calidad como activos de respaldo a través de participaciones hipotecarias (lo que serían los antiguos BTH) o si son otros activos no hipotecarios de calidad (los antiguos BTA, que podían ser tanto hipotecas que no cumplían con los requisitos del art. 5 LMH o cualquier otro activo excepto créditos hipotecarios prime); esto no concuerda con las protecciones de denominación de las que sí gozan los otros valores del mercado hipotecario (art. 13 RD 716/2009). Lo mismo sucede con la “armonizada” denominación de los antiguos FTH y FTA en solamente “fondos de titulización” (art. 15, entre otros); en cambio el art. 28 sí prevé protección de denominación de sus gestoras.

Pero bien, ¿dónde está el origen de toda esta problemática? Precisamente en la necesidad de las entidades de originadoras de los préstamos y créditos de poder ceder millones de ellos a una entidad insolvency-remote sin tener que pasar por los requisitos legales de cesión de créditos garantizados con hipoteca (art. 149 LH). Por ello se “inventaron” las participaciones hipotecarias en el art. 15 LMH y en el primer RMH (685/1982) tal y como quedaron (dado que no tenía precedentes en nuestro Derecho): como un instrumento financiero que no aclara suficientemente si implica o no una cesión del crédito hipotecario “participado”. Porque financie-

³⁷ Se trata de transmitir al fondo de titulización solo el riesgo, no el activo titulado. Puede verse un esquema de la misma en NASARRE AZNAR, S., *Securitisation ...*, p. 59.

³⁸ Lo que, por cierto, disminuye los activos a disposición de los inversores, al limitar su “responsabilidad” a los activos que estén en los “compartimentos independientes”, que claramente choca con el 1911 CC que representa todo el fondo en sí.

³⁹ NASARRE AZNAR, S., *La garantía ...*, pp. 607 a 622.

⁴⁰ Dice MADRID PARRA, A., “Nueva regulación...”, p. 8, que “en cada caso el inversor tendrá que examinar el contenido del activo del fondo y de la estructura del pasivo para formar su propia valoración sobre las cualidades y características de la inversión que se proponga realizar”, cuando antes lo tenía más sencillo al ver la distinta denominación de los valores que iba a adquirir.

ramente es fundamental que este quede fuera del balance de la entidad de crédito (para evitar que quede afectado por la posible insolvencia de esta, que es donde esencialmente radica la fortaleza de los bonos de titulización), pero si no cumple los requisitos del derecho civil no puede, en principio, considerarse una auténtica cesión civil del crédito, al tiempo que no interesa que lo sea frente al deudor, el cual desconoce que el crédito ha sido “participado” y sigue todas sus relaciones con el originador del crédito. Ello también obedece a la obsesión del legislador estatal de no regular definitivamente el trust y de ir creando criptofiducias⁴¹ a lo largo de todo el ordenamiento jurídico⁴², dado que nuestras participaciones y la titulización off-balance posterior son meras copias, mal adaptadas a nuestras estructuras jurídico-privadas tradicionales (entre las que se cuenta la cesión de créditos), de cómo funciona la titulización angloamericana⁴³.

Y por ese mismo motivo, muchos ordenamientos jurídicos han “flexibilizado” la manera ordinaria de ceder sus créditos hipotecarios a vehículos titulizadores (SPV), como es la equitable transfer en el Reino Unido, la titulización sintética en Alemania, el bordereau de cession en Francia⁴⁴ o la creación del “engendro financiero” MERS, el caso LTV⁴⁵ y el motivo por el que se produjo el escándalo robo-signing, todos ellos en Estados Unidos⁴⁶, al que ya hemos hecho referencia.

Es decir, para poder ceder millones de créditos hipotecarios de manera conveniente para la industria hipotecaria es necesario no seguir las reglas que habitualmente se encuentran en los países para llevar a cabo una cesión ordinaria de crédito hipotecario: usualmente, la comunicación al deudor (a veces, incluso, se requiere su consentimiento), la escritura pública y la inscripción registral. Es decir, “saltarse” las reglas del derecho civil tradicional⁴⁷, moverse en esa ambigüedad jurídica, es esencial en todo proceso titulizador, especialmente el hipotecario: cuando conviene a la industria (ej. en caso de insolvencia del originador), el crédito interesa que se considere cedido; mientras la operación financiera está en marcha interesa que todas las relaciones las siga manteniendo el originador con el deudor (también para ejecutar), “como si” el crédito hipotecario nunca hubiese salido del balance del prestamista.

⁴¹ Ver sobre las criptofiducias NASARRE AZNAR, Sergio, “La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera”, en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M^º (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, Ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 651 a 687.

⁴² Ver la relación entre la estructura española de titulización y el trust angloamericano en NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, cit., pp. 910 y ss.

⁴³ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, cit., p. 967.

⁴⁴ NASARRE AZNAR, S., *Securitisación...*, pp. 50 a 53.

⁴⁵ NASARRE AZNAR, S., *Securitisación...*, pp. 39 a 49.

⁴⁶ NASARRE AZNAR, S., “A legal perspective”, cit., p. 47.

⁴⁷ RAMÓN CHORNET, Juan Carlos, “Artículo 1878”, en ORDUÑA MORENO et. AL. (Coords.), *Código Civil Comentado*, Vol. IV., Thompson Reuters, Navarra, 2011, p. 1341: “los créditos hipotecarios pueden movilizarse de forma indirecta –sin propia cesión– mediante la emisión de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias en el Mercado Secundario”.

Y también por todo ello, porque la “participación de créditos” debe vivir en la ambigüedad para ser útil a la titulización, la primera redacción en el RMH en 1982 fue cambiada en 1991 y volvió a ser cambiada en 2009.

Mientras tanto, el art. 15 LMH ha quedado esencialmente inalterado (con la sola introducción ulterior del último párrafo, referente al comportamiento concursal de las participaciones), de manera que persiste la contradicción original de sus cinco primeros párrafos con los dos últimos:

- En cuanto a los cinco primeros. Estos siguen evitando afirmar que las participaciones son una forma de cesión de créditos, al preceptuar que por las participaciones se “hacer participar” a su adquirente total o parcialmente de un crédito hipotecario, que lo que se “participa” no necesariamente debe tener las mismas características financieras (ej. tipo de interés, vencimiento, etc.) que el crédito hipotecario participado, o que todos los tratos con el deudor los sigue teniendo el originador del crédito/emisor de las participaciones, al tiempo que el partícipe solo puede o bien compeler al originador para que ejecute él y, si no lo hace, en 60 días se subrogará en su posición y lo podrá hacer él en su lugar (pero nunca puede ejecutar por sí mismo)⁴⁸.
- Y, en cuanto a los dos últimos, estos les dan unas características de auténtica cesión, como que los créditos participados no se computan dentro del capital de la entidad emisora o el derecho de separación del partícipe en caso de concurso.

Pero eran los originales arts. 61.3, 63.4, 65.1, 65.2 y 66 RMH 1982 los que claramente indicaban que las participaciones no implicaban una cesión de créditos civil, dado que era la entidad emisora la única titular del crédito y la única que lo podía ceder (arts. 61.3 y 63.4 RMH). La reforma del RMH por RD 1289/1991 decantó la balanza hacia considerarlas una cesión total o parcial de crédito, con la creación ex lege de un mandato a la entidad emisora para seguir gestionándolo frente al deudor⁴⁹. En su versión actual, el RMH 2009 sigue diciendo que el único legitimado a ejecutar es el emisor de las participaciones y que el partícipe solo lo puede hacer por subrogación a los 60 días si el primero no actúa y el partícipe resulta impagado por culpa del incumplimiento del deudor; es decir, ejecuta no por derecho propio sino por el derecho y en lugar del emisor de la participación que es el auténtico acreedor hipotecario (art. 31 c)).

Por su parte, las normas de naturaleza civil relativas a la cesión de créditos tampoco pueden explicar la verdadera naturaleza de las participaciones dado que “titulizar” un préstamo a través de “participarlo” no es, a nuestro juicio, cederlo propiamente ya que no se están cumpliendo los requisitos del art. 149 LH, que es donde nuestro ordenamiento regula la cesión civil de créditos hipotecarios, y que desde su nueva redacción por Ley 41/2007 requiere obligatoriamente

⁴⁸ Toda esta discusión puede encontrarse más detallada en NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, cit., pp. 745 y ss.

⁴⁹ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, cit., pp. 790 y 791.

escritura pública e inscripción registral para ser eficaz⁵⁰. En cambio, el único requisito formal es que, en su caso, la participación podrá hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 29.1. RMH)⁵¹.

Afirmar lo contrario implicaría que la titulización de créditos hipotecarios a fondos –esencial en toda titulización de modelo angloamericano- debería cumplir con los requisitos que establece el art. 149 LH, que al tener un carácter imperativo impediría en la práctica la movilización de miles de créditos hipotecarios. Ello nos ha llevado a calificar las participaciones hipotecarias como una “especie de “cesión financiera” pero no una completa y auténtica “cesión jurídica”⁵².

Por lo tanto, difícilmente puede explicarse esta “cesión” del art. 15 LMH fuera de los esquemas del Derecho civil sin entender que existe una relación fiduciaria⁵³ en la que la entidad emisora conserva la titularidad “formal” (civil) de los créditos hipotecarios, los cuales se participan, emitiéndose sobre ellos bonos de titulización, que a su vez otorgan solamente determinados derechos y facultades a sus titulares, pero no la titularidad de los créditos. Nos encontramos, por lo tanto, ante una estructura para-fiduciaria o “atrustada” en las participaciones hipotecarias, en el sentido de que se basa en una inadecuada transposición del trust anglosajón⁵⁴.

Así pues, es la entidad emisora la que tiene la titularidad civil (formal) del crédito hipotecario, de manera que ella es la única que puede ejecutarlo por sí misma. Ello no quiere decir, sin embargo, que al participe no le corresponda un haz de facultades que le permitan gozar de la participación (es su “beneficiario”) y protegerla, que derivan, precisamente, de esa relación fiduciaria.

⁵⁰ Ya lo defendimos en su momento en SIMÓN MORENO, Héctor, “La cesión del crédito hipotecario (art. 11.3 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^º E., cit., pp. 145-190. En el mismo sentido, REDONDO TRIGO, Fernando, “Algunos problemas de la titulización ante los procesos de ejecución hipotecaria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 753, 2016, p. 615.

⁵¹ “Al permitir titular las PH [participaciones hipotecarias] y no los préstamos hipotecarios directamente, se agiliza enormemente el proceso de titulización, puesto que, entre otras ventajas, no era necesaria la comunicación al acreedor original ni modificar la escritura pública de la hipoteca”, ver PÉREZ, Daniel y CATARINEU, Eva, La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial, Banco de España, Estabilidad Financiera, Núm. 14, 2014, p. 118. Disponible en: <http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/08/May/Fic/IEF200814-5.pdf> (consulta 1-10-2016).

⁵² NASARRE AZNAR, S., La cobertura de las cédulas..., cit., pp. 526 y 527.

⁵³ MADRID PARRA, A., “Nueva regulación...” ..., p. 15, defiende que “la sociedad gestora representa al fondo de titulización y lo administra. Pero no es la propietaria de dicho patrimonio. La «propiedad» corresponde a los titulares de los bonos de titulización u otros acreedores financieros, que ostentan la condición de «beneficiarios» en una relación fiduciaria en la que a los inversores corresponde la titularidad que sobre los activos del fondo les otorgue su título jurídico: prestamistas, bonistas, etc”.

⁵⁴ La SAP Tarragona 17/2/2005 (JUR 2005\126045) afirmó que “El negocio fiduciario en España, de confusa configuración y tratamiento jurídico, es, por un lado denostado por la jurisprudencia, incluso como de carácter defraudatorio, pero luego es utilizado por el legislador, aunque ocultándolo bajo otros ropajes del derecho civil, para conseguir finalidades deseables, como el ahorro colectivo (con los Fondos de Inversión Colectiva de carácter financiero, arts. 29 a 31 Ley 35/2003), la promoción de la propiedad en alquiler (con los Fondos de inversión inmobiliaria, arts. 35 a 38 Ley 35/2003) o la refinanciación hipotecaria (fondos de titulización hipotecaria, art. 5 Ley 19/1992) o la financiación de proyectos (como los bonos de titulización de activos, RD 926/98). El legislador catalán, por su parte, parece mostrar su interés por una regulación global de la fiducia, según consta en los Trabajos Preparatorios del Libro 5º del Código Civil de Cataluña, arts. 514-1 a 514-13. En cualquier caso, todos estos fondos, entre otros existentes en nuestro derecho, no son más que fiducias inspiradas en el trust anglosajón, pero adaptadas a nuestro derecho civil, deficientemente en la mayoría de ocasiones”.

Principalmente, serían las siguientes:

- a) Reclamar los intereses pactados, cuyo impago le permite iniciar la acción ejecutiva contra la entidad emisora (art. 30.2 Decreto 176/2009);
- b) Exigir el reembolso de su participación;
- c) Transmitir su participación (art. 32.1 Decreto 176/2009);
- d) Concurrir en la ejecución contra el deudor y a ejecutar la hipoteca solo por subrogación en el acreedor (art. 31.1b) y c) Decreto 176/2009); y
- e) Oponerse a que la entidad emisora lleve a cabo determinados negocios que afecten decisivamente a su derecho, como cancelar de manera voluntaria de la hipoteca por causa distinta del pago del préstamo o crédito garantizado, renunciar o transigir sobre ella, condonar en todo o en parte el préstamo o crédito garantizado y, en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del préstamo o crédito (arts. 4.3 y 4.4 RMH). La entidad emisora necesita el consentimiento expreso de los partícipes para todos estos actos.

Todo ello formaría parte del contenido de esa “cesión financiera”, la cual no incluiría aspectos civiles claves. Por ejemplo, el partícipe no puede renegociar con el deudor nuevas condiciones novatorias del crédito participado -por ejemplo, posibles novaciones o subrogaciones efectuadas al amparo de la Ley 2/1994⁵⁵- o aplicarle los beneficios contenidos en el Código de Buenas Prácticas⁵⁶ o ejecutar la hipoteca “participada” por sí mismo, pudiéndose generar la duda de si, visto lo visto, las participaciones producen una auténtica separación de los créditos participados en caso de concurso de la entidad, como pretende el art. 15 LMH. De no darse, estaría poniendo en riesgo todo el sistema titulizador a través de los bonos de titulización que caería como un castillo de naipes. Pero lo que parece forzado es estirar tanto la ficción jurídica de que “separa” el crédito hipotecario de la entidad emisora en caso de concurso, cuando este no ha sido realmente (civilmente) cedido sino meramente “participado”, lo que defienden precisamente estas mismas entidades para poder ejecutar el crédito hipotecario por ellas mismas, como veremos infra.

Por lo tanto, todas las facultades de naturaleza civil en relación al crédito hipotecario participado quedan en manos de la entidad emisora en tanto que conserva, por ley, su custodia y administración, a pesar incluso de que el crédito esté totalmente participado, si bien es posible que para alguno de ellos (como, por ejemplo, para admitir la dación en pago del Anexo.3 RDL 6/2012), haga falta el consentimiento del partícipe. Los partícipes, en su caso, deberán prestar su consentimiento para determinados actos.

De esta ausencia de facultades civiles, una parte de la doctrina⁵⁷ concluye que los partícipes “son simples acreedores” sin que tengan una cotitularidad sui generis del crédito hipotecario. Así, según VALLE⁵⁸, “el derecho del bonista es un derecho de crédito, como lo podría ser el

⁵⁵ Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (BOE 4 abril 1994, núm. 80, p. 10364).

⁵⁶ Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE 10 marzo 2012, núm. 60, p. 22492).

del titular del retorno arrendaticio o el del titular de un derecho de opción de carácter personal, pero que a través del acceso al Registro consigue que su derecho sea oponible a terceros. El hecho de que el acceso sea por nota y no por inscripción es irrelevante, dado que es la propia Ley quien prevé esta forma de acceso”.

Visto lo visto, sorprende que tanto las cédulas como las participaciones y bonos de titulización queden excluidos del concepto “producto complejo” tanto de la Ley de Mercado de Valores 1988⁵⁹ (arts. 79bis y 2) como del texto refundido vigente en el RDL 4/2015⁶⁰ (art. 217.1.c), a pesar de que sí se consideren cuando lleven vinculados derivados (ej. swaps). Vemos a continuación sus consecuencias.

2.4. Los valores hipotecarios en las resoluciones judiciales relacionadas con malas prácticas con consumidores

2.4.1. La comercialización las cédulas hipotecarias a consumidores. Su consideración como productos complejos

Mientras los bonos de titulización hipotecaria se han comercializado tradicionalmente entre inversores institucionales, es decir, bancos, compañías de seguros y fondos de pensiones, de manera que los inversores minoristas no han tenido un papel relevante en su comercialización y casuística judicial⁶¹, las cédulas hipotecarias sí se han vendido a minoristas, incluidos consumidores. Prueba de ello son las resoluciones judiciales que resuelven la posible nulidad de contratación de cédulas hipotecarias por error en el consentimiento.

Así, por un lado, la SAP Navarra 20-1-2016⁶² entiende que ha existido un error excusable por no haber informado el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa y por prestar un servicio de asesoramiento financiero sin llevar a cabo el llamado test de idoneidad. Sin embargo, la SAP Asturias 16-7-2014⁶³ rechazó los argumentos de los demandantes.

⁵⁷ Así lo defienden BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier, *Contratación del mercado de valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Tirant Online: Documento TOL1.811.663.

⁵⁸ VALLE, José Luis, obra citada supra. Ver también SIMÓN MORENO, Héctor, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁵⁹ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 29 julio 1988, núm. 181).

⁶⁰ Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (BOE 24 octubre 2015, núm. 255, p. 100356).

⁶¹ De acuerdo con ROSARIO MARTÍN MARTÍN, María del, *Análisis de los fondos de titulización españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de la crisis*, Documentos de Trabajo nº 57, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Enero 2014, p. 27. Disponible en: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Monografias/DT_57.pdf.

Dada esta situación, debemos preguntarnos si las cédulas hipotecarias y los bonos de titulación hipotecaria son productos complejos, mereciendo sus inversores no profesionales una protección especial⁶⁴.

En un primer momento, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siguiendo los criterios establecidos por CESR, calificó en 2010 a las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias y otros instrumentos como no complejos siempre que cuenten con el respaldo de un grupo de activos⁶⁵. Sin embargo, estos instrumentos no deben calificarse automáticamente como no complejos cuando dicho grupo está fuera del balance del emisor (“structured covered bonds”), y se calificarán asimismo como complejos cuando incorporen un derivado implícito (por ejemplo, swaps) o estructuras que hagan difícil para el inversor entender el riesgo asociado al producto, cuando realmente es muy difícil saberlo sin conocimientos avanzados de finanzas⁶⁶.

La European Securities and Market Authority (ESMA) publicó unas directrices en febrero de 2016⁶⁷ (de obligado cumplimiento para las autoridades supervisoras) en relación a la evaluación de idoneidad y conveniencia e información a los clientes prevista en el art. 25 apartados 2, 3 y 4 de la Directiva 2014/65/EU (MiFID II), **relativa a los mercados de instrumentos financieros**⁶⁸ (*se aplicará –una vez transpuesta en cada Estado miembro- a partir del 3 de enero de 2017*), **calificando como producto complejo**, entre otros, a los bonos de titulación hipotecaria sobre inmuebles residenciales (RMBS).

Sin embargo, el art. 217 RDL 5/2015 contempla una lista de los productos financieros no complejos, entre los que se encuentran los “instrumentos del mercado monetario, bonos y otras formas de deuda titulizada que no incorporen un derivado implícito” (art. 217.1.c)⁶⁹. Y el Proyecto de Circular de 2016 de la CNMV⁷⁰ no incluye tampoco expresamente ni a los bonos ni a las cédulas como productos complejos, a pesar de que en su “Norma segunda” indica que: “2. A los efectos de la presente norma, se considerará que existe una estructura compleja

⁶² JUR 2016\146382.

⁶³ JUR 2014\220181.

⁶⁴ Vid. supra. Además, los arts. 202 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2015 establecen las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, y distingue entre los inversores profesionales y minoristas (es decir, los no profesionales), quienes quedan protegidos de manera especial por la Ley (arts. 213 y 214). Así, la prestación a estos inversores de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras requerirá que la entidad analice no sólo la situación financiera y los objetivos de inversión (lo que tiene lugar con cualquier cliente), sino también sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión (no exigible si el cliente es profesional). Y si se presta un servicio distinto, también evaluará la entidad sus conocimientos y experiencia y le advertirá si considera que el producto no es adecuado para él.

⁶⁵ COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos, 14 de octubre de 2010, p. 4. Disponible en: http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaInstrumentosComplejosNOCComplejos.PDF.

⁶⁶ Ver algunas estructuras en NASARRE AZNAR, S., *Securitisation ...*, pp. 27 a 31 y pp. 60 a 63.

⁶⁷ Directrices sobre instrumentos complejos de deuda y depósitos estructurados, 4/02/2016 (ESMA/2015/1787).

⁶⁸ OJ L 173, 12.6.2014, p. 349–496.

que dificulta a los inversores minoristas la comprensión de los riesgos asociados al instrumento, cuando el subyacente o alguno de los subyacentes en caso de existir más de uno, no se negocie diariamente en un mercado en el que se difunda un precio diario obtenido a partir de operaciones de compraventa cruzadas entre partes independientes, o tratándose de instituciones de inversión colectiva, que no publiquen diariamente su valor liquidativo”.

¿Por qué no incluir a las cédulas hipotecarias? Según la CNMV⁷¹, los productos no complejos cumplen una serie de parámetros⁷². Pero la no consideración de las cédulas como productos complejos se debe, quizás, por no ir más allá de la definición del Banco de España (“Activo financiero o título de renta fija que se emite con la garantía de la cartera de préstamos hipotecarios de la entidad de crédito emisora”), esto es, por considerar apriorísticamente que el respaldo de las cédulas –que son deuda del emisor– con la cartera de préstamos es suficiente protección para el inversor, cuando diversos autores ya han afirmado que la garantía de las cédulas no está clara desde 1872⁷³.

Sin embargo, este producto presenta varios riesgos⁷⁴ además de los estructurales descritos en el apartado 2.1 y que el propio Ministerio reconoce: no están asegurados por el Fondo de Garantía de Depósitos, que respalda hasta 100.000 euros por cliente y entidad financiera en determinados productos, por ejemplo depósitos⁷⁵; y tienen un riesgo de liquidez en tanto que no puede retirarse el dinero hasta el vencimiento del plazo (al igual que sucede con las participaciones preferentes). A ello hay que añadir, por ejemplo, que no se exija firma manuscrita del cliente de haber sido advertido de la complejidad de lo que se le ofrece (art. 214.5 RDL 4/2015) y que la entidad oferente quede exenta de llevar a cabo el test de conveniencia (art. 216 RDL 4/2015). Todo ello en detrimento de la protección de minoristas (arts. 204 y 205 RDL 4/2015), incluidos los consumidores que no declaren ser profesionales (art. 206).

⁶⁹ ORTIZ, Alicia, “¿Saben nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 4/2016. BIB\2016\21128.

⁷⁰ http://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CNMV/Texto_Circular.pdf (visitado 20-9-2016).

⁷¹ <http://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Complejos-No-Complejos.aspx> (visitado 20-9-2016).

⁷² Se pueden reembolsar de forma frecuente a precios conocidos por el público. En general, siempre es fácil conocer su valor en cualquier momento y hacerlos efectivos. El inversor no puede perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente. Existe información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto. No son productos derivados.

⁷³ Ver, entre otros, NASARRE AZNAR, S., La garantía..., cit., pp. 443 a 592, que incluye la discusión sobre las opiniones de otros autores.

⁷⁴ MARIÑO GARRIDO, Teresa, “Los mercados de valores”, en PALOMO ZURDO, Ricardo J., BELÉN CAMPUZANO, Ana y CONLLEDO LANTERO, Fernando (Dir.), Los mercados financieros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁷⁵ Art. 10 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (BOE 15 octubre 2011, núm. 249, p. 107985).

2.4.2. La ejecución de los créditos hipotecarios “participados”

Otra cuestión que ha adquirido relevancia recientemente en los asuntos judiciales relacionados con malas prácticas bancarias y la titulización⁷⁶ es la legitimación de las entidades de crédito para iniciar el proceso de ejecución hipotecaria cuando se produce el impago de un crédito que ha sido titulado, y este hecho guarda relación con la naturaleza jurídica de las participaciones hipotecarias, esto es, cómo tiene lugar dicha participación y quién es realmente el acreedor hipotecario.

En este sentido, ya se ha puesto de relieve que el art. 15.1 LMH permite a las entidades de crédito “participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera, mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias”.

La cuestión de lo que significa en la práctica “participar” no es pacífica como ya hemos visto, en particular aclarar el hecho de si se produce o no una verdadera cesión del crédito hipotecario y el reparto de facultades entre el cedente del crédito y los partícipes, es decir, los titulares de las participaciones. Además de nuestra opinión expresada supra como una problemática estructural más de la titulización no solo española sino internacional, varias teorías han intentado explicar su naturaleza jurídica⁷⁷.

Pasamos a continuación a revisar las dos posturas que han adoptado los tribunales hasta el momento.

a) Primera postura judicial: la participación como una cesión de crédito hipotecario

El Auto JPI Picassent 15/3/2016⁷⁸ y Auto JPI núm. 1 Fuenlabrada 6/3/2015⁷⁹ argumentan que la participación de créditos hipotecarios se articula en base a una cesión del crédito hipotecario, total o parcial, operada vía arts. 1528 CC y 149 LH. Por lo tanto, el cedente perdería su condición de acreedor hipotecario tal y como se deduce -según las resoluciones citadas-

⁷⁶ Ver, por ejemplo, en prensa, http://www.ara.cat/societat/desnonats-podran-denunciar-titulitzat-hipoteca_0_1652834738.html?utm_medium=social&utm_source=twitter&utm_campaign=ara (consulta 19-9-2016).

⁷⁷ Así, dada su deficiente regulación (a propósito) de las participaciones, estas pueden consistir tanto en un negocio fiduciario, dando lugar a la distinción entre el “dominio fiduciario” de la entidad emisora y el “dominio sustancial” del partícipe; como en una cesión del crédito hipotecario (que origina una cotitularidad sobre el crédito hipotecario) en la que se atribuye ex lege una representación al emisor-cedente; también en la creación de un nuevo derecho de crédito que la entidad emisora constituye en su contra y frente al partícipe, coligado con el crédito hipotecario titularidad de aquél; y finalmente incluso se han intentado definir a los partícipes como obligacionarios especiales, por cuya virtud la entidad emisora contrae crédito, obligándose directamente frente a los tenedores de dichas participaciones. Ver DÍAZ FRAILE, Juan María, La ejecución hipotecaria y el mercado secundario, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2008, p. 206, que expone las tesis de Madrid Parra, Ortí Vallejo y Rubio Garrido (enunciadas brevemente en nuestro texto en este orden), y GARCÍA y LASTRES, José Luis, “La naturaleza jurídica y el régimen de las participaciones hipotecarias”, en BELÉN CAMPUZANO, Ana y ROJO, Ángel (Coords), Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Base de Datos Jurídica Tirant Online. Documento TOL5.731.627.

⁷⁸ JUR 2016/89347.

⁷⁹ JUR 2015/95777.

del art. 26.3.II RMH, en virtud del cual la entidad emisora conserva por ley la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo (a pesar de que la “participación parcial” de créditos hipotecarios no sea muy habitual en la práctica)⁸⁰. Esta conclusión tiene relevantes efectos respecto a la legitimación para iniciar un proceso de ejecución hipotecaria: el verdadero acreedor hipotecario -que no sería el cedente- debería constar en el Registro de la Propiedad como titular del crédito hipotecario, ya que ello es un requisito necesario ex art. 130 LH para iniciar el proceso ejecución⁸¹. El corolario de esta argumentación es que el emisor de las participaciones –la entidad de crédito- solo podría ejecutar, en su caso, gracias al poder concedido en la escritura de constitución a su favor (como así sucede en la práctica).

Pues bien, las resoluciones citadas defienden que la entidad cedente pueda iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria porque la entidad emisora tiene la administración y gestión del crédito, pero carece de legitimación activa para iniciar el despacho de la ejecución universal ex art. 579.1 LEC si no se obtiene remate suficiente; esto es, la entidad emisora no tendría legitimación extraordinaria para iniciar la ejecución complementaria –conclusión que luego rebatiremos-. ¿Qué sucedería, sin embargo, si las entidades emisoras no acreditasen su condición de administradores y gestores de los créditos titulizados? Pues que debería denegarse, siguiendo esta teoría, su legitimación activa para iniciar procesos de ejecución hipotecaria (ex art. 559.2 LEC), con el consiguiente sobreseimiento del proceso al ser un defecto insubsanable. Y así lo han entendido varias resoluciones judiciales al actuar la entidad emisora en su propio nombre como si fuera el verdadero acreedor hipotecario, ocultando deliberadamente la titulización del crédito⁸².

⁸⁰ En una escritura de 2004 (por la que se constituye un FTH, disponible en https://www.caixabank.cat/deployedfiles/gesticaixa/Estaticos/PDF/GestiCaixa/HipotecariosFTH/EC_GC_SABADELL1.pdf) encontramos un ejemplo de cómo se estructura una emisión de participaciones hipotecarias. La cesión de los préstamos hipotecarios mediante la emisión y suscripción por el fondo se realiza de manera “plena e incondicional” (por lo tanto, se trata de una cesión global) y la entidad asume la administración de los créditos hipotecarios, de manera que adoptará “las medidas que ordinariamente tomaría si se trata de préstamos de su cartera”, por ejemplo la gestión de los cobros. Ello lo realiza gracias a una “titularidad fiduciaria de los préstamos hipotecarios” o “en virtud del poder que se cita en el párrafo siguiente”, que se concede gracias a un contrato de administración. Así obtiene la entidad emisora la legitimidad para iniciar acciones judiciales contra el deudor hipotecario en caso de impago del préstamo y adjudicar, en su caso, el remate al fondo vía art. 647.3.LEC. Ésta ha sido una práctica generalizada de las entidades de crédito (LACABA SÁNCHEZ, Fernando, “La titulización de créditos hipotecarios. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario”, Revista de Derecho Vlex, Núm. 144, 2016) Escritura disponible en: https://www.caixabank.cat/deployedfiles/gesticaixa/Estaticos/PDF/GestiCaixa/HipotecariosFTH/EC_GC_SABADELL1.pdf.

⁸¹ Esta es la posición doctrinal mayoritaria, vid. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, “La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 747, 2015, pp. 415 y ss.

⁸² Auto JPI Villacarrillo nº 2 11/7/2016; Auto JPI Villajoyosa nº 2 11/7/2016; Auto JPI nº 1 Herrera del Duque 6/7/2016; Auto JPI nº 4 Benidorm 5/7/2016; Auto JPI Sevilla nº 4 30/6/ 2016, Auto JPI nº 2 Olot 17/06/16; Auto JPI Benidorm nº 1 10/6/2016; Auto JPI mnº 2 Benidorm 13/6/2016; Auto JPI Málaga nº 8 14/1/2015; Auto JPI Gijón 13/4/2016 (JUR 2016\153926); Auto JPI Sueca nº 5 25/4/2016; Auto JPI nº 15 Málaga 27/4/2016; Auto JPI Moncada nº 2 15/6/2016; Auto, JPI Arganda del Rey núm. 6 12/11/2015 (JUR 2016\33475); Auto JPI Barcelona nº 2 20/1/2016 (Id Cendoj: 08019420022016200001); Auto JPI Málaga nº 8 20/1/2015. Disponibles en: <http://www.sicom.cat/blog/titulizaciones-sentencias-recopiladas-por-sicom-solidaritat-i-comunicacio-sicomtelevision/>.

En definitiva, estas resoluciones deniegan la legitimación activa para ejecutar créditos hipotecarios participados por inacción probatoria de la entidad emisora de su condición de administradora de los créditos hipotecarios cedidos (AAP Barcelona -sección 2ª-20/1/2016⁸³).

b) Segunda postura judicial: la participación como una institución distinta de la cesión

Otras resoluciones han adoptado una solución distinta, partiendo de que el art. 15.4 LMH dispone que el titular de la participación concurrirá en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, y el RMH concreta esta legitimación: si el emisor no inicia el proceso de ejecución, el titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que la inste (cfr. art. 31.1.a) y b) RMH). Esta última previsión indica que quien tiene legitimación realmente para iniciar el proceso es el emisor (y no el fondo ni los titulares de las participaciones hipotecarias). Y ello se corrobora con la solución que ofrece el RMH si el emisor no inicia el proceso en los sesenta días siguientes: en este caso, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución por la cuantía de su respectiva participación (cfr. art. 31.1.c) RMH). Esto es, el partícipe no puede ejecutar por sí mismo.

Tomando como base las anteriores disposiciones, varias resoluciones judiciales han afirmado que la legitimación ordinaria en los procesos de ejecución corresponde a la entidad emisora, quien luego podría adjudicar el remate al fondo de titulización en tanto que titular de las participaciones, vía art. 647 LEC. Así se posicionan la SAP Cádiz 23/12/2015⁸⁴ y el AAP Tarragona 17/09/2015⁸⁵, que defienden que en las participaciones hipotecarias no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de su balance. De este modo, el acreedor mantiene la titularidad ex art. 26.3 RMH.

En el mismo sentido se pronuncian los AAP Madrid 28/01/2015⁸⁶, AAP Barcelona 3/2/2016⁸⁷ y AJPI núm. 2 de Manacor 13/11/2014⁸⁸. Corolario de esta argumentación es sostener que los partícipes tienen una “legitimación subsidiaria extraordinaria” (art. 10.2 LEC), es decir, subsidiaria y por subrogación (art. 31.c RMH). Del mismo parecer es la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona de 15 de julio de 2016⁸⁹.

⁸³ JUR 2016\33476.

⁸⁴ JUR 2016\24798.

⁸⁵ JUR 2015\262649.

⁸⁶ JUR 2015\86074.

⁸⁷ JUR 2016\70049. Id Cendoj: 08019370192016200006.

⁸⁸ JUR 2015\68628.

En definitiva, para estas resoluciones las participaciones hipotecarias no implican una cesión civil (real) de los créditos participados, sino que estos meramente quedan “participados”.

Y esta es la opinión que nosotros mantenemos⁹⁰: que con las participaciones no puede existir una verdadera cesión civil de créditos hipotecarios, tanto a tenor del art. 15 LMH interpretado con el RMH 2009 como a tenor del art. 149 LH, siendo el emisor/originador de los préstamos quien tiene la legitimación civil y procesal para ejecutar la hipoteca, conllevando la participación únicamente los contenidos financieros de goce y protección que hemos explicado en el apartado 2.2.

Pero incluso en el caso que se entendiese que existe cesión (como sigue la primera interpretación judicial), la estructura de las participaciones puesta en contexto europeo, se equipara a los trust y, por lo tanto, existe un mandato legal subyacente al cedente/originador para seguir todos los asuntos con el deudor hipotecario, incluida la eventual ejecución, que solo podrá hacer el partícipe por inacción del emisor y por subrogación en la posición de este.

Además, añadimos lo siguiente:

a) Primero, que algunas resoluciones judiciales partidarias de la primera postura (la participación como una cesión de crédito hipotecario) defienden que la entidad emisora tiene legitimación activa para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria si demuestra que actúa como administradora del crédito hipotecario participado (dado que tiene su administración por ley), pero carece de ella para perseguir el resto de bienes del deudor ex art. 579.1 LEC (que la tendría, en su caso, el cesionario, “verdadero” titular del crédito hipotecario). Como hemos dicho, la inscripción registral de la cesión del crédito hipotecario vía art. 149 LH tiene una naturaleza constitutiva, con lo que difícilmente puede mantenerse –aplicando en puridad el art. 149 LH- que la entidad emisora tenga legitimación para iniciar cualquier tipo de acción si el cesionario del que eventualmente le vendría dicha facultad no consta en el Registro de la Propiedad. En efecto, este cesionario no podría ni iniciar el proceso de ejecución hipotecaria porque no está inscrito (así lo exige, como hemos dicho, el art. 130 LH al disponer que la ejecución hipotecaria tendrá lugar “sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”), ni tampoco otorgar un poder a la entidad emisora para que actúe en su nombre (no sería posible admitir un poder para ejecutar en nombre de un acreedor hipotecario que no está inscrito en el Registro de la Propiedad).

Por lo tanto, los tribunales que siguen esta postura deberían inadmitir todas las ejecuciones hipotecarias de créditos hipotecarios titulizados iniciados en nombre y a favor de las entidades cedentes en coherencia con la normativa hipotecaria que ellos consideran de aplicación para explicar la participación del crédito hipotecario (arts. 130 y 149 LH), sin importar si la entidad cedente acredita o no su condición de administradora del crédito.

⁹⁰ Vid. supra sobre nuestro parecer en torno a la naturaleza jurídica de la “participaciones hipotecarias.

Pero como ya se ha comentado, a nuestro juicio la entidad emisora sigue teniendo la titularidad del crédito hipotecario, incluso con base en las normas específicas de la LMH y el RMH aplicables a la participación de créditos hipotecarios –como sostiene la segunda postura judicial apuntada-, por lo que la legitimación de la entidad emisora sería ordinaria (art. 10.1 LEC⁹¹) y para cualquier procedimiento de ejecución del crédito participado, con la facultad de ceder el remate al fondo y proseguir la ejecución, en su caso, contra el resto de bienes del deudor, como fue el supuesto que dio lugar al AAP Navarra 28-1-2011⁹².

En principio, la misma legitimación contra el resto de bienes tendría el partícipe por subrogación en la posición de la entidad emisora ex art. 10.2 LEC⁹³ ya que la Ley le permite esta facultad verificada la inacción de esta (art. 15.5 LMH). Sin embargo, el art. 31.1.c) RMH permite al partícipe subrogarse en la “acción hipotecaria del préstamo o crédito participado”⁹⁴, por lo que no queda claro si el partícipe podría perseguir el resto de bienes del deudor si el producto del procedimiento hipotecario fuera insuficiente para satisfacer su derecho. Una interpretación restrictiva de la expresión “acción hipotecaria” sugeriría que solo sería la entidad emisora quien podría continuar la ejecución contra el resto de bienes del deudor (art. 579.1 LEC). De hecho, la ejecución hipotecaria tiene como efecto la extinción del crédito hipotecario (art. 33.1 RMH). Eso sí, el titular de las participaciones conservaría acción contra el emisor hasta el cumplimiento de sus obligaciones.

b) Y segundo, que la mayoría de las resoluciones anteriores no tienen en consideración la Ley 5/2015, que armoniza el régimen de los fondos de titulización sean de activos o hipotecarios. Pero esta regulación, si bien aporta novedades en relación a la anterior normativa, como la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización, no afecta a la participación de créditos hipotecarios, como ya se ha comentado. Dado que las participaciones no representan ni el dominio ni ningún derecho real sobre bienes inmuebles (incluidos los créditos hipotecarios) sino que son valores negociables con determinadas facultades financieras, no pueden ser bienes inmuebles ni inscribirse a nombre del Fondo de titulización. Más claramente lo dice el art. 336 CC: “Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios”⁹⁵.

⁹¹ “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

⁹² AC 2011\40.

⁹³ “Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”.

⁹⁴ El resaltado es nuestro.

⁹⁵ El resaltado es nuestro.

2.4.3. La cláusula abusiva de cesión del crédito hipotecario y su posible aplicación a la participación de créditos hipotecarios

La STS 16-12-2009⁹⁶ declaró abusiva la siguiente cláusula: “En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste”.

El TS entiende que dicha cláusula permitiría a la entidad de crédito ceder todo el contrato de préstamo a un tercero, esto es, todo el haz de derechos y obligaciones que dimanan del contrato de préstamo, sin el consentimiento del prestatario. Es por ello que exige que la cesión requiera necesariamente el consentimiento de este (deudor en la obligación), de modo que la cláusula debe reputarse abusiva a tenor de los apartados 2º, 10º y 94º de la DA 1ª de la Ley 26/1984⁹⁷, que estaba en vigor cuando se formalizaron los contratos de crédito hipotecario contratados. Entender lo contrario significaría que el cedido sufriría una merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales⁹⁸.

Sin embargo, la sentencia también analiza obiter dicta la aplicación de esta doctrina a la cesión del crédito hipotecario (que considera no recoge la cláusula transcrita), que tiene sin embargo una naturaleza jurídica distinta a la cesión del contrato⁹⁹. El art. 149 LH, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 41/2007¹⁰⁰, admitía esta cesión siempre que tuviera lugar en escritura pública, se diera conocimiento al deudor (no que este diese su consentimiento) y se inscribiera en el Registro. Pero lo cierto es que la falta de notificación al deudor no afectaba a la validez de la cesión (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 18/10/2000¹⁰¹), así como tampoco que no se cumplieran el resto de requisitos que enumera el precepto, en cuyo caso el cedente era responsable de los perjuicios que pudiera sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta (art. 151 LH).

Por lo tanto, el TS defiende el carácter abusivo de la cláusula de cesión del crédito hipotecario (la renuncia a que se le dé conocimiento de ella) a pesar de que tenga cobertura legal en el art. 242 RH¹⁰². La razón es que el art. 242 RH constituye una excepción a la aplicación

⁹⁶ RJ\2010\702 . La sentencia argumenta que “A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008, 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incontestable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª -reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 -imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1.c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU”.

⁹⁷ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24 julio 1984, núm. 176, p. 21686).

⁹⁸ El TS afirma que “por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado 14 de la DA 1ª LGDCU”.

de los arts. 1527 y 1198 CC y 151 LH y 176 RH: el deudor quedará vinculado con el cesionario a pesar de no existir la comunicación de la cesión por parte del cedente si hubiese renunciado a ella en escritura pública, lo que significa, primero, que el deudor no queda liberado de la obligación si paga al cedente, y segundo, que el deudor no podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos anteriores a la cesión y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de ella (art. 1198.3 CC).

Pues bien, esta STS 16-12-2009 ha influido a algunos tribunales y juzgados inferiores, que la han invocado, cuanto menos, con cierta flexibilidad. De esta manera, la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 1 de Donostia 83/2016¹⁰³ declaró abusiva la siguiente cláusula relativa a la cesión: “Kutxa podrá ceder parcial o totalmente su crédito sin necesidad de dar conocimiento de ello a la parte prestataria, renunciando esta al expresado derecho a los efectos del artículo 242 del Reglamento Hipotecario”. Lo mismo puede predicarse de la SAP Pontevedra 6/2/2015¹⁰⁴.

Nótese, sin embargo, que en este caso la cláusula no se está refiriendo a la cesión del préstamo (es decir, a la cesión del contrato como en la STS 16-12-2009), sino expresamente a la cesión del crédito (y también, aunque de manera discutible como analizaremos posteriormente, a la participación de créditos hipotecarios vía art. 15 LMH).

⁹⁹ Así, la cesión del contrato (que se admite sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, art. 1255 CC) se ha definido como “aquél acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación” (STS 19/9/1998, referencia ECLI:ES:TS:1998:5226) y tiene su ámbito de aplicación natural en los contratos con prestaciones sinalagmáticas si éstas aún no se han cumplido, puesto que si la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales desaparece entonces el carácter sinalagmático del contrato primitivo, al no existir reciprocidad de obligaciones, y se produce la figura de la cesión de créditos, en virtud de la cual sólo se cede, a favor de un tercero, la posición acreedora del contratante vendedor (STS 23/10/1984, RJ 1984\4972).

¹⁰⁰ “El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro”.

¹⁰¹ RJ 2000\10229. Argumenta la resolución que “La notificación al deudor no es un requisito para la validez de la cesión ni, por tanto, puede estimarse como presupuesto necesariamente previo a la inscripción; la notificación únicamente determina el mayor o menor alcance de la cesión frente al deudor, y así lo evidencian no sólo los artículos 1198 y 1527 del Código Civil, sino también el propio artículo 151 de la Ley Hipotecaria, que presupone la inscripción de la cesión sin previa notificación, y contempla su ausencia únicamente a los efectos de atribuir la responsabilidad inherente a tal omisión (cfr. además artículos 176 y 242 Reglamento Hipotecario)”.

¹⁰² “Del contrato de cesión de crédito hipotecario se dará conocimiento al deudor por los medios establecidos en el artículo 222, a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública o se estuviere en el caso del artículo 150 de la Ley”.

¹⁰³ Disponible en: <https://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2016/03/sjm-1-san-sebastic3a1n-8-3-16-nulidad-x-abusiva-de-clc3a1usula-que-faculta-para-ceder-crc3a9dito-a-tercer-sin-comunicarlo-al-deudor.pdf> (visitado 2-10-2016).

¹⁰⁴ ECLI:ES:APPO:2015:234. Esta sentencia califica como abusiva la siguiente cláusula: “La Caja, cuando lo estime conveniente, podrá ceder su crédito hipotecario, en todo o en parte, con sus accesorios sin necesidad de dar conocimiento a la parte prestataria, quien renuncia al derecho que al efecto le concede el art. 149 LH”.

Por su parte, la sentencia del juzgado de lo mercantil nº 1 de Donostia 83/2016 acoge íntegramente las consideraciones realizadas obiter dicta por la STS 16-12-2009, si bien analiza el carácter abusivo de la cláusula de acuerdo a la nueva redacción del art. 149 LH operada por la Ley 41/2007. De esta manera, esta sentencia –además de afirmar que la cláusula no reúne la necesaria transparencia material- defiende que si bien la nueva redacción del art. 149 LH¹⁰⁵ suprimió la exigencia de dar conocimiento de la cesión al deudor, ésta se mantiene en el art. 242 RH, por lo que “su derecho a la notificación se mantiene en la legislación, salvo en el caso de que se renuncie a él”, y a continuación prosigue que “ello supone que el deudor tiene derecho a que la cesión le sea notificada y su renuncia insertada en una condición general de la contratación debe considerarse abusiva de conformidad con el artículo 86.7 del TRLGDU”.

Sobre esta cuestión debemos comentar lo siguiente:

a) Primero, que la notificación de la cesión de crédito hipotecario al deudor no es (ni lo era con la regulación anterior a la Ley 41/2007) un requisito necesario para la validez de la cesión. Así se desprende de la nueva redacción del art. 149 LH y de la regulación general del CC. Por lo tanto, puede discutirse la vigencia del art. 242 RH en tanto que desarrolla un requisito que la ley ya no exige¹⁰⁶. Por lo tanto, una posibilidad es entender que la regulación del RH referente a la notificación de la cesión del crédito hipotecario ha sufrido una derogación tácita por parte de la Ley 41/2007¹⁰⁷ y, por lo tanto, que dicho pacto incluido en las escrituras públicas no debería inscribirse en el Registro de la Propiedad¹⁰⁸.

b) En el caso de que se considerara vigente el art. 242 RH, la STS 16-12-2009 y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia utilizan básicamente un argumento para declarar su carácter abusivo: la pérdida de derechos del deudor por la renuncia al derecho a la notificación. Lo cierto es que a nivel doctrinal existe cierto consenso en considerar su carácter abu-

¹⁰⁵ “El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

¹⁰⁶ Lo mismo puede predicarse, por ejemplo, de la posibilidad que otorgaba el art. 5.2 LMH de exigir la ampliación de la hipoteca a otros bienes si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia que haga desmerecer el precio del bien hipotecado el valor del mismo desciende por debajo de la tasación inicial en más de un veinte por ciento, que se ha derogado por el art. 4.7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, pero se ha mantenido en el art. 9.1 RMH.

¹⁰⁷ La doctrina entiende que los arts. del RH carecen actualmente de virtualidad: “La única modificación en este precepto es que se ha suprimido la necesidad de que se dé conocimiento al deudor, por lo que los artículos 242 y 243 RH se vuelven inoperantes (Circular núm 7/2007 relativa a la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, del Decano del Colegio de Registradores, aprobada por la Junta de Gobierno en su reunión de 11 de diciembre de 2007)”, ver MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, “La hipoteca inversa en el marco de la Ley de regulación del mercado hipotecario”, en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Coord.), Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo II, Thompson-Civitas, 2008, p. 1231.

¹⁰⁸ BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario”, Revista de Derecho Privado, Septiembre 2003. Gómez-Gállico cita como ejemplo de cláusula que no debe incorporarse al título ni inscribirse en el Registro la “renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía”; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “Presente y futuro de la garantía hipotecaria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 725, 2011, p. 28.

sivo con base al art. 86.7 RDL 1/2007¹⁰⁹. La razón es que en relación al pago liberatorio, la posición en la que queda el deudor es como la de cualquier tercero¹¹⁰: si se ha inscrito la cesión en el Registro de la Propiedad, el deudor debe pagar obligatoriamente al cesionario ya que la cesión le será oponible (art. 1526.2 CC), sin que el pago al cedente tenga efecto liberatorio (como sí tendría lugar si la renuncia a la notificación no hubiera tenido lugar, en cuyo caso la oponibilidad de la cesión al deudor dependería de la notificación, no de la inscripción registral). Pero si tal cesión no se ha inscrito, el deudor extinguirá la obligación pagando al cedente. Es decir, si bien el deudor no sabe a ciencia cierta quién es su acreedor, no debe ir más allá de lo que publica el Registro de la Propiedad para realizar el pago y exigir la cancelación ex art. 176 RH¹¹¹. Esta renuncia también supone que el deudor pierde el derecho de compensación –o cualquier otro pago extintivo- que tenía con el cedente. Con todo, no han faltado opiniones en contra de esta doctrina¹¹².

Pues bien, la cuestión que nos planteamos ahora es la posible aplicación de esta cláusula discutida en la STS 16-12-2009 a la participación de créditos hipotecarios. Y ello por tres motivos:

- a) Porque ciertos tribunales (vid. supra apartado 3.2) le aplican a la participación de créditos hipotecarios las reglas del art. 149 LH; es decir, que la doctrina expuesta relativa a la renuncia del deudor a la notificación de la cesión resultaría de aplicación a las participaciones, con los efectos que a continuación analizaremos.
- b) Además, el Colegio de Registradores de la Propiedad elaboró una lista de cláusulas después de la promulgación de la Ley 1/2013 que no deben acceder al Registro de la Propiedad por considerarse abusivas¹¹³ en tanto que el art. 84 RDL 1/2007 dispone que los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (así como los notarios) no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Por lo tanto, este documento, que busca facilitar la labor de los Registradores de la Propiedad al aplicar esta normativa, contiene, por efecto de la STS 16-12-2009, el pacto de renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito o del préstamo. Ahora bien, el Colegio de Registradores deja la puerta abierta a que el deudor o hipotecante puedan consentir la cesión siempre

¹⁰⁹ REPRESA POLO, Patricia, "Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio", *Indret, Revista para el análisis del derecho*, mayo de 2009, p. 17. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/631_es.pdf (visitado 2-10-2016).

¹¹⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, "Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 653, 1999, pp. 1329 y siguientes.

¹¹¹ PÉREZ GURREA, Rosana, "La cesión de créditos garantizados con hipoteca: sus requisitos y efectos entre las partes y respecto de terceros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 730, 2012, p. 1106. Y REPRESA POLO, cit., p. 17.

¹¹² CARRASCO PERERA, Ángel, "No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca", *Análisis GA&P*, Marzo 2016, pp. 1 y ss.

que no renuncie a sus derechos (vid. supra), ya se trate de la cesión de créditos hipotecarios o su titulación en el mercado secundario, de lo que se deduce que la doctrina del TS en relación a dicho pacto de renuncia también podría ser aplicable a la participación de créditos hipotecarios.

c) Y finalmente, porque el titular del juzgado nº 11 de Vigo ha presentado en fecha 6 de enero de 2016 una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea¹¹⁴ que se centra en el ejercicio del derecho de tanteo y retracto de créditos litigiosos por parte del deudor hipotecario, cuyo crédito hipotecario había sido titulado. Esta cuestión prejudicial es relevante en tanto que el tribunal pregunta si es acorde al Derecho comunitario ceder un crédito hipotecario litigioso sin que se exija una notificación fehaciente al deudor ni se le comunique el precio. Por lo tanto, queda abierta la posibilidad –en función de cómo resuelva el TJUE y de cómo se interprete el concepto de “crédito litigioso”- de que tales requisitos puedan exigirse para la participación de créditos hipotecarios.

A nuestro juicio, sobre la aplicación de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión ex art. 242 LH a las participaciones de créditos hipotecarios (art. 15 LMH) consideramos lo siguiente:

a) Primero, que dicho precepto no opera para las participaciones hipotecarias en tanto que no tiene lugar propiamente, como ya se ha analizado supra, una verdadera cesión civil del crédito hipotecario que se articule por el art. 149 LH. De hecho, la única previsión formal que se exige para “participar” los créditos es la nota marginal si su suscripción no está limitada a inversores profesionales (art. 29.1 RMH).

De hecho, en nada perjudica al deudor¹¹⁵ que no se le notifique de la participación de su crédito hipotecario: la acción hipotecaria iniciada por el partícipe sólo puede tener lugar por “subrogación”, por lo que el partícipe no actúa en ningún momento como un verdadero cesionario del crédito hipotecario, esto es, como un tercero que puede iniciar por sí mismo el proceso de ejecución hipotecaria y al que el deudor hipotecario podrá o no oponer determinadas ex-

¹¹⁴ Asunto C-7/16: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Vigo (España) el 6 de enero de 2016 – Banco Popular Español S.A. y PL Salvador, S.A.R.L/Maria Rita Giraldez Villar y Modesto Martínez Baz (disponible en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.118.01.0009.01.SPA&toc=OJ.C:2016:118:TOC), que pregunta, entre otras cuestiones, lo siguiente: ¿Se oponen a las normas de la Unión Europea citadas en la primera cuestión una norma de Derecho interno, como el artículo 1535 del Código Civil español, que permiten la cesión a un tercero de un crédito litigioso en el que sea parte un empresario, por un lado, y un consumidor, por otro, sin que se exija una notificación fehaciente al referido consumidor del hecho mismo de la cesión, su título o razón de ser, y sin que sea preciso que se indique, documentalmente acreditado (y en todo caso), el precio cierto por el que se adquirió el crédito, señalando la quita o descuento realizado?”.

¹¹⁵ Técnicamente esto es cierto. No obstante, alguna situación pone en duda esta afirmación. Por ejemplo, que la entidad emisora de las participaciones (la acreedora hipotecaria) no ejecute porque haya llegado a un pacto de tolerancia extrarregistral con el deudor, el cual el partícipe no tiene por qué respetar, porque ni ha consentido a él ni le puede afectar en modo alguno (arts. 4.3 y 4.4 RMH). De manera que en este caso el deudor se encuentra con una ejecución, aunque sea por subrogación, que no se esperaba. Pero no hay que olvidar que en ningún caso el deudor podría impedir la participación del crédito, sino simplemente conocerla.

cepciones (en este caso sí tendría relevancia una renuncia ex ante al derecho a tener conocimiento de la cesión del crédito). Efectivamente, el partícipe actúa subrogándose en la posición jurídica de la entidad emisora, por lo que las excepciones que podrá oponer el deudor hipotecario al partícipe, así como los derechos de éste en relación con el crédito hipotecario y el deudor, dependerán del alcance que se le dé a esta “subrogación”. Sin embargo, el RMH no la desarrolla, pero los efectos de la acción de subrogación prevista en el art. 1111 CC pueden aplicarse mutatis mutandis a la subrogación del partícipe, dado que ambas comparten algunas similitudes¹¹⁶. En este sentido, la doctrina pone de relieve que el deudor podrá oponer al acreedor que se subroga todas las excepciones de las que podía disponer frente a su acreedor primitivo¹¹⁷.

Por lo tanto, las excepciones que podría oponer el deudor hipotecario relativas al crédito hipotecario participado no se verían afectadas en modo alguno: al ser la entidad emisora la titular del crédito hipotecario con todas las facultades de naturaleza civil, el pago del crédito tendrá plenos efectos liberatorios para el deudor hipotecario, quien podrá alegar dichos pagos al partícipe que inicia el proceso de ejecución del crédito hipotecario participado por subrogación. En todo caso, el potencial perjudicado podría ser el partícipe si los pagos realizados por el deudor hipotecario no se utilizaran para satisfacer su derecho. En este caso, y dado que los pagos realizados por el deudor hipotecario a la entidad emisora serían oponibles al partícipe (art. 695 LEC), este debería dirigirse para obtener el cobro de su derecho contra la entidad emisora de las participaciones vía art. 30.2 RMH.

b) Segundo, que los deudores hipotecarios tampoco podrían alegar la existencia de esta cláusula como motivo de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria (art. 695.1.4 LEC) –con independencia de la postura que se siga para explicar la participación de créditos hipotecarios- ya que no constituye ni el fundamento de la ejecución –lo contrario de lo que sucede con la cláusula de vencimiento anticipado- ni afecta a la cantidad reclamada –lo contrario de lo que sucede con los intereses de demora-, de manera que no podría tener lugar el sobreseimiento del proceso (art. 695.4 LEC)¹¹⁸.

¹¹⁵ Técnicamente esto es cierto. No obstante, alguna situación pone en duda esta afirmación. Por ejemplo, que la entidad emisora de las participaciones (la acreedora hipotecaria) no ejecute porque haya llegado a un pacto de tolerancia extrarregistral con el deudor, el cual el partícipe no tiene por qué respetar, porque ni ha consentido a él ni le puede afectar en modo alguno (arts. 4.3 y 4.4 RMH). De manera que en este caso el deudor se encuentra con una ejecución, aunque sea por subrogación, que no se esperaba. Pero no hay que olvidar que en ningún caso el deudor podría impedir la participación del crédito, sino simplemente conocerla.

¹¹⁶ En ambas se exige para la prosperidad de la acción que el crédito es exigible, la acción de cuyo ejercicio por subrogación se trata se halla descuidada, es decir, es susceptible de una utilización más provechosa que la que realiza el deudor; la falta de ejercicio (o el ejercicio inadecuado) del mismo perjudica al acreedor; y que el ejercicio por el acreedor sea útil al fin de aprontar medios para la satisfacción de su crédito, ver en este sentido ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, “Artículo 1111”, en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Coord.), Comentarios al Código Civil, Tomo XV, Vol 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil, Edersa, 2004.

¹¹⁷ “Ha sido y es cuestión pacífica que dicho tercero puede hacer valer todas las excepciones de que podría disponer frente al deudor, pero no sólo aquellas excepciones que tengan fundamento anterior al ejercicio de la acción subrogatoria, sino también aquellas otras nacidas después, porque sus posibilidades de defensa no quedan circunscritas a aquellos recursos personales que atañan al deudor, ya que se extienden también a todas las circunstancias que por cualquier causa le permitan defenderse contra el acreedor actuante”, ver CRISTÓBAL MONTES, Ángel, Efectos de la acción subrogatoria”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 644, Enero-Febrero 1998, p. 26

2.5. Conclusiones

En el presente trabajo, se ha analizado primero la naturaleza jurídica de los valores refinanciadores de hipotecas, especialmente de las cédulas y las participaciones hipotecarias y de los bonos de titulización. Básicamente se han identificado problemas estructurales en los tres valores: mientras la garantía de las cédulas hipotecarias sigue siendo una incógnita, también lo sigue siendo si las participaciones hipotecarias representan o no una auténtica cesión de créditos hipotecarios (nosotros entendemos que no), al tiempo que los bonos de titulización se resienten de ello además de depender de unos fondos que replican defectuosamente el mecanismo titulizador de los sistemas angloamericanos. En nada de esto ha ayudado la reforma de la Ley 5/2015.

En la segunda parte y como consecuencia de lo concluido en la primera, se analizan cómo han sido tratados estos valores hipotecarios en las resoluciones judiciales relacionadas con malas prácticas con consumidores desde una triple perspectiva:

- a) La comercialización de las cédulas hipotecarias a consumidores, cuya protección varía si se consideran o no como un producto complejo a efectos de la normativa del mercado de valores. Entendemos que todos los valores hipotecarios (cédulas, participaciones y bonos) son valores realmente complejos desde un punto de vista tanto jurídico como financiero. Deberían, pues, ser considerados como tales en la normativa del mercado de valores y deberían adoptarse las precauciones necesarias conforme a la normativa del mercado de valores en su contratación con minoristas y consumidores. Difícilmente estos van a poder comprender el riesgo que vienen entrañando, algunos de ellos, desde 1872.
- b) La pretendida “cesión” a efectos civiles de los créditos hipotecarios participados vía art. 15 LMH, que hemos puesto en contexto con la discusión doctrinal y judicial sobre la legitimación activa de las entidades emisoras para iniciar o continuar procesos de ejecución hipotecaria en caso de impago por el deudor hipotecario de los créditos hipotecarios titulizados. Entendemos que, según la LMH y el RMH vigente así como según la LH, no hay cesión civil posible a través de las participaciones hipotecarias. Tanto por este motivo, como por, en su caso, la existencia de un mandato legal subyacente a favor del originador del crédito, el acreedor hipotecario está legitimado para ejecutar el crédito hipotecario (tanto la acción real como la personal), pudiéndolo hacer solamente el partícipe por subrogación, al serle otorgados únicamente unas facultades de goce y protección, pero no la titularidad civil del crédito. Este postulado, no obstante, puede poner en riesgo la auténtica separación de los créditos hipotecarios participados en caso de concurso de la entidad emisora.
- c) La pretendida cláusula abusiva relacionada con la renuncia del deudor hipotecario a que le sea comunicada la cesión del crédito hipotecario, de la cual se ha planteado su posible aplicación a las participaciones hipotecarias, realmente, a nuestro juicio, no lo puede ser.

¹¹⁸ Afirma sobre esta problemática Carrasco Perera, cit., que la cláusula de renuncia a la puesta en conocimiento es “irrelevante” para la ejecución porque ni determina la legitimación activa procesal ni impone al deudor una obligación cuyo incumplimiento pudiera disparar el vencimiento anticipado de la hipoteca.”

3. Abusividad de las cláusulas “IRPH”

Pascual Martínez Espín
Catedrático acreditado de Derecho Civil
UCLM-CESCO

3.1. Introducción	39
3.2. Concepto de IRPH	39
3.3. Modalidades	39
3.4. La acción ejercitada	40
3.5. Argumentos a favor de la nulidad de la cláusula	42
3.6. Argumentos a favor de la validez de la cláusula	45
3.7. Análisis de la cláusula a la luz de la jurisprudencia	54
3.8. Conclusiones	67

3.1. Introducción

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), el segundo índice más utilizado en los préstamos hipotecarios, lleva camino de convertirse en la **nueva cláusula suelo** en una batalla judicial que se decanta por su nulidad en base a la **falta de transparencia** en su comercialización y su **desequilibrio** contractual, favorable siempre a las entidades de crédito frente a otros índices como son el Euríbor. La caída libre del Euríbor, en valores negativos desde principios de 2016, no afecta a sus cuotas, que incluso se han incrementado.

El objeto del presente artículo es analizar el carácter abusivo o no de dichas cláusulas. Para ello, y tras estudiar su concepto y modalidades, estudiaremos: a) los argumentos de los demandantes a favor de la nulidad; b) los contraargumentos de las entidades bancarias y, por último, c) la interpretación de la cláusula a la luz de las decisiones jurisprudenciales.

3.2. Concepto de IRPH

El IRPH es uno de los indicadores que utilizan las entidades financieras de España para actualizar las hipotecas con tipos de interés variable (junto al Euríbor y al CECA), al que se añade un diferencial (vgr. 0,25%). El Banco de España publica cada mes los diferentes índices mediante una media de las ofertas del mercado hipotecario inscritas por los bancos y cajas de ahorros.

3.3. Modalidades

El IRPH ofrece tres modalidades diferentes: Bancos, Cajas de Ahorro y la totalidad de las Entidades:

- IRPH de **Bancos**: es la media de los préstamos a tres años concedidos por estas entidades.
- IRPH de **Cajas de ahorro**: se calcula según las ofertas hipotecarias de las cajas de ahorros.
- IRPH del **Conjunto de Entidades**: se calcula teniendo en cuenta todas las entidades.

Por lo general, su valor está por encima del MIBOR (EURIBOR), entre un 1.5% y un 3% por encima, aunque su **oscilación es más lenta, en especial en la bajadas**. Mientras el Euríbor en julio de 2016 logró superar su record mínimo histórico hasta situarse en el -0,056%, el IRPH ha subido con lo que la diferencia entre ambos índices se agranda. Al mes de julio de 2016 las diferencias entre ambos índices es de 2,063 puntos.

3.4. La acción ejercitada

Un ejemplo de este tipo de cláusulas es el siguiente:

“TERCERA BIS. TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

(...) El Tipo de Referencia adoptado en este contrato es el índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (B.O.E. de 9 de febrero de 1991), correspondiente al conjunto de Cajas de Ahorros, índice recomendado por el Banco de España y que se publica con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado. Dicha Resolución define el referido índice como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices, añadiendo que dichos tipos de interés medios ponderados serán los declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la Circular de dicho Banco número 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Este tipo de referencia, redondeado por exceso a cuartillos, es el que deberá ser objeto de adición al diferencial anteriormente definido (...).”

En caso de pactar interés de referencia sustitutivo, la cláusula puede ser del siguiente contenido:

“No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a la anualidad siguiente hubiere transcurrido más de un año, contado de fecha a fecha, sin que el citado índice de Referencia se hubiere publicado en el Boletín Oficial del Estado, se adoptará como Tipo de Referencia para este contrato el tipo de interés que resulte del MIBOR. Se entenderá por MIBOR, a los efectos de este contrato, el tipo de interés vigente para depósitos a un año que haya regido en el Mercado Interbancario de Madrid en la fecha de cálculo establecida en el epígrafe 2.4 de este pacto y que haya sido publicado por el Banco de España, u Organismo que en el futuro pudiera sustituirle a estos efectos informativos. En caso de que el citado día no haya habido tipo de interés para depósitos a un año, por carencia de operaciones a ese plazo de tiempo, se aplicará el del primer día inmediato anterior en el que se hayan producido dichas operaciones al referido plazo de tiempo. El Tipo de Referencia así obtenido, redondeado por defecto o por exceso a cuartillos, tendrá el carácter de Sustitutivo”.

Un segundo ejemplo:

La cláusula tercera bis del contrato, rubricada "Tipo de interés variable", dice: "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS.

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para períodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo".

Los **demandantes ostentan la condición de consumidor**, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Por esta razón, están **amparados por las previsiones del RDL 1/2007 (RCL 2007, 74)**, y normativa complementaria.

La competencia judicial para el conocimiento de estas demandas corresponde a los **juzgados de primera instancia** e instrucción en virtud del art. 86 ter 2 LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, del Poder Judicial. Esta reforma otorga la competencia exclusiva a estos Juzgados "de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: ...d) Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". Por tanto, desde octubre 2016 se limita la competencia del Juzgado de lo Mercantil a las demandas "colectivas", mientras que la reclamación individual de nulidad de las cláusulas abusivas pasa a ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

El procedimiento a seguir será el propio del **juicio ordinario**, conforme a lo previsto en los arts. 248 y 249.1 LEC.

En estos procedimientos judiciales los consumidores pretenden la nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por considerarlo contrario a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LGC), y al RDL 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 (TRLGDCU) y otras leyes complementarias. De forma generali-

zada, se argumenta que el IRPH vulnera los arts. 6.2.a) OM 1994 y 26.1.a) OM 2011 y es contrario al art. 1256 CC, por ser manipulable. En el suplico de las demandas solicitan que se declare la nulidad del índice IRPH, al haberse suprimido legalmente, y, en consecuencia, **sea de aplicación el tipo de referencia sustitutivo** previsto en el contrato (vgr. EURIBOR), o en su defecto, ninguno, al tratarse el préstamo de un negocio esencialmente gratuito.

3.5. Argumentos a favor de la nulidad de la cláusula

A continuación, desarrollamos los argumentos esgrimidos por los demandantes para sostener la nulidad de la cláusula controvertida:

1.- Falta de negociación. Cuando los actores negociaron con la entidad las condiciones del préstamo hipotecario la información que se les proporcionó se limitaba a los datos relativos al capital inicial y duración y a otras condiciones básicas tales como comisiones de apertura, subrogación y cancelación parcial y total del préstamo, así como el tipo de interés inicial para las primeras cuotas. Posteriormente, **la redacción final del contrato incluía cláusulas que no habían sido negociadas con los consumidores**, tales como el pacto referido al tipo de interés aplicable en el que se establecía como Tipo de Referencia el IRPH, en cualquiera de sus modalidades. También se alega que a los consumidores **no se les informó** de la existencia de otros tipos de referencia vigentes en el momento de la firma que podrían ser más ventajosos para los adherentes a los contratos de préstamo hipotecario, adoleciendo la información facilitada por la entidad bancaria de la transparencia exigible, máxime si se tiene en cuenta que, tomando como referencia los índices IRPH y EURIBOR de los últimos años, la diferencia porcentual entre ambos oscila entre 1,5-3, siendo siempre superior el IRPH.

2.- Falta de conocimientos financieros. Los demandantes carecen de conocimientos financieros suficientes para entender las complejidades incluidas en un préstamo con garantía hipotecaria. La entidad financiera **incumplió el deber de información**, actuando sin claridad ni transparencia, en atención a los escasos conocimientos financieros de los actores, información que debería haberse proporcionado de manera sencilla, en un lenguaje claro y comprensible.

3.- Falta de información precontractual. Dichas cláusulas se dieron a conocer el mismo día de la firma, en el momento de la lectura de los términos de la escritura otorgada ante Notario, sin haberles concedido la posibilidad de conocer previamente dichas cláusulas. En relación con ello se alega la **no entrega de la oferta vinculante con carácter previo** a la firma de la escritura notarial, y la no opción a tener a su disposición, con tres días de antelación, el proyecto de escritura, en los términos exigidos por la normativa sectorial sobre transparencia (vgr. Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994).

4.- Desequilibrio de prestaciones. La cláusula IRPH es abusiva puesto que va en contra de las **exigencias de la buen fe** y en perjuicio de los demandantes, causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones con infracción del art. 82.1 RDL 1/2007. Al no cumplir con el deber de información que incumbía a la entidad se acrecentó el desequilibrio entre las

posiciones que ocupaban cada uno de los contratantes y se privó a los deudores de elegir el producto o el tipo de interés de referencia que más se adaptaba a sus necesidades o el menor de ellos, con posibilidad de rechazar el ofrecido por la entidad y estudiar otros productos ofertados por otras entidades bancarias.

5.- Imposibilidad de control de abusividad pero sí de transparencia. Al referirse dicha cláusula a un elemento esencial del contrato (el precio) no cabe el control del equilibrio de las “contraprestaciones”, de tal forma que **no cabe un control de precio** (sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS). Ello no impide que se analice la citada cláusula de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y del TS en el sentido que “una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia” (STS 9/05/2013).

6.- Índice manipulable. Se trata de un tipo de interés obtenido a partir de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario financiero, entendiendo que las Cajas, con su comportamiento en el mercado inmobiliario, elevando los diferenciales aplicables, contribuyen a aumentar el valor del IRPH, obteniendo así un **enriquecimiento injusto**. Al emplear datos aportados por las propias entidades, y debido a que se trata de una media simple no ponderada, las plataformas de afectados por el IRPH defienden que el índice es manipulable y, por tanto, contrario a la normativa vigente (argumento acogido, entre otras, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), en sentencia núm. 125/2015 de 22 mayo, JUR 2015\175752).

7.- Interés sustitutivo. - En algunos contratos se establece como interés sustitutivo del tipo de referencia (IRPH) el MIBOR o el EURIBOR. Por ello, el suplico de las demandas solicitan la nulidad del IRPH y la aplicación del índice sustitutivo previsto en el contrato. En aquéllos casos en los que se prevea como índice sustitutivo el MIBOR, y dado que el mismo ha quedado obsoleto y sólo se utiliza en hipotecas formalizadas antes del año 1998, la referencia contractual deberá ser sustituida por el EURIBOR. Los demandantes pretenden que al suprimirse el tipo de referencia IRPH, **el tipo a aplicar en este caso concreto sea el EURIBOR**, incluso en los casos no previstos expresamente en el contrato, y no el IRPH Entidades, que es el tipo de referencia que sustituye al IRPH Cajas en aquéllos contratos de préstamo con garantía hipotecaria en el que no se establezca tal previsión.

8.- Incumplimiento de la normativa de transparencia. La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, regula el “íter negocial de la contratación” (y en los mismos términos la Orden EAH/2899/2011, de 28 de octubre). Según la misma, el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores “comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras, posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otor-

gamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable” (extracto de la STS de 9 de mayo de 2013).

9.- Contenido mínimo del contrato. La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en su art. 1 establece una nueva redacción del art. 48, apartado 2, letra a), con el siguiente tenor literal: “a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de la mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos”.

10.- Desaparición legal del IRPH. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre), supone el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, en primer lugar, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y europeo, y por otro, de incrementar las alternativas de elección de tipo, ajustándolas al coste real. El Capítulo II del Título III de la OM 2899/2011 el 29 octubre 2011 entra en vigor a los nueve meses de su publicación según su DF 5ª.2. En un año desde entonces, el IRPH deja de ser tipo de interés oficial según su art. 27. Añade la DT Única.1 de la Orden que “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”, que el Banco de España entiende en el sentido de que se mantiene si no se adopta tal régimen.

Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), ha dispuesto que “Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: 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. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato”.

En conclusión, las demandas califican de abusivo el funcionamiento y cuantificación del IRPH, que entienden manipulable por la propia parte prestamista, solicitando que se declare su nulidad, y en consecuencia, que opere el índice sustitutivo pactado en la propia escritura, generalmente Euribor más un diferencial, con devolución de las cantidades indebidamente abonadas al aplicar el IRPH, que son siempre superiores a las del Euribor, en cuantía que en algunos meses llegan a superar los tres puntos¹¹⁹.

3.6. Argumentos a favor de la validez de la cláusula

Los motivos por los que las entidades bancarias defienden la validez y legalidad de la cláusula litigiosa son los siguientes:

1.- Negociación de la cláusula. La cláusula controvertida no tiene carácter de condición general de la contratación, toda vez que la misma fue objeto de negociación individual y específica con los demandantes. Se pactaron las condiciones económico-financieras en función de factores económicos, sociales y personales, como es la aplicación del tipo de referencia a aplicar, Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro” (I.R.P.H.), más un diferencial, aplicándose uno de los tipos de referencia permitidos en la Disposición Adicional de la Orden de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En el ejercicio de su libertad contractual, proclamada en el artículo 1255 CC, las partes eligieron como tipo de referencia el Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro” (I.R.P.H.). De forma que las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellos conforme al principio “pacta sunt servanda” que proclaman los artículos 1091, 1255, 1256 y 1258 CC, pues “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

En apoyo de su argumento se invoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 272/2014 de 14 noviembre (JUR\2014\285313), según la cual la inclusión en un préstamo a interés variable de un tipo de referencia no puede entenderse como condición general de la contratación en la medida en que la fijación del tipo de referencia viene regulada por una disposición legal y resulta de aplicación para ambas partes contratantes.

2.- Ausencia de prueba de manipulación. En este sentido se ha pronunciado la AP Zaragoza (Sección 5ª), en sentencia núm. 62/2016 de 10 febrero (JUR 2016\76435):

¹¹⁹ Vid. MARTINEZ ESPIN, P., NUEVO ÍNDICE HIPOTECARIO PARA SUSTITUIR AL IRPH DE LAS CAJAS, agosto 2013, en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/08/Nuevo-%C3%ADndice-hipotecario-para-sustituir-al-IRPH-de-las-Cajas.pdf>

“... falta en el concreto supuesto la prueba de que tal manipulación efectiva del índice de referencia se ha producido, por lo que ha de darse a la cuestión la misma respuesta judicial que se dio en las sentencia de la Sección Cuarta de fecha 18 de febrero de 2015 y en la de esta Sección de fecha 29 de abril de 2015”.

En la primera de ellas - sentencia de fecha 18 de febrero de 2015 - se declaró que:

"Según el contenido de la demanda en relación con las normas mencionadas, la parte actora debería acreditar que el índice de referencia depende exclusivamente de la entidad de crédito demandada o bien que ha podido ser influenciado por ella en acuerdos a prácticas con otras entidades. Pero ninguna prueba ha justificado esos hechos. El informe pericial informa sobre la posibilidad de influenciar y manipular en los índices de referencia de los préstamos hipotecarios o de un posible riesgo de pacto entre unas pocas entidades, pero ni afirma ni apunta a que la concreta entidad demandada en este proceso haya sido partícipe en ello. Por tanto no resulta probado un comportamiento de la entidad demandada subsumible en las normas mencionadas-

En este sentido, la segunda de las sentencias citadas - sentencia de 29 de abril de 2015 mantuvo que:

"No es éste nuestro supuesto. No consta que la demandada sea una Caja de Ahorros, ni que tenga a su arbitrio la disponibilidad de modificación de tales tipos.

Tampoco la prueba pericial del actor ha acreditado (ex Art. 348 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)) que se haya producido de forma efectiva ese comportamiento fraudulento. La denuncia genérica o sospechas sobre modificaciones ilícitas de tipos de referencia por entidades bancarias (que en algunos supuestos pudieran calificarse como "hechos notorios"), no constituyen base suficiente para concluir que lo ha sido en este caso.

Y en el momento de la contratación (2007) el diferencial con el Euribor no resultaba alarmante (0,76 en 2007 y 0,60 en 2008)".

En el presente supuesto la recurrente va más allá mantiene que no es precisa la efectiva manipulación, sino que basta con que esta sea posible según el tenor del art. 6 de la OM de 5 de mayo de 1994 citada:

(...)

A este respecto, esta misma cuestión ha sido planteada ante la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en varias ocasiones y su respuesta ha sido negativa en sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de marzo de 2015 y, en similar sentido, de 24 de abril de 2015 de la misma Sala...”.

En este mismo sentido las entidades bancarias alegan que el BDE ha reconocido que el IRPH no ha sido manipulado y que no se ha iniciado ninguna investigación en dicho sentido. En cuanto a la comprobación, es insostenible, pero no sólo del Euribor, sino también del Mibor,

IRPH, o del propio interés legal, porque hay una multiplicidad de operaciones que hacen difícil su comprobación por un particular, sobre todo el acceso a información privada de las distintas entidades bancarias, que no implica defecto de transparencia, pues éste se publica en el BOE, pudiendo cualquier interesado saber el tipo de EURIBOR de forma mensual o anual. La OM de 1994 señala la necesidad de “riesgo real de influencia que pudiera hacer dudar de la objetividad del índice”. La mera posibilidad de manipulación puede predicarse de todos los índices del mercado hipotecario. Por último, no hay indicio o prueba que acredite existencia de pactos colusorios o manipulación de entidades. A diferencia del EURIBOR, el IRPH no es exclusivamente dependiente de las entidades financieras, sino que oscila en función de los valores de las operaciones realmente formalizadas, no siendo, pues, un valor manipulable.

3.- Imposibilidad de control de abusividad. La cláusula no puede ser sometida al control de abusividad de su equilibrio y ello sin perjuicio que sean sometidas al doble control de transparencia. Se trata de una estipulación negociada individualmente, que determina el precio que debe pagar el prestatario y en cuanto a tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio porque define el objeto principal del contrato. El tipo de interés no puede reputarse abusivo per se puesto que forma parte del objeto principal del contrato, a los efectos de lo dispuesto en la Directiva 93/2013 y, por lo tanto, no está sometido al control de abusividad (Auto AP Girona 18/03/15).

4.- Imposibilidad de control por reflejar normas imperativas y reglamentarias. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 señala que no están sometidas al control de abusividad las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Las entidades bancarias únicamente pactan referenciar el tipo de interés variable del préstamo al IRPH, pero la definición de este índice y su forma de elaboración y publicación por parte del Banco de España tiene carácter reglado, viene impuesto por normas imperativas y, en consecuencia, ni forma parte de la cláusula contractual, ni puede ser objeto de una acción de nulidad de condiciones generales de contratación.

5.- Controles de inclusión y transparencia. Las entidades bancarias alegan que se dan los dos niveles de control de transparencia e inclusión, pudiendo concluirse que los demandantes estuvieron en todo momento perfectamente informados del contenido y alcance de la precitada cláusula.

a) Control de inclusión. Se invoca lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 LCGC, que establecen lo que sigue:

“Artículo 5. Requisitos de incorporación

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones

generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan”.

El Notario comprobó la legalidad del negocio y dio fe, tanto del cumplimiento de los requisitos de dicha Orden, como de la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, así como la lectura y verificación de la propia escritura, y con ello de la cláusula litigiosa. La cláusula quedó perfectamente incorporada al contrato y conocieron los demandantes su contenido como certifica el Notario al otorgamiento de la misma: se redacta la escritura conforme a minuta facilitada por la entidad financiera; se permite la lectura previa del proyecto con tres días de antelación; por último, en las advertencias y comprobaciones notariales, se recoge expresamente la existencia de oferta vinculante. En definitiva, se alega que los actores fueron debidamente informados, cumpliéndose los requisitos para la inclusión de la cláusula objeto de litigio en el contrato, quedando por tanto perfectamente incorporada la obligación a las condiciones del contrato, que junto al resto de estipulaciones fueron conocidas y aceptadas en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario.

b) Control de transparencia. Se alega que se cumplieron los requisitos de transparencia de dicha cláusula. La transparencia se proyecta sobre la definición y el cálculo del IRPH, dado que sobre su concepto o su método de cálculo se establece un paralelismo entre el IRPH y el Euribor.

En cuanto al control de transparencia, cuyo análisis se ha de realizar también a la luz de la Directiva 93/13, se comparten los razonamientos que recoge el voto particular de la STS 8 de septiembre de 2014 cuando afirma que "El control de transparencia tal y como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, primero en un razonamiento obiter dicta en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, y después en una argumentación ratio decidendi en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse " a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

Este control de transparencia, "como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que real-

mente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (SSTS 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo). Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Pero, como recuerda la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13), "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (ap. 71), sino que "esa exigencia debe entenderse de manera extensiva" (ap. 72). (...) Por ello, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor, y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, esto es, que pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable pero con un límite por debajo, de tal forma que nunca sería inferior a uno determinado. Es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual".

No cabe duda de que la cláusula en la que se define qué es y cómo se determina el tipo de referencia llamado IRPH resulta muy compleja para los consumidores. Sin embargo, también resulta muy compleja la definición, de entre las más sencillas, que puede obtenerse del EURIBOR. No parece, entonces, que el reproche de falta de transparencia de los demandantes se proyecte sobre la definición o sobre cómo se calcula el IRPH, dado que sobre su concepto o método de cálculo puede establecerse un paralelismo entre el IRPH y el EURIBOR (así como los restantes índices o tipos de referencia) y precisamente la parte demandante solicita que le sea aplicado al contrato el EURIBOR, cuyo concepto y cálculo es igualmente complejo. En otras palabras, desde el punto de vista de la concreción, claridad y sencillez de la cláusula, el IRPH es igual de complejo y oscuro que el EURIBOR. Por ello, se considera que no puede pretenderse que se declare la nulidad de una cláusula que fija un tipo de referencia como es el IRPH, alegando su falta de claridad y al mismo tiempo pedir que se aplique otra cláusula igual de oscura y compleja como es la que fijaría como tipo de referencia el EURIBOR.

El ***cumplimiento del requisito de transparencia se pretende acreditar*** por los siguientes medios:

- 1) Capacitación de la actora para entender el contrato. Aunque se trate de personas físicas, se alega que disponían de conocimientos suficientes para comprender el contenido de un contrato de préstamo hipotecario. A mayor abundamiento el producto

financiero contratado, que no es de inversión sino de financiación, no deja de ser un préstamo hipotecario sin clausulado especial; básicamente la obligación del pago de una cuota (correspondiente a capital e intereses) acordados en el título.

2) Información suficiente. Se facilitó a los demandantes información real y razonablemente completa sobre la trascendencia e incidencia que la cláusula tendría, tanto en sus obligaciones de pago, como en el propio contrato, siendo igualmente conscientes que la cláusula constituía un elemento definitorio del objeto principal del mismo.

3) Claridad de la redacción. Resulta de aplicación lo dispuesto en el punto 5 del artículo 5 de la LCGC: “5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.” Se alega que no se trata de una cláusula de carácter ilegible, ambiguo, oscuro e incomprensible.

4) Doctrina de los actos propios. Desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario hasta la interposición a la demanda han transcurrido muchos años, sin que los demandantes haya planteado objeción alguna, es decir, que han consentido de manera expresa y consciente pagar por el préstamo el Tipo de Referencia Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro” (I.R.P.H.), pues ha venido abonando de manera totalmente pacífica su cuota hipotecaria, siendo conocedora de que el tipo de referencia aplicado era el Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro”, como constaba en los recibos que la entidad le remitía. En relación con la teoría de los Actos Propios se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 13-12-2012, nº 773/2012. Resulta más que evidente que los demandantes no sólo han venido consintiendo pagar unas cuotas cuyo tipo mínimo de interés era el impugnado, sino que además han realizado de manera volitiva los actos de contenido obligacional a los que la escritura les compelia, por lo que no puede alegar desconocimiento del alcance global del préstamo en su día suscrito.

c) Inexistencia de desequilibrio. Las demandas consideran que el IRPH es abusivo en un doble sentido, porque produce un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes y porque es contrario a las reglas de la buena fe. Por el contrario, las entidades invocan la inexistencia de desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales en perjuicio del consumidor, no debiéndose confundir la existencia de posibilidades menos onerosas que actualmente existen en el mercado con desequilibrio. En cualquier caso, el desequilibrio debe ser jurídico (no económico), importante y tomando en consideración la totalidad del préstamo.

Además de lo anterior, los bancos alegan la falta de acreditación, por parte del actor, del beneficio que le supone la aplicación del IRPH, frente al EURIBOR. Se ha hecho eco de esta doctrina la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona Sentencia núm. 272/2014 de 14 noviembre (JUR\2014\285313).

d) Inexistencia de incumplimiento normativo. Los consumidores alegan la capacidad de la entidad prestamista para influir en la determinación del índice, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 1256 del CC. Pero tal criterio resulta incompatible con el funcionamiento del mercado financiero español, con una elevada competencia que impide que una entidad pueda imponer a sus clientes el precio de sus operaciones sin someterlo a la ley de la oferta y la demanda. En el caso de que todas las Cajas de Ahorros se hubieran puesto de acuerdo para subir el tipo de interés por encima de los valores de mercado, la consecuencia hubiera sido que los potenciales clientes de dichas Cajas se hubieran decantado por contratar con cualquiera de los bancos o entidades de crédito que se ajustasen en sus ofertas a las leyes del mercado.

Tampoco se comparte el criterio que señala que el índice IRPH Cajas, por la forma de su elaboración, contravendría el art. 6.2 de la O.M. de 5 de mayo de 1994. Este precepto establecía los requisitos que debían cumplir los índices que las entidades de crédito fueran a utilizar como índices de referencia en préstamo hipotecarios señalando que "no podían depender exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni ser susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdo o prácticas conscientemente paralelas con otra entidades". Ello dio lugar a que el Banco de España seleccionara, en la Circular 5/1994 (en virtud de la delegación normativa prevista en la O.M.), un restringido grupo de seis índices oficiales ente los que figuraba el IRPH Cajas. Y tal reconocimiento implicaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma así como la ausencia de influencia de las entidades de crédito para su determinación.

La comunicación mensual al Banco de España los datos relativos a los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda, con los que posteriormente el Banco de España elaboraba y publicaba el índice IRPH, no constituye ningún incumplimiento normativo sino que se ajusta a lo dispuesto en la Norma Segunda de la Circular 8/1990, que también regulaba el modo en que el Banco de España aplicaba la fórmula matemática para fijar dicho índice.

Y tampoco cabe admitir el incumplimiento de la L. 2/2009 de 31 de marzo, porque dicha norma regula la actividad de personas que "no teniendo la condición de entidad de crédito" se dedican profesionalmente a la intermediación de préstamos hipotecarios, tal y como señala el art.1 de la norma al regular su ámbito de aplicación.

e) Índice oficial. El índice IRPH Cajas era uno de los siete índices oficiales definidos en la Circular 8/1990 que se introdujeron mediante la Circular 5/1994, de 22 de julio, en cumplimiento de lo establecido en la O.M. de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El carácter oficial del índice, reconocido por el Banco de España, implicaba el cumplimiento de todos los requisitos de objetividad y transparencia exigibles para ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable.

Para su cálculo, cada entidad debe enviar mensualmente al Banco de España el tipo medio ponderado de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda libre por un plazo de tres o más años. Dicha previsión se mantiene de forma idéntica

en la Circular 5/2012 que ha derogado la Circular 8/1990. Por lo tanto, no puede decirse que las entidades establezcan unilateralmente de forma caprichosa los diferenciales impuestos a sus préstamos. En consecuencia, sólo es posible la manipulación si se cometieran graves irregularidades como una concertación anticompetitiva, alterando el precio de las subastas o corrompiendo a quien lo elabora. No podría ser utilizado ningún índice de referencia, ni siquiera el Euribor al que podrían imputarse todos los supuestos defectos de diseño que se imputan al IRPH, e incluso alguno más.

f) Fusión de Cajas. El índice IRPH Cajas ha desaparecido del mercado financiero a consecuencia de la reestructuración del sector y de la conversión del negocio financiero de las cajas en bancos, quedando en la actualidad como índice que refleja el tipo de interés medio al que se conceden los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, el correspondiente al conjunto de las entidades de crédito que engloba el IRPH Cajas y el IRPH bancos. El mantenimiento de este índice, que es idéntico a los anteriores, excluye su carácter abusivo. También en el art. 27.1.b de la O.M. 2899/2011 se ha incluido una nueva modalidad de este índice IRPH Entidades de la Zona Euro, que elabora el Banco Central Europeo, que evidencia la confianza de las autoridades en el mismo y además en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha designado el índice IRPH Entidades como tipo de interés sustitutivo para aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan sin tener previsto otro índice sustitutivo en su clausulado. El reconocimiento de dicho índice con rango de ley excluye cualquier reserva respecto a esa supuesta manipulación que se atribuye en su determinación.

En ocasiones la jurisprudencia interpreta erróneamente la Disposición Transitoria Única de la O.M. 2899/2011, entendiendo que los índices IRPH Cajas y IRPH bancos (CECA) desaparecieron transcurrido un año desde su entrada en vigor, situando tal desaparición en el día 29 de julio de 2013, sin tener en cuenta que dicha Disposición Transitoria añadía el inciso de "su normativa de desarrollo" y "siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados". Y por lo tanto la desaparición se produjo tras la publicación de la normativa de desarrollo, Circular 5/2012, que entró en vigor el día 6 de octubre de 2013 y teniendo en cuenta la fecha en la que se aprobó el régimen transitorio para los contratos afectados por la desaparición que se aprobó en la L. 14/2013 de 27 de septiembre. No existió ningún retraso del legislador en la aprobación del régimen transitorio.

Hay que tener en cuenta que la expulsión del ordenamiento de los índices IRPH no ha tenido como causa ningún supuesto carácter abusivo, sino que obedece a la actualización de los índices tras la reforma del mercado financiero. Y aun admitiendo, a efectos dialécticos, que el legislador incurriera en un retraso en la aprobación del régimen de transición y que hubiera de interpretarse la Disposición Transitoria Única de la O.M. 2899/2011, estaríamos ante un conflicto normativo entre la O.M. y la L. 14/2013 que habría que resolver a favor de esta.

g) Diferencias con el Euribor. El IRPH no ha seguido el descenso del Euribor porque dichos índices operan en mercados diferentes, siendo el Euribor una referencia interbancaria de los mayores bancos de Europa. La diferencia entre Euribor y el IRPH Cajas se mantuvo durante todo el año 2011 en medio punto y solo a partir de 2012 se incrementó hasta los dos puntos de diferencia a consecuencia de la inédita bajada del Euribor hasta alcanzar mínimos históricos. En el momento de suscripción de algunos contratos de préstamo y a lo largo de los años anteriores el IRPH había tenido un valor inferior al acordado como sustitutivo (Euribor).

En resumen, los motivos alegados para sostener la legalidad de la cláusula son los siguientes:

1) **No cabe control de abusividad** conforme a los arts. 1 y 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, que impide el control de cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, y su reflejo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y afirma que tampoco cabe el control del precio del contrato.

2) **Se cumplieron todos los requisitos establecidos** en la normativa de aplicación para la inclusión de una condición general, habiéndose incluso cumplido lo indicado en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

3) A mayor abundamiento, **se cumplió también el requisito de transparencia** y claridad, habiéndose ofrecido información completa y precisa sobre la relevancia, efectos y alcance del tipo de referencia aplicable en el marco de todo el contrato.

4) El tipo de referencia- Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro fue libremente negociado, lo cual implica una doble consecuencia:

a. Su automática exclusión del carácter de condición general de contratación y por ende del régimen revisor sobre su transparencia, por aplicación directa del artículo 82 TRLGDCU.

b. El necesario conocimiento, por parte de los demandantes, del alcance de la cláusula controvertida.

5) Por último, se afirma la validez del índice señalado, su no manipulabilidad, su previsión normativa en el momento en que el contrato fue suscrito, su mantenimiento con la normativa vigente, en particular la DA 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422) , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Un ejemplo de la doctrina a favor de la validez de dicha cláusula puede encontrarse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 125/2015 de 22 mayo (JUR 2015\175752).

3.7. Análisis de la cláusula a la luz de la jurisprudencia

Ya son muchos los tribunales que han dictado sentencias favorables a los afectados por la comercialización de hipotecas con IRPH. Entre ellas, Castellón, Barcelona, Guipúzcoa, Vizcaya, Valencia y Madrid¹²⁰.

Las recientes sentencias, tras desestimar una serie de objeciones planteadas por los demandados, **parecen inclinarse por la nulidad en base a la falta de transparencia** en su comercialización y su desequilibrio contractual, favorable siempre a las entidades de crédito frente a otros índices como son el Euríbor. Esta es la tendencia que hace que se pueda producir con el IRPH lo mismo que ha ocurrido con las cláusulas suelo, es decir una avalancha de reclamaciones con el fin de suprimirlas del contrato y sustituirlo por el Euríbor. Lo que empezó por una reclamación por la manipulación del índice IRPH al reducirse el número de entidades sobre las que se calculaba como consecuencia de la concentración bancaria surgida de la crisis ha derivado en reclamaciones de nulidad por falta de transparencia conforme a los criterios esgrimidos por el tribunal Supremo en su polémica sentencia del 9 de mayo de 2013. En el caso del IRPH el perjuicio es incluso más elevado que en las cláusulas suelo pues se empieza a producir desde el mismo día de la firma del contrato frente a las cláusulas suelo que empezaron a afectar de forma considerable a los clientes desde el año 2009.

Los **motivos que han esgrimido los Tribunales para estimar las demandas** y declarar la nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba el denominado IRPH Cajas como índice de referencia aplicable para determinar la remuneración del préstamo son los siguientes (vgr. Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) Sentencia núm. 372/2014 de 14 noviembre; AC\2014\1874)¹²¹.

1) Sobre el carácter de condición general. Los consumidores sostienen que la cláusula controvertida es condición general de la contratación, de lo que discrepa la parte demandada. Dice al respecto el art. 1.1 LCGC que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Sus notas son, como señala la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), en § 137, la contractualidad, predis-

¹²⁰ Vid. <http://www.irphstop.plazan.net/es/category/irph/>

¹²¹ Vid. también MARTINEZ ESPIN, P., NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLÁUSULA QUE FIJABA EL DENOMINADO IRPH CAJAS COMO ÍNDICE DE REFERENCIA APLICABLE PARA DETERMINAR LA REMUNERACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. Comentario a Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º. 1 de Donostia-San Sebastián, Sentencia 156/2014 de 29 Abr. 2014, Rec. 950/2013, 7 de octubre de 214, en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/Nulidad-por-abusiva-de-la-cl%C3%A1usula-que-fijaba-el-denominado-IRPH-Cajas-como-%C3%ADndice-de-referencia-aplicable-para-determinar-la-remuneraci%C3%B3n-del-pr%C3%A9stamo.pdf>

posición, imposición y generalidad.

Que la referencia al índice IRPH es contractual no se discute, porque si no se hubiera introducido, el préstamo se hubiera mantenido con el carácter naturalmente gratuito que reza el art. 1755 CC. Pero los Bancos niegan su predisposición, al considerar que no es una cláusula prerredactada, pues dicen que la fijación del índice de referencia fue fruto del consenso alcanzado entre prestamista y prestatario; en suma, sostienen que ha habido una negociación, donde varía el interés remuneratorio del primer período de abono pero es idéntica la cláusula tercera bis sobre interés variable referenciado al IRPH, lo cierto es que con datos que afloran en este procedimiento, se constata que la redacción que figura en el tercer hecho probado no es probable que pueda haberse efectuado por los clientes, y en cambio parece, dados los términos técnicos que se utilizan, que fue realizada por una entidad bancaria sobradamente conocedora de los conceptos y expresiones que contiene. Se niega también su imposición, característica que deriva de su vocación de generalidad, al ser frecuentemente utilizado por un profesional. En este caso también se aprecia dicha característica, pues es evidente su utilización con frecuencia lo que explica la elevada litigiosidad que provoca.

Finalmente se caracteriza por su generalidad, es decir, su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que propicia que se discipline de forma uniforme una determinada fórmula o producto. Esta característica también concurre en la fijación del índice IRPH, pues no se incluye en préstamos con garantía hipotecaria de modo excepcional o aislado, sino de forma muy extendida y generalizada en los que varía, pues seguramente se negoció, el interés de la primera parte del período de pago recogido en la cláusula tercera, pero es idéntica, en todos los casos, la previsión de interés variable referenciado al IRPH.

Decía también la STS 9 mayo 2013, en § 138 que para calificar una cláusula contractual como condición general de la contratación resulta irrelevante, por un lado, su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias, y por otro, que el adherente sea un profesional o un consumidor.

Todo ese conjunto legal y jurisprudencial permite concluir, en definitiva, que en el caso de la cláusula IRPH nos hallamos ante una condición general de la contratación, como por otro lado la sentencia mencionada expresó en el § 142 y reitera después la STS 16 julio 2014, aunque en tales supuestos se refiera a la limitación de la variabilidad del tipo de interés en su parte inferior, o “cláusula suelo”.

2) Posibilidad de control del interés adoptado. Mantienen las entidades bancarias que no cabe control judicial del índice IRPH Cajas, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito. Se esgrime al respecto tanto la STS 18 junio 2012, rec.46/2010 (RJ 2012, 8857), como la STS 9 mayo 2013. Entienden los Bancos que los demandantes lo que buscan es modificar el precio del contrato, puesto que a su entender, el interés que se abona por el préstamo es su precio.

El considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice "Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva". Y el considerando decimonoveno señala: "Considerando que, a los efectos de la ... Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...".

En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

De este modo, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "... es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva".

Con relación a este tema ha señalado la STJUE 3 junio 2010, C-484/08 (TJCE 2010, 162), caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó el art. 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva". Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Posteriormente en las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso Árpád Kásler, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Por último, la STJUE 30 abril 2014, C-26/13 (TJCE 2014, 105), caso Árpád Kásler, entiende que la exclusión que pretende la parte demandada debe ser objeto de una "interpretación estricta" (§ 42), por lo que "las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan" (§ 49). En particular el § 50 afirma que "las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13", correspondiendo según § 51 al juez nacional apreciar si la cláusula constituye un componente esencial.

En consecuencia, el TJUE admite que las cláusulas del art. 4.2 de la Directiva pueden ser analizadas por los tribunales del Reino de España debido a la exclusión que nuestro legislador ha dispuesto al efecto, lo que además mantiene nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, (RJ 2010, 8021) y 29 diciembre 2010, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, que citando las anteriores, ex-

presa en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010..., mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible".

De este modo, el TJUE considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. Es distinto no inmiscuirse en el precio convenido y otra asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquéllos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CC, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, el interés no es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil, ni puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hu-

bieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Cajas, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del principal, u "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CC v cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto- en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o «modalidades de modificación del precio», doctrina reiterada en STS 8 septiembre 2014. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

3) Imposibilidad de control por reflejar normas imperativas y reglamentarias. Las entidades financieras alegan la vulneración del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que dispone "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas ... no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva". También citan su correspondiente transposición, el art. 4 LCGC, que deja fuera de su ámbito de aplicación "las condiciones generales que ... vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". Ambas normas disponen que no pueden aplicarse sus previsiones a cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias, o a las condiciones generales que reflejen los principios o disposiciones de convenios internacionales o disposiciones legales o administrativas. Se sostiene que al ser el IRPH Cajas un índice oficial, amparado por las previsiones del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, se incurriría en la prohibición señalada.

La norma ha sido derogada por Ley 10/2014, de 26 de junio (RCL 2014, 884). Hasta entonces el art. 48.2.e) facultaba al Ministerio de Economía a "Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios". Fruto de tal habilitación legal son la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre), que disponen la publicación oficial del interés IRPH Cajas, entre otros índices con idéntica consideración.

Tal conjunto normativo autoriza al Banco de España a elaborar los índices oficiales con los datos que le facilitaban las Cajas de Ahorros. Es decir, se dispone de un índice oficial elaborado con datos suministrados por las entidades financieras que los van a usar en los contratos que suscriban con sus clientes.

Además, por lo general no se incorpora al préstamo hipotecario ni el art. 48.2.e) de la Ley 26/1988, ni las órdenes y circulares señaladas. Lo que suele decir el contrato es que el interés variable se calculará conforme al IRPH-CAJAS. El contrato no reproduce norma legal o reglamentaria, sino un índice, que tiene carácter oficial, pero que se calcula con datos que se facilitan al Banco de España por las Cajas de Ahorros. No se incurre, en consecuencia, en la prohibición que disponen la Directiva y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

4) Sobre la abusividad del índice IRPH. Llegados a este punto, es el momento de examinar si la utilización del índice IRPH Cajas en los contratos se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los demandantes consideran que no se han respetado, por los siguientes motivos: en primer lugar, porque les fue impuesta; en segundo lugar, por la capacidad de la entidad bancaria de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación; en tercer lugar, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y, en cuarto lugar, por falta de transparencia.

5) Sobre su carácter manipulable. El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de las entidades bancarias, aunque se sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente por las entidades bancarias no es óbice, sin embargo, para que pueda analizarse si cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye. En mayor o menor medida, por lo tanto, las entidades bancarias influyen en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CC que dispone " La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes ". El dato tiene relevancia porque no hay constancia en las escrituras de constitución del préstamo de que se advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CC. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista

pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria. Las entidades bancarias admiten que el índice se elabora con los datos que ellas mismas, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado (vid. la primera sentencia que declara la nulidad de IRPH ENTIDADES, Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Donostia-San Sebastián, Sentencia 156/2014 de 29 Abr. 2014, Rec. 950/2013).

6) Falta de información. El art. 2 Ley 26/84 establecía que era derecho básico de los consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 8 TRLGDCU dispone que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A su vez el art. 13.1 señala que "Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, al menos sobre las siguientes: ... d) Las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir de que terminara el primer período de interés fijo, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, de modo que eran datos decisivos. Aún en los casos en los que exista oferta vinculante, la misma nada expresa sobre la influencia que el banco prestamista tiene sobre la conformación del tipo de interés variable. Dos ejemplos ilustrarán esta doctrina: a) falta de acreditación de haber informado al prestatario, antes de contratar, de forma clara y comprensible y adaptada a las circunstancias, de las características esenciales del contrato, en particular, de sus condiciones jurídicas y económica es reiterada en la jurisprudencia: vid. Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara Sentencia núm. 105/2014 de 2 diciembre); b) No consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir de que terminara el primer período de interés fijo, teniendo en cuenta,

además, que su duración era muy extensa, de modo que eran datos decisivos (Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa) Sentencia núm. 372/2014 de 14 noviembre).

7) Control de transparencia. Se alega que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. Muchos préstamos se concertaron bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Cajas como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden. La citada orden dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

Una parte de la jurisprudencia sostiene que no se ha cumplido el deber de transparencia al que se hace mención de forma recurrente ahora, tras la STS de 9 de Mayo de 2013. El control de transparencia, comprende un doble aspecto, formal -en contratos de consumo, a fin de constatar el cumplimiento de lo dispuesto en el art 80 del TRLCU, esto es, que la redacción de la cláusula es clara, concreta y sencilla, con posibilidad de comprensión directa por el consumidor, así como de haber sido conocida por éste con carácter previo a la conclusión del contrato-; y de transparencia material -esto es, control de la comprensibilidad real de la trascendencia de la cláusula en el contrato, lo que necesariamente exige un conocimiento previo de la existencia de la misma-. Y es la propia Sentencia del TS la que fija a tal fin una serie de parámetros que van a facilitar ese control de transparencia. Así, en el presente caso se evidencia la concurrencia de ciertos parámetros señalados por el TS tendentes a reforzar la apreciación de la nulidad, entre otros, el hecho de hallarse la cláusula redactada de forma técnica e incorporada entre otras cuya redacción es igualmente compleja, incluso para la Juzgadora (Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara Sentencia núm. 105/2014 de 2 diciembre).

En sentido contrario se manifiesta la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona Sentencia núm. 272/2014 de 14 noviembre (JUR\2014\285313), según la cual no puede pretenderse que se declare la nulidad de una cláusula que fija un tipo de referencia como es el IRPH, alegando su falta de claridad y al mismo tiempo pedir que se aplique

otra cláusula igual de oscura y compleja como es la que fijaría como tipo de referencia el EURIBOR. La entidad bancaria ofrecía la contratación del IRPH porque al tiempo en que se ofrecía dicha contratación, dicho índice se consideraba más estable, estabilidad que se extiende tanto a las posibles bajadas como a las posibles bajadas.

8) Desaparición del índice. Procede la desaparición del índice, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar, máxime cuando se incumple una norma, la citada OM 2899/2911 que autoproclama en su introducción que “La presente orden viene, por tanto, en uso y cumplimiento de la anterior habilitación a cumplir un triple objetivo. De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito...”. Si se pretende proteger al cliente bancario, la hermenéutica de la orden debe ser que desaparece tras el periodo transitorio de un año desde su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación. Desde entonces, el IRPH Cajas deja de surtir efecto.

9) Consecuencias de la nulidad. En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH, se atenderá a la previsión contractual que disponga como supletorio otro índice (generalmente, el Euribor). Aunque la previsión contractual lo es para el caso de “desaparición” del índice señalado, puede considerarse equivalente su desaparición a la declaración de nulidad que realicen los tribunales. Además es consecuencia de la declaración de nulidad que, en lo sucesivo no podrá seguirse utilizando el índice declarado nulo, debiendo el banco demandado aplicar el índice supletorio.

Si se concluye que la referida cláusula es nula por abusiva -adoleciendo del defecto de falta de transparencia e insuficiente información-, la consecuencia ha de ser la de tenerla por no puesta y dejarla sin aplicación frente al consumidor, consecuencia que resulta respaldada por la Sentencia del TJUE, de 30 de Mayo de 2013, que en relación a una

cláusula penal sostiene que no debe moderarse el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, sino que hay que limitarse, sin más, a excluir su aplicación, subsistiendo el contrato sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva.

En efecto, con arreglo al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y art. 82.1 del TRLCU, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula comporta su nulidad de pleno derecho, y, por tanto, su expulsión del contrato, sin que proceda moderación o integración de clase alguna, de manera que bajo ningún concepto pueda vincular al deudor. Es decir, que no cabe que, constatada la abusividad de una cláusula en contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el Juez modifique el contenido de la cláusula, debiendo limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

En similares términos, y con referencia específica a un supuesto de nulidad de cláusula suelo con reclamación de cantidades, la ST del JM nº 1 de Bilbao, de 19 de Junio de 2013, señala que "Conforme a la sentencia del pleno de la Sala I del TS de 09.05.13, eliminada del contrato de préstamo la cláusula examinada, "(dicho contrato) seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva " (párr. 276). Y " como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica " quod nullum est nullum effectum producit " (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil ... "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..," (párr. 283).

Luego el TS, haciendo uso de "la posibilidad de limitar la retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad y valorando las circunstancias concurrentes (párr. 293), termina declarando la irretroactividad "de (su) sentencia" (pronunciamiento décimo del fallo). En mi opinión, este pronunciamiento del Alto Tribunal no impide la posibilidad de decidir, en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas, si debe aplicarse o no la excepción a la regla general prevista en el art. 1.303 del CC (LA LEY 1/1889). Porque el TS " declara la irretroactividad (únicamente) de (su) sentencia ", aclarando acto seguido que (como no podría ser de otro modo), (i) " no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada " (ni, por tanto, a las que puedan decidirse con posteridad); ni (ii) " a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia " (lo que no supone que no puedan impugnarse en juicios posteriores).El TS no puede extender en su resolución los efectos de la cosa juzgada de la Sentencia hasta el punto de impedir los posteriores juicios que puedan interponer aquellos a los que no se les extiende por ley tales efectos(básicamente, a los que no han sido parte en el procedimiento (art 223.3 LEC (LA LEY 58/2000)). Y no lo hace.

Así las cosas, no puede decirse que devolver al demandante el importe reclamado pueda generar ningún " riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico " (párr. 293, letra k). Esta parece ser, a la vista del resto de circunstancias enumeradas, la razón fundamental que lleva al TS (y al Ministerio Fiscal) a pronunciarse en contra de aplicar la regla general de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo. Y no es aplicable a este caso".

En igual sentido, las sentencias de la AP de Albacete, Sección I^a, de 17 de Abril de 2014 y de 28 de Abril de 2014, Fundamento de Derecho Tercero "[...] como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto) ya que así lo dispone el art. 1.303 del CC "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...". La cláusula es nula y no procede su integración, pues ello se opondría al Derecho Comunitario (STJUE de 14 de junio de 2012).

No es ocioso recordar que la regla contenida en dicho art. 1.303 del CC es clara y, como se aprecia en su redacción, sólo admite las excepciones que señalan los artículos que le suceden. Su aplicación ha sido indiscutida (STS 8/1/07 y 22/11/06, entre otras) en los supuestos de declaración de nulidad hasta la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Esta sentencia hace una declaración de nulidad, pero declara que no ha lugar a la retroactividad de la misma, de manera que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. No hace declaraciones la Sentencia respecto de las nulidades que ulteriormente pudieran decretarse en otros procedimientos judiciales. Además, conviene recordar que la propia sentencia niega la eficacia erga omnes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.

Como consecuencia de dicha declaración de nulidad se acuerda la aplicación del índice alternativo acordado (generalmente Euribor más un diferencial), debiendo la demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio, incrementada con el interés legal del dinero desde la fecha de presentación de la demanda.

La Audiencia Provincial de Álava en su Sentencia 85/16 de 10/03/16 fue la primera sentencia, en segunda instancia, que anuló el índice IRPH en una sentencia en la que condena a la entidad bancaria a devolver con retroactividad todos los intereses cobrados indebidamente al perjudicado, cifra que supera los 75.000 euros; esto es, declaración de nulidad, sin aplicación de índice supletorio alguno, y, por tanto, con devolución ínte-

gra de las cantidades cobradas, convirtiendo el préstamo en gratuito (a interés cero) (en el mismo sentido ya se había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil Nº1 de Donostia, sentencia núm. 32/15, de 9-2-2015).

10) Sobre los intereses. En aplicación de los arts. 1100, 1108 y 1303 CC es procedente no sólo la restitución del exceso de lo indebidamente cobrado (en relación al interés sustitutivo, normalmente Euribor), sino el abono de su interés, por lo que la cantidad a devolver (el exceso) se verá incrementada en su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda. El total que resulte de sumar el principal (exceso respecto al interés sustitutivo) que ha de reintegrarse y el interés anterior, devengará, a su vez, el interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el art 576.1 LEC.

11) Sobre la caducidad de la acción de nulidad. En ocasiones las entidades bancarias invocan la excepción de caducidad de la acción por haber transcurrido más de 4 años desde la firma del contrato de conformidad con el art. 1.301 del CC. El art. 9.2 LCGC establece que "la sentencia estimatoria, obtenida en un procedo incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o la declaración de no incorporación, decretará la nulidad o la no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo, con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil". De este modo, el precepto remite para el ejercicio de la acción de no incorporación o de nulidad de una cláusula a lo dispuesto en sede de nulidad contractual, es decir, al art. 1.301 del CC, pero debemos destacar que el plazo previsto en la norma citada, ya que estamos ante una nulidad absoluta o radical, es imprescriptible. Dicho plazo del art. 1301 CC está referido a los supuestos de anulabilidad. El caso que nos ocupa la acción de nulidad contra la cláusula IRPH es de nulidad absoluta. Tal art. 1301 CC ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 28 de abril de 2011, 23 de septiembre de 2010, 22 de febrero de 2007, 4 de octubre de 2006, señalando esta última que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente

a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad"(Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999).

Pero aún en el caso que entendiéramos aplicable el art. 1301 CC, en relación con el cómputo del plazo la doctrina entiende que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción no puede caducar sino desde la consumación y el litigioso no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones. Y tal momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, hecho que no se ha producido.

3.8. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, podemos finalizar con las siguientes conclusiones¹²²:

1.- Se trata de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), y reitera la STS 16 julio 2014, en relación a las "cláusulas suelo".

2.- La referencia al IRPH *sin explicitar la influencia* que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la **vulneración de las normas**, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CC, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible, como el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

3.- Muchos de estos préstamos se concertaron bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia

¹²² Vid. MARTINEZ ESPIN, P., ¿CARÁCTER ABUSIVO DE LA "CLÁUSULA IRPH"?, 26 de diciembre de 2014, en <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/2.pdf>

de las operaciones y protección de la clientela, que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a los que se refiere la orden. La Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

4.- La cláusula de IRPH del contrato de préstamo hipotecario resulta **susceptible de análisis y control de abusividad**. El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, cuya prueba compete al predisponente. A ello no obsta la intervención de Notario.

5.- Generalmente no existe prueba de que los consumidores que suscribieron la escritura de préstamo hipotecario y por ende de la cláusula controvertida, **recibiesen oferta vinculante**. Tampoco se suele acreditar que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos. No consta tampoco la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera. En suma, no se prueba, por lo general, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio).

6.- La trascendencia de la **falta de información viene acrecentada**, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor.

7.- Declarada la abusividad, debe considerarse la **nulidad de la cláusula**, conforme a la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CC (STS 30 noviembre de 2006 (RJ 2006, 9488), 31 octubre 2007 (RJ 2007, 8644), 10 octubre 2008 (RJ 2008, 5687), 19 noviembre 2008 (RJ 2009, 392), 9 diciembre de 2009, 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703), 11 junio 2010 (RJ 2010, 2677), 7 octubre 2011 (RJ 2011, 6836), 30 octubre 2013 (RJ 2013, 7444)).

8.- En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CC, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones. El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH, deberá **aplicarse el interés sustitutivo** y, por tanto, deberá procederse a **devolver la cantidad** ("los intereses cobrados de más") que resulten en ejecución de sentencia de la aplicación de uno a otro índice, cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

4. Cláusula suelo y control de transparencia

Antonio J. Castro Losada
Abogado
Servicios Jurídicos de ADICAE

4.1. Introducción	71
4.2. Concepto de Consumidor. La relevancia de la Sentencia del T. S. de 25 de Junio de 2016.	71
4.3. Los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Retroactividad	74
4.4. El Control de Transparencia en su aplicación a las Cláusulas Suelo.	83
4.5. Introducción.- aproximación lógica y jurídica al concepto	83
4.6. Control de transparencia y la sentencia del T.S. DE 9 DE MAYO DE 2013	86
4.7. La caracterización del control de transparencia la proyección del principio de buena fe	88
4.8. El fundamento del control de transparencia	89
4.9. Aplicación de esta doctrina al caso concreto de las cláusulas suelo	90
4.10. Proximidad relativa entre transparencia, vicios en el consentimiento y control de abusividad	91
4.11. Conclusiones	92

4.1. Introducción

Durante los últimos años, mucho se ha escrito acerca de las cláusulas suelo y sus consecuencias, pero en este breve artículo nos vamos a centrar principalmente en tres cuestiones de especial relevancia e interés para los consumidores y usuarios de los servicios de la banca, las cuales enunciamos:

A. El concepto de consumidor o usuario a los efectos de la protección frente a posibles cláusulas suelo abusivas y su extensión o no a pequeños empresarios, o si sólo son extensibles los efectos del control de transparencia.

B. Los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo y su retroactividad únicamente desde el 9 de mayo de 2013.

C. El control de transparencia exigido en dichas cláusulas para que puedan considerarse nulas o no.

4.2. Concepto de Consumidor. La relevancia de la Sentencia del T. S. de 25 de Junio de 2016

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de **3 de junio de 2016**, **rechaza la posibilidad de extender a los pequeños y medianos empresarios la misma protección que se aplica a los consumidores y usuarios. En concreto rechaza la extensión de la aplicación del control de transparencia** cualificado o segundo control de transparencia que es el que permite estudiar una cláusula no sólo desde el punto de vista formal, o sea que es legible y comprensible gramaticalmente, sino que, permite analizar las cláusulas desde un punto de vista material, es decir entrar a valorar si el adherente al contrato ha comprendido realmente el contenido de dicha cláusula y sus efectos y si no se superan estos dos aspectos la cláusula puede ser declarada abusiva.

Pues este segundo control de transparencia formal, es decir, de comprobar si el adherente ha entendido el funcionamiento de dicha cláusula y sus consecuencias, según el Tribunal Supremo, **no puede extenderse a los contratos celebrados entre profesionales**, es decir, que sólo puede aplicarse cuando una de las partes sea consumidor o usuario no otorgando tal calificación a los pequeños y medianos empresarios o comerciantes, únicamente se permitiría el control formal, el de la legibilidad y comprensibilidad gramatical de la cláusula, que es por supuesto mucho menos proteccionista que el anterior.

De este modo, sólo se podrá declarar la nulidad por abusiva de una cláusula suelo en aquellos préstamos hipotecarios que hayan sido celebrados con **profesionales si ésta no es legible o comprensible gramaticalmente** o si, tal y como recoge el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley General de Consumidores y Usuarios en su Exposición de Motivos, se ha

impuesto en **contra del principio de buena fe** contractual en ejercicio de un abuso de la posición dominante del predisponente de forma que frustre la legítima expectativa que pudo tener el adherente y provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Lo que aduce el Tribunal Supremo en su sentencia para llegar a esta conclusión es lo siguiente:

“este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.”

Continúa diciendo el Tribunal Supremo:

“Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.

No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.”

Con esta **vaga justificación**: “ha sido una opción del legislador” y no una laguna legal el no proteger a los adherentes no consumidores, se escuda el Tribunal Supremo para no otorgar la protección que da el control de transparencia cualificado a los adherentes consumidores.

Si bien, en dicha sentencia se recoge un extenso voto particular del **Magistrado Francisco Javier Orduña**, en el que lo que quiere manifestar es que, en su opinión, **debería extenderse** la aplicación del control de transparencia a lo que los bancos pacten con los pequeños y medianos empresarios.

Entre otras cosas dice que "la jurisprudencia, en su innegable función de decantación y aplicación de estos nuevos principios informadores, puede y debe proceder a la **interpretación extensiva** del control de transparencia en la contratación entre empresarios; sin que la ausencia de un reconocimiento expreso de la normativa al respecto sea excusa para su no aplicación.

Lo contrario es, una vez más, como decía Don Federico de Castro, quedarse en la «corteza» de las palabras de la norma y no atender a la «médula» o razón de ser que la vivifica y orienta su aplicación con relación a los valores y principios que la informan."

Todo esto tiene su justificación en que, tal y como ha manifestado el Magistrado Orduña en otras ocasiones, en la mayoría de los casos de contratación bancaria cuando el adherente es un empresario o profesional, éstos "en la práctica, actúan como meros adherentes en la contratación" y se limitan a aceptar o rechazar lo que las entidades les ponen delante, sin ningún tipo de negociación. Por lo tanto, el control de transparencia debería ser aplicado también a los contratos celebrados bajo condiciones generales de la contratación con empresarios o profesionales como parte integrante del orden público económico.

Podemos decir, siguiendo la doctrina de este Magistrado, que por el momento, la defensa del empresario adherente en estos contratos bancarios o financieros es ardua y difícil, al no gozar de la protección especial que tienen los consumidores y usuarios. No podemos mostrarnos más de acuerdo con la opinión y el razonamiento del Magistrado Sr. Orduña.

De momento, esta es la única Sentencia del Tribunal Supremo que se ha pronunciado abierta y claramente sobre la posibilidad de extender o no la aplicación del control de transparencia cualificado a las cláusulas suelo contenidas en préstamos celebrados con empresarios o profesionales, tendremos que esperar a ver si en futuras sentencias de este Alto Tribunal se sigue la misma línea, o si, por el contrario, se sigue la tesis mantenida por Orduña en su voto particular.

Conclusión

De momento, esta es la única Sentencia del Tribunal Supremo que se ha pronunciado abierta y claramente sobre la posibilidad de extender o no la aplicación del control de transparencia cualificado a las cláusulas suelo contenidas en préstamos celebrados con empresarios o profesionales, tendremos que esperar a ver si en futuras sentencias de este Alto Tribunal se sigue la misma línea, o si, por el contrario, se sigue la tesis mantenida por Orduña en su voto particular.

Hay una corriente doctrinal¹ que entiende que no existe ninguna razón conceptual que impida extender el control de transparencia al ámbito de la contratación seriada entre empresarios, lo que permitiría entre otros, a pequeños autónomos invocar esta protección.

El ámbito de la contratación seriada entre empresarios refleja el mismo fenómeno jurídico en la medida en que el empresario más débil se ve abocado a aceptar la reglamentación pre-dispuesta por la otra parte, asumiendo idéntica posición contractual a la del adherente consumidor. La preferencia de la aplicación de la Ley de Condiciones Generales es aplicable también a este ámbito de la contratación que merece ser objeto de protección y que cae dentro de la finalidad y función conformadora del tráfico patrimonial seriado, esto es, de la calidad de la negociación en las condiciones generales que sustenta y tutela dicha Ley; con independencia de la condición del adherentes que se vincula bajo este modo especial de contratar.

La extensión de la protección a pequeños empresarios, e incluso a empresarios en general, del control de transparencia se apoya en la base axiológica del control de transparencia como parte integrante del orden público económico, en conexión con la función tuitiva desplegada así como en la similitud de su plasmación positiva y en los bienes e intereses jurídicos protegidos (art. 6 Directiva 93/13 en relación con los artículos 80.1 TRLGDCU Y 5.5 y 7 de la LCGC)

El control de transparencia en su aplicación a pequeños empresarios obtiene su fundamento desde el ámbito tuitivo de la normativa de la normativa de Condiciones Generales de la Contratación. La Sentencia del TS de 8 de Septiembre de 2014 construye el control de transparencia se realiza desde la vertiente contractual que ofrece la Ley de Condiciones Generales y no con respecto o con relación a los parámetros del Derecho del Consumo en particular.

4.3. Los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo. Retroactividad

Es por todos bien sabido que la sentencia del Tribunal Supremo de **9 de mayo de 2013**, supuso un punto de inflexión, en cuanto a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y sus consecuencias.

Reproducimos parte del fallo de dicha sentencia:

“Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitivo del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.”

Los puntos más importantes de dicho fallo son, sin lugar a dudas, el punto séptimo según el cual se declara la nulidad de las cláusulas suelo y el punto décimo, que limita las consecuencias de dicha nulidad y declara que no habrá lugar a la retroactividad de esta sentencia, es decir, que no se devolverán a los consumidores las cantidades indebidamente cobradas en base a la cláusula suelo de sus hipotecas que ya hayan sido abonadas antes de la fecha de publicación de esta sentencia, es decir, antes del 9 de mayo de 2013.

Pero, ¿en qué se basa el Tribunal Supremo para tomar esta medida? y lo que es más importante ¿esta decisión de la irretroactividad de las cláusulas suelo es compatible con el derecho comunitario?

Pasemos a responder a la primera pregunta, ¿en qué se basó el Tribunal Supremo para limitar la retroactividad de las cláusulas suelo al 9 de mayo de 2013?

Encontramos parte de su justificación en la propia Sentencia de 9 de mayo de 2013, en concreto en los puntos 293 y siguientes, los cuales reproducimos y comentamos los puntos más importantes que hemos resaltado en negrita:

La irretroactividad de la sentencia

293. En el caso enjuiciado, para decidir sobre la retroactividad de la sentencia en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal, es preciso valorar que:

- a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.
- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

- i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.
- k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

Conclusiones

294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.

La letra a) del punto 293 hace una manifestación muy clara, concisa y contundente: las cláusulas suelo son lícitas, a pesar de la solicitud en la demanda de declarar la ilicitud de dichas cláusulas, según el Tribunal Supremo, estas son lícitas, **sólo se declaran nulas porque no superan el control de transparencia formal** (comprensibilidad gramatical de la cláusula) y el control de transparencia material (comprensibilidad real de las razones que sustentan el empleo de dicha cláusula en el contrato).

Es decir, son cláusulas válidas y sólo en algunos casos, en concreto en aquellos en los que no se dé la transparencia adecuada serán declaradas nulas, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo en el punto 293.e).

Continúa el Tribunal Supremo diciendo en su punto 293.k) que **la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico** y basándose en el principio de seguridad jurídica decide limitar los efectos retroactivos de dicha declaración de nulidad de las cláusulas suelo y que sólo se produzcan sus efectos desde la fecha de publicación de la sentencia, esto es, desde el 9 de mayo de 2013.

Esta decisión es claramente perjudicial para el consumidor, ya que le obliga a soportar los efectos ya producidos por la aplicación de una cláusula abusiva. Obliga a los consumidores a hacer un sacrificio de sus derechos en aras a la defensa del orden público.

No han sido pocos los Juzgados y Tribunales que han cuestionado esta decisión del Tribunal Supremo y que en sus fallos no han seguido la jurisprudencia del alto órgano. Tanta **polémica** generó esta situación que en julio de 2015 **fue necesario plantear al Tribunal de**

Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) si la limitación de efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo es compatible con el Derecho de la UE (a la luz de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores), en concreto las cuestiones planteadas fueron las siguientes:

1.- Si resulta compatible con los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, el criterio adoptado por el Tribunal Supremo según el cual la nulidad de la cláusula no supone la eliminación de todos los efectos de la misma, como si nunca se hubiera tenido por puesta, sino únicamente desde una fecha determinada.

2.- En segundo lugar se pregunta si es compatible el mantenimiento de los efectos generados por la cláusula declarada nula desde la celebración del contrato hasta el momento en que se determinen los efectos de dicha nulidad con lo establecido en los artículos con los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria que los interpreta.

3.- En tercer lugar, se cuestiona si se puede justificar la no retroactividad plena de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo amparándose en el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico y la buena fe.

4.- Se pregunta, además, si el riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público económico ha de valorarse atendiendo a la repercusión económica de la concreta acción individual ejercitada por el consumidor o tomando en consideración los efectos económicos que tendría el posible y potencial ejercicio de una acción individual por un gran número de consumidores afectados.

5.- Por último, se plantea si es posible realizar una valoración en abstracto del requisito de la buena fe admitido como justificativo de los efectos limitados de la retroactividad o si es preciso efectuar una valoración de las circunstancias de hecho concurrentes en cada uno de los litigios que se promueva relativos a la nulidad de una condición general de la contratación por abusiva.

Hay una primera respuesta a estos interrogantes dada por el Abogado General del TJUE, D. Paolo Mengozzi, y aunque estamos a la espera de la sentencia y resolución definitiva de estas cuestiones que emita el TJUE y el informe del abogado general no es para nada vinculante, sí es cierto que las sentencias de este tribunal suelen ir en un 80% de ocasiones en la misma dirección que los dictámenes emitidos por el Abogado General del TJUE.

El Abogado General del TJUE reconoce que el Derecho nacional español se ajusta a lo exigido por la Directiva 93/13, en tanto en cuanto, que aplica la sanción de nulidad a las cláusulas abusivas como nivel máximo de sanción. Sin embargo, también dice que se deben tener en consideración los principios sobre los que se basa el sistema judicial nacional como puede ser el principio de seguridad jurídica. Es por ello que la limitación en el tiempo de los efectos de la

sentencia del Tribunal Supremo es acorde con la Directiva 93/13, ya que se cumple el objetivo perseguido por dicha directiva que es, por un lado, tener un efecto disuasorio frente al profesional y, por otro lado, restablecer un equilibrio real entre éste y el consumidor. En dicho dictamen se sostiene que “las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario de un Estado miembro que ya se encontraba debilitado”, en atención a circunstancias excepcionales “asociadas a la dimensión endémica del problema”, justifican esa moderación y, por tanto, la no retroactividad total.

En conclusión, considera el Abogado General que la decisión del Tribunal Supremo de limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas no redundará en perjuicio ni de la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13 ni de los objetivos perseguidos por ésta.

Nos vemos en la obligación llegados a este punto de hacer un **breve resumen del Informe de la Comisión Europea de 13 de julio de 2015**, en dicho informe se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, las preguntas realizadas por este Juzgado fueron las siguientes:

1.-La interpretación de “no vinculación” que realiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE ¿Es compatible en estos supuestos con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la citada cláusula no obstante extiende sus efectos hasta que se declare la misma? Y por tanto que aunque se declare su nulidad se entenderá que los efectos que ha producido durante su vigencia no quedarán invalidados o ineficaces.

2.- El cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula (de conformidad a los apartados primeros de los artículos 6 y 7) en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor, a que esté obligado el profesional, en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia?

Ya anticipamos que la Comisión Europea respondió a estas dos cuestiones de forma completamente diferente a las respuestas dadas por el Abogado General.

En cuanto a la primera cuestión dijo que sólo la aplicación *ex tunc*, es decir desde el inicio de la relación contractual, del concepto de “no vinculación” recogido en el art. 6.1 de la Directiva responde al objetivo protector perseguido por ésta. Esta interpretación está además plenamente respaldada por el Código Civil español en su artículo 1303, que

dice que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”.

Por ello, dice que la interpretación de “no vinculación” recogida en el art. 6.1 de la Directiva es incompatible con una interpretación que determine que la declaración de nulidad de la cláusula suelo extiende sus efectos hasta la declaración de nulidad de la misma, sino que ha de surtir sus efectos desde el inicio del contrato.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, en cuanto a su primera parte la Comisión Europea dice que el cese en el uso de una determinada cláusula declarada nula como consecuencia de una acción individual ejercitada por el consumidor no sería compatible con una limitación, salvo que fuera necesaria para preservar el principio de cosa juzgada.

De hecho dice literalmente que “otros límites potenciales a la nulidad de las cláusulas abusivas tales como los pagos que hubieran sido efectuados antes de que el tribunal nacional dictara la sentencia declarativa de tal nulidad (tal y como parece esgrimir la Sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de mayo de 2016) carecerían, en nuestra opinión, de justificación y de respaldo jurídico y por ello no deberían ser aceptados so pena de socavar la aplicación de la Directiva y el efecto disuasorio del art. 6.1 de la misma.”

En cuanto a la segunda parte de esta última pregunta la Comisión manifiesta que no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor en aplicación de una cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia.

Como se puede comprobar las opiniones de la Comisión y del Abogado General de la Unión Europea son diametralmente opuestas, por lo que de momento, hemos de esperar a la Sentencia definitiva del TJUE que se prevee para finales de este año y ver si esta Sentencia confirma la teoría del Abogado General o si, por el contrario, sigue la tesis de la Comisión Europea.

Queremos señalar aquí que el Tribunal Supremo, volvió a posicionarse sobre esta cuestión en su Sentencia de 25 de marzo de 2015 en la que en su fallo dejaba claro y se posicionaba de la siguiente manera:

“Se fija como doctrina: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 8 de septiembre de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ""”.

Si bien, no podemos dejar de mencionar el extenso voto particular del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, en el que se muestra totalmente contrario a la doctrina fijada por el tribunal Supremo y manifiesta que “dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.”

Va más allá cuando dice que “la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes

de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente.”

Conclusión

Desde luego, consideramos que las tesis lógicas y las que debería seguir el TJUE, así como el Tribunal Supremo, serían las que defiende tanto la Comisión Europea como el Magistrado Orduña, en tanto en cuanto **no se puede permitir que los consumidores vean vulnerado su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas**, en atención a los argumentos exgrimidos tanto por la Comisión Europea como por este Magistrado, a la vez que por una aplicación necesaria del Derecho en aplicación del principio de nulidad, *quod nullum est nullum effectum producit*”-

La limitación en el tiempo, es contraria por tanto al derecho nacional e incumple la Directiva 93/13 artículo 6 apartado, que aplican la sanción de nulidad a las cláusulas abusivas como nivel máximo de la sanción civil que elimina todos los efectos con el correlativo derecho a una restitución íntegra.

No obstante, no se puede obviar la aplicación del principio de primacía de la Ley respecto a la aplicación de la Jurisprudencia, criterio que han recogido diferentes Sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales¹. Estas Sentencias, entre otras cuestiones argumentan que los Jueces y Tribunales tienen que resolver conforme al sistema de fuentes del derecho, esto es, resolver conforme a la Ley, antes que la jurisprudencia: “como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1303 del C Civ), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean (invocan estas sentencias) de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del TS de 9 de Mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la Sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la C.E., por el riesgo para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los Jueces y Tribunales el deber de inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del CCiv), que establece la primacía de la Ley (artículo 1303 del CC) sobre la Jurisprudencia artículo 1 C Civ. Junto con la aplicación del principio de primacía de la Ley frente a la Jurisprudencia, estas Audiencias Provinciales, que se pronuncian a favor de la retroactividad, fundamentan la pretensión con la prohibición del enriquecimiento injusto, ya que defienden que es inherente a la acción de nulidad, la devolución de las prestaciones desde la celebración del contrato para evitar el enriquecimiento injusto de las entidades financieras.

En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya desde la Sentencia de 14 de Junio de 2014 (Caso Banesto) se instaure la prohibición de moderar o integrar la cláusula declarada abusiva, doctrina jurisprudencial que está en la base del artículo 83 TRLGDCU, operada por la Ley 3/2014, de 27 de Marzo, conforme al voto particular de la

STS de 21 de Abril de 2014, Caso Polaris. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sigue insistiendo en que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva, debe realizarse con la ponderación de todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato.

Las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato son las que deben ser tenidas en cuenta como momento adecuado para proyectar las consecuencias lógicas que se deriven de la ineficacia de la cláusula, pues su carácter abusivo solo puede entenderse “declarado” con relación a dicho momento temporal, momento en el que el predisponente debió cumplir con sus especiales deberes de configuración contractual, (STS de 8 de Septiembre de 2014).

4.4. El Control de Transparencia en su aplicación a las Cláusulas Suelo.-

4.5. Introducción.- aproximación lógica y jurídica al concepto¹²³

De acuerdo con la definición del Diccionario de la Lengua Española (23ª Edición), “transparencia” es “cualidad transparente” y “transparente” se define en su cuarta acepción como “claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad. Por transparencia se debe entender, pues **“caridad” y lo asimilamos a máxima información**, en caso de una operación de préstamo hipotecario, sobre el contenido de la “operación crediticia”.

La transparencia se debe exigir tanto en la **publicidad**, como en la **fase precontractual y contractual**, así como durante la vigencia del contrato (liquidaciones periódicas consecuencias del mismo).

En la legislación aparece el término “transparencia” y en otras ocasiones en términos semejantes, “claridad”, por ejemplo en el artículo 1281 del Código Civil: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas) Y como opuesto a “claridad” utiliza el término “oscuridad”, por ejemplo en el artículo 1288 del Código Civil: “Las cláusulas oscuras de los contratos no podrán beneficiar a la parte que hubiese generado la oscuridad”.

El artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en adelante (LCGC), utiliza ambos términos, “transparencia” y “claridad”, como diferentes al establecer que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

¹²³ Según la Obra de D. Ubaldo Nieto Carol : “Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria”

Domo señala GONZÁLEZ PACANOWSCA, no faltan autores que entienden que la “claridad, concreción y sencillez” no son sino manifestaciones del principio de transparencia.

Esta autora entiende que “el concepto de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información y presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes, cual sucede típicamente en los contratos de adhesión. Y cita a MINERVINI para quien “el término de información completa es un como riassuntivo (“resumido”) para expresar el concepto de información completa y adecuada y debe entenderse como plena cognoscibilidad de las condiciones contractuales.

Para la Orden ECC/2502/2012, de 16 de Noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, “ se consideran normas de transparencia y protección de la clientela aquellas que (...) con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación e las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información (artículo 2)

Como aparece en la Obra “La cláusula suelo en los Préstamos Hipotecarios”¹²⁴ puede que haya zonas en las que ambas concepciones de la transparencia, la de los consumidores de la sentencia del Supremo y la de los clientes de la regulación financiera, se lleguen a cruzar y hasta a correr por algún tiempo en paralelo, especialmente en lo concerniente a los deberes de información precontractual, expresamente contemplados en el art. 6 de la Orden EHA/2899/2011.

El preámbulo de la Orden EHA/1608/2010, de 14 de Junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios financieros, delimita la cuestión adecuadamente:

“La existencia de asimetrías informativas entre las dos partes que concurren en los mercados de servicios financiero es un fenómeno común, habitualmente (...) son los consumidores los que sufren de la desventaja informativa y los que necesitan por tanto, de una protección adicional para que sus intereses económicos queden protegidos y para que en definitiva, el mercado opere de manera correcta. Lo anterior justifica con carácter general y sin perjuicio de la libertad de contratación, la normativa de transparencia financiera”.

Como señala el Profesor D. Ubaldo Nieto, a quien seguimos en esta introducción, la finalidad de la transparencia es el adecuado conocimiento de los derechos y obligaciones que se derivan o que se van a derivar de una determinada posición contractual. Y las normas de

¹²⁴ Catalina de Geas, Jose M^º Casasola, José A. Díaz, Marina Pareja.

transparencia contemplan la información que debe proporcionar, en el caso de este trabajo, la entidad de crédito, tanto en cuanto al contenido de la información como al momento y la forma de esta.

El término “transparencia” se puede predicar tanto en relación con una cláusula concreta como con relación a todo el contrato. Una cláusula con una redacción clara, sencilla y fácilmente comprensible y que el adherente haya tenido oportunidad de conocer con suficiente antelación a la firma del contrato podría ser transparente. Pero esta cláusula dentro de un contrato excesivamente extenso, con abundantes cláusulas que pueden en sí mismas considerarse transparentes aunque, tal vez, innecesarias, obligan a una lectura íntegra y pormenorizada de todo el contrato que, en su conjunto, puede ya no considerarse como “transparente”. Incluso el propio formato físico del contrato o el tipo y tamaño de la letra pueden hacer llevar a esa misma consideración como “no transparente” del contrato.

De acuerdo con el Profesor “MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA”, dentro de una nueva concepción del derecho de la contratación, dominado por los contratos en masa, la abundancia de los bienes y servicios, la complejidad de los mercados, así como la alta tecnología utilizada en los procesos de producción, adquiere una importancia vital el tema de la transparencia informativa, que debería permitir al consumidor elegir, dentro de este mercado tan complejo, los productos y servicios que más le convengan para satisfacer sus necesidades. Presupuesto básico para esa libertad de elección es que se trate de un mercado transparente, en el que el juego de la libre competencia esté establecido no solo en beneficio de las empresas sino también en los consumidores, convirtiendo a éstos últimos en los árbitros del mercado.

Esta idea de la “transparencia” como máxima información es también un concepto económico. En Microeconomía se habla de “transparencia” como uno de los requisitos para poder definir a un mercado como de “competencia perfecta”: y se asimila el término a “información perfecta” o “conocimiento perfecto”¹²⁵. Los otros requisitos son los oferentes y demandantes son precio aceptantes – otros autores-¹²⁶ lo denominan pequeñez del comprador o vendedor con relación al mercado- producto homogéneo por ello los compradores se muestran indiferentes en cuanto a la empresa a la que compran- y libre movilidad de recursos –ausencia de restricciones de entrada y salida del mercado) . Y desde el punto de vista teórico, el mercado de competencia perfecta es el que obtiene una mayor eficiencia en la asignación de recursos.

A este mismo sentido económico de “transparencia” parece referirse expresamente la exposición de motivos de la Orden EHA72899/2011 de 28 de Octubre, al decir: “La transparencia en el funcionamiento de los mercados ha supuesto históricamente uno de los objetivos más perseguidos por el Ordenamiento Jurídico de cualquier sector económico. La correcta asigna-

¹²⁵ Ferguson Teoría Microeconómica

¹²⁶ LEFWITZ R.H.

ción de los recursos no puede producirse de manera auténtica, ni es factible garantizar plenamente la competencia, si no existe un marco adecuado de protección para los clientes que, limitando los efectos de la asimetría de la información, les permita adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente”.

4.6. Control de transparencia y la sentencia del T.S. DE 9 DE MAYO DE 2013.-

El punto decisivo de esta sentencia, establece que además del control de incorporación de las condiciones generales de la contratación, cláusulas, habrá que comprobar si, por ser contratos con consumidores se supera el control de transparencia, que “cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tienen por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Las cláusulas suelo, según esta Sentencia capital para el control de transparencia, “no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente podría, valorando otra serie de circunstancias ser claro”

Esta Sentencia en su Fundamento Jurídico Décimo Tercero, se apoya en la INSUFICIENCIA DE INFORMACIÓN EN LAS CLÁUSULAS “SUELO” para vincular este déficit de información con el control de transparencia. En este sentido destacamos las siguientes argumentaciones:

- a. 217. Las cláusulas, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.
- b. 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.
- c. 219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

- d. 221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios ", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

Extractamos algunos de los apartados de esta Sentencia, que nos ayuden a comprender la esencia del control de transparencia.

Según esta Sentencia la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de la Sentencia.:

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como Parente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

4.7. La caracterización del control de transparencia la proyección del principio de buena fe.-¹²⁷

La caracterización básica del control de transparencia, en el marco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Septiembre de 2014, viene principalmente contemplada en el Fundamento de Derecho segundo apartados sexto y séptimo:

Sexto: Caracterización del control de transparencia.

“En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU EDL 1984/8937) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) EDJ 2014/96068 .”

En este apartado el Tribunal Supremo resume la esencia del Control de Transparencia fijándolo como control de legalidad en orden a comprobar que la cláusula refiera directamente a la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato, de forma que el consumidor conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que le supone el contrato, como de la posición jurídica que asume.

¹²⁷ Según la Obra “Control de Transparencia y Contratación Bancaria” F. J. Orduña, Carlos Sánchez y Raquel Guillén

4.8. El fundamento del control de transparencia

Continúa esta Sentencia en este Fundamento Jurídico explicando el Fundamento del Control de Transparencia. La Sentencia insiste en que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada.

Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 EDJ 2013/9874 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 EDJ 2013/21522 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) EDJ 2014/96068 . Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

El alcance del Control de Transparencia, según la Sentencia del TS de 8 de Septiembre de 2014, no puede quedar "reducido" a un mero contraste de la claridad o inteligencia gramatical del contenido de las cláusulas, requiere además lo que la Sentencia denomina un enjuiciamiento interno: el contraste de la inclusión de criterios comprensibles en orden a que el consumidor pueda evaluar directamente las consecuencias jurídicas y económicas que se deriven de las condiciones generales. (Carga jurídica y carga económica).

"Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 EDJ 2014/64254 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual

como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

4.9. Aplicación de esta doctrina al caso concreto de las cláusulas suelo

La Sentencia del TS de 14 de Septiembre aporta pautas de aplicación del control de transparencia al caso concreto de las cláusulas suelo.

Según esta Sentencia y en primer lugar el análisis se dirige a valorar si conforme a la naturaleza y caracterización que se ha realizado del control de transparencia, el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de la cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta.

Concluye el TS que en el caso concreto enjuiciado en la Sentencia, el predisponente no incluyó los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial. En este sentido insiste la sentencia en la importancia que tiene el hecho de que la cláusula suelo formara, o no, parte de las negociaciones y tratos preliminares así como el hecho de que la información sobre la cláusula suelo resultase destacado y diferenciado específicamente en el marco de la oferta comercial realizada. En la mayoría de los casos la cláusula se incluye sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

Una vez que la Sentencia excluye el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la "transparencia formal o documental" que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante.

En cuanto a la oferta vinculante, según la Sentencia, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un "tipo mínimo anual", queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia al "tipo de interés variable" (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra

parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

4.10. Proximidad relativa entre transparencia, vicios en el consentimiento y control de abusividad¹²⁸

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 y la Sentencia de 8 de Septiembre de 2014 pilares básicos del Control de Transparencia y además referidas a las llamadas cláusulas suelo, llegan a la conclusión de que el requisito de comprensibilidad que exige el control de transparencia se apoya en el concepto de “Consumidor Suficientemente Informado”.

Este concepto entronca necesariamente con el cumplimiento de los deberes precontractuales de información de las entidades financieras. La comprensibilidad de las cláusulas exige como paso previo su cognoscibilidad.

En este sentido se pueden encontrar paralelismos, vías paralelas o diferentes caminos, para llegar a una misma conclusión, si el predisponente no ha cumplido sus obligaciones, si no se ha suministrado información precontractual, si el clausulado no es claro, si no reúne los requisitos establecidos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley para la Defensa General de los Consumidores y Usuarios, el consumidor no estará Suficientemente Informado y no se dará cumplimiento al control de transparencia.

Se observa con ello una cierta proximidad entre algunos de los parámetros propios del control de transparencia y los criterios que suelen utilizarse en el marco de una acción de nulidad por vicio en el consentimiento basada en el error. (Artículo 1266 CC).

Las acciones y sus elementos son distintos, pero los criterios que en última instancia serán tenidos en cuenta en la acción por error, dada la imposibilidad de prueba directa sobre el estado interno de la mente del consumidor, se proyectan objetivamente en el tipo y cantidad de información dada, las características del contrato y su complejidad, tanto en la intrínseca al mismo (por su objeto) como la derivada de su formato y modo de redacción (en este sentido la relación y conexión con el control de transparencia es a nuestro juicio “evidente”).

Igualmente, y por otro lado, se observa una cierta proximidad entre algunos parámetros de transparencia y otros criterios más próximos al control de abusividad material (desequilibrio de las prestaciones) precisamente el TS apunta que no es viable en la cláusula suelo por referirse a un elemento esencial del contrato. En efecto, aunque, según el planteamiento del TS, no debe tenerse en cuenta el equilibrio “económico” o la equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, a continuación apunta como parámetro si, a pesar de la denomi-

¹²⁸ Opinión fundada en parte en la obra y mezclada con la del autor “Cláusulas Abusivas en la Contratación Bancaria” I. Serra, A. Serra, P. Izquierdo, y Guillem Soler

nación del contrato como de interés variable, la cláusula lo convierte, de hecho, en un préstamo a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

Este criterio no se refiere ni a la inclusión, ni a la redacción, ni a una posible falta de información, sino estrictamente, al efecto de la cláusula en la realidad, es decir al desequilibrio que provoca. Lo mismo sucede con el argumento de si lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, puesto que, de nuevo, selo se traduce, según el propio TS, en que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

4.11. Conclusiones

Tal vez por esta proximidad entre abusividad y transparencia, producto de la flexibilización entre las nociones de control formal y material, acaba aludiendo el TS a la noción de “control de abusividad abstracto” o al “desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos”. Quizá una cierta confusión conceptual sea el precio a pagar por pretender vedar el control de abusividad (material) de las cláusulas que fijan elementos esenciales del contrato (lo que, más allá de sus riesgos, es normativamente viable en España, por los motivos ya expuestos).

5. Cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés en los préstamos hipotecarios

Virginia Múrtula Lafuente
Prof. Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

5.1. Introducción	94
5.2. La respuesta judicial y legal a las cláusulas de redondeo al alza	95
5.3. La nulidad de las cláusulas de redondeo al alza: fundamentación jurídica	99
5.4. Consecuencias para el consumidor de la nulidad de la cláusula de redondeo al alza	109
5.5. Conclusiones	111

5.1. Introducción

Resulta relativamente frecuente que algunas cláusulas sobre intereses y su alcance no sean realmente conocidas por el consumidor en el momento de la celebración del contrato de préstamo y que produzcan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, como ocurre con las cláusulas de redondeo al alza en los tipos de interés variable de los préstamos hipotecarios, que llevan a una alteración final de la cuantía del interés que el prestatario deberá de pagar.

Las cláusulas de redondeo son utilizadas por las entidades de crédito en los préstamos a tipo de interés remuneratorio variable para simplificar el cálculo de las cuotas a pagar por sus clientes. Consisten en imponer la sustitución del tipo de interés resultante, de acuerdo con el tipo de referencia utilizado (Euribor, Mibor, IRPH...) más el diferencial pactado -en su caso-, por otro muy próximo de valor superior (al alza) o inferior (a la baja)¹²⁹.

El problema que se ha planteado en torno a este tipo de cláusulas es que las entidades financieras han venido practicando este redondeo en una sola dirección, al alza, en lugar de hacerlo según un criterio de mayor proximidad a la cifra redonda. Esto ocurre en el caso de aquellas cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario donde se dispone expresamente que: «Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará en cada revisión al múltiplo inmediato superior de dicho cuarto de punto» -0,25%-, llegando en algunos casos incluso al medio punto -0,50%-¹³⁰.

Este redondeo produce una diferencia financiera siempre en contra del consumidor. Por ejemplo, si el Euribor más el diferencial vigente en la fecha de revisión del préstamo hipotecario es el 3,521, se considera que será el 3,750 el tipo de interés que habría de aplicarse al mismo, cuando el factor pactado en la cláusula de redondeo es un cuarto de punto porcentual. Para una entidad bancaria, la aplicación de esta la fórmula del redondeo al alza del tipo de interés para sus préstamos hipotecarios puede suponer en un solo año la nada despreciable cantidad de 31 millones de euros, según cálculos de una asociación de consumidores¹³¹.

¹²⁹ El tipo de interés variable se compone de dos magnitudes. El interés de referencia y el diferencial. El Mibor, que ha venido a ser sustituido por el Euribor tras la implantación del euro, implica tomar como referencia el precio al que razonablemente un banco prestamista puede conseguir dinero acudiendo al mercado interbancario en un año, por lo que es un porcentaje variable. El diferencial, en cambio, es un porcentaje fijo (0,5%, 0,75%, 1%...) que se suele incluir en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable. Este porcentaje es invariable a lo largo de la vida del préstamo y se suma al índice de referencia (Euribor...) para obtener el interés anual que el cliente deberá de pagar. Las condiciones de solvencia del prestatario, el destino que va a dar al dinero prestado, la consistencia de la garantía ofrecida, etc., son los elementos que permiten a los bancos modular el diferencial que se aplica a un préstamo, como señala MARIMÓN DURÁ, R., «La declaración de nulidad de la cláusula de redondeo en préstamos hipotecarios con consumidores [Comentario a las SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021), 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 148) y 2 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1833)]», Revista de Derecho Mercantil, n.º 282, 2011, p. 324.

¹³⁰ En otra de las fórmulas utilizadas en los contratos, el redondeo al cuarto de punto se producía en el tipo de referencia y luego se incrementaba el diferencial, disponiendo que: «A partir de tal fecha, en los sucesivos períodos anuales y hasta el vencimiento de la operación, el tipo de interés anual aplicable será el que resulte de la media aritmética, redondeada por exceso al cuarto de punto inmediatamente superior, de los tipos de referencia para los préstamos..., incrementado en un punto».

¹³¹ Vid. en <http://www.rankia.com/articulos/210034-redondeo-victoria-usuarios>.

5.2. La respuesta judicial y legal a las cláusulas de redondeo al alza

La validez de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés en los préstamos hipotecarios es una cuestión largamente reincidente como motivo de las reclamaciones ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ya que las entidades financieras han venido aplicándola históricamente como una cláusula financiera de las definidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, **generalizándose su uso con la implantación del euro**. También es una de las cuestiones más discutidas en materia de condiciones generales de la contratación, por las dudas suscitadas en torno a si se refieren o no a un elemento esencial del contrato de préstamo (como es el interés) y por ende deben de quedar excluidas de un posible control judicial sobre el contenido del contrato, como tendremos ocasión de desarrollar en las siguientes líneas.

Pero, antes de nada, para entender la licitud o ilicitud de las cláusulas de redondeo, debemos partir de las primeras resoluciones judiciales que abordan el tema y así ver cuál fue la **respuesta de las entidades de crédito a los primeros pronunciamientos judiciales y la reacción del legislador**, antes de que el Tribunal Supremo se pronunciara de manera clara sobre el carácter abusivo y contrario a Derecho de las cláusulas de redondeo al alza.

5.2.1.1. Tratamiento judicial de la cuestión en las Audiencias Provinciales

La primera sentencia de referencia en la materia que nos ocupa es sin duda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 10 de octubre de 2002 (AC 2002, 1417)¹³², que desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid, de fecha 11 de septiembre de 2001¹³³, que declaraba nula la cláusula de redondeo exclusivamente al alza del tipo de interés de los préstamos hipotecarios [por aplicación del art. 10 bis Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) en relación con el art. 12.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y el art. 3 de la Directiva 13/93/CEE sobre las cláusulas abusivas de contratos celebrados con consumidores]¹³⁴, al considerar que produce un claro desequilibrio contractual en los derechos y obligaciones de las partes, en beneficio exclusivo de la entidad prestamista.

¹³² Sobre la misma vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., «Protección de los consumidores y cláusula de redondeo de los intereses en los préstamos hipotecarios», Noticias de la Unión Europea, 2007, n. 265, p. 111 y ss. En palabras de CÁMARA LAPUENTE, S., («Comentario al art. 87 TRLGDCU», Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, dir. por el mismo autor, Madrid, 2011, p. 882): se trata de uno de los ejemplos más notorios de la transformación del Derecho del consumo a partir de la creatividad judicial en la interpretación de las normas existentes.

¹³³ Ya esta sentencia del JPI n. 50 de Madrid fue objeto de los primeros comentarios sobre la nulidad de las cláusulas de redondeo al alza de los intereses en los préstamos hipotecarios. Vid. en este sentido, BLANDINO GARRIDO, M.A., «La nulidad de la cláusula de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios», Boletín del Colegio de Registradores de España, 2002, n. 81, p. 479 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Carácter abusivo de la cláusula de redondeo exclusivamente al alza en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable. (Comentario a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n. 50 de Madrid, de 11 de septiembre de 2001, Auto del mismo Juzgado, de 20 de diciembre de 2001)», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 2002, n. 88, p. 209 y ss.; y OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza: Comentario a la SJPI núm. 50 de Madrid de 11 de septiembre de 2001», Revista de derecho Patrimonial, 2002, n. 8, p. 235 y ss.

A partir de entonces, han sido numerosas las sentencias que se han pronunciado en el mismo sentido, resolviendo demandas presentadas en el ejercicio de acciones colectivas planteadas por asociaciones de consumidores contra otras entidades financieras; o bien a instancia de particulares que ejercitaron acciones de nulidad individuales con idéntica base legal a las acciones colectivas¹³⁵.

La AP de Madrid en la sentencia de 10 octubre de 2002 apreció con buen criterio que **los supuestos de redondeo no pueden considerarse como un elemento esencial del contrato**, sino como «una conducta reprochable, en términos contractuales, que sí afecta precisamente al anterior requisito esencial» (el precio). En el caso de autos, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) ejercitaba una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación frente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)¹³⁶.

La respuesta de las distintas entidades de crédito frente a dichos pronunciamientos judiciales fue en un primer momento muy variada. Así, algunas entidades dejaron de incluir la cláusula en sus contratos de préstamo, otras dejaron de aplicarla aunque estuviera prevista contractualmente y otras continuaron con su aplicación, recurriendo, en su caso, las sentencias favorables obtenidas por sus clientes¹³⁷.

¹³⁴ De acuerdo con el art. 10 bis LGDCU: se consideran abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato». De manera que son tres los requisitos exigidos por la norma para considerar abusiva una cláusula: 1) que sea contraria a la buena fe; 2) que represente un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes; 3) que dicho desequilibrio cause un perjuicio al consumidor. El art. 10 bis LGDCU se encuentra ahora recogido en el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007.

¹³⁵ SAP de Valencia, Secc. 6.ª, de 19 de octubre de 2002 (JUR 2003, 11669); SAP de Baleares, Secc. 5.ª, de 17 de marzo de 2003 (AC 2003, 1624); SAP de Barcelona, Secc. 19.ª, de 19 de marzo de 2004 (JUR 2004, 122712); SAP de Asturias, Secc. 5.ª, de 30 de diciembre de 2004 (AC 2005, 157); SSAP de Barcelona, Secc. 13.ª, de 29 de marzo de 2005 (AC 2005, 855); y Secc. 15.ª, de 13 de julio de 2005 (AC 2006, 1590); SAP de Madrid, Secc. 11.ª, de 21 de febrero de 2006 (AC 2006, 833), SSAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 23 de marzo de 2006 (JUR 2006, 140704) y de 10 de enero de 2007 (JUR 2009, 194462). No se ha considerado por el contrario abusivas, dado que no provocan un desequilibrio entre las partes contratantes del préstamo, fijar el redondeo al alza o a la baja según los casos [SAP de Madrid, Secc. 14.ª, de 13 de julio de 2005 (JUR 2005, 199090), ratificada por la STS de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8014)]. Sobre un análisis de los razonamientos utilizados por la jurisprudencia menor en torno a la nulidad de las cláusulas de redondeo vid. DÍAZ VALES, F., «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2010, n. 719, p. 933 y ss.

¹³⁶ En este procedimiento, al igual que en otros muchos, se planteó por parte de las entidades de crédito la legitimación procesal de AUSBANC, al estimar que carecía de la condición de asociación legalmente constituida para la defensa de los consumidores y usuarios, fundamentalmente al no hallarse inscrita en el correspondiente Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, requisito exigido por los arts. 2, 16 y 18 del RD 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, en relación con el entonces vigente art. 20.3 LGDCU. Sin embargo, su legitimación como demandante fue admitida por la Audiencia en aplicación del art. 16 de la LCGC, en cuyo apartado 3.º prevé como accionantes a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendadas las defensas de éstos, en conexión con el art. 20 del mismo texto legal, de donde se desprende —a juicio de la Audiencia— que la inscripción en el correspondiente Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, solo tiene relevancia a efectos de que dichas asociaciones puedan gozar de los beneficios previstos en la propia Ley y las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, sin que tenga carácter constitutivo y habilitante para las acciones ejercitadas.

5.2.1.2. La regulación legal del redondeo

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, en su DA 12.^ª (relativa al régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito), **prohibió expresamente el pacto de la cláusula del redondeo** exclusivamente al alza en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca u otras garantías equivalentes, incluidos aquellos en los que el prestatario carece de la condición de consumidor. Únicamente permite el redondeo del tipo de interés al extremo del intervalo pactado más próximo, sin superar en todo caso el octavo de punto (o lo que es lo mismo 0,125). Por tanto, conforme a la Ley 44/2002, es necesario para la validez de la cláusula de redondeo: a) que **no se pacte el redondeo exclusivamente al alza**; b) que **el redondeo pactado no pueda superar el octavo de punto (0,125%)** tanto al alza como a la baja. Derivándose la nulidad de las cláusulas que establezcan un redondeo en fracciones superiores (como es el cuarto de punto).

De manera que, tomando el ejemplo anterior, en el que el Euribor vigente en la fecha de revisión del tipo de interés del préstamo hipotecario más el diferencial es 3,521, si se ha pactado un redondeo, los intervalos de octavo de punto a tener en cuenta serían 3,5 por debajo y 3,625 por encima¹³⁸. Dado que el redondeo se hará al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar el octavo de punto, en nuestro ejemplo el intervalo más próximo al octavo de punto sería 0,5 por lo que el tipo de interés redondeado sería 3,5 (sensiblemente menor que en el anterior redondeo al «cuartillo»).

Esta magnitud, al alza y a la baja, garantiza la correspondiente adecuación a las variables macroeconómicas y restablece el equilibrio entre las partes del contrato. No obstante, esta norma se aplica sólo a los créditos y préstamos a tipo de interés variable formalizados a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 44/2002 (es decir, a partir del 24 de noviembre de 2002).

A partir de dicha fecha, **todas las entidades dejaron de incluir en sus contratos de préstamo o crédito hipotecario la controvertida cláusula de redondeo exclusivamente al alza**, y la mayoría dejó incluso de aplicarla en los préstamos concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 44/2002.

En el caso de que un banco estuviera redondeando a más de un octavo de punto, el cliente debería reclamar contra esta práctica que es contraria a la Ley citada y es aplicable tanto si estamos ante un consumidor como ante un profesional que ha solicitado un préstamo para su actividad.

¹³⁷ Esta disparidad de criterios no impidió que determinadas entidades financieras fueran administrativamente sancionadas por los órganos competentes, por incluir en sus contratos cláusulas de redondeo al alza. Sin embargo, la STS, Sala 3.ª, de 24 de noviembre de 2009 (R.J. 2009, 8083), consideró que no procedía sanción administrativa a cargo de una de las entidades que la utilizaba, al tratarse de una cláusula que se usaba con frecuencia en la práctica bancaria y, aun cuando pudiera estar bajo sospecha su licitud, el carácter abusivo de la cláusula todavía no había sido declarado por sentencia firme o por Ley.

¹³⁸ Mientras que en el redondeo al cuarto de punto los intervalos son: $0 < 0,25 < 0,50 < 0,75$ y 1; en el redondeo al octavo de punto serían: $0 < 0,125 < 0,250 < 0,375 < 0,5 < 0,625 < 0,750 < 0,875$ y 1.

Posteriormente, la Ley 44/2006, 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, concretó el carácter de abusivas de las «estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva» [cláusula 7 bis de la DA 1.ª de LGDCU, actualmente incorporada al artículo 87.5 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007 (en adelante, TRLGDCU), que vino a derogar la anterior Ley]. La Disposición transitoria primera de la citada Ley 44/2006 estableció un plazo máximo para adaptar los contratos de los consumidores a las modificaciones introducidas por la misma de dos meses desde su entrada en vigor, de manera que a partir del 1 de marzo de 2007 las cláusulas contrarias a la Ley devinieron nulas de pleno derecho¹³⁹.

Incluso, tras la entrada en vigor de la Ley 44/2006 y una vez transcurrido el plazo máximo de adaptación, algunas entidades de crédito continuaron aplicando la controvertida cláusula de redondeo al alza, por considerar que era válida, al haber sido acordada libremente por las partes en el correspondiente contrato formalizado con anterioridad a la Ley 44/2006, sin tener en cuenta, en definitiva, lo establecido por la Ley 44/2006 y su carácter retroactivo. En estos casos, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha venido considerando que su utilización no puede considerarse una buena práctica bancaria e insta a los clientes a acudir a los Tribunales¹⁴⁰.

5.2.1.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La nulidad de cláusulas de redondeo siempre al alza ha quedado fuera de toda duda con la jurisprudencia vertida por el TS, que ha venido a ratificar la nulidad de dichas cláusulas sobre la base de la aplicación del art. 8.2 de la LCGC y del art. 10 bis de la LGDCU de 1984 (actual art. 82 TRLGDCU), «por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato», resultando indiferente si se trata o no de la fijación de un precio porque la STJUE de 3 de junio de 2010 ya ha resuelto, en interpretación del art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, que el mismo no se opone a que nuestros Tribunales puedan apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera al objeto principal del contrato, incluso en supuestos donde la cláusula haya sido redactada de manera

¹³⁹ Hay que tener en cuenta que la cláusula 7 bis de la DA 1.ª de la LGDCU y el art. 87.5 TRLGDCU son aplicables con carácter retroactivo en virtud de lo establecido por la DT 1.ª de la Ley 44/2006, que establece que: «los contratos con los consumidores deberán adaptarse a las modificaciones introducidas por esta Ley, en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor. Transcurrido dicho plazo, las cláusulas contrarias a lo previsto en esta Ley serán, por tanto, nulas de pleno derecho».

¹⁴⁰ Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondiente al año 2007, p. 111 y correspondiente al año 2013, p. 114 y 115.

clara y comprensible [SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021); 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 148); 2 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1833) y de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 336)]¹⁴¹.

Tan sólo cuando se trata de cláusulas de redondeo al alza o a la baja de los intereses de la deuda, según los casos, se guardaría el equilibrio entre las partes del contrato [STS de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8014)].

5.3. La nulidad de las cláusulas de redondeo al alza: fundamentación jurídica

La mayoría de los contratos donde se obtienen préstamos hipotecarios que incluyen cláusulas de redondeo al alza se celebran por medio de condiciones generales, como recogen las sentencias que han resuelto sobre su nulidad. Lo que lleva generalmente a que las posibilidades de negociación por parte del cliente de cualquier aspecto relativo al mismo sean prácticamente inexistentes, más allá de determinar el plazo de devolución, limitándose a aceptar o no los términos del contrato, incluidas las cláusulas de redondeo al alza. En este punto, los Tribunales han considerado que **la carga de la prueba de lo contrario corre a cargo de bancos y entidades financieras**, de conformidad con lo establecido en el antiguo art. 10 bis LGDCU y art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Esta técnica contractual fue objeto de especial protección en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que hace depender su ámbito de aplicación de la existencia de cláusulas predisuestas, cuya incorporación al contrato haya sido impuesta por una de las partes y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC). No obstante, el hecho de que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente, no implica que el contrato globalmente sometido a condiciones generales deje de ser un contrato de adhesión sujeto a la LCGC (art. 1.2). Por contra, sí quedaría descartada la aplicación de la LCGC cuando se trata de un contrato de préstamo y las cláusulas han sido negociadas entre las partes.

La LCGC pretende proteger a cualquier persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual, bien sean profesionales en sus relaciones entre sí, bien sean entre éstos y los consumidores (art. 2 LCGC). Para ello distingue, lo que son condiciones generales de la contratación y remite lo que son cláusulas abusivas al TRLGDCU, aplicable sólo a la contratación con consumidores.

¹⁴¹ Con anterioridad a dichas sentencias, la STS, Sala 4.^ª, de 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9193) había declarado la nulidad del redondeo al alza al cuarto de punto en los préstamos hipotecarios a interés variable practicado por las entidades bancarias (demandadas) a sus empleados, si bien la demanda se planteó en el marco de un conflicto colectivo, en el que el sindicato accionante impugnó esta práctica por la ausencia de previsión de redondeo en el convenio colectivo de las entidades bancarias demandadas.

La legislación que protege al contratante de las **condiciones generales** procura en un primer término que éste pueda conocer a lo que se obliga realmente (control de inclusión), para después velar sobre la justicia o no de las cláusulas que ha asumido (es el llamado control de contenido). No obstante, este iter aplicativo establecido tanto en el TRLGDCU, para los contratos consumidores, como en la LCGC, para cualquier contrato con condiciones generales, no puede entenderse de una forma tan rígida que, cuando resulte dudoso si los **requisitos de inclusión** se han cumplido o no en el caso concreto, se cierre el camino del control de contenido si de él resulta que estamos ante una cláusula nula por ser contraria a la buena fe o que cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes¹⁴². Lo que ocurre, como vamos a ver, con las cláusulas de redondeo al alza.

De ahí que resulte fundamental, por tanto, en un segundo término, el **control del contenido del contrato que pueden llevar a cabo jueces y tribunales** sobre las cláusulas predispuestas e impuestas por una parte contractual, ese posible control sobre su abusividad (atendiendo a lo dispuesto en los arts. 82 y ss. TRLGDCU, antes art. 10 bis LGDCU). Cuestión que se convirtió en el principal punto de debate en el caso de las cláusulas de redondeo, como tendremos ocasión de desarrollar.

5.3.1.1. El control sobre su transparencia

En cuanto al control de inclusión (arts. 80 y 81.2 TRLGDCU y 5 y 7 LCGC), hay que decir, ante todo, que versa sobre los requisitos que han de cumplir las condiciones generales o las cláusulas no negociadas individualmente para ser integradas en el contrato¹⁴³. En resumen, deben concurrir los requisitos formales de **claridad, concreción y sencillez** en la redacción del contrato, lo que se conoce como deber de transparencia; además, que en el documento contractual figuren las condiciones generales o una referencia expresa al documento en el que se encuentran y se entregue al adherente una copia de las mismas con carácter previo o simultáneo a la contratación, para que pueda conocerlas y su consentimiento abarque realmente el contenido de las cláusulas que acepta (arts. 5 y 7 de la LCGC y art. 80.1 TRLGDCU).

De modo que **no formarán parte del contrato las condiciones generales que el adherente no haya podido conocer de manera completa** al tiempo de la celebración del contrato [art. 7.a) LCGC]. El control de inclusión asegura la aceptación o consentimiento del adherente a las cláusulas generales o aquellas no negociadas individualmente respecto de su existencia, constituyendo un presupuesto necesario que puede determinar la ineficacia por falta de incorporación al contrato.

¹⁴² Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Las condiciones generales de la contratación, Madrid, 1991, p. 204.

¹⁴³ Estamos ante cláusulas no negociadas individualmente, cuando se trata de cláusulas redactadas previamente e impuestas por el empresario o predisponente, sin que el adherente haya podido influir en su contenido (art. 3.2 Directiva 93/13).

Los requisitos de inclusión serán aplicables a todo tipo de contratos bancarios, sean o no consumidores los adherentes al mismo. De esta forma, el juez puede entender como no incorporada una cláusula predispuesta en un contrato celebrado entre una entidad de crédito y un empresario o profesional cuando pudiera resultar sorprendente, por falta de transparencia (art. 5.5 LCGC) y por esta vía declarar la nulidad de algunas cláusulas que también podrían considerarse abusivas en la contratación bancaria con estos adherentes -empresarios y profesionales- [art. 7.b) en relación con el 8.1 y 9 de la LCGC]¹⁴⁴.

Una de las cláusulas respecto de las cuales es posible mantener que adolecen de falta de transparencia son precisamente las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés en los préstamos hipotecarios. Y ello por cuanto el prestatario desconoce realmente las operaciones que van a llevar al cálculo de los intereses, bajo una fórmula de un redondeo que se realiza siempre en perjuicio suyo al alza y que se encuentra incluida en una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada. Máxime teniendo en cuenta la variabilidad que puede tener el tipo de interés en los préstamos hipotecarios, realizados generalmente a largo plazo (10-30 años)¹⁴⁵. De manera que este tipo de cláusulas podrían considerarse en un primer término no incorporadas al contrato por un defecto de transparencia, sobre todo cuando en el contrato no quede claro cuándo procede su aplicación.

No obstante, uno de los argumentos más frecuentemente esgrimidos por las defensas de los bancos y demás entidades financieras en las demandas entabladas por este tipo de cláusulas, es que cuentan con una previsión normativa en las distintas Órdenes y Circulares del Banco de España, por lo que **consideran que no adolecerían de un defecto de claridad**.

Para ello tienen en cuenta la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (vigente hasta la Orden EHA/2811/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios), aplicable a los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas concertados por personas físicas con cuantía inferior a 25 millones de las antiguas pesetas (art. 1). En ella se imponían una serie de obligaciones de información a las entidades de crédito

¹⁴⁴ Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., [«Comentario a los arts. 80 a 89 del TRLGDCU», Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 929], la importancia de la transparencia en sede de incorporación se manifiesta especialmente en las relaciones entre empresarios, a los que no es en principio aplicable el control del contenido del TRLGDCU.

¹⁴⁵ De hecho, la información que se ofrece sobre el tipo de interés y en particular sobre la TAE en los préstamos hipotecarios es meramente indicativa, porque el consumidor puede conocer el tipo de interés que va a pagar el primer año, pero no los sucesivos debido a la variación que el índice de referencia puede sufrir (Euribor, generalmente). La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ha pretendido evitar este desconocimiento, obligando a las entidades financieras a poner en sus ofertas vinculantes para cada cliente (lo que ha venido en llamar Fichas de Información Personalizada), en documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés (art. 26.2). Además, la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, exige que la escritura pública de constitución del préstamo hipotecario incluya una expresión manuscrita del cliente, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en particular sobre limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, instrumentos de cobertura del riesgo de interés o concesión del préstamo en divisas (art. 6).

en cuanto a la oferta vinculante y al contenido del contrato, que se concretan en el Anexo II de la misma. De lo dispuesto en la cláusula 3.^a bis 4 del Anexo II de la Orden de 1994 [según el cual: «Si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto)»], sólo cabe deducir que en la normativa bancaria no se pone más límite a la facultad de redondeo que el deber de informar al cliente sobre la existencia de la cláusula y que la misma debe figurar de manera separada en el contenido del contrato¹⁴⁶.

Nuestros tribunales no han considerado relevante el argumento esgrimido por los bancos, sobre la previsión normativa de las cláusulas de redondeo en la OM de 1994, en la medida en que esta regulación administrativa no puede suprimir la función que tienen los órganos judiciales de velar por la validez de los contratos y el posible carácter abusivo de alguna de sus cláusulas. Además, en el art. 2.2 de dicha Orden se dice expresamente que lo establecido en ella se deberá de entender con independencia de lo dispuesto en la LGDCU y las demás leyes que resulten de aplicación.

Hay que señalar, por último, que las cláusulas de redondeo al alza tampoco pasarían un tercer control de abusividad introducido por el TS en su sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) y aclarado en Auto de 3 de junio de 2013 (RJ 2013, 3617), sobre las conocidas cláusulas suelo y que cambia un poco el panorama normativo hasta ahora descrito. En ella viene a entender nuestro Alto Tribunal que existe un primer control de transparencia documental para todas las condiciones generales (establecido por la LCGC) que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia, reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato en el caso de contratos concluidos con consumidores, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto «la carga económica» del contrato como «la carga jurídica», en el sentido de definición clara de la distribución de riesgos derivados de él («Es preciso –afirma el TS en esta sentencia- que la información suministrada permita al consumidor percibir...cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (esa cláusula)»). De manera que: «No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro»). De no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva¹⁴⁷.

Por tanto, el consumidor ha de estar perfectamente informado sobre la incidencia que una cláusula financiera puede tener sobre el coste total del crédito, para que pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa. La obligación de transparencia no se agota, por tanto, con el cumplimiento de las obligaciones formales contenidas en las distintas Órdenes y Circulares del Banco de España, si el consumidor desconoce realmente su funcionamiento. En el caso de las cláusulas de redondeo al alza, el prestatario no sabe realmente

¹⁴⁶ Como pone de manifiesto, DÍAZ VALES, F., op. cit, p. 932, ninguna limitación a la posible estipulación del redondeo se puede inferir de las distintas circulares y órdenes ministeriales que le han sucedido, hasta su regulación legal.

ni en qué consiste «redondear en cada revisión al múltiplo inmediato superior al cuarto de punto porcentual», ni la cantidad de dinero que va a pagar por la existencia de esta cláusula hasta que finalice el contrato de préstamo. Desconoce, por tanto, la carga económica de la cláusula y los riesgos que de ella derivan. Máxime teniendo en cuenta que estas cantidades pueden llegar a ser importantes por la larga duración que tienen este tipo de contratos. Por lo que podríamos concluir, resultan abusivas por falta de transparencia real.

5.3.1.2. ¿Forman parte del objeto principal del contrato de préstamo?

Uno de los argumentos recurrentes esgrimidos por las entidades bancarias para eludir el control judicial sobre las cláusulas de redondeo al alza se ha apoyado en la consideración de que las cláusulas de redondeo, aun cuando puedan haber sido pre-redactadas o impuestas, al tratarse de un elemento esencial del contrato por formar parte de la determinación del tipo de interés efectivo, constituyen una estipulación contractual excluida de los controles establecidos por la LGDCU. El interés del préstamo es uno de los factores que generalmente toma en consideración todo consumidor o usuario a la hora de adoptar la decisión de concluir o no un determinado contrato y hacerlo con uno u otro contratante.

Para ello, tienen en cuenta lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual: «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2). Norma que, sin embargo, ***no fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, al parecer por un olvido parlamentario.***

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Primera, de 3 de junio de 2010, caso Caja Madrid, asunto C-484/08 (TJCE 2010, 162), ha dado, una nueva vuelta de tuerca a la cuestión de si los tribunales pueden entrar o no en el control de las

¹⁴⁷ Nuestro Tribunal Supremo se ha hecho eco en esta sentencia de la doctrina y la jurisprudencia alemana que consideran, ampliando el ámbito de aplicación del § 9 de la Ley alemana de condiciones generales de 1 de abril de 1977 (AGBG), que determinadas estipulaciones de intereses, a pesar de haber sido redactadas de forma clara y comprensible (y por tanto, superar el control formal sobre condiciones generales), pueden considerarse nulas, cuando existe un incumplimiento del deber de transparencia a cargo del predisponente, que lleva de una forma incomprensible o irracional a una alteración del precio final que debe pagar el consumidor de un producto financiero. Es una jurisprudencia que considera el principio de transparencia (Transparenzgebot) fundamental para el control del contenido de las distintas cláusulas de intereses. De manera que el incumplimiento de este deber de transparencia trasciende el ámbito formal y se proyecta sobre el control de contenido del § 9 de la AGBG, dando lugar a la categoría de cláusulas abusivas por falta de transparencia, lo que supone una quiebra a la tradicional distinción entre el control formal y el control de contenido de las condiciones generales de la contratación. De hecho, la reforma del Derecho de obligaciones en el Código civil alemán producida en el 2001 ha incorporado la jurisprudencia sobre el Transparenzgebot, dejando constancia expresa en el § 307.1 del BGB, del deber de transparencia que atañen también a las condiciones generales que se aparten de preceptos legales o los complementen [Vid. aquí PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 111 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., La prestación de intereses, cit., p. 154 y ss.].

cláusulas abusivas que afecten a elementos esenciales del contrato, como pueden ser los intereses, poniendo freno a este argumento esgrimido por los bancos a la hora de proteger estas cláusulas de redondeo del control judicial.

Los hechos que originaron el litigio se refieren precisamente a unos contratos de préstamo a tipo de interés variable destinados a la adquisición de vivienda celebrados entre Caja Madrid y sus clientes. En los mismos se contenía una cláusula predispuesta de acuerdo con la cual el tipo de interés nominal previsto en el contrato, variable por períodos según el índice de referencia pactado, debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid, en sentencia de 11 de septiembre de 2001 (AC 2001, 2120), como la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 10 de octubre de 2002 (AC 2002, 1417), apreciaron que esa cláusula de redondeo era abusiva y, por lo tanto, nula, con arreglo a la normativa nacional que adapta el Derecho interno a la citada Directiva. Consideraron, con buen criterio, que la nulidad pretendida por la demandante no se refiere a un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario a interés variable, como es el precio de la operación o interés remuneratorio, sin que el redondeo por exceso pueda considerarse como integrante del precio del contrato «dado el carácter eventual de su aplicación» (Juzgado de 1.ª Instancia) y de que se trata en sí de una pura «operación matemática» (AP)¹⁴⁸. En este sentido, hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en los casos en los que la suma del tipo de interés referencial y el diferencial coincidan con un número múltiplo de cuatro o de octavo de punto, dependiendo del redondeo pactado (vg. 3,25 ó 4,125), la cantidad resultante no debe ser objeto de redondeo, sin que, por tanto, entre en juego esta cláusula.

Llegado el asunto al Tribunal Supremo, éste considera, sin embargo, que dicha cláusula de redondeo puede constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario (como es el precio, el interés del dinero). Dado que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE excluye que pueda ser objeto del control judicial el carácter abusivo de una cláusula que se refiera al objeto del contrato o «a la adecuación entre precio y retribución, de una parte, y los servicios o bienes que haya de proporcionarse en contrapartida», aunque

¹⁴⁸ Como deja claro la sentencia de Primera Instancia n. 50 de Madrid de 11 de septiembre de 2001: «Las normas protectoras de los consumidores en materia de condiciones generales no son aplicables a los elementos esenciales del contrato, por tratarse de una cuestión que debe quedar remitida a la libre autonomía de las partes y a las reglas del mercado, evitando un intervencionismo legal o judicial que pudiera entorpecer injustificadamente el juego de tales mecanismos». En este mismo sentido se encuentran sentencias como la SAP de Barcelona (Secc. 13.ª) de 29 de marzo de 2005 (AC 2005, 855), donde se puede leer que: «En los préstamos hipotecarios a interés variable constituye el precio exclusivamente, conjuntamente con el pago del principal entregado, el índice o tipo de referencia y el diferencial, que determinan el tipo de interés anual remuneratorio durante la vida del préstamo. Determinado el interés pactado se añade el redondeo en exceso y a favor de la entidad demandada para la práctica de las operaciones matemáticas y contables pertinentes de donde se colige, que, fijado el precio en términos ciertos y determinados, cuál es la cantidad a devolver y los intereses aplicables, la posterior operación cuantificadora de las cuotas concretas a abonar por el cliente, incrementada al alza a favor de la demandada en los supuestos de dicho redondeo, no puede considerarse elemento esencial del contrato, sino un elemento accesorio y de eventual aplicación, al poder resultar innecesario, que afecta de algún modo al elemento esencial del precio».

estén redactadas de manera clara y comprensible, plantea al Tribunal de Luxemburgo como cuestión prejudicial, si dicho artículo impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento y en beneficio de los consumidores un control sobre el carácter abusivo de este tipo de cláusulas (a la luz del art. 8 de la misma Directiva que establece que los Estados pueden «adoptar o mantener en el ámbito regulado por la...Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección»).

El TJUE considera que «en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (§ 42), en la medida en que la normativa comunitaria es de mínimos y nuestra LCGC no ha incorporado el art. 4.2 de la Directiva al ordenamiento interno. Deja así la puerta abierta al control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios y bienes que se hayan de proporcionar como contrapartida, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible¹⁴⁹.

Seguramente el TJUE en la sentencia de 3 de junio de 2010 fue más allá de lo que requería la cuestión planteada y las competencias que al mismo le corresponden. Empezando por esta última cuestión, porque interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pues únicamente puede establecer criterios de interpretación de la normativa comunitaria que puedan ser de utilidad para la apreciación de las disposiciones nacionales¹⁵⁰.

En segundo lugar, cabe observar que el TS puso fin al litigio que motivó la cuestión prejudicial en el Auto de 6 de julio de 2010 (JUR 2010, 264207), sin necesidad de resolver acerca del mismo, ya que la entidad financiera desistió del recurso tras la STJUE. En las si-

¹⁴⁹ Por razones del objeto de estudio, no voy a entrar a valorar si los jueces deben entrar o no a juzgar la justicia de las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato, postura en la que ya manifesté contraria en diversos trabajos, como *La prestación de intereses*, cit., p. 329 y ss.; y *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012, p. 69 y ss.

¹⁵⁰ En este sentido, Palau Ramírez, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 2011 sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, n.º 5 (BIB 2001/1062), versión electrónica, p. 8-9]. Por ello, concluye el citado autor, que la STJUE de 3 de junio de 2010 no prejuzga la interpretación que los Tribunales españoles puedan seguir dando al art. 82.1 del TRLGDCU y sobre si el mismo permite o no un control sobre el contenido de los elementos esenciales; y también CÁMARA LAPUENTE, S., «El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a STS 9 mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, n.º 6/2013, p. 102.

güentes sentencias sobre cláusulas de redondeo al alza (SSTS de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010), **la sentencia del TJUE simplemente se usa como refuerzo argumental para declarar su carácter abusivo** con base en lo dispuesto en el art. 10 bis LGDCU, pero sin entrar en la consideración sobre si realmente afectan o no a elementos esenciales del contrato.

Es en la STS de 2 de marzo de 2011 (RJ 2011, 1833), cuando se refiere al carácter abusivo de las cláusulas de redondeo, cuando nuestro Alto Tribunal con acertado criterio señala que: «su objeto no es establecer el precio del contrato, no se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y...provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del banco queda reforzada mediante la percepción de unos ingresos sin contraprestación y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio».

De hecho, la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo, concluye que en nuestro ordenamiento está vigente el art. 4.2 de la Directiva por lo que no es posible el control judicial sobre las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, salvo que no estén redactadas con la debida transparencia (pfs. 184-196)¹⁵¹.

5.3.1.3. El control de abusividad de las cláusulas de redondeo al alza

Una cláusula sólo puede ser considerada abusiva cuando el contrato ha sido celebrado con un consumidor, persona física o jurídica que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional (art. 3 en relación con el art. 82 TRLGDCU, antes art. 1 apdo. 2.º LGDCU). De manera que el control de contenido y las normas del TRLGDCU **sólo son aplicables a las relaciones de las entidades de crédito con los consumidores o destinatarios finales** de los productos y servicios bancarios.

Ello nos lleva a tener que separar dos situaciones diferentes: a) la del cliente-consumidor, al que le sería de aplicación el TRLGDCU para el control de las cláusulas abusivas; b) los clientes no consumidores: pequeños, medianos o grandes empresarios y profesionales, que adquieren el préstamo o crédito para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional y no para su uso personal.

¹⁵¹ Otra de las sentencias a tener en cuenta en este sentido es la STS, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 8857), que versa sobre el posible carácter abusivo de los intereses remuneratorios de un préstamo hipotecario a un año, cuyo capital prestado por la entidad «Cartuja Financiera Andaluza SA» a un matrimonio fue de 158.000 euros, a un interés nominal de 20,50% y un interés de demora del 26% anual. El TS considera que sería posible examinar su licitud por aplicación de la Ley de Usura, pero finalmente la descarta por no considerar los intereses excesivos. En ella se afirma expresamente que el control de contenido del art. 10 LGDCU, aplicable por razón de la fecha de formalización del contrato, «no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible “abusividad” del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés “conceptualmente abusivo”, sino que hay que remitirse al control de usura para poder alegar un propio “interés usurario” que afecte a la validez del contrato celebrado».

En este estado de cosas, cuando se diera un **abuso de la posición dominante** respecto a estos últimos y se introdujera en el contrato de préstamo una cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, en el caso de que el juez considerara que la cláusula pasa ese primer control de transparencia documental, debería de aplicar en segundo término las normas generales de nulidad contractual (como indica la Exposición de Motivos de la LCGC) y las normas generales de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil. Entre ellas, el art. 1.256 CC, establece que «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (que se correspondería básicamente con el art. 85 TRLGDCU «cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario»); y el principio de buena fe objetiva (art. 1.258 CC) y ver si se produce efectivamente un desplazamiento injusto y no equitativo de las normas dispositivas, pudiendo de esta forma declarar la nulidad de aquellas cláusulas impuestas y pre-redactadas por una de las partes contratantes que efectivamente se aparten de estos principios.

En este sentido, habrá que tener en cuenta en orden a la protección de los prestatarios no consumidores que la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, en su DA 12.^a (relativa al régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito), prohibió expresamente la cláusula del redondeo exclusivamente al alza en los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca u otras garantías equivalentes, incluidos aquellos en los que el prestatario carece de la condición de consumidor. Para los contratos en los que no fuera de aplicación por razón de su entrada en vigor, podría alegarse, tanto por parte de consumidores como de los que no lo son, que la inclusión de las cláusulas de redondeo produce un desplazamiento injusto de las normas contenidas en el CC en materia de intereses, por cuanto éstos no representan, cuando se aplica una cláusula de redondeo siempre al alza, la cantidad de dinero que el deudor debe pagar por la utilización o disponibilidad de un capital ajeno, en directa dependencia respecto de su cuantía del capital utilizado y del período de duración de su uso¹⁵²; ya que el redondeo es un incremento meramente aleatorio del interés, que no encuentra una causa objetiva en su devengo, pues no se corresponde con contraprestación alguna a cargo del prestamista.

Volviendo a la protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico frente a las cláusulas abusivas en los préstamos concertados con consumidores, habría que considerar dos extremos. Primero, si la cláusula es nula y en qué apartado de la lista negra de cláusulas prohibidas (arts. 85 a 90 TRLGDCU) nos podemos apoyar; o bien simplemente debemos acudir al criterio general del art. 82.1 del TRLGDCU. Y segundo, cuál es la consecuencia de esa nulidad.

De acuerdo con la cláusula general contenida en el art. 82.1 de TRLGDCU (que se correspondía antes con el art. 10 bis LGDCU): «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 consumi-

¹⁵² Sobre la definición de interés, vid. MÚRTULA LAFUENTE, V., La prestación de intereses, Madrid, 1999, p. 337.

dor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes». Hay que entender (con la doctrina mayoritaria), que la buena fe y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, se encuentran reflejados ante todo en la regulación de la ley, que ha ponderado imparcialmente los intereses de ambas partes y ha dispuesto unas reglas coherentes con ellos¹⁵³. De hecho, el art. 86.1 del TRLGDCU concreta que: «En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos en normas dispositivas...».

Según esta fórmula, el primer parámetro al que deben someterse las condiciones generales lo va a constituir precisamente el Derecho dispositivo legal. Las condiciones o cláusulas que discrepen de este Derecho dispositivo (como es el CC) en perjuicio del consumidor deben considerarse contrarias a la cláusula general del TRLGDCU, salvo que tengan justificación en las circunstancias del caso y particularmente en ventajas concedidas al consumidor más allá de la norma legal. Como hemos visto en líneas anteriores, las cláusulas de redondeo al alza son contrarias al derecho dispositivo (CC) e imperativo (Ley 44/2002). Y así lo han venido entendiendo nuestros Tribunales, al considerar que producen un claro desequilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes, carente de causa (art. 10 bis LGDCU).

Junto a la cláusula general del art. 82.1 TRLGDCU, **existe una lista de cláusulas abusivas concretadas y desarrolladas** en los arts. 85 a 91 del mismo texto legal, con el fin de orientar al juez a la hora del control de las cláusulas abusivas, sin pretender un carácter exhaustivo. Dentro de ese elenco, aparecen formalmente «Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva» (art. 87. 5 TRLGDCU). Entendiéndose incluidas en este apartado las cláusulas de redondeo sólo al alza de los tipos de interés variable de los préstamos hipotecarios, deviniendo nulas de pleno derecho las estipulaciones que las establecían a partir del 1 de marzo de 2007, como señalábamos en líneas anteriores.

El art. 87.5 del TRLGDCU ha incluido expresamente este tipo de cláusulas dentro de la **lista negra de cláusulas abusivas por falta de reciprocidad en el contrato**, contrarias a la buena fe, en cuanto constituye un pacto que impone a una de las partes (el consumidor financiado) una especial onerosidad que carece de contrapartida para la otra parte contratante (la entidad prestamista), al no preverse la posibilidad de redondeo a la baja o por defecto: el redondeo siempre al alza tiene sólo repercusiones favorables a la entidad financiera. Resulta a este respecto más equitativo redondear al intervalo más próximo, tanto al alza como a la baja, al beneficiar o perjudicar a ambas partes por igual.

¹⁵³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., op. cit., p. 101 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^º, «Reflexiones sobre las condiciones generales», Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. IV, Madrid, 1996, p. 4941 y ss.; RECALDE CASTELLS, A./PETIT LAVALL, M.V. / JUAN MATEU, F., «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios», Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Madrid, 2002, p. 1334-1335; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. I, 6ª ed., Madrid, 2007, p. 464 y ss.; y CÁMARA LAPUENTE, S., El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 100 y ss., entre otros.

5.4. Consecuencias para el consumidor de la nulidad de la cláusula de redondeo al alza

Con carácter general, hay que señalar que la nulidad de la cláusula por abusiva conlleva a que la cláusula se tenga por no puesta (estamos ante una nulidad parcial coactiva). El contrato, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes, siempre que pueda subsistir sin dicha cláusula (art. 83 TRLGDCU), lo que ocurre en el caso de las cláusulas de redondeo al alza por el carácter accesorio de las mismas. En suma, ***se debe de producir la inaplicación, exclusión y falta de efectos de la cláusula abusiva frente al consumidor.***

No cabe moderación judicial de la cláusula abusiva, tras la redacción dada al art. 83 del TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de modificación del TRLGDCU, consecuencia de la jurisprudencia del TJUE [SSTJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) y 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), entre otras], que excluye expresamente la facultad moderadora del juez nacional, ya que esta «debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas no se apliquen frente a los consumidores». En el caso de las cláusulas de redondeo, el alcance de esta modificación legal es mínimo, por cuanto los jueces y tribunales que han estimado su nulidad han declarado que se tenga por no puesta en la liquidación de los intereses.

La difusión y efectos ultra partes del carácter abusivo de las cláusulas se opera a través del Registro de Condiciones Generales de la contratación, que constituye una de las secciones del Registro de Bienes Muebles que se puede consultar on line, y actúa como un mecanismo de publicidad de las sentencias que han estimado la nulidad de las cláusulas de redondeo al alza, con independencia de que la acción ejercitada haya sido individual o colectiva (arts. 11.4 y 22 LCGC). Inscrita una sentencia firme, ésta tendrá efectos en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas, cuando se trata del mismo predisponente, que tiene la obligación de retirar las cláusulas declaradas nulas. Si éstas figuran en títulos ya inscritos en el Registro de la Propiedad, aquél deberá realizar una nueva escritura, expresiva del hecho de la supresión de las mismas, que producirá en el Registro de la Propiedad la correspondiente cancelación, corriendo con los gastos que ello suponga.

Asimismo, ***pesa sobre Notarios y Registradores la prohibición de autorizar o inscribir aquellos contratos o negocios jurídicos***, en los que se pretenda contener o se incluyan cláusulas consideradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales (art. 17. 3 Reglamento del RCGC). Además, cuando se realice cualquier asiento sobre la finca o se solicite certificación sobre la misma, el Registrador debe proceder a cancelar la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita en el RCGC (art. 353.3. pf. 2.º RH).

Tras estas consideraciones generales, hay que decir que aquel consumidor que hubiera concertado un préstamo con garantía hipotecaria con una cláusula de interés variable en la que se prevea la posibilidad de redondeo al alza del tipo de interés aplicable puede y debe so-

licitar ante la entidad prestamista, judicial o extrajudicialmente, **la no aplicación de dicha cláusula, por ser nula de pleno derecho** (de acuerdo con los arts. 83.1 y 87.5 TRLGDCU) y un nuevo cálculo de las cuotas que deba satisfacer. Para lo cual habrá que aplicar al tipo de interés de referencia aplicable en ese momento el diferencial pactado con el redondeo al intervalo más próximo, tanto al alza como a la baja.

También puede solicitar que se le **reembolsen las cantidades indebidamente percibidas** por la entidad financiera como consecuencia de la aplicación del sistema del redondeo siempre al alza, con el interés legal del dinero, desde cada una de las respectivas fechas en las que se pagaron importes superiores por aplicación de la cláusula de redondeo¹⁵⁴. Aquí cabría interpretar que, tras la consolidada doctrina jurisprudencial que declara la nulidad de las cláusulas de redondeo al alza, las entidades financieras que la sigan aplicando tienen muy difícil justificar su buena fe (art. 1896 CC).

La abusividad de las cláusulas de redondeo al alza es apreciable por el juez, **incluso de oficio**, ni siquiera precisa que el consumidor presente una demanda explicativa en este sentido, como indica el propio TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (pfs. 111 a 113), recogiendo la reiterada jurisprudencia del TJUE [STJUE de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 309), entre otras].

Si estuviéramos en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez puede apreciar de oficio la abusividad de la cláusula en el inicio de la ejecución (art. 552.1º pf. 2.º LEC). También estaríamos ante un motivo de oposición válido para paralizar dicho procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 695.1.4ª LEC, que prevé como motivo de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual «que hubiese determinado la cantidad exigible», por lo que no deberá ser tenida en cuenta para el cálculo de los intereses adeudados en la cuantificación de la deuda. En este caso el procedimiento de ejecución no se suspende, sino que «se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva» (art. 695.3 pf. 2.º LEC). Con la consecuencia de que la entidad ejecutante deberá de proceder a hacer un nuevo cálculo de la cantidad inicialmente debida, sin tener en cuenta la cláusula cuya nulidad haya sido declarada¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Como reconoce la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.44 de Barcelona de 28 de abril de 2005, ratificada en casación (STS de 29 de diciembre de 2010). No así la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n. 4 de Jaén de 23 de marzo de 2006 (ratificada por la STS de 4 de noviembre de 2010), que sólo condena a las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula abusiva, como hacen la mayoría de las sentencias que resuelven sobre la misma. La supresión en documento privado de la cláusula de redondeo al alza no puede impedir la reclamación del consumidor y la condena a devolver la cantidad de dinero que la entidad haya cobrado de más por aplicación de esta cláusula durante los años anteriores [como señala la SAP de Cáceres, Secc. 1.ª, de 23 de mayo de 2012 (AC 2012, 491)].

¹⁵⁵ En este sentido, AAP de Barcelona, Secc. 17.ª, de 18 de junio de 2015 (JUR 2015, 282126), AAP de Girona, Secc. 1.ª, de 21 de octubre de 2015 (JUR 2015, 281200) y SAP de Barcelona, Secc. 17.ª, de 26 de marzo de 2015 (JUR 2015, 164869) que ha considerado a este respecto que la nulidad de la cláusula de redondeo al alza en un cuarto de punto no determina el sobreseimiento del proceso, ya que no forma parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato y con ello de su objeto y de su causa.

No obstante, este motivo de oposición (causa 4.^ª de art. 695.1 LEC) ha sido introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, como consecuencia de la conocida sentencia del caso Aziz (STJUE de 14 de marzo de 2013), que inspiró la reforma del procedimiento hipotecario. De manera que en los casos en los que ya se hubiera producido la subasta del bien en ejecución de un contrato de hipoteca, estando incluida una cláusula de redondeo, la demanda en juicio declarativo posterior, reclamando la nulidad del procedimiento de ejecución, puede tener éxito, en lo que se refiere a las cláusulas de redondeo (que es la cuestión que nos ocupa), cuando en el juicio ejecutivo no se tuvo oportunidad de argumentar lo que posteriormente se opone en el declarativo [STS 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 336)].

5.5. Conclusiones

Como conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza de los intereses remuneratorios variables en los préstamos hipotecarios se debe fundamentalmente a la falta de transparencia formal (arts. 5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU) y real o material (STS Pleno de 9 de mayo de 2013), a la contravención a la buena fe (por imponer una especial onerosidad carente de causa), así como a la falta de reciprocidad de los derechos y obligaciones de las partes (arts. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCU –antes art. 10 bis LGDCU de 1984- y 87.5 TRLGDCU)¹⁵⁶.

En primer lugar, las cláusulas de redondeo al alza adolecen de una clara falta de transparencia, pues permite a la entidad prestamista encubrir mediante esta fórmula (que consiste en «redondear en cada revisión al múltiplo inmediato superior al cuarto de punto porcentual» y que se encuentra incluida entre una abrumadora cantidad de datos), una parte del precio del préstamo hipotecario cuyo alcance el consumidor realmente desconoce. Sobre todo, teniendo en cuenta la larga duración de este tipo de contratos.

Estamos, como ha declarado el TS en su sentencia de 2 de marzo de 2011, ante «un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y...provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes».

Por tanto, en segundo lugar, es evidente que el redondeo al alza es favorable exclusivamente a la entidad prestamista, carece de justificación y conlleva un desequilibrio contractual importante para el consumidor, contrario en sí mismo a la buena fe objetiva y así lo ha visto el legislador al incluir expresamente este tipo de cláusulas dentro de la lista negra de cláusulas abusivas (art. 87.5 TRLGDCU). Y ello por cuanto el consumidor puede verse obligado a abonar

¹⁵⁶ Como afirma también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., op. cit., p. 1095, quien advierte, además, que el redondeo de los intereses variables no se encuentra absolutamente prohibido, sino «limitado (no puede sobrepasar el octavo de punto) y ha de ser recíproco».

a la entidad bancaria, en el transcurso del periodo de duración del préstamo concertado, una cantidad superior a la que se vería obligado a satisfacer en el supuesto de que dicho redondeo no se hubiera concertado o se hubiera hecho tanto al alza como a la baja al intervalo más próximo al cuarto de punto (o al octavo de punto, como estableció la Ley 44/2002). Además, no se corresponde con ninguna contraprestación adicional a cargo de la entidad financiera.

De ahí que, en tercer y último lugar, haya que entender nula y por lo tanto no puesta esta cláusula de redondeo sólo al alza en la liquidación de los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la misma figure.

6. Las cláusulas de vencimiento anticipado

Alicia Agüero Ortiz

Investigadora del Centro de Estudios de Consumo de la UCLM

Árbitro de consumo

6.1. ¿Qué son las cláusulas de vencimiento anticipado?	114
6.2. La regulación del vencimiento anticipado	115
6.3. La validez general del pacto de vencimiento anticipado	116
6.4. Cambio de paradigma: La STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) y la Ley 1/2013 de 14 de mayo	118
6.5. Los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Especial referencia a las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016	140
6.6. Conclusiones	145

6.1. ¿Qué son las cláusulas de vencimiento anticipado?

Define el Código Civil en su art. 1740 el contrato de préstamo como aquel en el que “una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”. **Los préstamos hipotecarios no son más que préstamos de dinero o cosa fungible en los que se concede al acreedor un derecho real de garantía sobre un bien inmueble, como puede ser la vivienda habitual.** De esta forma, el deudor garantiza el pago mediante un derecho real sobre un inmueble, derecho real que faculta al prestamista a ejecutar la garantía –el inmueble- para recobrar las cantidades prestadas en caso de incumplimiento del deudor.

La obligación principal de todo prestatario es la devolución del importe prestado con los intereses oportunos, en caso de haberse pactado (arts. 1753 y 1754 CC en relación con el art. 1170 CC). El momento en que el prestatario deba efectuar su entrega será el estipulado en el contrato, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Los préstamos hipotecarios son, típicamente, préstamos a largo plazo fijándose este plazo en meses (por ejemplo, en un préstamo hipotecario a 30 años se fijará un plazo de 360 meses), de forma que la amortización (o devolución del importe prestado) se dividirá en tantas cuotas mensuales. Así pues, en un contrato de préstamo hipotecario contratado en septiembre de 2016 a 30 años existirán 360 vencimientos periódicos de la proporción del capital y los intereses estipulados, siendo pagadera la última cuota en octubre del año 2046.

Por lo tanto, podemos observar como el “vencimiento” no es más que la fecha o plazo en que el prestatario debe cumplir con su obligación de devolución de entrega del capital prestado y los intereses devengados y, consecuentemente, la fecha en que estos importes pueden ser exigidos por el acreedor. Este plazo o vencimiento puede ser único, en caso de pactarse la devolución de la totalidad del capital e intereses en una única fecha; o puede ser fraccionado o periódico, en caso de que la devolución se prevea en distintas fechas, como sucede usualmente en los préstamos al consumo. Así las cosas, **incumplida la obligación de reembolso de alguna de las cuotas en la fecha debida, el acreedor podrá exigir el pago de la misma** (con los intereses de demora que se hubieran pactado), **pero no de las cuotas futuras** que aún no se hubieran impagado, puesto que no se ha producido su vencimiento, es decir, **no ha nacido la obligación de pago** y, por tanto, se privaría al prestatario del beneficio del plazo. Es decir, si en el préstamo que propusimos como ejemplo se incumpliera la obligación de devolución en los meses de octubre y noviembre de 2016, el acreedor podrá exigir el abono de dichas cuotas con los intereses de demora correspondientes, pero no el importe total del préstamo puesto que las obligaciones de pago de las futuras mensualidades hasta el año 2046 aún no han llegado, no han vencido y, por ende, dichas cantidades no son exigibles en noviembre de 2016. Por lo mismo, en principio, **el deudor no podría amortizar más capital que el pactado para cada vencimiento mediante pagos anticipados**, pues se compelería al acreedor a ver disminuidos los intereses a percibir por el préstamo. Pues bien, ante las cir-

cunstances anteriores **se han creado las conocidas cláusulas de vencimiento anticipado y de amortización anticipada**, respectivamente.

En esencia, la finalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado es **poner fin al aplazamiento pactado**¹⁵⁷ ante determinadas circunstancias que pongan el riesgo el recobro del préstamo por el acreedor. Es decir, **privar al prestatario del beneficio de la devolución aplazada** del préstamo en los diversos vencimientos futuros, declarando la totalidad de la deuda vencida –antes del plazo pactado- estando así el deudor obligado a la entrega de todo el capital e intereses aplicables en dicho momento.

6.2. La regulación del vencimiento anticipado

Con todo, el vencimiento anticipado de las obligaciones no es una figura creada ex novo por los prestamistas, sino que se trata de una sanción para el obligado que incumpliere sus obligaciones ya prevista en el art. 1129 CC, el cual regula las cuatro causas legales de vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo. En particular, establece el citado artículo que “[P]erderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: (i) cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda; (ii) cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido; o (iii) cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”. Como manifiesta PEÑA LÓPEZ¹⁵⁸, “[L]a presencia de una de las causas del 1129 supone para el acreedor la facultad de exigir inmediatamente la prestación, teniendo por vencida la obligación”. Lo que sí ha hecho la autonomía de la voluntad de los prestamistas es crear cláusulas de vencimiento anticipado para supuestos específicos no previstos en el anterior precepto. Así pues, **existen cláusulas de vencimiento anticipado por diversos motivos** como la falta de inscripción de la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad por causa imputable al prestatario, por incendio o disminución del valor de la finca hipotecada sin aportarse garantías adicionales, por incumplimiento de la obligación de no arrendar sin consentimiento del acreedor hipotecario, por no destinar el importe del préstamo a la finalidad establecida, etc. En este artículo nos centraremos la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier parte de capital del préstamo o de sus intereses en sus vencimientos.

La posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo hipotecario por impago de alguna parte de capital o de los intereses ha encontrado amparo legislativo desde los inicios de la regulación hipotecaria, como requisito de acceso a los procesos hipotecarios. Así, el art. 135 Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley

¹⁵⁷ PUYALTO FRANCO, M.J.: “La función y límites de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo”. <http://vlex.com/vid/clausulas-vencimiento-anticipado-prestamos-366057>

¹⁵⁸ PEÑA LÓPEZ, F.: “Comentario al art. 1129 CC”. Comentarios al Código Civil. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2009 (BIB 2009\1705). ISBN 978-84-9903-307-5.

Hipotecaria¹⁵⁹, permitía el acceso al antiguo procedimiento judicial sumario en caso de que “deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro”¹⁶⁰. La promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que acabó con el antiguo procedimiento judicial sumario previsto en el art. 131 LH creando el proceso ejecutivo sobre bienes hipotecados y pignorados, mantuvo aquella previsión en su artículo 693.1 intitulado “[R]eclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos” sosteniendo que “[L]o dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro”, añadiendo su apartado 2 que “[P]odrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”. Por consiguiente, la posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo hipotecario en caso de impago parcial exigía la inclusión de una cláusula a este respecto en las escrituras de dicho préstamo y su inscripción registral, **por lo que todo prestamista procedió a la inclusión de estas cláusulas en sus contratos** reproduciendo, en muchas ocasiones, el contenido del artículo mencionado.

Esta redacción se mantuvo inalterada hasta la modificación de la LEC operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en vigor desde el 15 de mayo de 2013), motivada por la STJUE de 14 de marzo de 2013, como estudiaremos más adelante. La nueva redacción del art. 693.1 LEC exigía ahora el impago de al menos tres plazos mensuales (o el número de cuotas equivalente) para poder vencer anticipadamente el préstamo y acceder al proceso ejecutivo hipotecario.

6.3. La validez general del pacto de vencimiento anticipado

En su sentencia de 27 de marzo de 1999 (RJ 1999\2371) el Tribunal Supremo afirmó obiter dicta, en atención a las especiales circunstancias del caso enjuiciado, que la cláusula que permitía vencer anticipadamente el préstamo por incumplimiento de uno solo de los vencimientos semestrales constituía “**un pacto contrario a las leyes** (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...»”.

¹⁵⁹ Vigente hasta el 8 de enero del año 2001.

¹⁶⁰ Previsión idénticamente estipulada en el art. 130 de la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 y en el art. 127 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909.

Sin embargo, en su sentencia de 4 de junio de 2008 (RJ 2008\3196) **rechazó que el anterior criterio** sirviera de doctrina jurisprudencial pues “si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente, en la Sentencia en que el recurrente sustenta este motivo de casación, la antes referida, por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió "obiter dicta", en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas, por ejemplo en Sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000”. Por el contrario, insistió en la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que concurriera justa causa “es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo”. Es más, “la tesis expuesta sobre la validez de las citadas cláusulas de vencimiento anticipado ha venido a ser respaldada, a nivel legislativo, por la dicción literal del artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, o del citado por la Sentencia recurrida, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, expresamente referido a la ejecución hipotecaria”. Ahora bien, manifestó que ello no impedía que en algunos casos pudiera darse un ejercicio abusivo de estas cláusulas, lo que ocurriría cuando “se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario”.

Idénticamente, la STS de 12 de diciembre de 2008¹⁶¹ **declaró la validez** de las cláusulas de vencimiento anticipado para el caso de que el prestatario incumpliera una sola cuota del préstamo por hallarse amparada en el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC. Así, afirmaba que “[N]o sirve para el objetivo pretendido la tesis de que, con fundamento en lo establecido en los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor hipotecarlo venga obligado a esperar el transcurso del plazo convenido cualquiera que sea su duración para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, debido a que ninguno de estos preceptos excluye la factibilidad de que, como consecuencia de pacto entre las partes, **se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, cuya legalidad tiene cobijo** en el artículo 1255 del Código Civil, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Nuevamente, las

¹⁶¹ RJ 2009\152

SSTS de 16 de diciembre de 2009¹⁶² y de 17 de febrero de 2011¹⁶³ declararon la validez de la cláusula de vencimiento anticipado según la cual éste podría declararse “cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo” puesto que “la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa”.

En conclusión, la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal había reconocido la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado y, especialmente, de las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de una sola cuota por amoldarse a las previsiones normativas en la materia. Con todo, **reconoció que se produciría un ejercicio abusivo de la cláusula** cuando se previera en caso de incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya concurrencia se dejara a la apreciación arbitraria del prestamista o cuando se perjudicara desproporcionadamente al prestatario. Por ello, estableció como requisito para su adecuada estipulación, en concreto, **la concurrencia de justa causa**, entendiendo por tal la existencia de una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas como la obligación de pago de las cuotas (incluso de una).

6.4. Cambio de paradigma: La STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz)¹⁶⁴ y la Ley 1/2013 de 14 de mayo

El juzgado número 3 de Barcelona solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras cuestiones, la delimitación del concepto de desproporción del apartado 1.e) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE con la finalidad de determinar si las cláusulas de vencimiento anticipado que permiten vencer el préstamo con el impago de una sola cuota o de cualquier parte de capital e intereses en contratos proyectados a un largo lapso de tiempo –en aquel caso 33 años- constituían cláusulas abusivas en virtud de dicho precepto.

En este sentido, el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que “[L]as cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, **causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes** que se derivan del contrato” (lo que constituye el contenido de nuestro art. 82.1 TRLGDCU). Adicionalmente, la Directiva contiene un Anexo en el que se establece un listado de cláusulas que deberá ser considerado en virtud del art. 3.1 anteriormente citado. En particular, el apartado 1. e) refiere a las cláusulas que tengan por objeto o efecto “imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta” (correlativo art. 85.6 TRLGDCU).

¹⁶² RJ 2010\702.

¹⁶³ RJ 2011\3316.

¹⁶⁴ TJCE 2013\89.

Así las cosas, el TJUE sostuvo que “corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo” (párrafo 73).

Así pues, establecía el TJUE los requisitos que habrían de analizarse para la evaluación de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado: (i) que el incumplimiento que active la cláusula sea esencial; (ii) que el incumplimiento que active la cláusula sea suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo; (iii) que la facultad de vencer anticipadamente no constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia “de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa”¹⁶⁵; y que (iv) el Derecho nacional prevea medios adecuados para que el consumidor pueda liberarse de los efectos del vencimiento anticipado.

Como apuntamos, esta sentencia propició la modificación de la LEC en varios sentidos, por lo que aquí interesa se modificó el artículo 693 exigiendo ahora el incumplimiento de tres mensualidades para poder proceder a la declaración del vencimiento anticipado en los préstamos garantizados. En concreto, establece el actual art. 693.1 y 2 de la LEC que “1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. (...) 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución”. La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, realizó una pequeña modificación en aquella redacción añadiendo algo que, por lo demás, siempre debió haber estado ahí, a saber, la constancia registral de la cláusula en el asiento correspondiente¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Definición del requisito añadida en el Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, en los asuntos acumulados C-537/12 Banco Popular Español/Rivas Quichimbo y Cun Pérez y C-116/13 Banco de Valencia/Valldeperas Tortosa y Miret Jaume.

¹⁶⁶ “1. (...) Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente (...). 2. (...) y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo”.

Tras estos dos hitos en materia de cláusulas de vencimiento anticipado muchas han sido las dudas que han surgido al respecto, en particular: ¿cuándo debe apreciarse que concurren los requisitos establecidos por el TJUE para considerar que la cláusula es válida?; ¿a qué préstamos hipotecarios debe aplicarse la nueva redacción del art. 693 LEC?; ¿constituye el art. 693 LEC un criterio de abusividad?

6.4.1. Requisitos de validez de la cláusula de vencimiento anticipado fijados por el TJUE

Como hemos adelantado, el TJUE estableció en su sentencia de 14 de marzo de 2013 y en su auto de 14 de noviembre de 2013, los criterios que debía seguir el juez nacional para evaluar –ya sea de oficio o a instancia de parte– si una cláusula de vencimiento anticipado resulta abusiva. A lo largo del presente apartado analizaremos estos requisitos.

a) Situación del consumidor menos favorable que la prevista en la legislación vigente:

Antes de analizar los requisitos específicos establecidos en relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, debemos apuntar que es doctrina reiterada del TJUE (y así se reitera en las resoluciones objeto de estudio) que en su evaluación de abusividad y del concepto de “desequilibrio importante”, el juez nacional debe tener en cuenta “las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”. En este sentido, en el ordenamiento jurídico español esta norma sería el art. 1129 CC que impone la pérdida del beneficio del plazo del deudor que deviniera insolvente¹⁶⁷ sin limitar esta facultad al incumplimiento de algún número de cuotas, o el art. 1224 CC que permite resolver o exigir el cumplimiento en caso del incumplimiento de las obligaciones en los contratos bilaterales. Por lo que el juez debe evaluar, en primer lugar, si la cláusula de vencimiento anticipado que permite vencer tras el incumplimiento de una sola cuota deja en peor posición al consumidor que la situación que habría experimentado de aplicarse el art. 1129 CC que permite vencer anticipadamente sin existir siquiera incumplimiento, por la mera insolvencia del deudor.

b) Esencialidad de la obligación cuyo incumplimiento autorice a vencer anticipadamente:

El requisito de esencialidad del incumplimiento de la obligación que permitiera activar la cláusula de vencimiento anticipado ya se preveía en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo¹⁶⁸. En un contrato de préstamo a plazo, la obligación esencial típica del prestatario

¹⁶⁷ La AP de Barcelona, en su Auto de 29 de mayo de 2015 (AC 2015\947) estableció esta relación entre el vencimiento anticipado y el propio artículo 1129 CC afirmando que “su incumplimiento era, desgraciadamente definitivo con la consiguiente frustración de la contraparte. Ello nos acerca al supuesto legal de pérdida del plazo previsto en el art. 1.129.1º CCivil (LEG 1889, 27) y legitima a la acreedora a instar la efectividad completa de su derecho, más teniendo en cuenta que a día de hoy -más de cinco años desde la incoación de la ejecución- no hay constancia de que la morosidad haya desaparecido”.

es el abono de las cuotas pactadas, lo que conlleva que su incumplimiento sea, asimismo, esencial. En este sentido, el TS sostuvo que existía justa causa en el vencimiento anticipado ante una “verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo”. Por su parte, la AP de Girona¹⁶⁹ ha sostenido idénticamente la esencialidad del incumplimiento de la obligación de devolución de los importes adeudados al afirmar que “el vencimiento anticipado por incumplimiento del pago de los plazos mensuales no es una cláusula abusiva, pues la devolución del préstamo en los plazos estipulados es la obligación principal del prestatario”.

Por lo tanto, el juez nacional deberá evaluar si el incumplimiento lo es de una obligación accesoria¹⁷⁰ o de una obligación esencial, como es la devolución de lo prestado.

c) Gravedad del incumplimiento respecto a la duración y cuantía del préstamo:

En este sentido, debe evaluarse tanto el número de cuotas impagadas respecto al número de cuotas total pendiente de pago –aunque algunas Audiencias Provinciales realizan esta comparación con las cuotas previamente pagadas¹⁷¹–, así como el porcentaje que representa el importe impagado respecto al importe total debido. A este respecto se han producido diversos pronunciamientos entre nuestros órganos jurisdiccionales. Por un lado, algunos órganos decisores han manifestado que el incumplimiento de una a tres mensualidades en un préstamo con una duración de 30 años no puede considerarse un incumplimiento con entidad suficiente¹⁷², e incluso se ha negado la gravedad del incumplimiento de más cuotas mensuales. Por ejemplo, dos cuotas trimestrales que equivaldrían a seis mensualidades¹⁷³, cuatro cuotas mensuales¹⁷⁴, cinco cuotas mensuales¹⁷⁵, seis cuotas mensuales¹⁷⁶, etc. Por otro lado, se ha considerado que el incumplimiento de entre cinco y trece mensualidades resulta suficiente-

¹⁶⁸ STS 4 de junio de 2008 (RJ 2008\3196), entre otras.

¹⁶⁹ Vid. AAP de la AP de Girona de 17 de diciembre de 2014 (AC 2015\91); de 8 enero de 2015 (JUR 2015\80328); de 30 mayo de 2016 (JUR 2016\181009); de 30 mayo de 2016 (JUR 2016\180922); de 5 de marzo de 2015 (JUR 2015\119988); entre otros muchos.

¹⁷⁰ Como señaló la STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010\702).

¹⁷¹ AAP de Madrid de de 20 junio (JUR 2016\184896), que considera un incumplimiento grave el impago de 14 cuotas cuando sólo se habían pagado 59.

¹⁷² AJPI de Fuenlabrada de 25 de mayo de 2015 –tres mensualidades–; AAP de Granada de 26 de septiembre de 2014 –dos mensualidades– (JUR 2015, 2138); AAP Barcelona de 30 julio de 2015 (AC 2015\1538) –dos mensualidades–.

¹⁷³ AAP de Pontevedra de 10 diciembre de 2015 (JUR 2016\38534).

¹⁷⁴ AJPI de Algeciras de 23 de noviembre de 2015 (JUR 2016\16454); AAP de Girona de 22 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 17353); AJPI de Granada de 9 de octubre de 2013 (AC 2014, 753).

¹⁷⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 junio de 2016 (JUR 2016\155734).

¹⁷⁶ AAP de Navarra de 25 de mayo de 2016 (JUR 2016\167259).

mente grave como para vencer anticipadamente el préstamo sin poder reputarse que el prestamista actuaba de mala fe¹⁷⁷.

d) Excepcionalidad del vencimiento anticipado respecto a las normas aplicables en la materia:

En concreto, se trata de dilucidar si la facultad de vencer anticipadamente el préstamo estaría a disposición del prestamista en caso de que no se hubiera pactado tal cláusula “de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa”¹⁷⁸.

En este sentido, la AP de Girona¹⁷⁹ ha manifestado que “tal facultad no es una excepción según las reglas y principios del Derecho civil, pues conforme dispone el artículo 1124 del Código civil, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero además, se permite expresamente en el artículo 693 de la L.E.C”. Aun así, no faltan resoluciones en contrario, así el JPI de Fuenlabrada¹⁸⁰ declaró que “[L]a cláusula de vencimiento anticipado se desvía del Derecho dispositivo. El artículo 1125.I del Código Civil establece: «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue». Y el 1129 admite la pérdida del beneficio del plazo, entre otros supuestos, cuando la deuda carezca de garantías, lo que no sucede al continuar el préstamo asegurado con hipoteca”¹⁸¹.

Con todo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2016¹⁸² aclaró que la posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo no constituye una excepción a la normativa nacional pues “en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresa-

¹⁷⁷ Declaran la gravedad del incumplimiento, entre otras: AJPI de Mataró de 16 de enero de 2014 - cinco cuotas- (AC 2014\5); AAP de Granada de 10 de enero de 2014 - cinco cuotas- (AC 2014\1355); AAP Barcelona de 14 de noviembre de 2014 -ocho cuotas- (AC 2014\2308); AAP de Madrid de 29 junio de 2016 -nueve cuotas- (JUR 2016\184356); AAP de Madrid de 29 junio 2016 -ocho cuotas- (JUR 2016\184053); AAP de Madrid de 20 de junio de 2016 -catorce cuotas- (JUR 2016\184896); SAP de Castellón de 31 mayo de 2016 -siete cuotas- (JUR 2016\150916); AAP de Girona de 30 de mayo de 2016 -nueve cuotas- (JUR 2016\181009), etc.

¹⁷⁸ STJUE de 14 de noviembre de 2013.

¹⁷⁹ AAP de Girona de de 26 enero de 2015. (AC 2015\417).

¹⁸⁰ AJPI de Fuenlabrada de 14 de julio de 2014 (AC 2014\1065).

¹⁸¹ Mantiene similar criterio el AJPI de Mataró de 16 de enero de 2014 (AC 2014\5) y el AJPI de Pamplona de 25 de marzo de 2014 (AC 2014\249).

¹⁸² RJ 2016\619.

mente. Pese a que concluyera la abusividad de la cláusula, como estudiaremos pormenorizadamente más adelante, pues “aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art. 693.3, párrafo 2 LEC”.

e) Disposición del ordenamiento nacional de medios adecuados y eficaces que permiten al consumidor poner remedio al vencimiento anticipado:

La mayoría jueces y tribunales han considerado que en el ordenamiento jurídico español existen medios adecuados y eficaces que permiten al consumidor evitar los efectos del vencimiento anticipado, en particular, se refieren al art. 693.3 LEC.

En este punto deben realizarse algunas matizaciones. El art. 693.3 en su redacción original estipulaba que “(...) el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. (...)) Si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, por una sola vez, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Es decir, se permitía que, a voluntad del acreedor –con carácter general-, se permitiera al deudor liberar el bien –es decir, parar la ejecución y volver a la situación inicial antes del vencimiento anticipado- si abonase el importe debido por todos los conceptos (cuotas debidas hasta la declaración de vencimiento anticipado, cuotas que habrían surgido durante el procedimiento, e intereses de demora generados).

Ahora bien, si la vivienda fuera la vivienda familiar (actual concepto de vivienda habitual) la facultad del acreedor de ofrecer esta posibilidad se convertía en un derecho del deudor, pudiendo ejercitarla incluso sin el consentimiento del acreedor, pero sólo una vez a lo largo de la vida del préstamo. Es decir, que si con posterioridad a esta liberación se volviera a incumplir y el acreedor iniciase otro procedimiento de ejecución, el deudor no podría acceder a esta posibilidad para liberar el bien –salvo que el acreedor lo solicitase-. Esta redacción fue modificada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, permitiendo al deudor de un préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar el acceso a este mecanismo de liberación, siempre y cuando hubieran transcurrido cinco años entre la fecha de la liberación y el nuevo requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Asimismo, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, modificó el párrafo segundo del art. 693.3 LEC, reduciendo el plazo que debía mediar para poder acceder sucesivamente al mecanismo de liberación en caso de que la hipoteca recayera sobre la vivienda habitual, pasando ahora a ser de tres años.

Así, la AP de Asturias¹⁸³ afirmaba que “no puede decirse que el vencimiento anticipado resulte abusivo, en cuanto basta para dejar sin efecto tal resolución con el pago o consignación simultánea en el procedimiento en que se hace valer el mismo, para dejarlo sin efecto”. Similarmen- te, la AP de Barcelona¹⁸⁴ concluyó que “aunque el desencadenante del vencimiento anticipado pudiera resultar abusivo -impago de una pequeña porción del capital sobre el total adeudado- la cláusula no queda invalidada desde el momento en que el consumidor disponía de la posibilidad real y efectiva de desactivarla mediante el pago de lo debido, sin ninguna sanción adicional (el pago de las costas causadas hasta ese instante no merece este calificativo)”. También la AP de Girona¹⁸⁵ lo sostuvo, aunque con mayor cautela, al reconocer que sólo en caso de que el bien hipotecado fuera la vivienda habitual existiría esta posibilidad y, además, sólo en el procedimiento ejecutivo y no en un declarativo.

Por su parte, el TS en la mencionada sentencia de 18 de febrero de 2016¹⁸⁶ sostuvo una contradicción en su argumentación jurídica al respecto. Al evaluar la abusividad de la cláusula litigiosa afirmó “la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, (...) ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio”. Para luego afirmar, en su defensa del no sobreseimiento de la ejecución por los beneficios que tal procedimiento reporta al consumidor –como estudiaremos-, que “ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario”.

¹⁸³ Sentencia de 3 de febrero de 2014 (JUR 2014\63488). En el mismo sentido vid. AAP de Barcelona de de 19 mayo de 2016 (JUR 2016\180035); AAP de Cádiz de 4 junio de 2015 (AC 2015\1415); AAP de Sevilla de 30 junio (JUR 2015\285879); AAP de Cantabria de 10 mayo (JUR 2016\171244), etc.

¹⁸⁴ AAP de Barcelona de 29 de mayo de 2015 (AC 2015\947).

¹⁸⁵ Auto de 26 enero de 2015 (AC 2015\417).

¹⁸⁶ RJ 2016\619.

Cabe preguntarse entonces ¿el art. 693.3 LEC constituye un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado o no permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación? Es más, llama verdaderamente la atención que el TS afirme que esta posibilidad liberatoria fue introducida “con posterioridad”. ¿Con posterioridad a qué? En el caso enjuiciado se analizaban las cláusulas de dos contratos de préstamo hipotecario suscritos en 2006 y en 2007 respectivamente y, como hemos visto, esta posibilidad estaba ya presente en la redacción originaria de la LEC del año 2001. Habría tenido más sentido sostener, como planteaba el JPI núm. 5 de Alcobendas en su cuestión prejudicial¹⁸⁷, que este remedio no es suficientemente adecuado y eficaz ya que sólo resulta de obligado acatamiento por el acreedor cuando el bien hipotecado fuera vivienda habitual del consumidor, pero no en caso de otras viviendas frente a las cuales continúa ostentando su condición de consumidor y, por ende, merece igual protección en virtud de la Directiva 93/13/CEE. O, como han manifestado otros tribunales, que la liberación no podrá producirse en ejecuciones posteriores si no hubiera transcurrido el plazo preestablecido¹⁸⁸.

6.4.2. Ámbito de temporal aplicación de la nueva redacción del art. 693 LEC

La Ley 1/2013 no contiene ninguna disposición transitoria específica respecto a la eventual aplicación retroactiva de la nueva redacción del art. 693 LEC por lo que, de conformidad con el art. 2.3 CC, según el cual “[L]as leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”, todo parece indicar que la exigencia del incumplimiento de tres mensualidades para poder declarar vencido anticipadamente el préstamo hipotecario sólo resulta de aplicación a las hipotecas suscritas tras la entrada en vigor de la Ley el 15 de mayo de 2013. Sin embargo, esta circunstancia no ha sido pacífica entre nuestros tribunales.

Generalmente, los tribunales españoles han considerado que el nuevo requisito del art. 693.2 LEC no es aplicable retroactivamente, es decir, que las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 no devienen ineficaces por no cumplir con la dicción del renovado precepto¹⁸⁹. Con todo, esta falta de retroactividad ha sido matizada por dos corrientes¹⁹⁰:

¹⁸⁷ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175339&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&oc c=first&part=1&cid=11592>

¹⁸⁸ AJPI de Fuenlabrada de 14 de julio de 2014 (AC 2014, 1065).

¹⁸⁹ . AAP de Madrid (Sección 9.ª), de 23 de octubre, (JUR 2015, 34303); AAP de Barcelona de 29 de octubre, (JUR 2015, 42365); AAP de Granada de 26 de septiembre, (JUR 2015, 2138); SAP de Madrid de 30 de septiembre (JUR 2015, 16084); AJPI de Mataró de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5); AAP de Barcelona de 24 de octubre, (JUR 2014, 295203); etc.

¹⁹⁰ BASTANTE GRANELL, V.: “La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria” Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Núm. 750, Julio 2015.

- Retroactividad procesal del art. 693.2 LEC: según esta corriente el art. 693.2 LEC no resulta retroactivo materialmente, es decir, el contenido de las cláusulas de vencimiento anticipado que no se amolden a su nueva redacción no devienen ilegales o ineficaces. Ahora bien, dado que la disposición transitoria primera de la Ley 1/2013 establece que “[E]sta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento”, se interpreta que el requisito de incumplimiento de tres mensualidades constituye un requisito procesal aplicable a hipotecas constituidas antes de la entrada en vigor de la Ley, pues a partir de la entrada en vigor de la misma sólo se puede acceder a la vía ejecutiva especial habiéndose producido el incumplimiento de tres mensualidades. A favor de este criterio se ha mostrado la AP de Barcelona en su sentencia de 17 de febrero de 2014¹⁹¹ sosteniendo que “Esta norma se encuentra prevista para la constitución de las nuevas hipotecas a partir de la entrada en vigor de la Ley, es decir que no podrá establecerse una cláusula de vencimiento anticipado en el caso de impago de una sola cuota sino al menos de tres, sin embargo para las hipotecas formalizadas con anterioridad a la Ley, en las que no se contempla tal previsión, podría el tribunal examinar si la cláusula es abusiva, pero no en el supuesto de que la entidad bancaria, pese al redactado de la cláusula, haya respetado el requisito ahora exigible para la reclamación. En efecto, del redactado de la norma se desprende que a partir de la entrada en vigor de la Ley, no podrá instarse demanda si no se ha cumplido este requisito para instar la acción”. En el mismo sentido, el JPI núm. 1 de Fuenlabrada, en su auto de 14 de julio de 2014¹⁹², declaró que “[D]esde luego, entendemos que la nueva ley debe aplicarse al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado porque el ejercicio es posterior a su entrada en vigor. Además, por retroactividad tácita y por la finalidad de la reforma, interpretamos que las cláusulas de vencimiento pactadas con la ley anterior pueden quedar afectadas por la nueva regulación si no la cumplen”. Igualmente, en la Junta celebrada el 3 de abril de 2014 las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial de Oviedo acordaron interpretar “Que el art. 693-2 LEC debe interpretarse en el sentido de referirse a un supuesto procesal en orden al despacho de ejecución, que nada tiene que ver con la abusividad, y que comprende la concurrencia de dos requisitos, de un lado la existencia de pacto de vencimiento anticipado en caso de impago o incumplimiento por parte del deudor, y de otro que dicho impago se haya producido “de facto” de tres o más cuotas o plazos. De no darse ambos requisitos, no procedería el despacho de la ejecución. Caso de cumplirse, será cuando ya de oficio, ya a instancia de parte, considerando el caso concreto se podrá realizar el juicio de abusividad respecto del ejercicio la cláusula de vencimiento anticipado”.

¹⁸⁵ AC 2014\679.

¹⁸⁶ AC 2014\1065.

Esta argumentación parece razonable, pero no toma en consideración un hecho relevante y es que el propio título de la mencionada disposición transitoria, a saber, “procedimientos en curso”, excluye esta interpretación. Precisamente cuando el procedimiento esté en curso será porque la cláusula ya ha sido activada y, así, vencido anticipadamente el préstamo, por lo que no puede resultar de aplicación el art. 693.2 LEC.

- El artículo 693.2 como criterio de abusividad: esta corriente mayoritaria equipara el art. 693.2 LEC con un criterio de abusividad o, al menos, se sirve del requisito del art. 693.2 LEC para evaluar la abusividad de la cláusula litigiosa. De este modo, se decreta su abusividad si al vencer anticipadamente el préstamo no habían transcurrido tres mensualidades. Este fue, precisamente, el criterio adoptado por los acuerdos no jurisdiccionales de la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2014 y de la Junta de Magistrados de esta Audiencia Provincial de Pontevedra celebrada el día 7 de junio de 2013, y de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 noviembre 2014.

Así las cosas, los tribunales favorables a esta postura han venido sosteniendo que si bien el art. 693.2 LEC no es aplicable retroactivamente siendo legales las cláusulas redactadas conforme a la anterior regulación, lo cierto es que el requisito de incumplimiento de tres mensualidades debe ser tomado como criterio determinante de la abusividad del ejercicio de la cláusula. De esta forma, existiendo una cláusula de vencimiento anticipado que permita el vencimiento por el incumplimiento de una sola cuota –siendo conforme a la legalidad previa-, el juez debe evaluar si en la aplicación de la cláusula el prestamista actuó conforme al nuevo parámetro del art. 693.2 LEC, es decir, si efectivamente venció anticipadamente el préstamo tras tres incumplimientos del deudor. En este sentido, si el prestamista esperó al incumplimiento de tres mensualidades no cabría reputar el ejercicio de la cláusula abusivo, pero si aplicó en su literalidad la cláusula sin esperar al vencimiento de tres mensualidades, debe considerarse que el ejercicio de la cláusula es abusivo, incluso cuando la cláusula fuera legal. Así como en su Auto de 29 de octubre de 2014¹⁹³ al afirmar que “[C]iertamente este precepto fue redactado conforme a la reforma de la LEC llevada a efecto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013; normativa posterior a la fecha en la que la entidad financiera había dado por resuelto el contrato. Por lo tanto la norma como tal no puede aplicarse con carácter retroactivo. Sin embargo el citado precepto no deja de ser un criterio interpretativo para poder ponderar si una cláusula es o no abusiva, si el acreedor puede dar por vencido el contrato con el impago de tres plazos parece razonable entender que el vencimiento anticipado por impagos inferiores a tres plazos puede considerarse abusivo”.

¹⁹³ JUR 2015\42365.

En conclusión, de ambas interpretaciones cabe extraer que si bien la modificación del art. 693.2 LEC por la Ley 1/2013 no afecta a la validez material de las cláusulas contenidas en los contratos suscritos antes de la entrada en vigor de la citada Ley, el ejercicio que el prestamista haga de la citada cláusula sí está sujeto al requisito del incumplimiento de tres mensualidades: en el primer caso, por interpretar que en la norma sí resulta aplicable al ejercicio del vencimiento anticipado si éste fue posterior a su entrada en vigor, con independencia de cuándo se suscribió el contrato; y, en el segundo caso, por considerar que la nueva redacción del artículo 693.2 LEC constituye un parámetro para analizar la eventual abusividad de la cláusula, por lo que, si no se ejercitó el vencimiento anticipado adecuando el prestamista su actuación a este requisito, debe reputarse que la cláusula es abusiva.

A su vez, este segundo criterio ha generado grandes divergencias entre nuestros órganos judiciales: ¿realmente puede tomarse el art. 693.2 LEC como criterio de abusividad?; ¿deben los jueces analizar la abusividad de la cláusula atendiendo a su redacción en abstracto o atendiendo a la actuación correctora de los prestamistas?

6.4.3. El art. 693 LEC constituye un límite de legalidad pero no de abusividad

El TJUE en sus Autos de 11 de junio de 2015¹⁹⁴ y de 8 de julio de 2015¹⁹⁵ reiteró, en relación con el art. 144.3 LH que limita los intereses moratorios en préstamos hipotecarios que recaigan sobre la vivienda habitual a tres veces el interés legal del dinero, que dicho artículo “no se opone a la Directiva 93/13/CEE siempre que “no prejuzgue la apreciación del carácter “abusivo” de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato; y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es “abusiva” en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva”. En otras palabras, el TJUE ha negado que los criterios de abusividad puedan ser fijados de forma que prejuzguen la decisión del juez, que debe evaluar si la cláusula es abusiva caso por caso. Esto es así porque en virtud del art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE la abusividad debe ser apreciada de forma individual por jueces y tribunales “teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa” sin que la misma pueda ser prejuzgada.

Con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el JPI núm. 5 de Alcobendas, el TJUE mantuvo idéntico criterio respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado. En particular, el JPI de Alcobendas¹⁹⁶ consultó si “¿Los artículos [3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado

¹⁹⁴ TJCE\2015\224.

¹⁹⁵ TJCE 2015\280.

¹⁹⁶ Auto de 17 marzo 2016 (JUR 2016\105998).

1, y 7, apartado 1,] de la Directiva 93/13[...] se oponen a una norma nacional, como el artículo 693 [de la] LEC, que permite reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo por incumplimiento de tres cuotas mensuales, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes y que, además, condiciona la posibilidad de evitar los efectos de dicho vencimiento anticipado a la voluntad del acreedor[,] salvo en los casos de hipoteca que grave la vivienda habitual [del deudor]?». Respecto a la posibilidad de que el art. 693 constituya un criterio de abusividad, de tal forma que sólo pueda considerarse la cláusula abusiva en caso de permitir el vencimiento anticipado por tres incumplimiento, sostuvo el TJUE que “los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo, en el sentido de esta Directiva, de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 693 de la LEC”. Concluyendo que los arts 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE “no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional”.

En consecuencia, la vulneración de las cláusulas de vencimiento anticipado estipuladas tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013 del requisito del art. 693 de la LEC, es decir, las cláusulas que tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013 establezcan que se pueda declarar vencido anticipadamente el préstamo hipotecario **serán ilegales**, y por ende, no permitirán el acceso al procedimiento ejecutivo especial para bienes hipotecarios y pignorados –la demanda habría de ser inadmitida-. Ahora bien, ello no supone que dichas cláusulas puedan ser reputadas abusivas¹⁹⁷, aunque por ser contrarias a la norma serán nulas. Esto significa, igualmente, que una cláusula que cumpla con los requisitos de la norma –que prevea el vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de tres mensualidades- puede ser considerada abusiva, aun cuando sea legal.

Esto es así porque el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que la abusividad de las cláusulas deberá apreciarse “teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”. Adicionalmente, la evaluación de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado deberá efectuarse de conformidad con los criterios fijados por el TJUE, esto es, la disposiciones nacionales en la materia y la eventual situación desfavorecida del consumidor respecto a aquella; el carácter esencial de

¹⁹⁷ Como ha señalado el TJUE al afirmar que “De lo anterior se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula”. Apartado 54 del Auto de 11 de junio de 2015 del TJUE.

la obligación incumplida; la gravedad del incumplimiento; la excepcionalidad de la medida respecto al ordenamiento nacional; y la existencia de mecanismos que permitan al consumidor remediar los efectos de la aplicación de la cláusula; en los términos expuestos ut supra. Con todo, esto no significa que el requisito de tres incumplimientos del art. 693.3 LEC no pueda ser utilizado por los jueces como parámetro para evaluar la abusividad de la cláusula litigiosa, pues como acabamos de exponer, dos de los elementos que ha de evaluar el juez es la excepcionalidad de la medida respecto al ordenamiento nacional y las medidas impuestas por el ordenamiento interno en caso inexistencia de dicha cláusula (art. 1129 y 1224 CC). Lo que impide la Directiva 93/13/CEE es que una norma establezca la abusividad -en todo caso- de las cláusulas no negociadas con consumidores, pues el análisis de abusividad debe ser efectuado caso por caso¹⁹⁸.

6.4.4. ¿Qué sucede con las cláusulas de vencimiento anticipado redactadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013?

En el apartado anterior hemos aclarado qué relación existe entre las cláusulas de vencimiento anticipado que se redacten a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013). En efecto, de la doctrina del TJUE quedaba sentado que dichas cláusulas serán legales si se ajustan al tenor del art. 693 LEC debiendo admitirse la demanda ejecutiva en tales casos; pero será nula si estableciera la posibilidad de vencer anticipadamente por incumplimientos inferiores a tres mensualidades por contravenir el art. 693 LEC, por lo que la demanda que inste la ejecución deberá ser desestimada. En uno y otro caso la cláusula de vencimiento anticipado será susceptible de ser sometida al control de abusividad que deben efectuar caso por caso los jueces y tribunales, sin que pueda considerarse automáticamente que una cláusula que cumpla con el art. 693 LEC no es abusiva, ni que una cláusula que incumpla aquél precepto lo es. Con todo, el art. 693 LEC podrá ser tomado en consideración por los enjuiciadores, junto al resto de circunstancias expuestas, para evaluar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Pero, ¿qué ocurre con las cláusulas de vencimiento anticipado redactadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013? Este es el verdadero problema.

Como señalamos al inicio de este estudio, el art. 693 LEC hasta su modificación por la Ley 1/2013 (y sus predecesoras versiones de la Ley Hipotecaria) rezaban: “[L]o dispuesto en este capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir

¹⁹⁸ Como sostiene FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. “La redacción de este artículo parece que conduce a afirmar que cuando el vencimiento anticipado se haya producido por una razón distinta del incumplimiento de tres plazos la cláusula se podría considerar nula. Sin embargo este automatismo choca con el criterio asentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en diversas resoluciones, ha establecido que el juez debe tener la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o no de una cláusula en función de las circunstancias de cada caso”, en “Algunas dudas wittgensteinianas sobre los efectos de la declaración de abusividad de una condición general” En “¿Cuáles son los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores? En concreto, ¿la nulidad de la cláusula impide acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria?” Revista Consumo y Empresa - Núm. 1, Febrero 2016.

el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro”, “[P]odrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”. Por lo tanto, el artículo no sólo autorizaba el vencimiento anticipado por incumplimiento de pago de una parte del capital o, incluso, de una parte de los intereses por falta de pago de alguno de los plazos (uno, tres o diez), sino que ***instaba y autorizaba su inscripción registral para su efectividad***. Por este motivo, no es de extrañar que todas las cláusulas de vencimiento anticipado hasta la modificación de este artículo recogieran esta posibilidad, amoldándose a la redacción del precepto.

Las llamadas cláusulas de vencimiento anticipado “por incumplimiento de una cuota”, como puede observarse en las SSTs de 23 de diciembre de 2015¹⁹⁹ y de 18 de febrero de 2016, en realidad reproducían el tenor del artículo 693 LEC. Así, la cláusula de vencimiento anticipado litigiosa en ambas sentencias - préstamo hipotecario de BBVA- establecían: “No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses”. Como observamos, este es precisamente el contenido que hasta el 15 de mayo de 2013 tenía el art. 693.1 LEC. De hecho, aunque la cláusula estableciera “Falta de pago de una sola de las cuotas”, ciertamente seguiría siendo conforme al art. 693 LEC, es decir, seguiría siendo legal, ya que el precepto habla de “una parte de capital o intereses” “si venciere algún plazo sin cumplir” “falta de pago de alguno de los plazos diferentes”, y es evidente que “uno” es “alguno”, un plazo está comprendido en el cuantificador existencial de algunos plazos.

Esto significa, sin que parezca cuestión controvertida, que se cumple el requisito de legalidad y procedibilidad de la cláusula, es decir, la cláusula es conforme a la legalidad vigente y, por ende, de presentarse una demanda de ejecución ésta debe ser admitida. Ahora bien, respecto a la abusividad de dicha cláusula, hemos visto como su evaluación debe hacerse caso por caso sin que pueda venir predeterminada por ningún precepto legal. Por lo tanto, es en relación con la eventual abusividad de estas cláusulas legales donde surge gran parte de las problemáticas y discrepancias tanto doctrinales como jurisprudenciales. En primer lugar, se cuestiona la posibilidad de declarar abusiva una cláusula que no hace más que reflejar una disposición legal de conformidad con el principio de adecuación. En segundo lugar, se discute si la abusividad de la cláusula debe ser evaluada de acuerdo con su redacción literal pero aplicando como criterio de abusividad el art. 693 LEC en su redacción de 2013; o si, atendiendo a la especial circunstancia de que el artículo no estaba en vigor, debe evaluarse la abusividad tomando en consideración la actitud y ejercicio de la cláusula por el acreedor. Por último, se sostiene que la cláusula que permite vencer anticipadamente por impago en sus vencimientos cualquier parte de capital en realidad es conforme con la redacción actual del art. 693 LEC si,

¹⁹⁹ RJ 2015/5714 (apartado f.2); RJ 2016/619 (segundo motivo, 2).

de facto, el acreedor la activa transcurridos tres incumplimientos, ya que “cualquier” parte de capital en sus vencimientos también es la parte de capital correspondiente a tres mensualidades, lo que se verificará cuando se ejecute la cláusula. A continuación procederemos a analizar estas tres posturas.

Las cláusulas de vencimiento anticipado redactadas de conformidad con el art. 693 LEC en su redacción original **no están sujetas al control de abusividad** en virtud del principio de presunción de adecuación:

Esta es la tesis mantenida por GIMÉNEZ ALCOVER²⁰⁰ quien sostiene que “estas cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una parte del capital no pueden ser consideradas abusivas y deben quedar fuera del ámbito de aplicación del derecho europeo”. Atendiendo a la evolución de la redacción del precepto sostiene el autor que “es evidente y palmario que desde que, allí en el año 1.893, el legislador español estableció un procedimiento especial para la ejecución de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca, ese mismo legislador estableció como exigencia legal y requisito procesal imprescindible que en las escrituras hipotecarias constase una cláusula de vencimiento anticipado, de igual tenor a la expuesta en la ley, para los casos en los que “deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses”, exigencia que nuestro legislador ha querido mantener de forma invariable a lo largo de todos estos más de 120 años y que ha hecho que, a lo largo de la historia hipotecaria española, no exista ni una sola escritura hipotecaria que no contenga una cláusula que sea, literalmente, la transcripción de la exigencia legal impuesta por el legislador para poder acudir al procedimiento hipotecario”.

Por lo tanto, comprende que cuando los acreedores incluían estas cláusulas no estaban más que limitándose a reflejar la norma que el ordenamiento jurídico español exigía para poder acudir al procedimiento hipotecario. En este sentido, la Directiva 93/13/CEE establece en su artículo 1.2 que “[L]as cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”. Es el conocido como principio de presunción de adecuación que se enuncia con mayor extensión en el Considerando decimotercero de la Directiva 93/13/CEE según el cual “[C]onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias

²⁰⁰ GIMÉNEZ ALCOVER, P.: “La cláusula de vencimiento anticipado y el principio de presunción de adecuación”. Revista de Derecho vLex - Núm. 143, Abril 2016. VLEX-632337681.

imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo». Asimismo, diversas SSTJUE²⁰¹ han reiterado que “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones”.

Esto es así porque la ratio del principio de presunción de adecuación es que las cláusulas que reflejan una norma han contado con la aprobación del legislador nacional, sin imponer ni responder a un abuso o superioridad de la posición empresarial en perjuicio del consumidor, por lo que no causan un desequilibrio entre las partes, y cuentan con la buena fe del predisponente que se limita a transcribir el contenido de una norma (nótese que el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE define las cláusulas abusivas como “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, la contravención de las exigencias de la buena fe es necesaria para apreciar la abusividad de las cláusulas).

Por todo ello, concluye el autor que “una cláusula contractual que refleja literalmente lo establecido por nuestro legislador en el artículo 693 de la LEC debe quedar totalmente excluida del ámbito de la Directiva 93/13 y no puede ser declarada abusiva”.

Esta cuestión ha sido también cuestionada por nuestros órganos judiciales, en concreto, la AP de Pontevedra en su sentencia de 31 de octubre de 2015, declara que no es aplicable el art. 1.2 de la Directiva en una cláusula como la expuesta ut supra ya que “[E]n el presente caso, la cláusula empleada por la entidad bancaria ejecutante no se limita a recoger la posibilidad de que las partes “convengan la facultad a favor del acreedor”, sino que materializa el pacto y define su aplicación, concretando el presupuesto exigido para su aplicación en términos que la ley no especifica ni legítima”.

²⁰¹ Asuntos Vertrieb C-92/11, Jahani C-488/11, Banco Popular Español C-537/12 y 116/13, Smart Capital C-34/13), sentencia de 30 abril de 2014, Caso Barclays Bank, S.A., (C-280/13).

Asimismo, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander remitió una cuestión prejudicial al TJUE, habiendo sido publicadas las conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar el 2 de febrero de 2016²⁰². En la cuarta consulta planteada cuestionaba si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional relativa al vencimiento anticipado en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, tal como el artículo 693.2 LEC. En este contexto, el Abogado General negó que cupiera concebir que estas cláusulas pudieran entenderse comprendidas en el art. 1.2 de la Directiva (principio de presunción de adecuación) ya que no constituye una disposición normativa aplicable en ausencia de pacto o estipulación contractual expresa que haya sido oportunamente registrada. En efecto, el art. 693 LEC concluye con la siguiente exigencia “y este pacto constase inscrito en el registro”. De este modo concluye que “el artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión anterior, no refleja una disposición legislativa o reglamentaria «imperativa». En segundo lugar, del auto de remisión y de las observaciones del Gobierno español y de la Comisión se desprende que ese artículo tampoco es una disposición de carácter supletorio, por cuanto no puede aplicarse a falta de acuerdo entre el profesional y el consumidor. Por el contrario, dicho artículo indica que, para producir sus efectos, es necesario un acuerdo explícito entre las partes. (...) Por consiguiente, si bien es cierto que el artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión anterior a la Ley 1/2013, (45) se acoge en el contrato examinado en el litigio principal, más concretamente en la cláusula de vencimiento anticipado controvertida, observo que, pese a su naturaleza legislativa o reglamentaria, dicha disposición nacional no tiene carácter imperativo ni supletorio. Así pues, conforme al decimotercer considerando de la Directiva 93/13, esta disposición no está comprendida en el ámbito del artículo 1, apartado 2, de la citada Directiva, que, por consiguiente, resulta aplicable”. Recordemos que el Considerando decimotercero refería a “«disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 [que] incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”. Por lo que respecta a la interpretación de “las exigencias de la buena fe” debe interpretarse que concurre buena fe cuando el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. Asimismo, esta buena fe debe interpretarse a la luz de la normativa nacional (es decir, si de conformidad con las disposiciones normativas vigentes era esperable que el consumidor aceptara la cláusula en una negociación individual) pues “deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional”.

²⁰²http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=174071&occ=first&dir=&cid=142235 (C-421/14).

Aún no ha sido publicada la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de la Europea, por lo que habremos de esperar para comprobar si mantiene la posición del Abogado General.

Apreciación de la abusividad de la dicción literal de la cláusula o del efectivo ejercicio de la misma por el acreedor:

Habida cuenta de que la práctica totalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado concertadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 reproducían el contenido del reiterado art. 693 LEC previa su modificación, es decir, permitían la declaración del vencimiento anticipado por el incumplimiento de una sola cuota mensual, conviene ahora plantearse si todas estas cláusulas han de ser reputadas abusivas evaluando únicamente el contenido de la cláusula; o si para decretar la abusividad de la cláusula debe tomarse en consideración también el ejercicio que de ella haya efectuado el acreedor, es decir, si venció anticipadamente ante el primer incumplimiento o transcurridos varios incumplimientos.

Como analizamos en el apartado 4.2., la mayor parte de jueces y tribunales adoptaron como criterio interpretativo de abusividad el requisito de tres incumplimientos del nuevo art. 693 LEC. Ahora bien, como es evidente, este requisito resultaría de aplicación exclusivamente a la actuación del acreedor pues lo cierto es que ninguna cláusula estaba redactada de conformidad con un artículo que no se publicaría sino años después. Consecuentemente, la mayor parte de las Audiencias Provinciales²⁰³ se inclinaron por evaluar la abusividad del vencimiento anticipado de conformidad con el número de plazos que el acreedor hubiera dejado correr antes de ejercerlo, con independencia de que la letra de la cláusula le permitiera hacerlo por cualquier incumplimiento (incluso uno).

Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales²⁰⁴ comprendieron de contrario que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debía analizarse de conformidad con la literalidad de su redacción, lo que MARTÍN FABA²⁰⁵ ha denominado “en abstracto”, con independencia de que el acreedor hubiera esperado varios incumplimientos para vencer anticipadamente el préstamo. En este contexto, el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 Santander remitió una cuestión prejudicial al TJUE, resuelta mediante su Auto de 11 de junio de 2015²⁰⁶. En concreto se planteaba “[S]i de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Con-

²⁰³ AAP de Sevilla de 30 junio (JUR\2015\209046); AAP de Madrid de 2 marzo, (AC\2015\354); de 17 diciembre (AC\2014\2289); de 4 mayo, (JUR\2015\150125); AAP de Córdoba de 27 enero (AC\2015\595) de 13 noviembre (AC\2014\2119); AAP de Barcelona de 7 abril, (AC\2015\982); de 16 febrero, (AC\2015\433); AAP de Girona de 10 diciembre, (JUR\2015\56489) y de 30 enero, (JUR\2015\116900); AAP de Cádiz de 28 noviembre, (AC\2015\241) y de 24 octubre, (AC\2015\215).

²⁰⁴ AAP de Valencia de 10 febrero (AC\2014\487); de 17 abril (AC\2015\989); de 25 junio 2014 (AC\2014\1792); de 17 octubre (AC\2014\1998); de 30 diciembre (AC\2014\415); de 16 marzo (JUR\2015\126187); SAP de Murcia de 16 diciembre (JUR\2015\50861); AAP de Pontevedra de 10 febrero (AC\2014\487).

sejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional”.

El TJUE resolvió sosteniendo que la evaluación de abusividad de una cláusula no puede estar supeditada a que la cláusula se haya aplicado o no realmente, sin embargo, el hecho de que deban evaluarse todas las circunstancias concurrentes para determinar la abusividad de una cláusula, no excluye que se pueda tomar en consideración este ejercicio corrector del acreedor. En cualquier caso, el juez nacional no puede decretar la no abusividad de la cláusula por el único hecho de que el prestamista no la haya aplicado, pues deben tomarse en consideración todos los criterios analizados en el apartado 4.1 de este trabajo. En sus propias palabras: “las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva» (...) no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica. (...) No obstante, (...) el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. (...) [i]ncumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.^a bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto. Por consiguiente, (...) cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» (...) de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”. Con mayor rigidez se pronunció el Abogado General Maciej Szpunar en sus conclusiones de 2 de febrero de 2016²⁰⁷ al man-

²⁰⁵ MARTÍN FABÁ, J.M.: “Cómo se ha estabilizado en las Audiencias Provinciales la doctrina en materia de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios derivada de las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016?” Centro de Estudios de Consumo (CESCO). <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/09/Doctrina-AAPP-clausula-vencimiento-anticipado.pdf> (consultado el 10 de septiembre de 2016).

²⁰⁶ TJCE/2015/224.

²⁰⁷ http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=req&docid=174071&occ=first&dir=&cid=142235 (C-421/14).

tener que “el hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al procedimiento de ejecución hipotecaria hasta el impago de siete mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta en la apreciación de una cláusula contractual que tenía en realidad por objeto permitir a la entidad bancaria proceder a la ejecución hipotecaria en caso de impago de una sola mensualidad. Cabe observar, a este respecto, que, en el ámbito de la protección de los consumidores, un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo”.

Tras estas resoluciones, el Tribunal Supremo, en sus SSTS de 23 de diciembre de 2015²⁰⁸ y de 18 de febrero de 2016²⁰⁹, siguió el criterio del TJUE considerando que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debía efectuarse en abstracto, pero no con absoluta independencia respecto a cómo la hubiera ejecutado el prestamista, incluso cuando la primera de aquellas no traía como causa una ejecución hipotecaria sino una acción colectiva ejercitada por la OCU. Respecto a la segunda sentencia, el TS conocía de un recurso de casación interpuesto por unos prestatarios ejecutados cuyo préstamo fue vencido cuando se había incumplido el abono de ocho cuotas mensuales. Sin embargo, el TS no realizó examen de las circunstancias del caso pues se limitó a copiar lo sentenciado el 23 de diciembre de 2015 de forma algo descuidada, pues puede observarse como en este “copia-pegar” mantiene la afirmación de que “la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva”, cuando en la sentencia de 18 de febrero de 2016 conocía de una acción individual instada por los consumidores ejecutados. En fin, en estas sentencias el Tribunal Supremo se limita a declarar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado por considerar que no respetaban los requisitos de abusividad establecidos por el TJUE, como pudimos analizar *ut supra*.

Por lo que ahora importa, en ambos pronunciamientos declaró que “parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoría, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad (...). Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se

²⁰⁸ RJ 2015\5714 (apartado f.2); RJ 2016\619 (segundo motivo, 2).

²⁰⁹ RJ 2016\619.

ilícita. (...) conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir «(...) la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión». Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89) (caso C-415/11)».

Como podemos observar, la argumentación del TS es confusa, sin embargo de sus últimas líneas se extrae con claridad que los tribunales deberán valorar si el “ejercicio” de la facultad de vencimiento anticipado, y no la cláusula según fue redactada, responde a los requisitos establecidos por el TJUE. Aun así, llama poderosamente la atención que tras afirmar que los tribunales deben evaluar el ejercicio de la cláusula, el TS no analice si el ejercicio de la cláusula en aquél caso (STS de 18 de febrero de 2016) fue abusivo, de hecho, en ningún lugar de su sentencia se menciona que los demandantes hubieran sido ejecutados ni que su préstamo se hubiera vencido anticipadamente tras el incumplimiento de ocho cuotas, debiendo recurrir a la sentencia de la Audiencia Provincial para conocer estos extremos.

Sea como fuere, tras declarar en ambos procesos la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por ser abusiva, sostuvo que dicha nulidad no debía comportar la eliminación de la cláusula –y así el sobreseimiento de la ejecución en el segundo caso-. Lo que nos guiará hacia la última problemática en materia de cláusulas de vencimiento anticipado, a saber, las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas.

- La falta de pago en sus vencimientos de “cualquier parte del capital del préstamo o sus intereses” también incluye tres o más incumplimientos:

Esta es la posición mantenida por CARRASCO PERERA²¹⁰ quien sostiene que “La cláusula que se hizo valer fue la que establecía que el acreedor podría ejecutar por impagos de las cuotas y otras obligaciones dinerarias, incluso una. Pero esto último es todo el contenido de la cláusula que es abusivo”.

²¹⁰ CARRASCO PERERA, A.: “Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, o cada día un poco más cerca del abismo” Análisis GA&P | Diciembre 2015.

Parece que las divergencias estudiadas en el apartado anterior, respecto a la necesidad de evaluar la cláusula en abstracto o en relación con el ejercicio que de ella hiciera el acreedor, se desvanecerían si se adoptara una interpretación de la cláusula en su toda su extensión. Según esta corriente, por más que se haya venido llamando a estas cláusulas como cláusulas de vencimiento anticipado por un solo incumplimiento, lo cierto es que no es ese el contenido de sus redacciones. Estas cláusulas no establecen que se pueda vencer “por un incumplimiento” de forma exclusiva y excluyente, como si por dos incumplimientos no estuviera facultado el acreedor a vencer anticipadamente. No. Lo que manifiestas estas cláusulas es que se podrá vencer por el incumplimiento de pago de “cualquier parte” del importe debido. En este sentido, se interpreta que cuando el acreedor declara vencido anticipadamente un préstamo transcurridos ocho incumplimientos, no está ejerciendo una acción ajena al contenido de la cláusula. Está aplicando la cláusula en sus propios términos fijando su contenido evaluable mediante su ejercicio.

En otras palabras, si dispuesta una cláusula que permite al acreedor vencer anticipadamente por cualquier incumplimiento, y aceptado generalmente que las cláusulas de vencimiento anticipado tras ocho incumplimientos no son abusivas –por ejemplo-, cuando el acreedor ejecute su cláusula amplia tras el transcurso de ocho mensualidades la parte de la cláusula aplicada no es abusiva. Por el contrario, sí sería abusiva la parte de la cláusula que permitiera al acreedor vencer anticipadamente tras un solo incumplimiento. Es decir, dado que la cláusula permite vencer anticipadamente cuando se produzcan de 1 a 1+n incumplimientos (número total de vencimientos), la parte de la cláusula que resultaría abusiva es exclusivamente aquella que permita el vencimiento sin cumplirse los criterios señalados por el TJUE. En nuestro ejemplo, el contenido de la cláusula que debería considerarse nulo y expulsarse del contrato es el que permite el ejercicio de la cláusula de 1 a 7 incumplimientos, siendo válida la cláusula en resto de su contenido (pues alberga todas esas posibilidades), es decir, desde 8 incumplimientos hasta 8+n.

La AP de Madrid, en su Auto de 29 de junio de 2016²¹¹, ha compartido este criterio declarando “[P]or lo tanto habría sido abusiva la aplicación de esa cláusula si sólo hubiera existido ese incumplimiento que no era suficientemente grave, pero no ha sido tal el caso puesto que fueron en realidad nueve las cuotas impagadas cuando se declaró tal vencimiento. Y como no ha sido el caso y no nos hallamos ante un proceso declarativo en el que se inste la nulidad de una cláusula, no es acogible esa causa de oposición puesto que no concurre el supuesto del artº. 695 4º LEC ya que el impago de una sola cuota no es el fundamento de la ejecución ni esa cláusula se aplica para determinar la cantidad exigible”. En opinión de la

²¹¹ JUR 2016\184356.

AP, dado que la cláusula comprende de uno a 1+n incumplimientos, cuando se venza anticipadamente el préstamo por nueve incumplimientos –siempre que dicho incumplimiento se considere esencia, suficientemente grave, etc.- la cláusula que fundamenta la ejecución es la que permite el vencimiento anticipado por nueve incumplimientos –que es lo acontecido y lo que la cláusula prevé-. Consecuentemente, dado que art. 695.4 LEC sólo permite oponer en el procedimiento ejecutivo hipotecario la existencia de cláusulas abusivas que constituyan el fundamento de la ejecución, no puede oponerse la abusividad de la cláusula de incumplimiento por una cuota puesto que el incumplimiento de una sola cuota no fue un incumplimiento el que fundamentó la ejecución.

6.5. Los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Especial referencia a las SSTS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016

Desde la antigua STJUE de 14 de junio de 2012²¹² quedó aclarado que el efecto de la declaración de abusividad de las cláusulas es su expulsión del contrato sin caber moderación ni integración de las mismas. En el seno de la litigiosidad relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado, los AATJUE de 11 de junio de 2015, de 17 de marzo de 2016, y las conclusiones del Abogado General 2 de febrero de 2016 (asunto C-421/14) han reiterado la imposibilidad de moderar o integrar la cláusula declarada abusiva, con la excepción de la posibilidad que se reconoce al juez de “sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización”. De hecho, no existían divergencias entre nuestros jueces y tribunales respecto a este extremo, de forma que declarada la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado procedía su eliminación del contrato. Esta eliminación, comportaba que, al no existir “estipulación que conste inscrita en el Registro” en los términos del art. 693 LEC, no concurrían los requisitos para acceder al procedimiento ejecutivo especial, debiendo ordenarse el sobreseimiento de la ejecución –en caso de que la nulidad se produjera en este contexto-. En palabras de FERNÁNDEZ SEIJO²¹³ “[S]i la cláusula se declara nula en-

²¹² TJCE 2012\143.

²¹³ “Algunas dudas wittgensteinianas sobre los efectos de la declaración de abusividad de una condición general”. En “¿Cuáles son los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores? En concreto, ¿la nulidad de la cláusula impide acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria?” Revista Consumo y Empresa - Núm. 1, Febrero 2016.

tiendo que la consecuencia no debería ser la integración del contrato. Desde el momento en el que se declara la nulidad el efecto no puede ser otro que el de dejar sin efecto el despacho de ejecución, si la cláusula de vencimiento anticipado es nula querrá decir que la cantidad reclamada ni es líquida, ni es vencida, ni es exigible; el ejecutante solicita el despacho de ejecución por la totalidad de las cuotas con los intereses y correctivos correspondientes, sin embargo la cantidad realmente líquida y exigible es la de las cuotas no satisfechas". Las únicas discrepancias en la materia versaban, como estudiamos en los apartados anteriores, respecto al criterio de abusividad aplicable, pero estimada la abusividad de la cláusula, era claro que procedía el sobreseimiento²¹⁴ de la ejecución (art. 695.1.4º y 3.2º LEC)²¹⁵.

No obstante, todo ello cambió a raíz de las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo en las que, si bien declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, negó que resultara procedente ordenar el sobreseimiento de la ejecución en estos casos. Para ello, el TS se arroga una posición proteccionista²¹⁶ tanto de los consumidores como de los empresarios prestamistas.

Respecto a los primeros, comienza su argumentación sosteniendo que "[L]a tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad". Ciertamente, la litigiosidad surgida en materia de cláusulas abusivas abusivas en préstamos de toda índole está encareciendo²¹⁷ el crédito y restringiendo el acceso al mismo, pero ello no significa que puedan dejar de aplicarse las consecuencias de la abusividad declarada.

²¹⁴ En contra: ANTÓN GUIJARRO, J. quien interpreta que "si la cláusula fuera manifiestamente nula por contemplar la posibilidad de vencimiento anticipado por debajo del umbral permitido por el nuevo art. 693-2 LEC (por ej., con el impago de una sola cuota), no por ello debe quedar cercenada la vía ejecutiva, pues la desaparición de esa cláusula genera una laguna que debe ser colmada. Como señala el profesor José María Miquel, el control de abusividad no es más que la comparación de la cláusula con un parámetro que viene dado por la norma que resultaría de aplicación en el caso de que las partes no hubieran pactado dicha cláusula. (...)En consecuencia, si ha existido un incumplimiento por parte del deudor de una entidad suficiente para poder ser tenido como un incumplimiento resolutorio, la entidad financiera podrá declarar resuelto el contrato conforme a la regla general del art. 1124 C.Civil y con ello tener por vencida anticipadamente la operación de conformidad con el art. 1129 C. Civil". Así como, HERNANDEZ RODRIGUEZ, M.M. que considera "que cabría acudir a la ejecución hipotecaria a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado cuando sea el propio deudor el que entienda que le es más beneficioso dicho procedimiento (lo que resultará por definición incompatible con la invocación de dicha nulidad) o cuando el vencimiento anticipado se haya producido por otras causas admitidas en nuestro derecho como es por la pérdida del beneficio del plazo". Ambos en "¿Cuáles son los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores? En concreto, ¿la nulidad de la cláusula impide acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria?" Revista Consumo y Empresa - Núm. 1, Febrero 2016.

²¹⁵ SANJUÁN Y MUÑOZ, E. sostiene con rotundidad que "Estimar que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula que constituye fundamento de la ejecución y, por tanto, su nulidad comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la póliza, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado con invocación del art. 1124 CC. La cuestión se aborda en cualquier caso desde la aplicación de lo previsto en el artículo 695.1.4º y 3.2º de la LEC 1/2000: si se declara el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución". En "¿Cuáles son los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores? En concreto, ¿la nulidad de la cláusula impide acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria?" Revista Consumo y Empresa - Núm. 1, Febrero 2016.

Continúa recordando los requisitos establecidos por el TJUE para proceder a la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición “supletoria” de Derecho nacional, esto es, que la **declaración de nulidad obligue al juez a anular el contrato en su totalidad** de forma que el consumidor quede expuesto en una condición más perjudicial. Considerando que esto es lo que sucedería si se “cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor”. Así, enumera los pretendidos beneficios que el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece al consumidor, a diferencia del proceso declarativo: (i) posibilidad de liberar el bien en virtud del art. 693.3 LEC; (ii) posibilidad de liberarse de la deuda pendiente de pago tras la ejecución insuficiente del bien si abonara un 65% de la deuda dentro del plazo de cinco años, o el 80% de la deuda dentro de los diez años (art. 579 LEC); (iii) posibilidad de obtener un 50% de la plusvalía obtenida por el ejecutante si vendiera el bien dentro de los diez años posteriores a la aprobación de rebaja en la deuda pendiente de pago (art. 579 LEC); (iv) fijación de un importe mínimo por el que el bien podrá ser adjudicado en subasta, a saber, 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo; y (v) inexistencia de mayores motivos de oposición en la vía declarativa.

Por lo que respecta a la protección de los empresarios prestamistas, sostuvo que “el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redunda en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas”.

Así pues, concluye “[D]e ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados”.

²¹⁶ ADAN DOMENECH, F.: “Tribunal Supremo versus Tribunal Superior de Justicia. Aplicación jurisprudencial de las cláusulas de vencimiento anticipado” Revista de Derecho vLex - Núm. 143, Abril 2016. VLEX-632460969.

²¹⁷ Como ha denunciado ADICAE “El crédito en España es un 43% más caro que la media europea”. <http://blog.adicae.net/credito-justo/2015/10/29/el-credito-en-espana-un-43-mas-carro-que-la-media-europea-adicae-organiza-en-madrid-un-foro-para-analizar-sus-riesgos/>

Ambas sentencias cuentan con el voto particular de Magistrado Francisco Javier Orduña Moreno quien sostiene que la doctrina jurisprudencial sentada en estas sentencias desnaturaliza el control de abusividad, su efectividad y su función, suponiendo una clara integración de la cláusula contraria a la doctrina del TJUE. En particular, considera que los supuestos privilegios de la vía ejecutiva benefician únicamente a la entidad bancaria.

Verdaderamente la sentencia es un disparate. A continuación analizaré críticamente los aspectos más controvertidos de la misma:

Supletoriedad de la norma, ¿qué norma?: en primer lugar, las sentencias comentadas exponen la posibilidad del juez de sustituir una cláusula declarada abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional. Pues bien, ni siquiera se menciona en la sentencia por qué norma supletoria se sustituye la cláusula abusiva. Supongamos que el Tribunal Supremo está pensando en sustituirla por el art. 693.2 LEC. De ser así resulta que la norma no es supletoria y no resulta de aplicación para los supuestos en que no se hubiera pactado ninguna cláusula de vencimiento anticipado. Como dijimos anteriormente, el art. 693.2 LEC exige la estipulación específica de la cláusula de vencimiento anticipado y su inscripción en el Registro. Imaginemos ahora que el Alto Tribunal está pensando en los art. 1224 ó 1129 CC, resultaría que dichos artículos no permiten acceder a la vía ejecutiva hipotecaria que exige, precisamente, la inscripción registral del pacto de vencimiento anticipado.

La eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la nulidad del contrato ni perjudica al consumidor: el segundo requisito establecido por el TJUE para poder proceder a esta sustitución de pacto abusivo y disposición supletoria, es que la nulidad de la cláusula abusiva comporte la nulidad del contrato perjudicando así al consumidor. El caso paradigmático es el de la SJPI de Arrecife²¹⁸ que declaró nulo un préstamo hipotecario por contener intereses moratorios usurarios (dejando de lado que los intereses moratorios, generalmente, no pueden ser usurarios sino abusivos, y que la abusividad comporta la expulsión de la cláusula y no la nulidad del contrato). La consecuencia de que aquella malograda sentencia fue la nulidad del contrato, con la obligación que ello comporta relativa, es decir, la recíproca restitución las prestaciones como si el contrato nunca hubiera existido. En aquel caso el perjuicio para el consumidor de la declaración de nulidad era palmario: tendría que devolver íntegramente a la entidad, ya, sin plazo, el importe total del préstamo hipotecario recibido. Pero esta no es la situación en caso de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues el contrato puede sobrevivir perfectamente sin ella, no constituye ningún elemento esencial del contrato. Simplemente priva al acreedor de acceder a la vía ejecutiva hipotecaria.

²¹⁸ JUR/2013/107857, Sentencia que tuve ocasión de comentar en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/El-Juzgado-de-Arrecife-declara-nulo-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario.pdf>

La vía ejecutiva no supone ningún beneficio para el consumidor ejecutado: lo único que desea un deudor cuando está siendo ejecutado, especialmente si el bien ejecutado es la vivienda habitual, es no perder su casa, no ser desahuciado. La finalidad de la vía ejecutiva hipotecaria es única: permitir a los acreedores privilegiados obtener por la vía más rápida posible el bien que sirve de garantía del préstamo y así saldar la deuda –en la medida de lo posible-. Esta inmediatez no se produce en el proceso declarativo y esta es la única y exclusiva razón por la que los deudores en estas circunstancias desean ir al declarativo, para dilatar el máximo tiempo posible la pérdida de la vivienda habitual y disponer de tiempo para trazar un plan de reestructuración económica y familiar. Para buscar una segunda oportunidad o fresh start. Ninguno de los beneficios que señalaba el TS lo son en realidad. El consumidor que no puede pagar una cuota de 800 –por ejemplo- difícilmente podrá liberar el bien pagando todas las cuotas impagadas, intereses y costas (693.3 LEC). Respecto a los privilegios relativos al importe de tasación del inmueble para que sirva de tipo en la subasta, las posibilidades de liberación futura, etc. huelga decir lo mismo. Al consumidor insolvente poco le importa por cuánto dinero le vayan a ejecutar la vivienda o el importe de deuda que le reste por pagar, pues podrá declararse en concurso tras la ejecución y quedar liberado de sus deudas (de cumplir con los requisitos 178 bis LC). Más aún, los consumidores representados en la acción colectiva –que no están insertos en ningún procedimiento ejecutivo ni de insolvencia- habrían visto convertido su crédito en un crédito con carencias ilimitadas personalizables de haberse expulsado la cláusula de contrato. Piénsese que si sabiendo que su acreedor no podrá más que reclamarle las cuotas impagadas pero no la totalidad del préstamo, fácilmente podría el deudor diseñar su propio plan de pagos decidiendo pagar cada cinco meses, cada dos, etc. Por lo tanto, no hay ninguna ventaja creíble ni justificada para los consumidores en integrar la cláusula anulada.

Flagrante morosidad, eterna espera para el incumplimiento de todos los plazos, equilibrio de prestaciones: si, como sostiene el TS sería desproporcionado para el empresario esperar a que fueran venciendo todas y cada una de las cuotas del préstamo para exigir el cumplimiento, debiendo soportar situaciones de flagrante morosidad, produciéndose un desequilibrio de las prestaciones...entonces lo que no puede se comprende es por qué declaró la abusividad de la cláusula, especialmente en el proceso de 23 de diciembre de 2015 en el que conocía de una acción colectiva. Y no se comprende porque la mera redacción del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE estipula que será abusiva la cláusula que “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

La consecuencia de estas dos sentencias ha sido la generación de divergencias entre las Audiencias Provinciales, en particular, entre las que siguen el criterio del Tribunal Supremo ordenando no sobreseer el proceso por resultar más beneficioso para el consumidor²¹⁹; y aquellas que mantienen la postura del TJUE declarando la expulsión del contrato de la cláusula de vencimiento anticipado²²⁰.

6.6. Conclusiones

La materia es compleja y harto conflictiva entre nuestros jueces y tribunales, lo que genera una inseguridad jurídica intolerable, en buena medida incrementada por el Tribunal Supremo. Lamentablemente, lo único que podemos afirmar actualmente es que el cumplimiento de las expectativas del consumidor dependerá esencialmente de qué juez o tribunal que conozca de su litigio. Por el momento, sólo podemos sintetizar algunas ideas generales:

- El vencimiento anticipado consiste en la facultad que se arroga el prestamista de poner fin al plazo, siendo exigible desde ese momento la totalidad del importe prestado, incrementado con los intereses oportunos.
- En caso de préstamos hipotecarios, es requisito imprescindible para acceder al proceso de ejecución hipotecaria la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado válida inscrita en el Registro.
- El pacto de vencimiento anticipado está previsto en la normativa y ha sido declarado válido por el Tribunal Supremo.
- Con todo, en la contratación entre empresarios y consumidores, la cláusula puede ser considerada abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- El juez, que puede apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas no negociadas, deberá evaluar los siguientes parámetros para decidir si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva: si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha

²¹⁹ AAP de Madrid (de 18 mayo (JUR 2016\163123).

²²⁰ AAP de Barcelona de 1 de marzo (JUR 2016\66577), que afirma “hemos variado el criterio, y si la cláusula en su redacción es nula, aunque se haya ajustado el ejercicio a las normas vigentes, tal derecho se apoya en una cláusula abusiva, que por tanto, es nula y no puede despacharse ejecución en base a la misma, porque dicho incumplimiento no era grave, en relación con la cuantía y duración del préstamo”.

facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

- La nueva redacción del art. 693.2 LEC, según la cual sólo podrá declararse vencido el préstamo en caso de incumplimiento de tres cuotas mensuales, no prejuzga la validez o abusividad de las cláusulas, pero puede ser utilizada como parámetro para evaluar la eventual abusividad, al igual que el resto del ordenamiento jurídico.
- En la evaluación de abusividad la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse por el profesional no se opone por sí sola a que el juez la considere abusiva. Pero todas las circunstancias concurrentes deben ser tomadas en consideración para declarar la abusividad de una cláusula, por lo que puede ser apreciada esta circunstancia para decretar su validez.
- Según la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las cláusulas declaradas abusivas deben ser expulsadas del contrato. La consecuencia de la expulsión del contrato de una cláusula de vencimiento anticipado es la imposibilidad del acreedor de acceder a la ejecución hipotecaria, por lo que, estando pendiente un proceso de este tipo, debería ser sobreseído. Con todo, el Tribunal Supremo ha declarado en dos de sus sentencias más recientes que no debe sobreseerse la ejecución ya que el consumidor obtiene más “beneficios” en el proceso ejecutivo hipotecario.

7. Conclusiones compilación jurídica

Del estudio y análisis del global de los artículos realizados por los expertos para esta compilación jurídica se desprenden una serie de conclusiones que pasamos a analizar con detenimiento a continuación. Una compilación debe analizar y detectar las carencias legales y jurídicas, las consecuencias que ello supuso, que permita extraer conclusiones útiles para un futuro normativo en el que la mejora de la protección a consumidores y usuarios sea más adecuada. Principalmente **permitir herramientas legislativas que corrijan los desequilibrios** hipotecarios entre banca y consumidores tanto de facto como de iure.

Todo este debería permitir unos consumidores, y profesionales de los sectores interesados, **más informados y formados** sobre las cláusulas de los préstamos hipotecarios, los derechos que les asisten, así como su posible traslación de cara al futuro acerca de qué se debe tener en cuenta a la hora de contratar, y por extensión, mutatis mutandis, a quienes en la actualidad decidan contratar un préstamo hipotecario. Y no sólo estas cláusulas abusivas ya denunciadas, sino también las susceptibles de ser identificadas como abusivas, y por lo tanto denunciables del futuro; muchas existentes en préstamos hipotecarios ofrecidos a consumidores en la actualidad o en aquellos otros que hayan sido contratados en períodos anteriores y que todavía sigan en vigor.

En el caso de la **titulización hipotecaria**, se desprende que los valores hipotecarios han sido uno de los **factores determinantes de la crisis sistémica** norteamericana de 2007, al tiempo que han tenido un papel relevante en nuestro país puesto que muchas ejecuciones hipotecarias se han iniciado con base en créditos hipotecarios “participados” y ulteriormente titulizados.

Además, algunos de estos valores se han comercializado a consumidores a pesar de ser productos jurídica y económicamente complejos y difíciles de comprender en toda su extensión para el consumidor medio. El trabajo evidencia la necesidad de los valores hipotecarios y de su complejidad financiera para conseguir un mercado hipotecario fuerte, pero también de los **peligros de su mala utilización** debido a sus problemas inherentes a su configuración, y que ello puede tener consecuencias en las operaciones crediticias activas, especialmente cuando éstas son con consumidores. De hecho, a día de hoy encontramos que muchos consumidores han sufrido la titulización de su hipoteca sin ni siquiera tener conocimiento de ello, y ni mucho menos opción de tanteo o retracto. La opacidad en este sentido es total, y sería necesario potenciar las reformas pertinentes para desvelar toda la maraña de titulizaciones que han nutrido a la banca de activos en los últimos años, pero que ha supuesto también la venta de cientos de miles de hipotecas de consumidores.

En la discusión sobre la legitimación activa de las entidades emisoras para iniciar o continuar procesos de ejecución hipotecaria en caso de impago por el deudor, el autor entiende que **no hay cesión civil posible a través de las participaciones hipotecarias**, con lo que sigue habiendo un precepto legal a favor del originador del crédito. Y entrando más en detalle del arti-

culo se deduce que clave resulta resolver lo que significa en la práctica “participar”, si es de carácter activo o pasivo, y esclarecer si se produce o no una verdadera cesión del crédito hipotecario y el reparto de facultades entre el cedente del crédito y los titulares de las participaciones.

Esta complejidad de las titulaciones, y la disparidad de criterios e interpretaciones judiciales sobre la legitimación en los casos de ejecuciones de hipotecas titularizadas, no hace sino arrojar más dudas y sombras, más inseguridad, ante la **desprotección y las situaciones difíciles de los consumidores con hipotecas titularizadas**. Sigue habiendo tribunales que entienden la cesión del crédito hipotecario, total o parcial, arts. 1528 CC y 149 LH, por lo que el cedente perdería su condición de acreedor hipotecario; y los que entienden que no implican una cesión civil (real) de los créditos participados, sino que estos meramente quedan “participados” (cfr. art. 31.1.a) y b) RMH): O sea, que el partícipe no puede ejecutar por sí mismo, la legitimación es del emisor.

Amen de existir otro claro conflicto en las titulaciones, entre el bien superior del derecho a la información y transparencia, con la interpretación de algunos tribunales de no entender como abusiva la cláusula de renuncia del deudor hipotecario a que le sea comunicada la cesión del crédito hipotecario. Lo que claramente constituye un grave perjuicio para los derechos del deudor (consumidor) de ese préstamo hipotecario, que se cede y altera, pero que en teoría no hace comunicar.

Y más que esta discusión jurídica y que dar respuesta al ‘quién’ ejecuta, se procurase y garantizase que el ‘cómo’ se ejecuta fuera no sólo en casos extremos, sino que **el procedimiento sea de la mejor manera posible para el consumidor**. Esto viene a cuento que si bien al modus operandi de las entidades bancarias y al procedimiento ejecutivo de la legislación española, se la ha puesto algún coto judicial, no así a la operativa o ‘buenas prácticas’ de los fondos o de las entidades de recobro.

El catedrático Pascual Martínez concluye que los índices IRPH son, en definitiva, una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), y reitera la STS 16 julio 2014, en relación a las “cláusulas suelo”.

Además, la **referencia al IRPH** sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la **vulneración de las normas**, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CC, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible, como el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La cláusula de IRPH del contrato de préstamo hipotecario resulta susceptible de análisis y control de abusividad. El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. La **transparencia de las cláusulas** no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, cuya prueba compete al predisponente. A ello no obsta la intervención de Notario.

Generalmente no existe prueba de que los consumidores que suscribieron la escritura de préstamo hipotecario y por ende de la cláusula controvertida, recibiesen **oferta vinculante**. Tampoco se suele acreditar que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos. No consta tampoco la **aportación de información suficiente** a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera. En suma, no se prueba, por lo general, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio).

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el euríbor.

Declarada la abusividad, debe **considerarse la nulidad de la cláusula**, conforme a la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CC (STS 30 noviembre de 2006 (RJ 2006, 9488), 31 octubre 2007 (RJ 2007, 8644), 10 octubre 2008 (RJ 2008, 5687), 19 noviembre 2008 (RJ 2009, 392), 9 diciembre de 2009, 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703), 11 junio 2010 (RJ 2010, 2677), 7 octubre 2011 (RJ 2011, 6836), 30 octubre 2013 (RJ 2013, 7444)).

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CC, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones. El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH, **deberá aplicarse el interés sustitutivo y, por tanto, deberá procederse a devolver la cantidad** ("los intereses cobrados de más") que resulten en ejecu-

ción de sentencia de la aplicación de uno a otro índice, cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

Para el abogado especialista Antonio Castro, las tesis lógicas y las que debería seguir el TJUE, así como el Tribunal Supremo, serían las que defiende tanto la Comisión Europea como el Magistrado Orduña en lo relativo a la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, en tanto en cuanto **no se puede permitir que los consumidores vean vulnerado su derecho a la devolución íntegra** de las cantidades satisfechas como consecuencia de la cláusula suelo en su contrato hipotecario, en atención a los argumentos exgrimidos tanto por la Comisión Europea como por este Magistrado, a la vez que por una aplicación necesaria del Derecho en aplicación del principio de nulidad, "quod nullum est nullum effectum producit".

A esto hay que sumar la proximidad entre abusividad y transparencia, producto de la flexibilización entre las nociones de control formal y material, acaba aludiendo el TS a la noción de "control de abusividad abstracto" o al "desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos". Quizá una cierta confusión conceptual sea el precio a pagar por pretender vedar el control de abusividad (material) de las cláusulas que fijan elementos esenciales del contrato (lo que, más allá de sus riesgos, es normativamente más que viable en España).

Ademas, entiende el autor que varias Sentencias de Juzgados y Audiencias Provinciales, entre otras cuestiones argumentan que la justicia tiene que resolver con arreglo al sistema de fuentes del derecho, esto es a la Ley, en lugar de con arreglo a la jurisprudencia con lo que a consecuencia de la nulidad deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (artículo 1303 del C Civ), lo que abundaría en la tesis de que los efectos y daños de la cláusula abusiva **deben restituirse en su totalidad**, independientemente de cuando se produjeron; no existió tal diferencia temporal en los daños producidos.

Como conclusión de lo expuesto en el artículo de Virginia Múrtula, se puede afirmar que el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza de los intereses remuneratorios variables en los préstamos hipotecarios se debe fundamentalmente a la **falta de transparencia formal** (arts. 5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU) y real o material (STS Pleno de 9 de mayo de 2013), a la **contravención a la buena fe** (por imponer una especial onerosidad carente de causa), así como a la **falta de reciprocidad** de los derechos y obligaciones de las partes (arts. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCU –antes art. 10 bis LGDCU de 1984- y 87.5 TRLGDCU).

En primer lugar, las cláusulas de redondeo al alza adolecen de una clara falta de transparencia, pues permite a la entidad prestamista encubrir mediante esta fórmula (que consiste en «redondear en cada revisión al múltiplo inmediato superior al cuarto de punto porcentual» y que se encuentra incluida entre una abrumadora cantidad de datos), una parte del precio del préstamo hipotecario cuyo alcance el consumidor realmente desconoce. Sobre todo, teniendo en cuenta la larga duración de este tipo de contratos.

Estamos, como ha declarado el TS en su sentencia de 2 de marzo de 2011, ante «un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y...provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes».

Por tanto, en segundo lugar, es evidente que el redondeo al alza es favorable exclusivamente a la entidad prestamista, carece de justificación y conlleva un desequilibrio contractual importante para el consumidor, contrario en sí mismo a la buena fe objetiva y así lo ha visto el legislador al incluir expresamente este tipo de cláusulas dentro de la lista negra de cláusulas abusivas (art. 87.5 TRLGDCU). Y ello por cuanto el consumidor puede verse obligado a abonar a la entidad bancaria, en el transcurso del periodo de duración del préstamo concertado, una cantidad superior a la que se vería obligado a satisfacer en el supuesto de que dicho redondeo no se hubiera concertado o se hubiera hecho tanto al alza como a la baja al intervalo más próximo al cuarto de punto (o al octavo de punto, como estableció la Ley 44/2002). Además, no se corresponde con ninguna contraprestación adicional a cargo de la entidad financiera.

De ahí que, en tercer y último lugar, haya que entender **nula** y por lo tanto no puesta esta cláusula de redondeo sólo al alza en la liquidación de los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la misma figure.

A día de hoy, concluye Alicia Agüero que las **cláusulas de vencimiento anticipado** son una realidad compleja y harto conflictiva entre nuestros jueces y tribunales, lo que genera una **inseguridad jurídica intolerable**, en buena medida incrementada por el Tribunal Supremo. Lamentablemente, lo único que podemos afirmar es que el cumplimiento de las expectativas del consumidor dependerá esencialmente de qué juez o tribunal que conozca de su litigio. Por el momento, se pueden sintetizar algunas ideas generales:

El vencimiento anticipado consiste en la facultad que se arroga el prestamista de poner fin al plazo, siendo exigible desde ese momento la totalidad del importe prestado, incrementado con los intereses oportunos.

En caso de préstamos hipotecarios, es requisito imprescindible para acceder al proceso de ejecución hipotecaria la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado válida inscrita en el Registro. El pacto de vencimiento anticipado está previsto en la normativa y ha sido declarado válido por el Tribunal Supremo.

Con todo, en la contratación entre empresarios y consumidores, la cláusula puede ser considerada abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

El juez, que puede apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas no negociadas, deberá evaluar los siguientes parámetros para decidir si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva: si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo

depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

La nueva redacción del art. 693.2 LEC, según la cual sólo podrá declararse vencido el préstamo en caso de incumplimiento de tres cuotas mensuales, no prejuzga la validez o abusividad de las cláusulas, pero puede ser utilizada como parámetro para evaluar la eventual abusividad, al igual que el resto del ordenamiento jurídico.

En la **evaluación de abusividad** la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse por el profesional no se opone por sí sola a que el juez la considere abusiva. Pero todas las circunstancias concurrentes deben ser tomadas en consideración para declarar la abusividad de una cláusula, por lo que puede ser apreciada esta circunstancia para decretar su validez.

Según la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las cláusulas declaradas abusivas deben ser expulsadas del contrato. La consecuencia de la **expulsión del contrato** de una cláusula de vencimiento anticipado es la imposibilidad del acreedor de acceder a la ejecución hipotecaria, por lo que, estando pendiente un proceso de este tipo, debería ser sobreseído. Con todo, el Tribunal Supremo ha declarado en dos de sus sentencias más recientes que no debe sobreseerse la ejecución ya que el consumidor obtiene más “beneficios” en el proceso ejecutivo hipotecario.

8. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "Artículo 1111", en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Tomo XV, Vol 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil*, Edersa, 2004.

ALONSO VENTAS, Asunción y MARQUÉS SEVILLANO, Manuel, *Los bonos garantizados y las titulaciones: situación actual, marco global y perspectivas futuras*, "Revista de estabilidad financiera", núm. 30, mayo 2016, Banco de España.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier, *Contratación del mercado de valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, "La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario", *Revista de Derecho Privado*, Septiembre 2003.

CARRASCO PERERA, Ángel, "No es una práctica comercial abusiva la no puesta en conocimiento del deudor hipotecario de la cesión de la hipoteca", *Análisis GA&P*, Marzo 2016.

COLEGIO DE REGISTRADORES, *Cláusulas abusivas no inscribibles en el Registro de la Propiedad*, 5 de junio de 2013.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Estadísticas de fondos de titulización de activos*, abril 2016.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos*, 14 de octubre de 2010.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *Efectos de la acción subrogatoria*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 644, Enero-Febrero 1998.

DÍAZ FRAILE, Juan María, *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2008.

EUROPEAN COMMISSION-ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS (2014), *European Economy. Financial assistance programme for the recapitalisation of financial institutions in Spain, 5th Review*, 2014

FEDERAL HOUSING FINANCE AGENCY, *Statement of FHFA Director James B. Lockhart*, 7 setiembre 2008.

GARCÍA y LASTRES, José Luis, "La naturaleza jurídica y el régimen de las par-

tipificaciones hipotecarias”, en BELÉN CAMPUZANO, Ana y ROJO, Ángel (Coords), *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.*

INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Global Financial Stability Report (GFSR), Abril 2009.*

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “Presente y futuro de la garantía hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 725, 2011.*

JORDANO FRAGA, Francisco, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 653, 1999.*

LACABA SÁNCHEZ, Fernando, “La titulización de créditos hipotecarios. Nueva controversia en nuestro derecho hipotecario”, *Revista de Derecho Vlex, Núm. 144, 2016.*

MADRID PARRA, Agustín, “Nueva regulación de la titulización en la Ley 5/2015”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores, Núm 16, 2015.*

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, “La hipoteca inversa en el marco de la Ley de regulación del mercado hipotecario”, en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, Tomo II, Thompson-Civitas, 2008.*

MARIÑO GARRIDO, Teresa, “Los mercados de valores”, en PALOMO ZURDO, Ricardo J., BELÉN CAMPUZANO, Ana y CONLLEDO LANTERO, Fernando (Dirs..), *Los mercados financieros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.*

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, *Documento de consulta relativo a la mejora del marco regulatorio de los bonos garantizados, Sleg7022, 22-10-2014.*

NASARRE AZNAR, Sergio, “El Anteproyecto de ley financiera y la refinanciación crediticia: una reforma inadecuada e innecesaria”, *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 98, 2002.*

NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios, Marcial Pons, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2003.*

NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe, Cambridge, Gostick Hall Publications, 2004.*

NASARRE AZNAR, Sergio, "El comportamiento concursal de las cédulas hipotecarias y de las cédulas territoriales en la nueva Ley Concursal", *CEFLEGAL. Revista práctica de derecho, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, núm. 43-44, agosto-septiembre 2004.

NASARRE AZNAR, Sergio, "La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera", en GARRIDO MELERO, Martín y FUGARDO ESTIVILL, Josep M^a (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

NASARRE AZNAR, Sergio, "Las novedades en la emisión de las cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial (arts. 2.4 y 2.5 Ley 41/2007)", en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.

NASARRE AZNAR, Sergio, "Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N^o 727, 2011.

NASARRE AZNAR, Sergio, "La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria", *Teoría y Derecho*, 16/2014.

NASARRE AZNAR, Sergio, "A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain", en KENNA, Padraic (Ed.), *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, Ashgate Publishing, 2014.

NASARRE AZNAR, Sergio, *A more integrated covered bond framework? Assessing the options*, Bruselas, 1-2-2016.

ORTIZ, Alicia, "¿Sabían nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo sabían", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2016.

PÉREZ, Daniel y CATARINEU, Eva, *La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial*, Banco de España, *Estabilidad Financiera*, Núm. 14, 2014.

PÉREZ GURREA, Rosana, "La cesión de créditos garantizados con hipoteca: sus requisitos y efectos entre las partes y respecto de terceros", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

RAMÓN CHORNET, Juan Carlos, "Artículo 1878", en ORDUÑA MORENO et. AL. (Coords.), *Código Civil Comentado*, Vol. IV., Thompson Reuters, Navarra, 2011.

REDONDO TRIGO, Fernando, “Algunos problemas de la titulación ante los procesos de ejecución hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 753, 2016.

REPRESA POLO, Patricia, “Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, mayo de 2009.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, *La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 747, 2015.

ROSARIO MARTÍN MARTÍN, María del, *Análisis de los fondos de titulación españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de la crisis*, *Documentos de Trabajo nº 57*, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Enero 2014.

SEIDMAN, William, “The world financial system: lessons learned and challenges ahead”, *History of the eighties – Lessons for the future*, Federal Deposit Insurance Corporation, Vol. II, 16-1-1997.

SIMÓN MORENO, Héctor, *El proceso de armonización de los derechos reales en Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SIMÓN MORENO, Héctor, “La cesión del crédito hipotecario (art. 11.3 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.

TRUJILLO DEL VALLE, José Antonio, “IV. Titulación de activos, crisis y riesgo sistémico”, en ORTEGA FERNÁNDEZ, Raimundo (Coord.), *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, 2011.

VALLE, José Luis, *La reforma del mercado secundario de hipotecas (comunicación presentada al III Congreso Nacional De Registradores, Granada 30 de octubre a 1 de noviembre de 2006)*.



ADICAE

CONSUMIDORES CRÍTICOS,
RESPONSABLES Y SOLIDARIOS

Proyecto: 'Nuevo mercado hipotecario: claves para evitar la burbuja 2.0'



Con el apoyo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Asociación.