

ILMA. SRA. D^a CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ
Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Instancia n° 4 de Castellón
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil (excedente)
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universitat de València

**CRISIS ECONÓMICA Y DEFENSA
DE LOS CONSUMIDORES:
HACIA LA REFORMULACIÓN NECESARIA
DE ALGUNOS PATRONES FALLIDOS**

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Excmo. Sr. D. Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad
Académico-Bibliotecario de la RAVJL



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 91

© Carolina del Carmen Castillo Martínez

ATIPIK FABRIK SL
www.atipikfabrik.es

CRISIS ECONÓMICA Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES: HACIA LA REFORMULACIÓN NECESARIA DE ALGUNOS PATRONES FALLIDOS

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de
Jurisprudencia y Legislación, pronunciado por
Ilma. Sra. D^a. Carolina del Carmen Castillo Martínez, el día 12 de
junio de 2019

**CRISIS ECONÓMICA Y DEFENSA DE LOS
CONSUMIDORES: HACIA LA
REFORMULACIÓN NECESARIA DE
ALGUNOS PATRONES FALLIDOS**

Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil (excedente)
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universitat de València

**DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL
ACADEMIA VALENCIANA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

Contestación del Excmo. Sr. D. Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad
Académico-Bibliotecario de la RAVJL

Valencia, 12 de junio de 2019

CRISIS ECONÓMICA Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES: HACIA LA REFORMULACIÓN NECESARIA DE ALGUNOS PATRONES FALLIDOS

Carolina del Carmen Castillo Martínez
Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia nº 4 de Castellón
Doctora en Derecho
Profesora Titular de Derecho Civil (excedente)
Profesora Asociada de Derecho Civil
Universitat de València

DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Valencia, 12 de junio de 2019

SUMARIO:

I.	CRISIS ECONÓMICA, CRISIS HIPOTECARIA Y LA NECESIDAD DE REVISIÓN DEL SISTEMA.	9
II.	DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL A LA CONTRATACIÓN EN MASA. LA GENERALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	36
III.	EL DERECHO DE LA UE Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. EL DEBATE PERMANENTE ENTRE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EL TJUE SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE.....	41
IV.	LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL.....	50
V.	CRISIS ECONÓMICA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.....	54
VI.	LA TRANSPARENCIA COMO VALOR CONSTITUCIONAL Y LA NECESIDAD DE SU CONCRECIÓN NORMATIVA.....	59
VII.	LOS CONTROLES TUITIVOS SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES:	64

1. CONTROL DE ABUSIVIDAD.....	65
2. CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	68
3. CONTROL PROCESAL.....	71
a) El control de oficio por parte del Tribunal.....	71
b) Delimitación subjetiva del control de abusividad: el concepto de consumidor. Especial referencia a los garantes.....	74
c) Carga de la prueba del carácter no predispuesto de la cláusula. Concepto de “desequilibrio “importante”.....	107
d) Configuración jurisprudencial del control de transparencia:.....	112
d.1) Cláusula suelo.....	113
d.2) Hipoteca multidivisa.....	138
d.3) Cláusula de interés de demora.....	156
d.4) Cláusula de vencimiento anticipado.....	167
d.5) Cláusula de gastos.....	191
d.6) Índice IRPH.....	285
d.7)Otras cláusulas predispuestas a considerar.....	329
4. PREVENTIVO CONTROL NOTARIAL Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	335
VIII. CONSIDERACIÓN FINAL. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y LAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS. HACIA UNA AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LOS MERCADOS FINANCIEROS.....	347
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	375

I. CRISIS ECONÓMICA, CRISIS HIPOTECARIA Y LA NECESIDAD DE REVISIÓN DEL SISTEMA

En la opción del tema para esta disertación he escogido una materia que para mí no resulta en modo alguno desconocida, si bien no ha sido ésta la razón de su elección sino más bien la candencia de su contenido, en modo alguno cerrado todavía, y seguramente por muchos años más aún debatido.

Hace ya algunos años, me atreví a afirmar que la hipoteca había “muerto”, al menos, como medio de aseguramiento crediticio proyectado a la obtención de liquidez por parte de un consumidor¹. El pronóstico de crisis hipotecaria ya entonces reflejaba una realidad actualmente palpable por cualquier operador jurídico. Ciertamente, en la actualidad, con la doctrina que confirma el TJUE sobre el vencimiento anticipado en su reciente sentencia de 26 de marzo de 2019, una buena parte de las ejecuciones hipotecarias van a encontrar como sino final su sobreseimiento, a no ser que el prestatario considere más beneficiosa para sus intereses otra alternativa o el juez nacional valore la imposibilidad de subsistencia del contrato de préstamo hipotecariamente garantizado sin la cláusula de vencimiento tachada de abusividad y considere la prosecución del procedimiento ejecutivo especial, lo que en numerosas ocasiones aborcará, como ya sucede, a las entidades bancarias a recurrir al procedimiento declarativo planteando la pretensión de la resolución contractual en una cuestión que verdaderamente lo es de vencimiento anticipado legal del artículo 1129 del Código Civil, y que en mi opinión adecuadamente han resuelto las secciones civiles de la AP de Valencia, al entenderla viable en orden a la prosperabilidad de la pretensión planteada en la reclamación. De modo que la cuestión controvertida se concre-

1 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Valencia, 2016, Ed. Tirant Lo Blanch.

ta, a último, en la determinación del cauce procedimental por el que canalizar el ejercicio de la acción hipotecaria y es aquí, precisamente, cuando se plantea el problema -en mi opinión de no fácil solución- de decidir si en el contexto de un procedimiento declarativo tiene cabida el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria a través de la ejecución especial antaño residencial en el emblemático artículo 131 de la LH y absorbida por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, con la particularidad de que en este caso el título ejecutivo es, en principio, una resolución judicial.

No fue, ni es, mi pretensión enarbolar un emblema alarmista ni una consigna de propaganda antifinanciera o combativamente bancariofóbica. Sin duda, una vez depurado el mecanismo de financiación hipotecaria tras la crisis inmobiliaria, la hipoteca, que ha demostrado ser un eficiente -sino el que más- mecanismo asegurador de los créditos y préstamos, persistirá como el medio de garantía crediticia más relevante pero hoy por hoy no podemos eludir que asistimos a un momento de decadencia de la que ha sido la garantía real más genuina de entre las destinadas a la obtención de un préstamo por parte de un consumidor², atendido el concepto hoy consagrado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario³ y ya sucesivamente ampliado desde la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, que ya entonces inducía a considerar como paso siguiente el de su extensión a aquellas personas jurídicas que hubieran contratado la garantía real en manifiesta condición de inferioridad respecto de las entidades

2 Cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980, Ed. Montecorvo, pp. 238-247, 287-296 y 327-350. Y, en el mismo sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999, Ed. Aranzadi, pp. 34-42. Y se trata de una idea que se declara constantemente ya desde la Exposición de Motivos de nuestra Primera Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, que presenta la garantía hipotecaria como pieza clave del aseguramiento que propiciará la concesión de crédito territorial.

3 BOE de 16 de marzo de 2019.

bancarias⁴, circunstancia que, considerada la fundamentación ínsita en las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo, bien podría predicarse de una buena parte de ellas.

Tradicionalmente, en nuestro sistema legal, la garantía real hipotecaria sobre un inmueble ha sido considerada, no sin fundamento, la medida de aseguramiento más efectiva para blindar el cumplimiento de una obligación dineraria, pues desde el momento de su constitución confiere al titular de la relación real -inescindible del sujeto activo de la crediticia- un poder, “directo e inmediato” (cfr. arts. 104 de la LH y 1876 del CC), sobre la finca gravada, desvinculando la vicisitud del pago, cuya realización incumbe al deudor, de cualquier actitud reticente al mismo que pudiera manifestar el sujeto pasivo de la relación personal, cualquiera que sea el “poseedor” del inmueble, toda vez que, generada la garantía inmobiliaria, el crédito –ya convertido, además, en especialmente privilegiado- experimenta una suerte de “cosificación” determinante de que la seguridad de su cobro ya no dependa en modo alguno de la voluntad, cumplidora o negligente, del obligado, sino que resulta configurada por y en la medida del valor del inmueble que lo garantiza. También para el deudor la garantía hipotecaria, atendido el considerable valor que en determinado momento tuvo y ha venido a desplegar la propiedad inmobiliaria, suponía un mecanismo adecuado para obtener eficazmente suculentas posibilidades para la capitalización de su economía, doméstica o profesional, al permitirle la recepción, usualmente a través del mecanismo contractual típico y tipificado del préstamo, del líquido necesario para la fluidez y buen funcionamiento de sus relaciones económicas. De hecho, desde la promulgación de nuestra primera Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, esencial reguladora de la garantía real inmobiliaria por excelencia,

4 Sentencia del TJUE, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14, caso Horatiu Ovidiu Costea vs. SC Volksbank România SA.

apenas recogida normativamente por nuestro Código Civil en 1889, con matices diversos en atención a las circunstancias de cada etapa histórica, la hipoteca se ha manifestado como el instrumento más eficaz para la obtención de crédito territorial y medida de aseguramiento de utilidad no cuestionada.

Sin embargo, en los últimos años, este esquema, aparentemente inquebrantable, se tambalea desde sus propios cimientos, quebrando las expectativas de ambas partes de la relación jurídica y anunciando indefectiblemente su inminente deceso. La situación actual, además de desoladora, se plantea confusa para el análisis de cualquier operador jurídico, pues la entrada en acción del Derecho de la Unión Europea –que en escena siempre estuvo- ha evidenciado las numerosas deficiencias jurídicas de un sistema que necesariamente reclama ser revisado, sin que a corto plazo se alcance a atisbar cuál va a ser su desenlace futuro en cuyo panorama adquiere protagonismo esencial la protección del hipotecado, todavía pendiente de una consideración general por parte de Europa y de una revisión necesaria también desde el Derecho nacional. En efecto, actualmente el Tribunal Europeo de Luxemburgo todavía acumula numerosas cuestiones prejudiciales, presentadas por órganos jurisdiccionales españoles, pendientes de resolver, lo que evidencia la nada dudosa conclusión de que los jueces españoles persisten en la duda, más que razonable, de que la normativa nacional resulte ajustada al Derecho que debe garantizar la situación del consumidor, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁵.

5 Respecto de la cual, curiosamente y si bien carente de efecto jurídico alguno, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 4 de junio de 2015 (serie L, nº 137) –nada menos que veintidós años después de su publicación- consta publicada una corrección de errores, meramente formal, mediante la cual precisamente se corrige la redacción del artículo 3, apartado 1 de la Directiva en la versión en castellano y en italiano. Concretamente, en la versión original castellana del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE que no era sino una deficiente traducción de la versión en lengua inglesa, a cuyo tenor “a contractual term which has not been

Desde la anterior consideración las reflexiones que integran este trabajo no pretenden más que ser un instrumento eficaz que sirva al propósito de, por una parte, ofrecer al práctico del Derecho el panorama jurídico objetivamente más completo posible mediante el que se describe y delimita la situación actual en el presente ámbito crítico de la cuestionada eficacia de la garantía hipotecaria –y su más recurrido procedimiento ejecutivo– ubicada en el más amplio contexto de la contratación bancaria ya tachada reiteradamente de abusividad, a la vez que herramienta útil para alcanzar una solución –que, sin duda, no será la única, ni tal vez tampoco la mejor– a las cuestiones habitualmente planteadas a través de la exposición de criterios que, compartidos o no, intentan ofrecer fundada respuesta a algunos de los asuntos suscitados. Pero, como suele decirse, doy comienzo por el principio, que no es otro sino el de la aparición de nuestra antaño intocable y hoy letalmente cuestionada garantía hipotecaria y su privilegiada vía procedimental de ejecución.

Consecuencia derivada de una situación que admite ser calificada como de privilegiada respecto de los titulares de solo un derecho obligacional, el acreedor que tiene su crédito garan-

individually negotiated shall be regarded as unfair if, *contrary to the requirement of good faith*, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer" (subrayado por mí), la expresión indicada con cursiva se había traducido de la manera siguiente: "... *si, pese a las exigencias de la buena fe ...*", toda vez que realmente debiera haberse traducido del siguiente modo: "... *cuando, en contra de las exigencias de la buena fe ...*". No obstante lo cual, el legislador español, al incorporar la Directiva 93/13/CEE al Derecho interno, no recoge la expresión empleada en la normativa comunitaria, pues el artículo 10 bis que resultó adicionado a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, disponía que "se consideraran cláusulas abusivas todas aquéllas 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 se deriven del contrato" (subrayado por mí), expresión (la de "*que, en contra de las exigencias de la buena fe*") asimismo se recoge en el texto del artículo 82.1 del TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/2007, de 16 de noviembre.

tizado con hipoteca puede elegir entre un elenco de opciones procedimentales en orden a la defensa de su derecho crediticio, siempre que concurren los presupuestos procesales establecidos legalmente en orden a su ejercicio. De entre las posibilidades de índole ejecutiva, cabe destacar la opción de instar el proceso de ejecución especial, normativamente residenciado en el Capítulo V del Título IV del Libro III de la LECiv, siempre que se acrediten los presupuestos exigidos por el artículo 682, ejercitando de este modo únicamente la pretensión hipotecaria contra el inmueble gravado con el propósito de obtener “*directa e inmediateamente*” el cumplimiento de la obligación garantizada y desvinculando así el efecto satisfactivo a generar por el pago de su crédito de la conducta o actitud del deudor que eventualmente puede manifestarse renuente a dar efectividad al compromiso que le incumbe.

Como somera referencia inicial al actualmente tan cuestionado proceso especial de ejecución hipotecaria resulta de interés señalar que ya la Ley Hipotecaria de 1861 establecía que los créditos hipotecarios, toda vez que constituidos en escritura pública -y, por consiguiente, atendida su calidad de créditos documentarios-, podían ejecutarse a través del cauce procedimental del juicio ejecutivo normado en la LECiv, primero en la Ley ritual de 1855 y más adelante en la de 1881. No obstante, en un momento posterior, la presión generada por los acreedores por aquél entonces más influyentes económicamente, insatisfechos con dicho cauce ejecutivo, y con fundamento en criterios próximos al favorecimiento de la expansión del crédito territorial y la aminoración del interés del dinero, propició el establecimiento legal de una tutela judicial más privilegiada todavía, plasmada normativamente en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893 y, después, en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909. Tales avatares determinaron la consolidación del denominado procedimiento judicial sumario, finalmente regulado en

el artículo 131 de la LH. Con anterioridad a este hito, la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 ya había regulado un proceso especial de ejecución (cfr. arts. 39 a 51 de la LHN) y la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, también dispuso una suerte de procedimiento judicial sumario para la hipoteca de naturaleza mobiliaria (cfr. arts. 82 a 85 de la LHMYPSPDP), asumiendo los principios más destacados de la regulación, previamente arraigada, de la hipoteca inmobiliaria. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no eliminó dichos procesos especiales de ejecución, sino que optó por su unificación, de tal manera que la norma procedimental determinó el asentamiento de un proceso especial de ejecución, que debe calificarse de ejecución hipotecaria, comprensivo de la hipoteca inmobiliaria, la hipoteca mobiliaria y la hipoteca naval, aglutinando igualmente en su tratamiento procesal la ejecución de la prenda sin desplazamiento de la posesión, si bien en este último caso con peculiares especialidades.

Pues bien, este privilegiado proceso de ejecución hipotecaria, configurado legalmente como consecuencia ineludible del derecho real de garantía hipotecaria, ha venido siendo puesto en tela de juicio, muy significativamente a partir de la entrada en vigor de la CE de 1978, toda vez que los febles mecanismos legales articulados en defensa de los derechos del ejecutado -actualmente elevado a la categoría de *consumidor* en la mayor parte de los supuestos- ya se advertían arduamente armonizables con el tan invocado derecho a la tutela judicial efectiva que, a favor de aquél, aparece consagrado constitucionalmente, si bien los primeros envites jurídicos contra su vigencia no lograron su pretendida desintegración, impedida en buena medida por la argumentación que, contenida en la STC (Pleno) 41/1981 -no en vano de-

fendida en su ponencia por destacado civilista-⁶, resultó aco-

- 6 La STC 41/1981, de 18 de diciembre (RTC 1981/41), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, mediante la que por primera vez se rechazó la inconstitucionalidad del procedimiento especial sumario que contenía el antiguo artículo 131 de la LH, declaraba que “el hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. el primero es de índole sistemática. La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los Estatutos del Banco Hipotecario de España dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones puedan producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de tutela” (F.J.6º). Por otra parte, la referida resolución describió los caracteres típicos del procedimiento, asumiendo, en definitiva, que se trataba de un procedimiento de ejecución sobre una finca hipotecada en que las posibilidades de oposición son muy limitadas y en que casi cualquier posibilidad de suspensión y oposición resulta trasladado al declarativo correspondiente. En este último sentido se manifiesta lo que sigue: “El procedimiento de ejecución hipotecaria se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido falta la controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto, es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica, a partir de la naturaleza del título. La garantía del crédito hipotecario consiste en la sujeción del valor de la finca hipotecada, que es, simplemente, potencial, porque la realización del valor sólo puede producirse si se da la «conditio iuris» del que se incumpla la obligación asegurada. Producida tal «conditio iuris», la sujeción potencial se actualiza y el valor se realiza. El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realice un derecho del acreedor, que éste no puede realizar por sí solo porque se lo impide el principio de la paz jurídica. Es lógico que la actividad del Juez sea comprobar si subsiste el crédito (si subsiste la sujeción potencial) y si se ha producido la «conditio iuris» que la hace actual (si se ha incumplido la obligación), de modo que acreditados registral y judicialmente ambos extremos se pasa directamente a la enajenación de la finca. La acción hipotecaria se ejercita directamente sobre los bienes hipotecados, una vez comprobado que la sujeción potencial subsiste y que la actualización ha acaecido. A este respecto interesa subrayar la identidad entre el procedimiento de ejecución hipotecaria común y el especial del Banco Hipotecario de España, y hacer notar que las críticas que en su día se formularon a la introducción del primero no se refirieron a la supresión de la fase de cognición, sino a la posibilidad de someter a la administración la finca hipotecada y a otros extremos que aquí no son de relieve. La ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento. No se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo. Las cuestiones de fondo quedan intactas y pueden discutirse después con toda amplitud” (F.J.5º). No obstante, cabe significar que esta posición monolítica localiza su primer punto de in-

gida por ulteriores pronunciamientos del mismo Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 64/1985 y 8/1991). Probablemente, la airosa superación de tales retos jurídicos determinó que los más destacados beneficiarios del sistema que el legislador durante muchos años había consagrado en su provecho entendieran decaído cualquier veto o restricción para su expansión más agresiva contra el consumidor, sin solución alguna de continuidad, lo que sin duda decisivamente nos ha conducido a la crítica situación actual y a que, al amparo de una desfasada interpretación del principio de autonomía privada, la ya de por sí sofisticada ingeniería jurídica de las en-

flexión en la STC 41/1986, de 2 de abril, en la que se admitió la posibilidad de invocación de otros motivos de oposición diversos a los contemplados en el artículo 132 de la LH. Por otra parte, con posterioridad la posibilidad de plantear incidente extraordinario de nulidad de actuaciones en el ámbito del mismo proceso especial sumario o, diversamente, la imperatividad de invocar dicha circunstancia en el seno del procedimiento declarativo provocó el dictado de resoluciones generadoras de una cierta inseguridad jurídica, por sus términos a veces confusos y otras incluso contradictorios entre sí. Así, algunos pronunciamientos se decantaban por la admisión de la posibilidad de plantear incidente de nulidad de actuaciones en el seno del propio procedimiento especial (cfr. SSTC 148/1988, de 14 de julio, y 8/1991, de 17 de enero), en tanto que otras se mantenían inflexibles con la necesidad de remitir el incidente, en todo caso, al procedimiento declarativo correspondiente (cfr. STC 217/1993, de 30 de junio). Así las cosas, cabe concluir que sin duda fue debido a este respaldo de legalidad que avaló la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario por lo que el contenido del antiguo artículo 131 de la LH se desplazara de manera casi inalterada a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en cuya Exposición de Motivos consta justificado el mantenimiento en lo esencial del anterior procedimiento judicial sumario, toda vez que las restricciones en el mismo contenidas a la oposición había sido declaradas por el TC abiertamente constitucionales, a lo que se añadía que cualquier posible alteración de la regulación podría generar problemas en el mercado hipotecario. Más recientemente sucesivas resoluciones emanadas de nuestro TC han confirmado la constitucionalidad del procedimiento ejecutivo hipotecario; así, los Autos 113/2011 (Auto 113/2011, de 19 de julio de 2011, por el que se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 7223-2010, planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell en relación con los artículos 579, 695 y 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) y 71/2014 (Auto 71/2014, de 10 de marzo, por el que se inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6958-2013, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Avilés en relación con el artículo 7.14 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), y también la Sentencia 39/2015, de 2 de marzo (resolutiva del recurso de amparo 4219-2012, promovido por don Miguel Ángel Gutiérrez Peinado respecto del Auto de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Villarrobledo desestimatorio del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria), en la que se revisa la cuestión de la suficiencia del título, considerando desproporcionada y formalista la negativa del órgano jurisdiccional a revisar el título ejecutivo remitiendo al ejecutado al procedimiento declarativo correspondiente.

tidades financieras alcanzara cotas ciertamente inimaginables en la mente del legislador que pergeñó el privilegiado proceso ejecutivo hipotecario, todo ello con la cooperación necesaria de los ahora contritos depositarios de la fe pública notarial que, por inercia, vinieron a consagrar escriturariamente ingeniosas piruetas jurídicas y sorprendentes configuraciones del derecho real supuestamente más efectivo contra los impagos, ofrecidas en forma de curiosas modalidades de aseguramiento e ingeniosas posibilidades resolutorias de la relación crediticia a favor del profesional precipitadas usualmente por las más nimias circunstancias, además de una complaciente consideración de las cláusulas relativas a la fijación de los intereses, ingredientes todos ellos que contribuyeron, en pareja medida, a elaborar la receta de la hoy consagrada abusividad servida como plato de escasa complacencia para el paladar de quien debe afrontar la resolución de las cuestiones jurídicas desplomadas recientemente en cascada aún imparables, y de todavía mucho más difícil asimilación para el consumidor que debe digerirla en el seno de su ya maltrecha economía doméstica. De este modo, la consolidación de los derechos en creciente expansión del acreedor hipotecario, en detrimento de sus sufridos ejecutados, inició su ascenso incontrolado hasta golpear duramente con el techo que determinó su también imparables declive, probablemente ya vaticinado en una etapa durante la que apenas a través de juristas especializados se tenía somera referencia de la vigencia de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pues el Derecho Comunitario todavía entonces nos resultaba un limbo ciertamente lejano, incluso -y sobre todo- desde la perspectiva de nuestro, aparentemente inamovible, sistema de fuentes.

Ciertamente, durante esta etapa de descontrolada expansión

financiera, todavía ajena a la implicación judicial siquiera en cuestiones próximas a la abusividad –concepto, sin duda, por aquel entonces absolutamente extraño a nuestros menesteres jurídicos-, tan sólo la ocasional posición crítica manifestada en la calificación registral de tan indeseable clausulado se erigió en elemento incómodo para las más poderosas instancias financieras que veían impedida la necesaria titulación que posibilitaba el desenfreno de tan enjundiosa actividad. Sospechosamente, en el apuntado contexto resultó promulgada 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 y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, mediante la que se da una nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, sin duda para poner de manifiesto las vacilaciones –insolubles, a tenor de las ingeniosas fórmulas financieras discurridas por las entidades bancarias- entre la materia *real* y la *obligacional* a los efectos de su posible ingreso en el Registro de la Propiedad pero, en todo caso, con el evidente propósito práctico de impedir diversas -y molestas- posibilidades interpretativas en la tarea calificadora del registrador, determinando una injustificada y casi plena apertura del acceso al Registro de cualquier supuesto de estipulación incorporada a los contratos de financiación, si bien en ocasiones revestida del valor de publicidad-noticia aunque, de cualquier manera, sometida al principio no declarado de que “a mayor complejidad o ininteligencia de la cláusula a calificar, menor margen de posibilidad de actuación a desplegar por parte del registrador en la tarea de su calificación previa al ingreso en el Registro de la Propiedad”. Criterio consagrado en sus aclaraciones a la antedicha reforma por la conocida Resolución emitida por el Centro Directivo en fecha 24 de julio de 2008, si bien rápidamente contradicho por la propia DGRN en posteriores Resoluciones de 1 de octubre, 4 de

noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 8 de junio de 2011, y sobre el que, aunque no de manera ciertamente terminante, también se manifestó en su momento la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de septiembre de 2013 (recaída en el proceso de revisión de la controvertida y justamente criticada Resolución de 24 de julio de 2008). Y, así las cosas, el privilegiado proceso ejecutivo hipotecario resultó normativamente trasladado desde su originaria ubicación en la Ley Hipotecaria (art. 131) a la Ley Procesal Civil (arts. 681 y ss.), sin modificación relevante ni en su ámbito estructural ni tampoco en orden a su aplicación o eficacia, manteniendo su esencia ejecutiva en la que únicamente –y de manera harto tímida y puntual desde el punto de vista normativo- podía incidir el ingreso del deudor en situación concursalmente declarada (cfr. art. 56 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que dispone la paralización de las ejecuciones de garantías reales –tanto a iniciar como ya en curso- en situaciones de declaración del concurso).

Y llegó la crisis económica y financiera, dejando al descubierto “algunos puntos débiles en el funcionamiento y transparencia de los mercados financieros”⁷ y el “comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado”⁸. Y con ella el decaimiento de los resortes más asentados de nuestra economía y el derrumbe de los tradicionales pilares en que la obtención de crédito se fundaba⁹.

7 Cfr. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.

8 Cfr. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

9 Con el camuflaje de lo que, como otro factor adicional, se ha denominado “la trampa de los nombres”, pues “denominaciones como swap, “producto financiero tridente” o “seguro de vida unit linked multiestrategia” hablan por sí solas. Y qué decir de las participaciones “preferentes”, que en realidad te quitan toda preferencia en caso de que la entidad quiebre. En

Seguimos viviendo un especial momento de crisis inmobiliaria, con especial transcendencia hipotecaria, muy singularmente desde que reparamos en la existencia de esa “bella durmiente” por muchos desconocida hasta que emergió de su letargo: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Con nuestro poder legislativo remoloneando en disimulado traspaso de su función de regular al judicial, un complejo y atiborrado panorama normativo nacional en el que dudosamente parece regir el imperio de la ley, los órganos judiciales patrios en titubeante dispersión de criterios y hasta en señalados y mediáticos enfrentamientos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea convertido en un sobresaltado legislador —también procesal— civil español, los ojos de Europa expectantes ante el hundimiento de un sistema inveteradamente intocable de aseguramiento crediticio, y hasta la ONU denunciando a España por incumplimiento de las leyes internacionales sobre el derecho a la vivienda¹⁰ la situación resulta, sin duda, inquietante. Y,

definitiva, no se puede ofrecer un swap como un seguro cuando en realidad es una apuesta (STS 7-7-2014)”. Cfr. MARÍN CASTÁN, F., *Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil*, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, en 16 de abril de 2015, cuya reseña puede localizarse en “El Notario del siglo XXI”, nº 62 publicada en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, tomo LV, separata.

- 10 Noticia publicada en la sección de finanzas de www.idealista.com, en fecha 21 de septiembre de 2015, en la que se refiere que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (ONU) solicitaba a España que cumpliera con la legislación internacional en los procesos de ejecución hipotecaria tras denunciar que la justicia española había violado el derecho a la vivienda de una mujer, al haber subastado el juzgado su casa sin haber notificado correctamente la medida a la afectada y, de este modo, le privó de defender sus derechos resultando, según la Organización de las Naciones Unidas, que la legislación española sobre ejecuciones hipotecarias incumple el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pues el juzgado que sustanció el caso de la mujer afectada “no tomó las medidas razonables” para notificar adecuadamente la demanda de ejecución hipotecaria presentada contra ella y permitir defender sus derechos ante un tribunal. En este contexto se indicaba, además, que la ONU instaba al Gobierno español a realizar una “reparación efectiva del daño causado” a la persona afectada y, además, el Comité de la ONU requería a España para garantizar los requisitos y procedimientos adecuados

muy señaladamente, ante los detalles que ofrece semejante panorama jurídico español, perturbador para cualquiera de los operadores jurídicos a quienes directa o indirectamente afecta, ésta es la conclusión que irremediablemente se alcanza de la consideración de apenas los últimos —que no los únicos— elementos objetivos que conforman y describen el escenario en el que supuestamente sigue en pie la garantía hipotecaria española en el ámbito de los préstamos al consumo, cual otrora rutilante actriz en crepuscular irreversible decadencia, interpretando un guión ya caduco y resistiendo los embates de un tirano director y los vituperios de una grada insatisfecha y enojada, pero dispuesta a terminar con su postrera representación ante un cartel que desconoce la identidad de la protagonista que la vaya a reemplazar. Apenas algunos datos para apuntalar tan devastador corolario.

Seguidamente, señalo la primera de las referencias a tener en cuenta. Y es que ya el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015¹¹, cancelando una prolongada controversia, vino a consolidar la consecuencia de la necesaria declaración de nulidad de una cláusula abusiva incluso en el caso de que no se hubiera aplicado en los mismos términos en que dicha estipulación se hacía constar en la escritura de préstamo hipotecario, extremo singularmente relevante en los supuestos de declaración de invalidez por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, como ya he apuntado recientemente resuelta por parte del Tribunal de Luxemburgo -al responder las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro Tribunal Supremo y un Juzgado

antes de iniciar la subasta de una vivienda y su desalojo.

- 11 Auto del TJUE, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015, caso 602/13. En este supuesto la petición de decisión prejudicial tuvo por objeto la interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y se presentó en el marco de un litigio, planteado entre Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A por una parte, y dos particulares por otra, relativo al cobro de las deudas impagadas derivadas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre estas partes en el litigio principal.

de Barcelona-, toda vez que, presupuesta su nulidad, debiendo ser considerada la estipulación por no puesta, atendido su innegable carácter de fundamento de la ejecución, su necesaria eliminación del contrato de préstamo hipotecario, y consiguiente imposibilidad de declarar el vencimiento anticipado de la deuda pendiente de pago, determina la inviabilidad del dictado del despacho de ejecución y consecuente sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, conduciendo irremediablemente al ejecutante hacia la ruta del juicio declarativo correspondiente con la alternativa de reclamar las cuotas impagadas, en principio ya despojadas de la seguridad que ofrecía la garantía hipotecaria, o interesar la resolución contractual por incumplimiento del prestatario (arts. 1129 y 1124 del CC). En efecto, a este respecto, en la antedicha resolución el Tribunal de Luxemburgo terminantemente declaraba que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter “abusivo” —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— 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”. La indicada conclusión, que ya había sido anunciada por numerosas resoluciones emanadas de nuestras Audiencias Provinciales¹², se erige ahora en resultado de necesaria comprobación por parte del órgano judicial al que la ley atribuye la función de revisar los requisitos legales que deben concurrir en el título ejecutivo en que la escritura de constitución de préstamo hipotecario consiste a los efectos del dic-

12 Cfr., por todas, AAP, de Valencia, Sección 7ª, del 25 de junio de 2014 (ROJ: AAP V 72/2014), de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, del 18 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP A 2173/2014), de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 229, Sección 6ª, del 9 de diciembre de 2014, y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, del 10 de febrero de 2015 (ROJ: AAP V 59/2015-ECLI:ES:APV:2015:59A), así como la SAP de Castellón, Sección 3ª, del 30 de junio de 2014 (ROJ: SAP CS 808/2014) y, de fecha posterior, el AAP de Barcelona, Sección 16ª, del 17 de febrero de 2015 (Auto núm. 55/2015).

tado del despacho de ejecución, toda vez que el hecho de que no se haga efectivo en su literalidad lo pactado en la póliza no implica que lo que se impuso en su día al consumidor no revisiera dicho carácter abusivo, pues no se trata de analizar si el prestamista se comportó o no de manera abusiva al aplicar la estipulación pactada, sino de comprobar si lo hizo al imponer la cláusula al consumidor al tiempo de la perfección del contrato de préstamo. Sentado lo anterior, y habiéndose pronunciado ya —con determinados matices— en sentido favorable a la declaración de nulidad de la cláusula y consecuente sobreseimiento del procedimiento ejecutivo hipotecario numerosas Juntas de Jueces y plenos jurisdiccionales de Audiencias Provinciales, cabe ponderar a cuántos procedimientos ejecutivos en que se pretende dar efectividad a la garantía real hipotecaria que asegura un préstamo concedido a un consumidor está afectando esta circunstancia toda vez que, a partir de la consideración del referido Auto del TJUE, se impone este necesario análisis y su contundente consecuencia, nuevamente sometida, como ya indiqué, a la consideración del Tribunal de Justicia de la Unión que ha tenido ocasión de pronunciarse en su Sentencia de 26 de marzo de 2019, en términos que serán más detenidamente analizados en otra parte de este trabajo.

A continuación, un segundo apunte -casi ya histórico, pero no por ello menos relevante- a considerar. Y es que es menester recordar que la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante en su momento planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial atinente a si era compatible con el Derecho europeo del consumidor la no retroactividad de la nulidad de una cláusula suelo, como sería en contra y de ordinario el efecto a derivar conforme a nuestra normativa civil, planteamientos con los que el órgano jurisdiccional español remitente pretendía agotar la polémica

planteada por la doctrina emanada del Tribunal Supremo. En este mismo ámbito, mediante Auto de 17 de julio de 2015, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria cuestionó ante el TJUE si la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo era compatible con el Derecho de la Unión. Y al resultar negativa la respuesta ofrecida por el Tribunal de Luxemburgo¹³, ya conocemos de las derivaciones de la correspondiente declaración del TJUE y de qué manera hasta entonces se ha tenido que ofrecer réplica convincentemente fundada a los consumidores afectados por resoluciones judiciales dictadas en aplicación no de una regla conformadora de nuestro Derecho positivo sino de un criterio diverso incluso a la previsión normativa general contenida en nuestro Código Civil (art. 1303 del CC), a los efectos de no provocar una injustificada discriminación respecto de posteriores beneficiarios de una doctrina diferente y acorde con nuestro texto legal y la normativa comunitaria. Por no hablar, además, de las consecuencias que la consiguiente devolución de capital ha tenido en la contabilidad de las entidades bancarias y su incidencia en el sistema financiero español.

Otro dato más, también ya pretérito, pero de singular interés como para no descuidar. Y es que, como es sabido, la precedentemente apuntada no ha sido la única de las cuestiones que los órganos judiciales españoles han planteado y mantienen ante el Tribunal de Luxemburgo. A ella han sucedido otras muchas. De entre las cuestiones prejudiciales de las que también se estuvo esperando ansiada respuesta destaca la planteada por el Juzgado de Instancia número 4 de Martorell ante el Tribunal Europeo sobre el asunto relativo a la conformidad con el Derecho de la Unión del plazo de veinte días establecido por la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipote-

13 STJUE de 21 de diciembre de 2016. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

carios, restructuración de la deuda y alquiler social, a los efectos de alegación como motivo de oposición de posibles cláusulas abusivas en la escritura de préstamo garantizado con hipoteca¹⁴. Al respecto, las conclusiones previamente emitidas por el Abogado General ya resultaron implacables al considerar su frontal oposición al Derecho de la Unión Europea pues, partiendo de la consideración de que el legislador español consideró la publicación en el BOE de la Ley 1/2013 como una notificación de carácter procesal, aconsejaba al Tribunal de Luxemburgo una respuesta del tenor siguiente: “A la luz del principio de efectividad, los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se oponen a una disposición nacional transitoria, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores un plazo preclusivo de un mes, a contar desde el día siguiente al de la publicación de la ley de la que forme parte dicha disposición, para formular oposición sobre la base del carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en curso”¹⁵. Así, el

14 Y es que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013 dispuso el régimen transitorio en relación con la posibilidad de plantear oposición en un procedimiento de ejecución pendiente, fundada en el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el título que constituya el fundamento de la ejecución. De conformidad con la previsión contenida en su apartado segundo: “*En los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Y en virtud del apartado cuarto de dicha Disposición, la publicidad de la misma “*tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto*”.

15 Cfr. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas en fecha 13 de mayo de 2015, en el asunto C-8/14, BBVA, S.A., anteriormente Unnim Banc, S.A contra Diego Fernández Navarro, Diego Peñalba López y Clara López Durán.

Abogado General venía ya a precisar que, a pesar de que la regulación procesal pertenece al ordenamiento jurídico interno y compete con carácter exclusivo a la legislación de los Estados miembros, debe responder a los principios de equivalencia y de efectividad, informando, en definitiva, que en modo alguno puede resultar menos favorable que la que rige situaciones similares sometidas al Derecho interno y, en todo caso, no imposibilitar en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos a los consumidores por el Derecho comunitario. No obstante, no cabe desconocer que el TJUE reconoce la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de los plazos de recurso sujetos a caducidad en tanto que resulten materialmente suficientes para la preparación de la interposición de un recurso efectivo. Y así, con precisa referencia al plazo de un mes sometido a enjuiciamiento, consideraba el Abogado General que dicha extensión temporal no era irrazonable, toda vez que un mes resulta tiempo suficiente a los efectos de poder plantear oposición ante una ejecución hipotecaria, significando que el TJUE ha admitido plazos procesales incluso más breves que éste. Desde la anterior consideración, la fijación temporal —de un mes, como tal, no venía a constituir ningún obstáculo desde el punto de vista de los mencionados principios de equivalencia y de efectividad. No obstante lo cual, el Abogado General informante no compartió esta misma consideración respecto de la fijación del momento a partir del cual empieza a contarse el referido plazo, atendida la circunstancia de que el apartado cuarto de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece que la publicación en el BOE de la antedicha previsión tendrá el carácter de comunicación plena y válida a efectos de la notificación, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto. Y así, sin declarar la exigencia de comunicación explícita del régimen transitorio establecido a las partes ejecutadas en el procedimiento, se venía a equiparar el acto de la publicación de la norma legal —Ley 1/2013— a una

notificación en forma, pues, de carácter procesal. Es por lo que, considerando las propias resoluciones del TJUE, el Abogado General venía a concluir que no resultaba admisible, por ser contrario a la normativa europea en materia de consumidores, que un plazo procesal comience a transcurrir a partir de la fecha de publicación en el BOE de la disposición que lo establece, pues lo adecuado en el ámbito de los actos procesales es que los plazos empiecen a contar desde el momento en que consten recibidas por las partes —en este caso la ejecutada— las notificaciones remitidas por el órgano jurisdiccional al que corresponde el conocimiento de la causa. Y así, resulta que la carencia de un conocimiento efectivo acerca de la publicación de la norma no permite garantizar la disponibilidad plena del plazo y, considerando la asumida circunstancia de precariedad económica afectante a la generalidad de los consumidores ejecutados, el ingente número de ejecuciones hipotecarias pendientes al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y el presumible desconocimiento de sus derechos por parte de los consumidores, el Abogado General consideró que el plazo prevenido por la norma que se contiene en la Ley 1/2013 resultaba impeditivo de la preparación y consiguiente interposición de un recurso efectivo, por lo que la ausencia de notificación personal a los afectados impedía considerar razonable y, por ende, ajustado al Derecho europeo, el plazo cuestionado que, únicamente de por sí, no participaría de la apuntada calificación. Pues bien, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo llegó sin apartarse un ápice del criterio expuesto por el Abogado General en sus conclusiones y el TJUE vino a declarar disconforme con el Derecho Comunitario el controvertido plazo, como era previsible que sucediera, presagiando unas consecuencias que irremediablemente supusieron en su momento una adicional aportación de confusión en el descrito panorama. Y llegó el momento, también, de cuestionarse la procedencia de la admisión de las oposiciones por abusividad que

no llegaron a plantearse por razón de la preclusión del referido plazo. Y, de resolverse en un sentido afirmativo, la fijación, si acaso, de un criterio selectivo. En efecto, en fecha 29 de octubre de 2015, el TJUE vino a dictar Sentencia en el asunto C-8/14¹⁶, respondiendo a la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Martorell, en la que declaraba que el plazo preclusivo de un mes para que el consumidor pudiera enunciar la abusividad de las cláusulas, a contar desde su publicación en el BOE —comenzando a correr sin que los consumidores sean notificados personalmente— establecido en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, era contrario a la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

La ceremonia de la confusión se acentúa aún más si consideramos las más recientes declaraciones emanadas de las Salas Primera y Tercera de nuestro Tribunal Supremo en materia de cláusula de gastos hipotecarios, singularmente las relativas al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, y la modificación legislativa en torno a la determinación del sujeto pasivo del tributo, propiciada por un injustificado oportunismo político. Y este capítulo, aparentemente cerrado, se reabre con la reciente presentación, en el mes de marzo de este año en curso, por parte de los Juzgados de Instancia nº 6 de Ceuta y nº 17 de Palma de Mallorca de sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a los efectos de obtener un pronunciamiento relativo, entre otros extremos, a si las últimas sentencias del Tribunal Supremo español por las que se acordaba la distribución de los gastos de formalización de las hipotecas entre la entidad bancaria y el cliente resultan contrarias al Derecho de la Unión y su jurisprudencia, por cuanto se refiere a la protección de los consumidores en el ámbito de las

16 Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015, Sala Primera, asunto C-8/14, caso BBVA, S.A., anteriormente Unnim Banc, S.A. vs. Pedro Peñalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gabarro.

cláusulas abusivas.

Como pendiente de clausura se encuentra asimismo la controversia suscitada en el ámbito de la contratación hipotecaria con IRPH, a la espera de conocer la sentencia del Tribunal de Luxemburgo tras la vista pública de la cuestión prejudicial celebrada el 25 de febrero de este mismo año 2019.

Y sin que a todo ello parezca que vaya a poner definitivo y estable remedio la ya mencionada Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario¹⁷, erróneamente nominada como “nueva Ley Hipotecaria” -que sólo afecta a cinco artículos de la LH- que, si bien se presenta como una norma esencial de protección a las personas consumidoras, ya de entrada no se proyecta hacia la protección del consumidor, según la definición dispuesta en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sino que tiene, con carácter general, por destinatarias a las personas físicas -sean o no consumidores- que resulten deudores, fiadores o garantes de préstamos garantizados con hipoteca, o mediante otro derecho real de garantía, sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, si bien la propia norma, en su artículo 2, determina que si nos encontramos ante préstamos con garantía hipotecaria u otra de naturaleza real, sobre un inmueble de uso residencial, basta con que el “*prestatario, fiador o garante*” sea una persona física, mientras que si la finalidad del préstamo es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, es preciso que, además, sea consumidor, conjugando de este modo siempre desde el presupuesto

¹⁷ La Ley 5/2019 tiene por objeto la trasposición de la Directiva 207/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, que constituye el marco normativo para los créditos inmobiliarios, no abordado previamente al tratar la regulación del crédito al consumo en la Directiva 2008/48/UE, un año después de que la crisis inmobiliaria y financiera empezara a sacudir los mercados.

de la persona física dos criterios -subjetivo y objetivo- determinantes del ámbito aplicativo de la norma.

Por otra parte, desde una perspectiva más netamente procesal, no cabe desatender el hecho de que la repercusión que la doctrina fijada por el TJUE en materia de consumo está teniendo sobre la configuración de nuestro proceso civil y que resulta de tal entidad que alcanza incluso a sus principios rectores. Y, en este ámbito, merece ser puesta de relieve la incidencia — que bien podríamos calificar de auténtica revolución— que tiene por hipocentro la idea de garantizar el efecto útil de la protección que al consumidor dispensa la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y por epicentro unos principios diferentes: los europeos de equivalencia y de efectividad¹⁸. En efecto, debe considerarse que la doctrina acuñada por el TJUE al amparo de los principios de equivalencia y de efectividad y de la consideración de la protección del consumidor como cuestión de orden público europeo nos vaticina nuevas modificaciones de nuestra Ley Procesal; entre ellas, muy probablemente, la del artículo 465.5¹⁹. No en vano,

18 Al respecto, JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Lección inaugural del curso académico 2018-2019, Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, Burgos, 2018, pp. 52-53, ha señalado que “es evidente el papel que desarrolla el TJUE como vehículo dinamizador del Derecho de la Unión Europea y ahora también, parece, del Derecho interno, a la luz de la experiencia arriba mostrada, por ejemplo y en concreto, en relación con la materia de las cláusulas abusivas: papel que, especialmente y como ha sido dicho, ejerce el Tribunal de Justicia en el marco de la cuestión prejudicial a modo de legislador europeo y con carácter de tribunal constitucional. También aquí, en nuestro caso utilizado como hilo conductor a lo largo de esta exposición, hubiera podido operar como “salvavidas” para el juez español competente el planteamiento de cuestión prejudicial en tanto en cuanto juez *a quo* de un proceso pendiente; no en vano y como tal, le pertenece el juicio de relevancia (Prüfungsrecht) sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión, aún a riesgo de su admisibilidad/inadmisibilidad en Luxemburgo. Él es dueño y señor de sus actos”.

19 El artículo 465 de la LECiv, redactado por el apartado ciento noventa y cinco del artículo decimoquinto de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE de 4 noviembre), en su arábigo 5, declara lo siguiente: “*El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La resolución no podrá*

para el Tribunal de Luxemburgo el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales se extiende al tribunal “*ad quem*”, imponiéndose al deber de congruencia en segunda instancia y a la prohibición de “*reformatio in peius*”. La más reciente doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en sede de recurso hace suponer una próxima batalla a librar ante el TJUE. Controversia que guarda relación con la limitación de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Y es que, ciertamente, en esta órbita, la contienda no es nueva sino más bien todo lo contrario pues, como es sabido, apenas un par de años atrás el TJUE y la Sala Primera del Tribunal Supremo también se vieron enzarzados en una parecida cruzada de la que resultó evidente perdedora la Sala Civil de nuestro Alto Tribunal (STJUE de 21 de diciembre de 2016). Si bien, en este caso, la novedad se localizará en la munición a utilizar por parte del órgano jurisdiccional patrio, toda vez que en este caso los argumentos se conforman por un sólido conjunto de principios, instituciones y reglas procesales de profundo arraigo en nuestro ordenamiento, directamente vinculados, además, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la seguridad jurídica: el principio dispositivo y de aportación de parte, el instituto de la cosa juzgada y la prohibición de “*reformatio in peius*”.

De cuanto antecede fácilmente se colige la presente coyuntura de inseguridad jurídica que, como consecuencia de una previa prolongada -y, por qué no decirlo, consentida- experiencia en la carencia de control de la *lex artis* bancaria —en la que todos los operadores jurídicos sin excepción, por acción u omisión y en gradación revisable, deberíamos entonar un *mea culpa*—, preside las relaciones generadas en el ámbito de los prés-

perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado”.

tamos de consumo asegurados con garantía hipotecaria y su efectividad para las partes implicadas en su obtención, haciendo decaer el sacrosanto principio de la autonomía de la voluntad por mor de una arraigada desatención en la pulcra negociación del clausulado contractual en el ámbito de la contratación bancaria vinculada a la materia de consumidores ya convertida de manera ineluctable en cuestión de orden público. Situación que actualmente también se encuentra potenciada por la notoria precariedad de un sistema legal inestable de predicamento inevitablemente transitorio, provocador de una disparidad interpretativa y, toda vez que dónde no alcanza la norma deben llegar los principios, de suyo generales, la consiguiente concurrencia de una dispersión de criterios judiciales en orden a atender a las soluciones que demanda la necesaria justicia del caso concreto que se plantea²⁰, sin perjuicio de que la materialización del mito del Juez Hércules²¹ en modo alguno pueda implicar la desvirtuación de su función jurisdiccional de ineludible sometimiento a la ley, que debe gobernar la decisión del órgano judicial, si bien tampoco nada le impide superarla²², toda vez que el legislador se manifiesta empecinado en propi-

20 Así, por ejemplo, la conveniencia de una dación en pago para un emigrante cuya permanencia territorial va a ser transitoria puede no ser lo deseable para una persona en situación de desempleo que no desea desprenderse del inmueble que constituye su vivienda sino a la que más bien le interesaría una moratoria en la posibilidad de abono de las amortizaciones de su préstamo.

21 Al respecto, cfr. OST, F., *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*, trad. de I. Lifante, Doxa, en “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, núm. 14, Alicante, 1993, pp. 169 y ss.; y DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984 y *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

22 Pues, ciertamente, todo lo que no está regulado expresamente por la ley no resulta necesariamente prohibido. Y, así, ejemplos de exigidas relecturas de preceptos por parte de los órganos jurisdiccionales, sin duda, haberlos haylos. Vgr., por todos, en relación con el artículo 1902 del CC y en punto a la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, o con precisa referencia al artículo 1591 del CC en cuanto a la interpretación extensiva que habilita la inclusión en su contexto aplicativo propio de la determinación de la responsabilidad decenal por ruina del edificio de la figura del promotor, o también respecto del artículo 1137 del CC por cuanto se refiere a la conversión en regla general de la solidaridad como consecuencia ordinaria en la situación de condena al pago en relaciones crediticias con pluralidad de sujetos en el lado pasivo de la relación obligatoria.

ciar su suplencia por el juez en la tarea que le compete. En definitiva, la necesidad de cambio en la actitud de las entidades financieras y en los valores que se imbuyen en la mentalidad social constituye ya un reto ineludible que más temprano que tarde tendrá que asumir el legislador nacional en su reforma pendiente.

Sin duda, nuestro parcheado sistema normativo de protección del consumidor en el ámbito de la contratación bancaria demanda una revisión integral y la reformulación necesaria de algunos patrones fallidos, pues la realidad actual nos sitúa ante una sociedad en continuo cambio, en trepidante e ininterrumpida evolución, certeramente calificada de “modernidad líquida” -término acuñado por el sociólogo polaco ZYGMUNT BAUMAN, premio Príncipe de Asturias en el año 2010-, en la que “los sólidos conservan su forma y persisten en el tiempo: duran, mientras que los líquidos son informes y se transforman constantemente: fluyen. Como la desregulación, la flexibilización o la liberación de los mercados”²³ y, ciertamente, el individuo percibe esta situación como de intranquilidad y desgarramiento constante, como una amenaza a su seguridad²⁴. En este ámbito el Derecho debe resolver esa tensión dialéctica que se produce entre los hechos de la vida social y los valores imperantes en un momento y lugar concretos, y de esa ininterrumpida interacción dar origen a las normas jurídicas que regulan nuestra vida social, si bien en esta sociedad líquida y en continua transformación, en la que se produce una constante fluctuación de valores, el Derecho se nos presenta en permanente muda afectando la seguridad jurídica y generando, en no pocas ocasiones, situaciones de indeseable incertidumbre. Y es que, como ya es-

23 BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, México, 2004, p. 102.

24 XIOL RÍOS, J.A., *Crisis y protección constitucional de los derechos sociales*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as”, dirigido por Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Olmedo Cardente, Madrid, 2015, p. 93.

cribiera más de cuatrocientos años atrás un ilustre escritor y diplomático español, DIEGO SAAVEDRA Y FAJARDO, “mejor se gobierna la república que tiene leyes fijas, aunque sean imperfectas, que aquella que las muda frecuentemente”²⁵.

Sin duda, los valores sociales continuarán su evolución provocando la alteración del Derecho pues para el ordenamiento ningún aspecto de la vida social resulta indiferente. Desde esta perspectiva, las leyes no dejan de ser una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social²⁶. Y si bien, en ocasiones podemos encontrar elementos correctores en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas y así, en el artículo 3.1 del Código Civil, se declara el canon hermenéutico de la realidad social, que “debe hacerse referible a las circunstancias que cualifican a la sociedad en un tiempo histórico determinado –el que debe ser tenido en cuenta al aplicar la norma”²⁷-, tal consideración, sin embargo, no le permite al Juez desvincularse de la misma -como defendiera la Escuela del Derecho libre, que postulaba la conversión del juez en legislador-, en tanto en cuanto su función constitucional de juzgar se encuentra sometida al imperio de la Ley (art. 117.1 CE).

En definitiva, la “realidad social” se configura, por tanto, como un concepto jurídico indeterminado, un estándar para proceder a la interpretación de las normas que rigen nuestra vida de relación, resultando que el problema jurídico radica entonces en detectar los nuevos valores éticos y sociales para tomarlos como referencia a la hora de interpretar las normas, y buscar con fundamento en ellos la más adecuada solución a los

25 SAAVEDRA Y FAJARDO, D., *Idea de un príncipe político cristiano, representada en cien empresas* (1640), Madrid, 1959, 4 vols., edición a cargo de Vicente García de Diego, vol. 2º, p. 98.

26 CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia* (1960), Chile, 2016, Ed. Ara Editores, p. 49.

27 PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, Ed. Colex, p. 187.

conflictos humanos, que requieren una respuesta del ámbito del Derecho.

Pero revisemos a grandes trazos los relevantes cambios que, en muy escaso período de tiempo, hemos venido atravesando, con su correlativa incidencia en el ámbito de lo jurídico.

II. DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL A LA CONTRATACIÓN EN MASA. LA GENERALIZACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Sin ningún género de duda, una de las características más significativas de la moderna sociedad de consumo en la que vivimos es la contratación en masa. Al respecto, acreditada civilística ya venía refiriéndose a dos características propias y específicas de este fenómeno de masificación social: a) la primera de ellas es la presencia de un elevado número de individuos en el mercado, en situaciones que normalmente son transitorias o esporádicas y sólo excepcionalmente de carácter permanente; b) la segunda es una evidente despersonalización de las relaciones que se traban, en las cuales, por obra del número y de las necesidades que el número impone, domina el anonimato²⁸. En el mismo sentido, autorizada doctrina se refería, ya en 1969, a la necesidad de un Derecho de masas, para tutelarlas, para protegerlas y tal vez, incluso, para desmasificarlas²⁹. No resulta sorprendente que, en este concreto contexto social, hayamos pasado de una contratación individual a una contratación seriada, en la que predominan las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión, en detri-

28 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*, Madrid (1979), Madrid, 2016, Ed. Civitas, p. 25.

29 VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, E. Taurus, p. 237.

mento de las facultades de autorregulación de las partes contratantes, como manifestación del dogma del principio de la autonomía de la voluntad. Así queda expuesto por la doctrina cuando advierte que el contrato en masa y la estandarización de la materia contractual rompen el paradigma del contrato que tenía en mente la doctrina tradicional, en el que el presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa a ser una quimera, de tal manera que el contrato deja de ser una regla de la conducta, obra común de ambas partes³⁰.

Ciertamente, la contratación bajo condiciones generales ha supuesto una profunda transformación de la dogmática jurídica cuyo alcance demanda ser objeto de análisis como paso previo a su correcta comprensión y valoración como complejo fenómeno que interesa tanto al desarrollo de la teoría general del contrato como al desenvolvimiento de las reglas y directrices de nuestro sistema económico³¹. Y estas nuevas fórmulas de contratación impuestas por las características del mercado imponen la necesidad de controlar las condiciones generales de contratación, con el propósito de evitar los abusos que las empresas predisponentes puedan imponer a la parte más débil, como son los adherentes, normalmente meros consumidores o pequeños empresarios.

A las condiciones generales de la contratación bancaria se refería ya la doctrina mercantilista más destacada al señalar que las mismas constituyen un marco dentro del cual se prevé unilateralmente el desenvolvimiento de las posibles relaciones entre el Banco y la clientela, si bien se matizaba que "... se trata de un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para

30 DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*, cit., p. 43.

31 Cfr. ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Pamplona, 2018, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 107-130.

conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad”³². Estas condiciones ciertamente venían resultando usualmente elaboradas por las asesorías jurídicas de las entidades financieras con la finalidad de preservar los intereses de las mismas frente a sus clientes, cuyas facultades contractuales se limitan a adherirse a ellas sin poder influir en su contenido, quedando sus intereses subordinados a los propios del predisponente, que oferta su producto para su simple aceptación o rechazo, pero no para someterlas al ámbito de una negociación individual entre sujetos en plano de igualdad.

En el apuntado ámbito específico en modo alguno sorprende que el maestro don FEDERICO DE CASTRO, pronuncie su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, leído en 1960, sobre el tema “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes”³³, con el claro propósito de responder a sendas cuestiones que en esos momentos se planteaban, aunque actualmente se consideren totalmente superadas. A saber. La primera de ellas: ¿las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho, ya sea como nuevo poder jurídico o ya como usos mercantiles?; toda vez que se venía hablando al respecto de que constituían un “Derecho autónomo de la Economía”, un “ordenamiento jurídico preestablecido”, manifestación de la consideración de que ciertos hombres (grandes empresarios) habían conquistado el poder de crear e imponer Derecho. Y la segunda: ¿las condiciones generales aceptadas o firmadas por las partes, pueden exonerar al empresario de las obligaciones y responsabilidades impuestas por la ley, de modo que su peso recaiga tan solo

32 GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, p. 21.

33 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, segunda edición, reimpresión 2016, Cuadernos Civitas. La primera edición del discurso fue en 1975, la segunda en 1985 y la primera reimpresión en 1987.

sobre el cliente? Obviamente, el maestro DE CASTRO responde en sentido negativo a ambas cuestiones, centrando sus esfuerzos, en ausencia de una cobertura normativa concreta, en localizar los remedios legales que posibilitaba el ordenamiento jurídico entonces vigente, a los efectos de evitar los abusos de la utilización indiscriminada de dichas condiciones generales o paliar los resultados contrarios a la equidad. Y es en ese esfuerzo tuitivo de los adherentes que el ilustre civilista acude a la antigua regla “*contra proferentem*”, consagrada en el artículo 1288 del Código Civil, invocando la buena fe y las buenas costumbres como límites infranqueables de la eficacia de las condiciones generales de contratación y recurriendo incluso a la figura del abuso de derecho. En su discurso DE CASTRO proclamó la inviabilidad de la renuncia a la observancia de las normas imperativas y prohibitivas, precisando que el abandono de facultades, acciones o excepciones, sin justificación alguna, sin reciprocidad de contraprestación o especialidad del contrato, no es eficaz en tanto en cuanto implica renuncia de la ley. Todo lo cual le lleva a concluir que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos. Así, “cuando el resultado que se llegue choque gravemente con los principios de justicia conmutativa o con la buena fe, cuando se deje prácticamente al arbitrio de alguna de las partes el cumplimiento de la prestación principal, y, en caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le corresponden”, considerando que en todos esos supuestos va implícita una renuncia no permitida por la ley³⁴. Se refería, no obstante, el Profesor DE CASTRO a la necesidad de regular la materia a través de una disposición legal, por la seguridad que siempre dispensa la ley, aconsejando “proceder con la lentitud y

34 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, cit., pp. 83-84.

prudencia que es siempre necesaria para determinar la oportunidad y el contenido de una reforma legislativa³⁵.

Y esta última advertencia de D. FEDERICO DE CASTRO sin duda fue acogida por el Legislador al pie de letra, en tanto en cuanto no reguló la materia hasta la promulgación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, forzado además por la necesidad de trasponer la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tantas veces ya mencionada, norma que resultó en su momento significativamente rescatada del limbo legislativo, tras los excesos en la utilización de las referidas condiciones generales, por la crisis económica desencadenada a partir del año 2007, para ser objeto de continua invocación y correlativa aplicación por parte de los operadores jurídicos.

Pues bien, en su interpretación de la Ley 7/1998, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil³⁶. Y, siguiendo las pautas hermenéuticas de nuestro Alto Tribunal, cabe subrayar que su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que

35 DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, cit., p. 94.

36 Cfr., por todas, SSTS, Sala Primera, 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 28 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 677/2014, de 2 de diciembre, 265/2015, de 22 de abril.

supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

III. EL DERECHO DE LA UE Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. EL DEBATE PERMANENTE ENTRE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EL TJUE SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

En el contexto señalado la persona consumidora empieza a ser consciente de su identidad³⁷ como sujeto de derecho y comienza a extenderse la promoción de su organización en asociaciones para la defensa de sus intereses comunes³⁸. Y así, resulta que las normas procesales que, amparadas en los postulados de una ideología liberal, únicamente concebían el proceso como mecanismo resolutorio de controversias de intereses estrictamente particulares suscitados entre sujetos individuales perfectamente identificados, deben atender la posibilidad de ejercicio de las nuevas acciones colectivas, como mecanismo básico para la tutela de los intereses de los consumidores, que por el cauce individual difícilmente podrían ejercitar su derecho de defensa frente a los potentes agentes económicos³⁹.

37 A este respecto ya resulta casi premonitorio recordar las palabras vertidas por el Presidente de los EEUU J.F. Kennedy, en su mensaje al Congreso de la Nación, de 15 de marzo de 1962, en las que el mandatario ponía de manifiesto que “los consumidores... representan el grupo económico más importante y se hallan interesados en casi todas las decisiones económicas, públicas o privadas. Sus gastos representan las dos terceras partes de los gastos económicos totales. Sin embargo, constituye el único grupo que no está organizado realmente y cuya opinión casi nunca es tenida en cuenta”.

38 Fenómeno asociativo que no resultó carente de obstáculos y complicaciones desde la creación en 1891 de la Liga de Consumidores de Nueva York, bien calificada como el germen de referido fenómeno asociativo, impuesto por la nueva realidad social, resultando más tardía su aparición en Europa, donde no surgen hasta la década de los años cuarenta del siglo pasado, tal y como se comprueba de la constitución del Consejo de Consumidores danés de 1947.

39 Para resolver esta situación en el Derecho anglosajón aparecen las “class actions” con el

En el descrito panorama ya se apunta la distinción entre intereses individuales y de grupo o supraindividuales, así como intereses colectivos y difusos, atribuyéndose formalmente legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios, lo que altera el enfoque clásico de la legitimación del Derecho procesal⁴⁰, refiriéndose ya algún procesalista -CHIOVENDA- al fenómeno de la socialización de la legitimación, como una de las características del Derecho Procesal del siglo XXI, por cuanto que la misma resulta atribuida a las asociaciones de consumidores y usuarios⁴¹.

Ante la indicada evolución histórica, en la LECiv 1/2000, de 7 de enero las acciones tuitivas de los intereses colectivos de consumidores y usuarios no podían quedar sin acogida normativa en su aspecto procesal, y es por lo que la Ley Procesal Civil contiene una expresa referencia a ellas en su Exposición de Motivos, al declarar que “la presente Ley aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la de-

propósito de posibilitar la acumulación procesal de pretensiones de resarcimiento de perjuicios ocasionados a una multiplicidad de personas, resultando reguladas por la Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure, que imponen la concurrencia de cuestiones fácticas y jurídicas comunes, y operan esencialmente en supuestos de “damage class actions”, esto es, pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios con sujeto pasivo masa (“mass tort cases”), asemejándose a ellas las denominadas “acciones de representación conjunta del Derecho francés”, residenciadas normativamente en el artículo 8 de la Ley 88-14, de 5 de enero, y posteriormente reguladas en el artículo 422 del Código de Consumo de 1993.

40 Cfr. SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La tutela procesal de consumidores y usuarios*, en Manuales de Formación Continuada del CGPG, monográfico: “Hacia un código del consumidor”, nº 34 (2005), pp. 43 y ss.

41 *Vid.*, MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 69. Ciertamente, en la LECiv de 1881, de carácter netamente liberal, no se contemplaba la defensa de intereses colectivos, y únicamente los derechos estrictamente individuales representativos de intereses personales directos eran susceptibles de obtener tutela judicial ante los tribunales civiles, de modo tal que los supraindividuales se encontraban con el obstáculo insalvable de la legitimación, contrastando esta situación con la pauta normativa de la LECrim de 1882, que consagró una acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos.

fensa de aquellos intereses”. Y es precisamente en tal contexto que la STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo, resulta dictada en el ejercicio de una acción colectiva promovida por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (NCG banco S.A.U.), declarando la nulidad de las cláusulas suelo impugnadas empleadas por dichas entidades en su contratación con consumidores⁴².

El ingreso de España en la Unión Europea incide significativamente en el régimen normativo de la protección legal de consumidores y usuarios.

De entrada conviene significar que la Resolución A/39/248, de 9 de abril de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Directrices para la protección al consumidor establece como principio general que corresponde a los Gobiernos formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección al consumidor teniendo en cuenta las siguientes directrices: a) la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad, b) la protección de los intereses económicos de los consumidores; c) el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a sus deseos y necesidades de cada cual, d) la educación del consumidor, e) la posibilidad de compensación efectiva del consumidor y f) la libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes. Asimismo, ya desde mediados del pasado siglo la legislación europea co-

42 Asimismo resuelve una acción colectiva la relevante STS, Sala 1ª, 705/2015, de 23 de diciembre, promovida por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) contra Banco Popular Español, S.A y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A (BBVA), que desestima el recurso de casación interpuesto contra la SAP Madrid, sección 28, de 8 de septiembre de 2011, que decreta la nulidad de varias condiciones generales de contratación, entre ellas la de vencimiento anticipado.

mienza sensibilizarse con la necesidad de posibilitar al consumidor y usuario los mecanismos de protección de sus legítimos intereses, y si bien el Tratado de Roma de 1957 no contenía referencia alguna concreta a la protección jurídica de las personas consumidoras, ya, en 1973, en sede del Consejo de Europa, se aprueba la “Carta de protección del consumidor”, y dos años más tarde se aprueba el “Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea de protección e información de los consumidores”, a través de la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, al que le sigue un segundo programa de 1981, así como una multiplicidad de Directivas y Reglamentos ulteriores que, por abundantes y conocidos resulta ocioso mencionar, de entre las que, sin duda, merece destacarse la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, resultando asimismo de singular relevancia la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010, cuyo ámbito de aplicación se extiende, conforme a su artículo 3.1, a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir, cuya trasposición ha sido el objeto de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Posteriormente, en el marco de la misma política tuitiva, aparece el Reglamento (UE) n° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, por el que se deroga la Decisión n°

1926/2006/CE, que considera como un valor fundamental la protección de los consumidores, declarando en su artículo 2 que el objetivo general del Programa es garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, capacitar a estos y situarlos en el centro del mercado interior en el marco de una estrategia general para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como la protección de sus intereses jurídicos y económicos, la promoción de su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses, apoyando la integración de tales intereses de los consumidores en otros ámbitos de actuación.

Sin duda, de cuanto antecede es posible concluir que la protección de los consumidores se erige como valor fundamental y es un principio básico perseguido por la Unión Europea, que proclama además la especial protección que merecen los consumidores vulnerables⁴³.

Desde el punto de vista del Derecho interno el principio básico tuitivo de la protección de consumidores y usuarios resulta proclamado en el artículo 51.1 de la CE, conforme al cual “*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos*”

43 Cfr. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a D., *El consumidor vulnerable*, Madrid, 2015, Ed. Reus. En este mismo sentido, cfr. GARCÍA-VALDECASA DORREGO, M.J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE. Estudio sobre el papel que los jueces españoles han desempeñado en la implementación de la Directiva 93/13/CEE y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2018. En esta misma línea tuitiva, la protección del consumidor, más precisamente del deudor hipotecario, resulta asimismo exigencia ineludible en otros ámbitos, como por ejemplo, el de la cesión y titulización del crédito garantizado mediante garantía real hipotecaria; vid., al respecto, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La protección del deudor hipotecario frente a la cesión y titulización del crédito hipotecario*, en “Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura”, dirigido por Carolina del Carmen Castillo Martínez y coordinado por José Luis Fortea Gorbe, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 117-150.

de los mismos”, que resulta desarrollado mediante la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Pero es que, además, el ingreso de España en la UE, con la consecuente necesaria transposición de las directivas comunitarias a nuestra legislación interna, el principio de primacía del Derecho europeo conforme al cual tienen un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros, la política comunitaria de protección de consumidores y usuarios, y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de obligado acatamiento por los tribunales españoles (art. 4 bis de la LOPJ), han determinado un cambio radical determinado por la asunción de un diverso orden de valores, con incidencia directa en el tratamiento de los derechos de los consumidores, así como con proyección sobre los principios procesales de aportación de parte y dispositivo, que constituyen piezas angulares sobre las que descansa el edificio del proceso civil⁴⁴. En el mismo sentido, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado reiteradamente que el sistema tuitivo dispuesto por la Directiva 93/13/CEE se fundamente en el presupuesto de que la persona consumidora se encuentra en situación de inferioridad⁴⁵. Y es

44 Desde este punto de vista, y a tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y en interpretación de la referida disposición el TJUE tiene proclamado que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (cfr., en este sentido, SSTJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44, y de la Gran Sala de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C308/15 *Cajasur Bank, BBVA y Banco Popular Español*, 26 de enero de 2017, caso 421-14, *Banco Primus S.A.*).

45 Cfr., por todas, SSTJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 39; 14 de marzo de 2013, *Aziz VS. Caixa d’Eatalvis de Catalunya* C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*,

por ello que el consumidor debe erigirse en sujeto de la correspondiente protección por la situación de asimetría y desequilibrio en la que se encuentra, la cual únicamente puede compensarse mediante una intervención positiva ajena a las partes del contrato⁴⁶. Con el señalado propósito se establece la obligación del juez nacional, en cuanto aplica el derecho comunitario, de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores y usuarios⁴⁷, resultando que el referido control de oficio debe verificarse en cuanto se disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello⁴⁸. Y asimismo consta declarada la necesidad de promover la contradicción informando a las partes sobre el carácter abusivo de la cláusula para que tengan conocimiento de la misma y se puedan manifestar al respecto⁴⁹, si bien el consumidor afectado puede renunciar a la nulidad de la cláusula abusiva una vez sea informado de la misma⁵⁰. Del mismo modo el juez puede acordar pruebas de oficio para determinar el carácter abusivo de una cláusula⁵¹. Y, según tiene declarado reiterada juris-

C 92/11, apartado 41, y 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, Monika Kušionová/SMART Capital a.s.), y ello tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (SSTJUE Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, apartado 32, y Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 44, EU: C-169/14, Sánchez Morcillo contra BBVA, apartado 22, STJUE 26 de enero de 2017, caso 421-14, Banco Primus S.A).

46 *Vid.*, SSTJUE Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27; Mostaza Claro, apartado 26; Asturcom Telecomunicaciones, apartado 31, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 48.

47 Cfr., por todas, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartado 32; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 42 y 43, 21 febrero 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23), 30 de abril de 2014, Barclays Bank, C-280/13, 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C308/15 Cajasur Bank, BBVA y Banco Popular Español y auto de 26 de octubre de 2016, C-568/14 y C-570/14 acumulados, 26 de enero de 2017, caso 421-14, Banco Primus S.A.

48 SSTJUE Aziz, EU:C:2013:164, apartado 46, y Barclays Bank, EU:C:2014:279, apartado 34, Sánchez Morcillo, EU:C: C-169/14, apartado 24.

49 STJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 30.

50 STJUE 4 de junio 2009, caso Pannon, y 30 de abril de 2014, asunto C-397/11, de 30 de mayo de 2013.

51 SSTJUE 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, apartado 56, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 44; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 24 y 14 marzo 2013 Aziz vs. Catalunya Caixa, apartado 4.

prudencia, el juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para conceder medidas cautelares a fin de garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho de la Unión⁵². De otro lado, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional, que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula, pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula⁵³. Y, con la señalada finalidad protectora de las personas consumidoras, el TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma, de tal manera que el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible⁵⁴. En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo entiende que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que estos profesionales podrían verse tentados

52 Cfr. SSTJUE de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, EU:C: 1990:257, apartado 21; de 11 de enero de 2001, Siples, C-226/99, EU:C:2001:14, apartado 19, y de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, EU: C:2007:163, apartado 67.

53 SSTJUE de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42 y 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C308/15 Cajasur Bank, BBVA y Banco Popular Español y auto de 26 de octubre de 2016, C-568/14 y C-570/14 acumulados, apartado 60.

54 SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C- 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57 , y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13 , C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales⁵⁵. Y por cuanto se refiere a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE únicamente la ha admitido cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización⁵⁶. Finalmente, en el ámbito estrictamente procedimental, la falta de armonización en el Derecho de la Unión de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, determina la atribución al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro del establecimiento de dichas normas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no resulten menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil

55 Es por lo que en el fallo de la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, consta declarado que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». Y esta doctrina resulta reiterada en la STJUE 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C308/15, Cajasur Bank, BBVA y Banco Popular Español, en la que se señala, que al juez nacional no debe atribuirse la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

56 SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁵⁷.

Sin duda, de lo expuesto se confirma la persistencia de ese diálogo permanente, en modo alguno inacabado según lo ya expuesto en otro lugar de este trabajo, entre los tribunales españoles y el TJUE en relación con la tutela judicial del consumidor, especialmente al amparo de la Directiva 93/13/CEE⁵⁸, y la singular relevancia que en la asimilación y aplicación de los principios de la referida Directiva ha tenido, y sigue teniendo, la labor desarrollada por los órganos judiciales patrios.

IV. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL

La seguridad jurídica constituye un valor constitucional, consagrado como tal en el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental, del que deducir que la previsibilidad de las decisiones judiciales debe ser, desde luego, un propósito conseguible.

En efecto, no cabe concebir la existencia de un Estado de Derecho sin la afirmación de la seguridad jurídica, toda vez que “el principio de Estado de Derecho (...) en esencia es el principio de la seguridad jurídica”⁵⁹ que implica la “seguridad del Derecho mismo”⁶⁰, llegándose a calificar a esta certeza jurí-

57 Cfr., por todas, SSTJUE dictadas en los casos Mostaza Claro y Asturcom Telecomunicaciones, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 50 y jurisprudencia citada, y Pohotovost', EU:C:2014:101, apartado 46, y Kušionová, C-34/13, apartado 50.

58 GARCÍA VALDECASAS DORREGO, M^a J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE. Estudio sobre el papel que los Jueces españoles han desempeñado en la implementación de la Directiva 93/13/CEE, y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Madrid, 2018, Ed. Centro de Estudios Registrales.

59 KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México 1986, p. 260.

60 RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1974, epígrafe, párrafo 9-II.

dica como de “específica eticidad del Derecho”⁶¹. Ciertamente, por la seguridad jurídica el ciudadano puede ejercer su autonomía individual, planificando su existencia y disponiendo de su patrimonio, resultando precisamente que un sistema normativo se cualifica específicamente por su capacidad para generar predicciones resolutivas con fundamento en el ordenamiento establecido sobre hechos o actos futuros⁶². Desde las anteriores consideraciones la seguridad jurídica se configura como poder de predecir o pronosticar con algún fundamento el resultado que tendrá un litigio futuro que se contempla sólo hipotéticamente en cuanto a su producción o cuando ya ocurrió⁶³, pudiéndose precisar la idea con el matiz de la competencia económica, que debe, en una palabra, programar, tarea para la cual requiere, en términos económicos, minimizar la incertidumbre, necesidad que, cuando más viene burlada por la ley, tanto más se confía al juez su satisfacción⁶⁴.

Indudablemente, la crisis económica ha traído aparejada también una crisis de seguridad jurídica, por mor de la cual viejos conceptos como la irretroactividad de los derechos incorporados al patrimonio de la persona, la irreversibilidad de los derechos sociales, el derecho de la ejecución de la sentencia o el respeto a la Jurisprudencia y a la soberanía del parlamento han entrado en tensión, a veces encubierta bajo apariencia de formalismo⁶⁵. Y en este contexto de incertidumbre la función de la doctrina jurisprudencial devie-

61 GONZÁLEZ VICÉN, F., *La obediencia al Derecho*, en “Estudios de filosofía del Derecho”, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1979, p. 384.

62 GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid, 2012, Ed. Iustel, p. 338.

63 Díez Pícazo y Ponce de León, L.M., *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Madrid, 2014, Ed. Civitas, p. 14.

64 GALGANO, F., *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, en “Contratto e Impresa”, vol 1º, nº 1º, 1985, p. 43.

65 XIOL RÍOS, J.A., *Crisis y protección constitucional de los derechos sociales*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as”, *cit.*, p. 92.

ne esencial, toda vez que, además de participar de la “*authoritas*” que le atribuye el hecho de emanar del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con jurisdicción en todo el territorio nacional (art. 123.1 de la CE), cumple dos relevantes cometidos, a saber: la función nomofiláctica, atinente a la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y la uniformadora de la interpretación y aplicación de las normas en los términos que prescribe del artículo 1.6 del Código Civil. Esta última función se encuentra estrechamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, máxime cuando el desconocimiento de la jurisprudencia es motivo legítimo del recurso de casación (art. 477 de la LECiv). En consecuencia, resulta más que evidente que la jurisprudencia opera con un indiscutible valor de pronóstico con respecto al criterio que imperará en la solución del litigio, propiciando que las resoluciones judiciales sean previsibles. Y en este sentido resulta que nuestro Alto Tribunal sigue sus propios precedentes, como igualmente la doctrina jurisprudencial resulta considerada, a su vez, por los jueces inferiores, sin perjuicio de la posible alteración de su sentido verificada mediante resolución posterior, dictada, con motivación reforzada, fundando la adopción del nuevo criterio interpretativo que justifique la desvinculación del precedente, respetando el principio de igualdad⁶⁶.

No obstante lo indicado y sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, resulta que el carácter de aplicación preferente del Derecho comunitario viene a posibilitar que cualquier órgano jurisdiccional nacional pueda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial directamente encaminada a dejar sin efecto un criterio interpretativo adoptado por el Tribunal Supremo, mecanismo -el del planteamiento de la cuestión prejudi-

66 Cfr. SSTC 90/193, de 15 de marzo y 104/1996, de 11 de junio.

cial- mediante el cual viene igualmente a debilitarse el principio de la seguridad jurídica⁶⁷.

67 Así sucedió con relación a la cuestión atinente a la eficacia retroactiva de las cláusulas suelo, declarada por la STS, Sala 1ª, nº 241/2013, de 9 de mayo, del Pleno, y posteriormente refrendada por la STS, Sala 1ª, nº 139/2015, de 25 de marzo, también del Pleno, que fijó como criterio jurisprudencial el siguiente: “Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio 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 “. Esta doctrina consta reiterada en la STS, Sala 1ª, nº 222/2015, de 29 de abril. Si bien, planteadas varias cuestiones prejudiciales por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (C154/15), mediante Auto de 25 de marzo de 2015, y por la Audiencia Provincial de Alicante (C307/15 y C-308/15), mediante Autos de 15 de junio de 2015, el Tribunal de Luxemburgo, en sentencia de la Gran Sala de 21 de diciembre de 2016, declaró que: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Abundando en los ejemplo, en este mismo sentido, resulta que la STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre, del Pleno, por la que se ratifica la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, objeto del proceso, especificaba 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 ilícita”, a lo que se añade, después de analizar la legislación aplicable, que “no puede 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”. Pues bien, el apuntado criterio jurisprudencial resultó cuestionado mediante la formulación de cuestiones prejudiciales por parte distintos juzgados entre ellas, C-92/16, planteada en febrero de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada; y la C-167/16, planteada en marzo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, resultando en esta tesitura que el propio Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, mediante Auto de 8 de febrero de 2017, resolución recaída en el recurso nº 1752/201443, vino a plantear, con relación a la cuestión controvertida apuntada, dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE. En este caso, el Tribunal Supremo, consciente de que se encuentra en juego la seguridad jurídica vino a solicitar del TJUE que, conforme al artículo 105 de su Reglamento de Procedimiento, la decisión de esta cuestión prejudicial fuera tramitada de manera acelerada, toda vez que, además de ser múltiples los consumidores afectados y estar en juego el derecho a la vivienda y las garantías en la ejecución sobre la misma, al ser planteada “la cuestión por el Tribunal Supremo, que conforme al Derecho español (arts. 123 de la Constitución y 1.6 del Código Civil), crea jurisprudencia,

De manera concluyente nos hallamos ante una innegable perspectiva de incertidumbre, con palpable incidencia en el principio de seguridad jurídica, en materia además especialmente sensible como la del mercado hipotecario y protección de consumidores.

V. CRISIS ECONÓMICA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A partir del segundo semestre del año 2008 España empezó a padecer los efectos de una potente recesión económica y desde entonces pudo constatar, como síntomas evidentes de la crisis, entre otros, la caída del PIB en un 8%, que el desempleo llegase a alcanzar el 26%, partiendo de niveles del 10%, una significativa reducción del consumo, con tasas de inflación negativas, llegando el precio de la vivienda a descender hasta un 35%, y resultando que las grandes empresas inmobiliarias del país se vieran abocadas a promover su declaración de concurso, todo ello en un contexto de alarma económica global, que precipitó los desequilibrios internos originados en la fase de auge económico –así, la oferta de crédito con bajadas de tipo de interés y subida de los precios de los inmuebles, con un acelerado crecimiento centrado en el ámbito del sector de la construcción-, que convertían nuestro país en un espacio significativamente vulnerable a cambios en las condiciones macroeconómicas y financieras. Sin duda, la apuntada recesión española fue más profunda que las registradas a mediados de los años seten-

mientras no haya una solución clara y una jurisprudencia estable, sin riesgo de ser declarada por el TJUE como incompatible con el Derecho de la Unión, no existe un criterio uniforme que puedan seguir el resto de tribunales nacionales, con la consiguiente inseguridad jurídica en un tema tan sensible como la vivienda familiar”. Sin embargo, esta pretensión de apresurada tramitación no resultó acogida por el Tribunal de Luxemburgo. De esta materia me ocupo en otro lugar de este trabajo.

Más recientemente, como ya he tenido ocasión de apuntar, en el mes de marzo de 2019, constan planteadas ante el TJUE por los Juzgados de Primera Instancia nº 6 de Ceuta y nº 17 de Palma de Mallorca sendas cuestiones prejudiciales que, nuevamente, vuelven a poner en duda el criterio del TS respecto al reparto de los gastos hipotecarios.

ta y a principios de los noventa⁶⁸, y tal circunstancia propició la comercialización masiva por parte de las entidades bancarias de determinados productos financieros complejos, como las acciones preferentes y las obligaciones subordinadas, emitidas con el propósito de captar fondos propios para equilibrar sus balances a través de una política agresiva de comercialización, transgresora en la mayor parte de los supuestos del principio de transparencia e información. También durante la profunda crisis económica de 2008 los tribunales civiles nos tuvimos que enfrentar con la problemática derivada de la comercialización de los swaps, productos normalmente ofertados como “instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios”, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 19.1 y 19.2 del RDL 2/2003, posteriormente Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica⁶⁹. E igualmente hubo que afrontar la irrupción de una importante avalancha de demandas derivadas de la salida a bolsa de la entidad Bankia a través de Oferta Pública de Suscripción⁷⁰.

68 Así, en la crisis que se inició en 1974, el PIB apenas experimentó descenso sensible, en tanto que en la de 1992, la caída acumulada fue de sólo 2 puntos porcentuales. Sin embargo, en la crisis de 2008 la caída del PIB resultó de aproximadamente el doble de lo constatado en las dos anteriores. A este respecto, cfr. ORTEGA, E. y PEÑALOSA, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM*, en “Documentos Ocasionales” nº 1201, BANCO DE ESPAÑA, Madrid, 2012, p. 13.

69 En esta ocasión se trataba de contratos sinalagmáticos y aleatorios, atípicos, complejos y de carácter financiero, por cuya virtud, y con respecto a una cantidad de referencia denominada notional, que no se entrega, los contratantes se comprometen a intercambiarse recíprocamente intereses, según liquidaciones periódicas por compensación, en función de la evolución real de un índice o activo subyacente, constituido por un tipo de interés determinado.

70 En este caso, al tratarse de una entidad cuyas acciones no cotizaban previamente en bolsa no tenían un precedente historial en un mercado secundario oficial, tesitura en la que el folleto de emisión se convertía en el único cauce informativo de que disponía el pequeño inversor, resultando que el referido documento contenía información económica y financiera que posteriormente se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia. Ciertamente, en este supuesto la rápida reacción de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, adelantando la resolución de los recursos de casación interpuestos, a través de las SSTS 23 y 24/2016, de 3 de febrero, redujo significativamente la litigiosidad apaciguando la problemática jurídica suscitada.

Sin duda, el tratamiento jurídico de las controversias judiciales referidas puso de manifiesto la relevancia esencial del principio de transparencia en la actuación de las entidades financieras y la rigurosa exigencia con la que debe ser respetado el deber tipificado de información -normativa MiFID, transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007 (antes RD 629/1993, en vigor hasta el 17-2-2008, derogado posteriormente por Real Decreto 217/2008). Y, en el mismo sentido, no hubo recato alguno en valorar como inoperantes las menciones predisuestas de recepción y comprensión de la información facilitada, la necesidad de contar con tiempo suficiente para analizar la información ofrecida, y la imposibilidad de extrapolar la información referida en la comercialización de otros productos a la requerida para los que constituyen el objeto del proceso y sobre el déficit de la información suministrada en relación a la excusabilidad del error. En suma, en este ámbito la actuación de los órganos judiciales y la formación de un nutrido cuerpo de jurisprudencia procuró, mediante la interpretación y aplicación de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, dar respuesta a los nuevos retos que la sociedad demandaba.

La crisis económica también se manifestó ampliamente en el mercado hipotecario, escenario de singular relevancia⁷¹, toda vez que no cabe desatender la circunstancia de que, mediante la financiación obtenida a través del préstamo con garantía hipotecaria, una notable extensión de grupos sociales ha tenido oca-

71 Ciertamente, la importancia del mercado hipotecario deviene irrefutable. A la misma se refiere significativamente la Exposición de Motivos de 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 la que se declara lo siguiente: “El mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera. De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente”.

sión de acceder a la titularidad dominical de las viviendas con el propósito de poder satisfacer las necesidades de habitación, que de otra manera les estarían vedadas, siendo al mismo tiempo un trascendente motor de desarrollo económico⁷². Y así, la situación económica desatada desde 2008, generó asimismo una crisis del sistema hipotecario, produciéndose la situación indeseable de que un número realmente considerable de prestatarios, la mayor parte de ellos consumidores, se vieran imposibilitados para poder abonar las cuotas de amortización de los préstamos concedidos, con la finalidad de financiar la adquisición de sus viviendas, produciéndose un importante problema social al generalizarse la práctica de los desahucios. A su vez, las personas que se vieron privadas de su vivienda en los procesos de ejecución hipotecaria eran incluidas en los registros de morosos, lo que les causaba su adicional exclusión financiera, con desarraigo y riesgo de falta de integración social.

Pero es que, además, la indeseable política de sobrevaloración de los inmuebles para incrementar el numerario de los préstamos hipotecarios concedidos, junto con la caída de los precios y retracción del sector inmobiliario, determinó que la venta forzosa del inmueble hipotecado no liberara al prestatario de su deuda con el banco, que se transfería al resto de su patrimonio, con fundamento en el principio de la responsabilidad universal del deudor proclamada (arts. 1911 del CC y 105 de la LH). Y los préstamos concertados no contenían pactos expresos en sus escrituras de constitución, conforme a los cuales la obligación garantizada se hiciese solamente efectiva sobre los bienes hipotecados, según permite el artículo 140 de la Ley Hipotecaria.

72 Así, en abril de 2013, el Banco Central Europeo publicó los resultados de una encuesta sobre la riqueza de las familias según la misma, en datos que coincidían con los del INE, sobre el 80% de los hogares españoles eran propietarios de la vivienda, superando la media de la Unión Europea. Cfr. Boletín de Informativo del INE, 3/2009, con datos relativos a 2007, del que resulta el dato siguiente: “El 81,3% de los hogares residen en viviendas de su propiedad. Tan sólo un 12,5% optan por el alquiler a precios de mercado y uno de cada dos hogares tiene vivienda en propiedad sin préstamo o hipoteca en curso (50,4%).”

En suma, como ha sido puesto de relieve por autorizada doctrina, que los bancos sin duda cometieron abusos e incurrieron en malas prácticas constituye una verdad irrefutable, pero que generaciones de españoles han accedido a la propiedad gracias a la financiación y bajo coste por la garantía hipotecaria es igualmente una realidad innegable⁷³. Sin que, por otra parte, quepa desatender la circunstancia de que la crisis del mercado hipotecario, en tanto en cuanto la hipoteca es el mecanismo ordinario de financiación de la adquisición de sus viviendas por parte de las familias se encuentra directamente vinculada con el contenido del artículo 47 de la Constitución, que consagra el básico derecho a la vivienda al declarar lo que sigue: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”. Derecho a la vivienda que resulta reconocido a nivel internacional en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y también en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En definitiva, se trata de un derecho de naturaleza social que, si bien no genera un derecho subjetivo de acceso a la propiedad de una vivienda exigible frente al Estado sí que propicia, por su vinculación con ellos, el ejercicio de derechos fundamentales, como son los relativos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), el derecho a la intimidad (artículo 18 CE) y, en suma, el derecho a la libertad (artículo 17 CE).

Y en el ámbito expuesto, los señalados valores sociales constitucionalmente proclamados de protección a los consumi-

73 Vid., VALERO FERNÁNDEZ REYES, A., *La crisis de la hipoteca en España: especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y al ámbito de la calificación registral de las mismas*, en “Boletín del Colegio de Registradores de España”, año LI, nº 29, mayo de 2016, p. 402.

dores trajeron consigo las consiguientes plurales reformas legislativas. Desde la anterior consideración, la aplicación de normas jurídicas preexistentes a la crisis que apenas eran invocadas ante los tribunales adquirieron una destacada relevancia, así como también el surgimiento de una exigente jurisprudencia tuitiva de los intereses de los consumidores en la denominada contratación seriada, con fundamento en la ya apuntada relación asimétrica entre consumidor y entidades financieras, que predisponían unas condiciones generales de contratación protectoras de su situación jurídica de forma desproporcionada con respecto a los intereses de los prestatarios. En ese contexto, conviene señalar que el procedimiento de ejecución hipotecaria se ha visto sometido a las reformas impulsadas por las nuevas exigencias sociales.

VI. LA TRANSPARENCIA COMO VALOR CONSTITUCIONAL Y LA NECESIDAD DE SU CONCRECIÓN NORMATIVA

Sin lugar a duda, tal y como quedó expuesto, en la contratación bajo condiciones generales, o contratación en masa, se aprecia una clara transformación moderna de la dogmática contractual inspiradora del contrato por negociación, esto es, como expresión de un acuerdo de voluntades que alcanzan las partes situadas en una posición de igualdad negocial con el propósito de coordinar los intereses en conflicto o regular el intercambio de bienes y servicios. Y así, en un sentido diverso, en la contratación bajo condiciones generales el esquema proyectado desde el principio básico de la igualdad formal se desmonta, toda vez que el contrato ya no es conceptualmente una ley entre las partes, una regla de voluntad, de consentir en obligarse, o de poder establecer los “*pactos, cláusulas y condiciones*”, conforme a las paradigmáticas enunciaciones contenidas en los artículos 1090, 1254 y 1255 del Código Civil, sino que deviene en algo diferente en cuyo ámbito el poder decisorio del adherente, si es que

lo tuviera, se constriñe a la alternativa de aceptar o rechazar el único expediente contractual posible que no es sino el contrato elaborado por el predisponente. Desde la anterior consideración, la persistencia en aplicar la noción de “contrato” a la contratación bajo condiciones generales no lo es tanto por su proyección de consentimiento prestado sino más bien por su consideración de reglamentación impuesta por las propias exigencias del sistema económico. En todo caso, lo relevante es su alcance conceptual como valor de “contrato” y, en este sentido, su eficacia vinculante no viene determinada únicamente por la señalada imposición del sistema económico, que únicamente acredita su validez como modo de contratar, sino porque esa norma de conducta que se proyecta en la reglamentación predispuesta ha sido capaz de superar un determinado control social que se concreta en un específico “control de transparencia” proyectado a ponderar desde concretos patrones objetivos la circunstancia esencial de que esa reglamentación predispuesta cumple, respecto del adherente, con unos parámetros de calidad de información plasmado en la comprensibilidad material o real del contenido del contrato. De tal manera que cuando la reglamentación predispuesta no supera el referido control⁷⁴ resulta que la cláusula afectada carece de eficacia contractual, en definitiva, resulta privada de ese valor de contrato y, en consecuencia, debe tenerse por “no puesta”⁷⁵, tal y como tiene declarado el TJUE en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016.

Así, mediante la transparencia, como control de legalidad de la reglamentación predispuesta, no se pretende enjuiciar la validez del consentimiento emitido ni tampoco su alcance interpretativo realizado por un específico adherente, toda vez que difícilmente puede valorarse la validez de un consentimiento que no ha conformado el acuerdo contractual ni en modo alguno ha podido

74 Principio de “efectividad” de la Directiva 93/13/CEE.

75 Directriz de “no vinculación” de la Directiva 93/13/CEE.

repercutir en la reglamentación predispuesta. Y por la misma razón resulta improcedente reconducir el control de transparencia al ámbito tradicional del error vicio del consentimiento por parte del adherente, pretendiendo de este modo la llamada transparencia subjetiva como procedimiento de valoración acerca de la validez de la contratación predispuesta. Más bien resulta de ello que, atendida la naturaleza y función de este específico modo de contratación, en estos supuestos el riesgo de una información deficiente o defectuosa debe incumbir al predisponente como un propio y específico deber contractual⁷⁶. Y es por lo que el incumplimiento de este específico deber de comprensibilidad material del clausulado implica la tacha de abusividad de la concreta cláusula afectada y su consiguiente ineficacia.

Sentado cuanto antecede cabe concluir que el esquema liberal del contrato por negociación, fundado en un acuerdo de voluntades en posición de igualdad, ya no constituye un referente conceptual útil a los efectos de explicar la naturaleza y función del nuevo modo de contratación por adhesión o en masa. Y es por ello que la persistencia en procurar explicación a la contratación seriada desde los esquemas propios de la contratación por negociación no resulta actualmente una opción metodológicamente atinada, toda vez que debilita la objetiva aplicación del valor de la transparencia en beneficio de los predisponentes abriendo paso de manera injusta e injustificada a una mala praxis contractual. En definitiva, resulta que el nuevo fenómeno jurídico que la contratación en masa supone demanda la reformulación del modelo que pueda explicarlo como ejemplo de transformación moderna de la dogmática contractual, desarrollando la idea de “función social” en el ámbito de la contratación, como proyección necesaria de su reconocimiento constitucional⁷⁷.

76 STS, Sala 1ª, nº 464/2014, de 8 de septiembre.

77 Cfr. ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La*

Este cambio de modelo igualmente se aprecia en el ámbito de los valores constitucionales⁷⁸, afectando a la configuración de la transparencia como valor, que debe ser integrado en el sistema general como valor económico de interés general subyacente en la contratación en masa y sin duda subsumido en el principio constitucionalmente consagrado de protección del consumidor (art. 51 de la CE), de tal manera que su marginación o frontal transgresión, materializada en la tacha de abusividad de la cláusula concreta, implicaría una palmaria vulneración del sistema de valores que justifica ese modo específico de contratar en masa, pues la propia dinámica del sistema de valores consagrado por nuestra Carta Magna lleva implícito el propio carácter abierto del sistema a la formulación de nuevos principios que lo desarrollen o actualicen, presuponiendo no obstante que el señalado carácter abierto plantea dificultad en el contexto actual de nuestra realidad extremadamente sensible, compleja, cambiante o, en términos ya referidos, “líquida”⁷⁹.

En todo caso, la interpretación seguida en la configuración de la transparencia como valor localiza un manifiesto vínculo o enlazar en el propio texto constitucional (arts 1⁸⁰ y 51 de la

transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación, cit., p. 39.

78 Al respecto, puede consultarse DIAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

79 Cfr. BAUMAN, Z., *Modernidad líquida, cit.*

80 En efecto, partiendo del carácter fundacional de la conformación de nuestra organización como un “*Estado social y democrático de Derecho*” (art. 1.1 de la CE), con singular proyección en los valores “*libertad, justicia e igualdad*”, como superiores, se deduce, como declara la STS, Sala 1ª, nº 464/2014, de 8 de septiembre, que el “control social” de la legalidad de la reglamentación predispuesta que se articula a través del principio de transparencia queda “conexo” con el marco fundacional del texto constitucional, con su sentido y razón de ser, en la medida en que el principio de transparencia, como vía de proyección del Estado Social tiende a la realización “material” del valor de justicia contractual en este modo de contratar, esto es, a la necesaria superación de una concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad en la relación negocial de las partes (y, por extensión, del literalismo interpretativo: *pacta sunt servanda*) que a estos efectos, de justicia contractual, o encajan con la naturaleza y función de este modo de contratar y, por tanto, carecen en este ámbito de alcance informador; es decir, de conexión operativa con el marco fundacional de los valores

CE⁸¹), que lo acoge y concreta con fundamento en el ya indicado carácter abierto del sistema que justifica su desarrollo ulterior en adecuada respuesta a las exigencias que demandan las modernas transformaciones sociales. Y así, la transparencia, como valor funcional emanado de los propios principios o valores fundacionales que la Carta Magna contiene, se presenta como un nuevo valor o principio jurídico, representativo del ideal o valor de la justicia y de la igualdad en el ámbito de las relaciones sociales tanto del ciudadano con los poderes públicos como en su condición de consumidor o cliente en una contratación por adhesión, en masa o predispuesta y, más precisamente, la transparencia como referente también se proyecta como una exigencia añadida al “pluralismo político” con precisa referencia a su necesario funcionamiento transparente, y de la “accesibilidad” de la información al ciudadano acerca de la organización y gestión de la Administración Pública, resultando que, en un sentido ético, la transparencia como valor se presenta también como una exigencia de comportamiento ejemplar del político o gobernante⁸².

De lo expuesto se concluye que la transparencia se presenta actualmente como un principio constitucional, proyección del desarrollo evolutivo de nuestro sistema de valores, de desenvolvimiento de nuestro Estado social y democrático de Dere-

para explicar las exigencias de normación que presenta esta moderna transformación de la dogmática contractual.

- 81 Así, la configuración de la transparencia como valor o principio implica un desarrollo técnico del principio constitucional de protección de los consumidores y usuarios (art. 51.1 de la CE), en la medida en que su expresión como principio jurídico delimita el control de legalidad de la eficacia de la reglamentación predispuesta (control de transparencia) como expediente claramente diferenciable de la interpretación o integración contractual (arts. 1281 y ss., y 1258 del CC) y también acota los específicos deberes de configuración contractual, de comprensibilidad material del clausulado que en la contratación en masa incumben al predisponente.
- 82 ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, cit., p. 46.

cho, que debe proyectarse hacia su pleno reconocimiento expreso materializado en su objetivación en beneficio del interés general⁸³. Y debe significarse la relevancia que a tales efectos demanda su reconocimiento normativo que constituye actualmente una clara exigencia social y un hito ineludible de su conformación como principio constitucionalmente reconocido que exige la elaboración de una legislación que ofrezca respuesta a la necesaria adaptación de nuestra desfasada legislación de conformidad con los presupuestos y parámetros desarrollados por la jurisprudencia del TJUE en el desarrollo progresivo de la Directiva 93/13/CEE, como modelo europeo de protección social de los consumidores y usuarios.

VII. LOS CONTROLES TUITIVOS SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES

Como ya tuve ocasión de indicar, el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y también por su función, adquiere una marcada significación en el contexto de la configuración específica de su ámbito contractual, por lo que incide directamente en la regulación de un aspecto muy relevante del actual tráfico patrimonial, de tal modo que esta moderna praxis negocial viene a integrar hoy día una específica manera de contratar perfectamente deslindable del modelo de contrato por negociación que sirvió de referente regulador a nuestro decimonónico Código Civil. Y esta circunstancia determina que el señalado paradigma de la contratación en masa obedezca a un régimen específico que se funda ya no en el aspecto formal de la manifestación de un consentimiento libre por parte del contratante consumidor, sino en la observancia por parte del predisponente de concretos y singulares deberes de configuración contractual

83 ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, cit., p. 49.

proyectados a alcanzar el justo equilibrio de las prestaciones, lo que presupone la comprensibilidad material de las condiciones generales entendidas como contenido de una normación contractual predispuesta. Únicamente en este contexto adquieren sentido las siguientes consideraciones en torno a los controles que necesariamente recaen sobre el clausulado que constituye el régimen propio de la contratación en masa.

De acuerdo con la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación y su desarrollo jurisprudencial procede diferenciar diversas categorías o niveles en el control de las mismas. En concreto, se trata de los controles de incorporación, de *contenido o abusividad*, de *transparencia* y de interpretación. Al respecto, conviene precisar que, si bien el control de incorporación resulta aplicable a cualquier contrato en el que se utilicen condiciones generales de la contratación, los controles de contenido -o abusividad- y transparencia quedan reservados a los contratos celebrados con consumidores. A ellos me refiero seguidamente.

1. CONTROL DE ABUSIVIDAD

El llamado control de contenido, o de abusividad, se encuentra previsto en el artículo 8.2 de la LCGC, al disponer que *“serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”*⁸⁴.

En definitiva, a los efectos de determinar el carácter abusivo de una cláusula nuestro sistema ha optado por establecer

84 Cfr. los vigentes artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

una cláusula general y un listado de cláusulas abusivas en todo caso.

Por cuanto se refiere a la cláusula general resulta que, de los artículos 82.1 TRLGDCU y 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se concluye que podrá declararse la nulidad de una cláusula por abusiva cuando, pese a las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Así, el artículo 82.1 TRLGDC establece lo siguiente: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*. Por su parte, el artículo 3 de la Directiva 93/13 declara lo que sigue: *“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”*.

Por su parte, el apartado 4 del artículo 82 TRLGDCU establece la lista de cláusulas abusivas, disponiendo que en todo caso son abusivas las cláusulas que:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Y los artículos 85 a 90 desarrollan los indicados seis supuestos, especificando aquellas cláusulas que son abusivas por cada uno de los motivos señalados en dicha enumeración que, conviene aclarar, no exhaustiva.

En relación con las consecuencias de la nulidad de la cláusula, el artículo 83 TRLGDCU establece que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*; y el artículo 6 de la Directiva 93/13 dispone que *“los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional”*.

Además, debe considerarse que, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, 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”*. De esta manera, para las cláusulas que no definen el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación⁸⁵, existe un primer control, el de incorporación, y, superado este, deberá valorarse su abusividad en función de si la concreta estipulación tiene, o no, un carácter objetivamente desequilibrador en perjuicio del consumidor⁸⁶.

85 Vgr., la cláusula que establece el interés de demora o la que prevé la ejecución extrajudicial.

86 En este sentido, resulta de interés señalar que la STS (Sala 1.ª) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, declaró la abusividad de la cláusula de intereses de demora establecida en un préstamo personal, en tanto que la STS (Sala 1.ª) 364/2016, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, declaró la abusividad de la cláusula de intereses de demora establecida en un préstamo hipotecario. En ambas resoluciones se asume como punto de partida la consideración de que la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido, toda vez que no define el objeto principal

Conviene precisar que tanto la Directiva 93/13 como el TRLGDCU prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando exista una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor; de tal forma que lo determinante para saber en cada caso si es o no abusiva es el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada a éste.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

Así, resulta que el control de transparencia no se agota en la mera verificación de de incorporación, sino que la rebasa. En este sentido, no sólo resulta imprescindible que las estipulaciones resulten redactadas de forma clara y comprensible (primer control) sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever tanto la carga económica como jurídica que le supondrá la celebración del contrato (segundo control)⁸⁷.

En suma, este control se localiza en determinar si el adherente ha conocido o ha podido conocer con facilidad tanto la carga económica que realmente le va a suponer la perfección del contrato como su carga jurídica. Es decir, se trata de concretar si el adherente ha tenido, o ha podido tener conocimiento, tanto del esfuerzo patrimonial que le supone la celebración del contrato como de la posición jurídica que efectivamente asume. Es por lo que para verificar este control resulta imprescindible el análisis de la información precontractual proporcionada al consumidor. Y, en este sentido, la doctrina jurispruden-

del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, más bien regula un elemento accesorio -la indemnización que debe abonar el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas-, por lo que no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

87 Como señala la STS, Sala 1.ª, nº 608/2017, de 15 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, se ha establecido la doctrina consistente en que, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato y esté se ha celebrado con un consumidor, además del filtro de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, debe realizarse un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispueta.

cial del Tribunal de Luxemburgo resulta terminante al declarar que reviste una importancia fundamental para el consumidor la posibilidad de disponer, antes de la celebración de un contrato, de la necesaria información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. Tal es así, porque el consumidor debe decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información⁸⁸. En consecuencia, resulta que al predisponente se le exige que facilite al consumidor un plus de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, de tal manera que dicha información permita al consumidor adoptar su decisión con pleno conocimiento de sus consecuencias económicas y jurídicas, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado.

Con precisa referencia a la categoría de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que, por tanto, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no pueden ser objeto de un control de contenido siempre que dichas cláusulas se redacten de una manera clara y comprensible, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017⁸⁹, tiene declarado lo siguiente: “35. en lo que respecta a la categoría de cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha declarado que esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, y de 23 de

88 Cfr., por todas, SSTJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50, y 20 de septiembre de 2017, Andriuciu, C-186/2016, EU:C:2017:703, apartado 48.

89 Supuesto Andriuciu, caso C-186/2016, EU:C:2017:703.

abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33). 36. En cambio, 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», a efectos de la citada disposición (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)”.

Por último, y por lo cuanto se refiere a las consecuencias de la falta de transparencia, las cláusulas no transparentes quedan sometidas al control de abusividad y, por consiguiente, es preciso analizar al respecto si, a pesar de las exigencias de la buena fe, provocan, en detrimento del consumidor, un *desequilibrio importante* entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En este sentido, resulta especialmente relevante la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017⁹⁰, en cuyo apartado 64 consta declarado lo siguiente: “Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un *desequilibrio importante* entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia”. Por su parte, igualmente terminante resulta la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017⁹¹,

90 Supuesto Banco Primus, caso C-421/14, EU:C:2017:60.

91 STS (Sala 1.ª) 367/2017, de 8 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

al declarar que la falta de transparencia no exime de realizar el juicio de abusividad, señalando al respecto lo que sigue:“(…) la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C 421/14, caso Banco Primus, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato. (...) Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente”.

3. CONTROL PROCESAL

a) El control de oficio por parte del Tribunal.

Como colofón del control preventivo de las cláusulas abusivas que llevan a cabo notarios y registradores, al que me refiero más adelante, destaca de manera singular, por tratarse del último, decisorio y decisivo filtro a superar, el control judicial del que, por la indicada razón, trato previamente⁹². Y es que, frente a los tradicionales principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil, la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo en aplicación de la Directiva 93/13/CEE ha impuesto, sin limitación temporal⁹³ y como obligación no exclusiva de los órganos jurisdiccionales de instancia⁹⁴, el control de oficio de las cláusulas abusivas en los contratos concertados

92 Con carácter general, una revisión completa de la jurisprudencia del TJUE en relación con el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas atribuido al órgano judicial nacional *vid.*, BLANCO SARALEGUI, J.M., *Análisis práctico de la jurisprudencia del TS y del TJUE en derecho del consumidor y ejecución hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 45-59.

93 Criterio que se deduce de la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14).

94 Cfr. STJUE de 30 de mayo de 2013, caso “Asbeek Brusse y de Man Garabito” (asunto C-488/11) y, en el mismo sentido, SSTS, Sala 1ª, nº 241/2013, de 9 de mayo, y nº 265/2015, de 22 de abril.

con consumidores y usuarios⁹⁵, en tanto en cuanto el juez “disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello”, aunque sin soslayar el principio de contradicción mediante el trámite de la previa audiencia de las partes⁹⁶, y sin que el control de oficio en la ejecución patrimonial alcance meramente al mecanismo equilibrador que supone el control de contenido sino también al juicio de transparencia⁹⁷.

Es, precisamente, la situación de inferioridad en la que se halla la persona consumidora, como parte más débil de la rela-

95 En efecto, el principio de control de oficio o de intervención activa de los órganos judiciales supone una constante en la jurisprudencia del TJUE a partir de la Sentencia de 27 de junio de 2000 (caso Océano), que estableció que la protección que la Directiva 93/13/CEE “sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores otorga a estos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”. Por su parte, la STJUE de 26 de octubre de 2006 (caso Mostaza Claro, asunto C-168/05), con remisión a las Sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores y de 21 de noviembre de 2002 (Caso Cofidis, asunto C-473/00), declaró que esta atribución del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva- como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, toda vez que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Y, partiendo de esta exigencia, resulta que el órgano judicial puede adoptar la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas, tal y como se señala, entre otras, en la STJUE 9 de noviembre de 2010 (VB Pénzügyi Lízing Zrt, C-137/08), en la que consta declarado lo siguiente: “el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula” (apartado 56). En el mismo sentido, en la STS 241/2013, de 9 de mayo se declara lo que sigue: “Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba” (apartado 116)”. Con precisa referencia a las facultades de control judicial del título ejecutivo *vid.* ALMENAR BELENGUER, M., *El control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución. Problemas sustantivos y procesales*, en “Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ”, nº 33 de 2016, sobre “Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria”, pp. 38 y ss.

96 Al respecto, cfr., por todas, SSTJUE 2 de febrero de 2009 y 21 de febrero de 2013 (caso Banif Plus).

97 Y es que obligar a las personas consumidoras a acudir al procedimiento declarativo bajo pretexto de no poder verificar el juicio de transparencia en la ejecución patrimonial instada resultaría contrario al principio de eficacia en la tutela de los consumidores, además de que tal solución supondría una vulneración de la Directiva 93/13/CEE.

ción jurídica, la que justifica la intervención tuitiva de oficio -o, más genéricamente, en todo caso activa- de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, la participación activa del juez que posibilita el control de oficio se manifiesta como un instrumento imprescindible para alcanzar el efecto útil de la Directiva 923/13 y asegurar el carácter de norma imperativa y de orden público del artículo 6.1 de la Directiva⁹⁸.

Y, sin duda, en este ámbito la incidencia de la doctrina jurisprudencial ha constituido un factor determinante de la modificación de las normas reguladoras de la materia en general y de la LECiv en particular⁹⁹, con el claro propósito de ofrecer amparo procesal a las facultades de control desplegadas por parte de los órganos jurisdiccionales, previsión materializada de manera esencial a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁰⁰, cuya Exposición de Motivos alberga expresa referencia a una de las esenciales finalidades pretendidas con la norma consistente en “la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo” y, como corolario de ello, acordar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicarlas, modificación que se adopta como consecuencia directa de la asimilación patria de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal

98 Cfr. SSTJUE de 4 de junio de 2009, caso Panon, y de 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito (asunto C-618/10), ésta última recaída en resolución de una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial español en el marco del procedimiento monitorio.

99 Cfr. ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, cit., pp. 285 y ss.

100 Si bien esta norma tampoco llegó a ofrecer una solución certera a determinadas cuestiones derivadas de la ejecución, buena prueba de lo cual han sido las sucesivas modificaciones legislativas operadas sobre la reforma inicial.

de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz). Y es que es precisamente como consecuencia de la apuntada reforma legislativa que se otorga una nueva redacción a los artículos 552.1, 557.1.7^a, 561.1.3.^a y 695 de la LECiv, a los efectos de ofrecer cauce viable al referido control judicial, cuyo ejercicio efectivo determinó el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales, además de sentar abundantes criterios y pautas judiciales en el tratamiento de los controles de abusividad y transparencia por parte de nuestros órganos jurisdiccionales no siempre concurrentes que, como ya he tenido ocasión de señalar, han propiciado, lamentablemente, numerosas situaciones de notoria inseguridad jurídica.

b) Delimitación subjetiva del control de abusividad: el concepto de consumidor. Especial referencia a los garantes.

CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA INTERVENCIÓN DE LOS GARANTES EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO

Una de las cuestiones que con interés se plantea al afrontar el estudio de la situación de los garantes en el procedimiento ejecutivo hipotecario es la atinente a la aplicación a los mismos del concepto de consumidor bien en los supuestos en los que dicha cualidad se predica del obligado principal o bien en aquellos casos en los que el deudor principal incuestionablemente resulta ser un empresario o profesional, usualmente por ello no consumidor. Ciertamente, atendida la situación de crisis económica por la que todavía transitamos, no resulta infrecuente constatar la necesidad que afecta al sujeto que requiere de la obtención de un crédito de recurrir a garantías crediticias –personales o reales- que trascienden su propio patrimonio, presentando ante el prestamista –usualmente por exigencia de éste- bien fiadores o avalistas que “*con sus bienes presentes y futuros*” (art. 1911 del CC) aseguren su crédito (garantía perso-

nal) o bien una garantía hipotecaria sobre inmuebles pertenecientes a terceras personas (garantía real) (art. 1857, párr. 2º del CC). Y así, en el señalado contexto, llegado el momento de la ejecución de la garantía real hipotecaria, pueden aparecer en escena sujetos diversos del deudor (ya personal o, incluso, hipotecario) que, de una manera u otra, se van a ver afectados por el procedimiento ejecutivo hipotecario. Son los que cabría denominar “actores secundarios del drama”. No obstante, a pesar de la antedicha mención de los garantes como “actores secundarios del drama”, por tratarse de sujetos que, al menos de un modo aparente, probablemente fundado en el principio de accesoriedad que rige la noción de garantía¹⁰¹, resultan implicados de una manera no principal o inmediata en el quebranto que la ejecución hipotecaria supone para quienes la padecen, lo bien cierto es que en muchas ocasiones tal calificación -de “actor de reparto”- resulta no ajustada a la realidad, considerando que los intervinientes cuya situación me propongo revisar no siempre participan de una manera subsiguiente o subsidiaria en el procedimiento ejecutivo que se desencadena desde la garantía real hipotecaria. Para respaldar esta primera reflexión basta considerar algunas situaciones.

(i) En el supuesto de que la fianza se constituya con el ca-

101 En efecto, cuando se constituye una garantía en sentido estricto, para el cumplimiento de la obligación, se está tratando de reforzar la seguridad del cumplimiento de una deuda ante la contingencia de que la responsabilidad del deudor, materializada en los bienes que componen su patrimonio, no permita una íntegra satisfacción del derecho del acreedor. La relación jurídica de garantía surge, precisamente, para dotar de una seguridad específica al cumplimiento de la obligación en la hipótesis de que la seguridad genérica que ofrecen los bienes que integran el patrimonio del deudor resulte insuficiente para hacer efectiva la satisfacción del crédito. De este modo, a diferencia de la responsabilidad, que constituye una cualidad intrínseca de la obligación, la garantía propiamente dicha, es una relación jurídica externa a la relación obligatoria, que se adhiere o yuxtapone a ésta confiriendo al acreedor un poder jurídico distinto del que le corresponde como sujeto activo de la relación obligatoria, y que le da una seguridad completamente singular al cumplimiento de la deuda. En definitiva, la garantía supone una adición, sin duda útil pero jurídicamente prescindible, a la conexión institucional, en todo caso imprescindible, existente entre deuda y responsabilidad, con la que se vincula a través del eslabón de la accesoriedad (cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., Pamplona, 1999, pp. 40-41).

rácter de solidaria (cfr. art. 1822, párr. 2º del CC), lo cual sucede en la mayoría de los casos, al no resultar operativo el beneficio de excusión, el garante personal, obligado al pago de una deuda ajena, responde en primera línea, como si del deudor principal se tratara, si bien por tratarse de un tercero interesado y no de un obligado final al pago o cumplimiento de la obligación, siempre va a contar con la posibilidad a su favor de poder ejercitar una acción de subrogación (cfr., con carácter general, el art. 1210.3º del CC, con su específica concreción en el art. 1839 del mismo cuerpo legal) frente a la acción de reembolso que, en su caso, pudiera corresponder al deudor solidario, figura con la que claramente, por lo indicado, se diferencia. En este ámbito conviene significar que, como ya he indicado, la fianza, como garantía adicional exigida por la entidad bancaria prestamista, usualmente se constituye como solidaria.

(ii) En el supuesto de que el deudor se encuentre en situación de concurso el procedimiento de ejecución hipotecaria se va a dirigir únicamente frente al hipotecante no deudor¹⁰².

(iii) Es posible que la escritura de constitución de la hipoteca integre una condición general abusiva, por incorporar una cláusula que suponga la imposición de una dejación o limitación de los derechos del consumidor o usuario (art. 86.7 TRLGDCU), implicando la renuncia del fiador a los beneficios de excusión, división y orden, que determinan su constitución como deudor solidario¹⁰³. En este supuesto, y en tanto resulte declarada la abusividad de la estipulación y, por consiguiente,

102 Cfr. Resolución de 15 de octubre de 2014, de la DGRN. En el recurso resuelto se debate la inscripción de un decreto de adjudicación en un procedimiento de ejecución directa de hipoteca, entablado exclusivamente contra los hipotecantes no deudores, siendo así que el deudor se encuentra en situación legal de concurso, extremo que se acredita mediante certificación del Registro Mercantil.

103 Con precisa referencia a esta situación la SJM nº 1 de Donostia nº 65/2015, de 9 de marzo de 2015, resuelve sobre la inclusión de una cláusula de fianza abusiva por imponer una renuncia de derechos.

su nulidad, el garante personal va a tener que responder ante el acreedor como si de un deudor principal se tratara.

En todo caso, la cuestión relativa a la repercusión que la ejecución hipotecaria va a tener sobre sujetos diversos del deudor, singularmente en orden a la determinación de su legitimación pasiva en el procedimiento ejecutivo hipotecario, plantea una materia en cuyo ámbito la doctrina no ha encontrado solución pacífica, señaladamente como consecuencia de la regulación legal existente¹⁰⁴. En el ámbito señalado la cuestión atinente a la consideración de consumidor de quien no es deudor se presenta como uno de los temas de mayor interés que la materia abordada nos plantea. Al respecto, inicialmente, conviene señalar, siquiera con brevedad, cual es la tipología subjetiva a la que ahora nos referimos, que determina las posiciones de los diversos sujetos que, como terceros a la relación personal asegurada mediante la garantía real hipotecaria, pueden verse afectados por la ejecución hipotecaria.

Los sujetos que pueden asegurar la obligación dineraria que, dimanante del contrato de préstamo, incumbe al prestatario presentan una triple tipología, a último reconducible a dos

104 Y ello incluso a pesar de la consideración de la previsión contenida en el artículo 3 bis, del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, introducido por el artículo 8 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a cuyo tenor: “*Fiadores e hipotecantes no deudores: Los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de exclusión*”. Ciertamente, una primera conclusión que se extrae del precitado precepto es que, para el legislador, aunque en la escritura de préstamo y constitución de hipoteca el fiador y el hipotecante no deudor hubiesen renunciado expresamente a la excusión, e igualmente si se han obligado solidariamente con el deudor, podrán hacer valer frente al acreedor ese beneficio legal previsto para la fianza. Ahora bien, el problema procesal que se plantea es de qué forma puede hacer valer el hipotecante no deudor ese beneficio en el proceso de ejecución hipotecaria instado por el acreedor hipotecario contra el deudor principal y contra el mismo hipotecante no deudor, teniendo en cuenta que en la expresa regulación del artículo 695 de la LECiv no se menciona ni se contempla esta posibilidad.

supuestos: garantes personales, entre los que se incluyen los avalistas y fiadores; y garante real, que no es otro que el hipotecante no deudor, en definitiva sujeto pasivo de la hipoteca -es decir, titular dominical del inmueble, o derecho real inmobiliario, ofrecido en garantía- (junto con el deudor hipotecante y el tercer poseedor de bienes hipotecados). La consideración separada de estos sujetos y su concreta situación jurídica en el ámbito en la ejecución hipotecaria no resulta baladí, pues la ley presta singular atención a la concreta situación de los mismos al regular algunos aspectos de la ejecución hipotecaria. Así, en el artículo 685.5 de la LECiv, al establecer, en su párrafo segundo, una disposición sobre el límite de la responsabilidad de los fiadores respecto de los intereses de demora, declarando que *“a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579”* -de la LECiv- y *“para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda”* la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva inicial será la que sirva de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores *“sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial”*.

Avalistas y fiadores

El fiador es el sujeto que, de manera personal y por tanto universalmente, es decir, con todo su patrimonio, garantiza el cumplimiento de la obligación de pago del obligado. Se denomina también avalista, si bien la utilización de este último término suele restringirse al ámbito de los contratos mercantiles. No me refiero, pues, ahora al fiador calificado por algún sector de la doctrina como real o hipotecario¹⁰⁵ que no compromete

¹⁰⁵ Cfr., al respecto, BELUCHE RINCÓN, I., *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002, p. 13, que califica de fiador al hipotecante no deudor. Contrariamente a esta posición CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *El hipotecante no deudor: ¿Un “fiador real”, cobijado por la analogía en el régimen de la fianza*, en “Anuario de Derecho Civil”, núm. LIX-4, octubre 2006 y *El hipotecante por deuda ajena no es un fiador real*, en “Ejecución hipotecaria, solu-

más que un concreto bien de su patrimonio al eventual cumplimiento de la obligación afianzada, es decir el hipotecante no deudor, sobre el que expondré seguidamente.

Tanto avalista como fiador son garantes personales y se comprometen a asumir la obligación de pago del deudor, usualmente para el caso de no hacerlo éste (subsidiariamente; cfr. art. 1822, párr. 1º, del CC), aunque es posible que se obliguen de manera solidaria con el deudor (art. 1822, párr. 2º, del CC), supuesto en el que el acreedor se va a poder dirigir indistintamente contra el deudor o contra el garante. En definitiva, se trata de un tercero que se obliga a cumplir la obligación, subsidiaria o solidariamente, pero sin gravar específicamente ningún bien de su patrimonio sino respondiendo de manera personal, lo mismo que el deudor, por consiguiente “*con todos sus bienes presentes y futuros*” (art. 1911 del CC) en el supuesto de que el obligado principal no cumpla.

En el esquema ofrecido por la garantía personal resulta que al patrimonio del deudor se adiciona otro sustrato patrimonial que también va a responder del cumplimiento de la obligación: el del garante. Y si el prestamista no viera satisfecha la totalidad de la deuda mediante la subasta del inmueble podrá exigir al fiador personal el pago de la diferencia entre el precio por el que el bien resultó adjudicado en la subasta y el importe total de la deuda afianzada.

El hipotecante no deudor

Es requisito esencial de las garantías reales que el constituyente de la misma tenga -supuesta la libre disposición de la cosa- la titularidad dominical del bien sobre el que la garantía

ción a tiempos de conflicto”, Navarra, 2012, p. 379, indica que la “fianza real” no es más que una inviable quimera nacida del incesto, de la unión contra naturam de dos especies filiales del mismo género paterno: la fianza, como garantía personal, y la hipoteca, como garantía real, por lo que no cabe confundir o unir dos figuras netamente distintas.

se va a constituir (art. 1857.2º del CC), sin que, contrariamente, sea consustancial a su posibilidad de constitución la circunstancia de que el otorgante de la garantía real deba ser, además, sujeto pasivo de la obligación asegurada (deudor personal), toda vez que “*las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*” (art. 1857, párr. 2º, del CC).

El hipotecante no deudor es el sujeto que ofrece un inmueble –o derecho real inmobiliario; cfr. arts 106 y 107 de la LH– de su propiedad en garantía del cumplimiento de la obligación de pago que incumbe a otra persona, de manera que su responsabilidad queda circunscrita al propio bien hipotecado sin que pueda extenderse a la universalidad de su patrimonio pues no es un garante personal. Junto con el deudor hipotecante, que grava con hipoteca un bien propio como garantía de su deuda, y el tercer poseedor, que adquiere el bien hipotecado con posterioridad a la constitución del gravamen real y, por consiguiente, con la carga que grava a la finca, el hipotecante no deudor es un sujeto pasivo de la hipoteca¹⁰⁶. Por tal circunstancia al mis-

106 Nuestro Derecho positivo, especialmente la LH, configura la hipoteca como un derecho de naturaleza real, y así lo considera la generalidad de los autores. Ello supone que el bien inmueble hipotecado, desde el mismo momento en que la hipoteca se constituye, queda vinculado a la seguridad del cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su titular, presente o futuro que, de un modo u otro, se verá afectado por el derecho real de hipoteca, precisamente por su condición de titular del bien o derecho hipotecado (sobre este particular, *vid.*, por todas, la Resolución de 3 de abril de 1998, de la DGRN, en la que, desde la consideración de la hipoteca como derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado, se distingue entre la “mera” preferencia de un crédito y la especial afección de un bien hipotecado o pignorado a la seguridad de la deuda garantizada, pues aquélla se desenvuelve únicamente cuando hay concurrencia de acreedores que intentan hacer valer la responsabilidad patrimonial universal de su común deudor; en cambio, cuando un acreedor hipotecario ejercita su acción real en modo alguno pide el desenvolvimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor sino la aparición de un derecho real que integra su propio patrimonio. Al respecto, cfr., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C, *Prelación de créditos*, en “Revista General de derechos”, marzo 1993, pp. 1300-1301). Por ello, tradicionalmente, la doctrina ha venido aplicando a este sujeto la denominación de sujeto pasivo de la hipoteca, expresión que, sin embargo, no hallamos en ningún texto legal. Es doctrina común considerar que el sujeto pasivo de la hipoteca es “el propietario de la finca o titular del derecho real limitado hipotecados, independientemente de si a la vez es o no deudor personal del crédito garantido” (cfr. ROCA SASTRE, R.Mª y ROCA-SASTRE MUNCUNILL,

mo le va afectar directamente la ejecución hipotecaria (cfr. art. 685.1 de la LECiv).

Con precisa referencia a la consideración de este concreto garante -hipotecante en garantía de la deuda de otro-, despejadas las dudas acerca de su legitimación pasiva en el procedimiento ejecutivo hipotecario -que le corresponde, atendida su condición de sujeto pasivo de la hipoteca- y, presupuesta su necesaria condición de consumidor, no debe desatenderse la circunstancia de que para que le sea de aplicación la legislación tuitiva del consumidor en el ámbito de la ejecución hipotecaria también hay que considerar la calificación de *vivienda habitual*¹⁰⁷ del bien ofrecido en garantía que, en definitiva, se va a realizar para dar cumplimiento a la obligación de pago del crédito, de la misma manera que esta circunstancia se debe constatar en el caso de que el hipotecante fuera, a su vez, el deudor principal de la obligación asegurada mediante la garantía real hipotecaria.

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA DOCTRINA MÁS RECIENTE DEL TJUE

Usualmente, en el seno del procedimiento ejecutivo -ordinario o hipotecario- los garantes defienden su condición de

L., *Derecho Hipotecario*, IV-2º, 7ª, ed., Barcelona, 1979, p. 308).

107 Sin entrar en mayores disquisiciones sobre este punto, en su consideración debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, conforme a la nueva regulación introducida 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, que establece lo siguiente: “*En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución*”. Por su parte el artículo 129.2-b) de la misma Ley Hipotecaria, en el mismo sentido, dispone que: “*La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución*”.

consumidores a los efectos de poder ser tutelados por la normativa tuitiva de los mismos y, en consecuencia, poder invocar el carácter abusivo de determinadas cláusulas predispuestas en las escrituras o pólizas de préstamo en los supuestos en los que la demanda ejecutiva también se ha dirigido contra ellos¹⁰⁸, o bien, de una u otra manera, les afecte.

Los artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias disponen la distinción entre consumidor y profesional a los efectos de aplicación de la norma, dictada con una finalidad protectora de los primeros y cuyo origen inmediato en el Derecho de la Unión Europea es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo periodo máximo de transposición era el 31 de diciembre de 1994. Los referidos preceptos resultaron alterados por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹⁰⁹. Entre las no-

108 Tal circunstancia se constata no sólo en el ámbito de la ejecución sino también en procedimientos declarativos atinentes a contratos de financiación, tales como el arrendamiento financiero o leasing. Cfr. al respecto, entre otras SSAP de Pontevedra, Sección 6ª, n.º 79/2016, de 15 de febrero (JUR 2016/50889) y de Cantabria, Sección 4ª, n.º 360/2014, de 23 de octubre (JUR 2015/14152).

109 Esta reforma es consecuencia de la publicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Como se declara en el Preámbulo de la ley, el propósito de la modificación de la norma comunitaria es dar “un nuevo impulso a la protección de los con-

vedades de la reforma se localiza la modificación de las definiciones armonizadas recogidas en los precitados artículos 3 y 4 con la finalidad de transponer el contenido de otra relevante directiva afectante al ámbito de la materia que nos ocupa. En efecto, en el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE se establecen las definiciones de consumidor y comerciante en el sentido de la actual redacción de los artículos 3 y 4 del Texto Refundido, si bien limitándose el concepto de consumidor a las personas físicas. A pesar de lo indicado, la regulación española amplía el concepto de consumidor a determinadas personas jurídicas no recogidas en la norma comunitaria¹¹⁰.

Con carácter general conviene anticipar que la regulación preexistente que fija el concepto de consumidor vino a consolidar una posición doctrinal en nuestro Tribunal Supremo en el sentido de excluir del mismo a determinadas personas y, específicamente, a lo que ahora nos interesa, a los avalistas y fiadores.

Ciertamente, la interpretación del concepto de consumidor

sumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior”.

110 Concretamente, resultando que el artículo 2 de la referida Directiva establece que a efectos de la presente Directiva se entenderá por “consumidor”, “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”, en el ámbito de nuestra legislación el artículo 3 del RD Legislativo 1/2007 declara que: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

nunca se ha presentado carente de incertidumbres en la jurisprudencia y en la doctrina del TJUE y también en los diversos estudios generados sobre la materia, si bien en un principio resultó acogida una noción muy estricta del concepto de consumidor y usuario¹¹¹.

En el mismo sentido apuntado nuestras Audiencias Provinciales ofrecen un amplio repertorio de resoluciones en las que de manera prevalente se rechaza aplicar la condición de consumidor en el ámbito de los contratos de afianzamiento, contexto ordinario —el del fiador— en el que se debate la referida condición¹¹². Ello es así por considerar que el garante, ya sea fiador o

111 Por poner un ejemplo, baste citar la STS, Sala 1ª, de 15 de diciembre de 2005, núm. 963/2005, en la que se declara que la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quién demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. Conviene considerar que la precitada resolución se dicta al amparo de la normativa vigente en 1984. En el mismo sentido, si bien bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2016, núm. 380/2016, en el supuesto de un préstamo solicitado para financiar un negocio establece que no es de aplicación la normativa tuitiva en materia de consumidores y usuarios. Y la STS, de Pleno, de 30 de junio de 2015, núm. 323/2015, asimismo rechaza la aplicación de la normativa protectora de los consumidores a un préstamo hipotecario multidivisa vinculado a actividades de promoción inmobiliaria, declarando que no resulta suficiente con ser una persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Por su parte, y participando de la misma consideración, el Auto del TS, Sala 1ª, de 1 de junio de 2016, recurso núm. 595/2016, expresa que no puede sostenerse la condición de consumidor o usuario de la demandante, por tratarse ésta de una comunidad de bienes que formaliza la contratación del servicio telefónico dentro del ámbito de su actividad empresarial. Por cuanto se refiere a la fianza, la STS, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 2002, núm. 351/2002, en el supuesto de una póliza de afianzamiento mercantil por parte de dos personas físicas respecto a las operaciones de una sociedad anónima, declara que en esta situación no nos hallamos ante un supuesto de “consumidor” o “usuario” incardinable en el concepto legal.

112 Así, por ejemplo, en el ámbito de la valoración de la implicación de los fiadores con el deudor principal, una mercantil de la que aquéllos son socios y la sociedad la titular del crédito, se niega a aquéllos la condición de consumidores (AAP de Barcelona, Sección 4ª, de 5 de abril de 2016, nº 135/2016, rec. 499/2015). Y también al hipotecante no deudor que grava sus fincas interviniendo, además, como administrador único de una sociedad limitada le es negada la condición de consumidor (SAP de Asturias, Sección 1ª, de 14 de marzo de 2016, nº 77/2016, rec. 400/2015). Tampoco mencionan la doctrina del TJUE negando la condición de consumidor al fiador de un préstamo solicitado por una sociedad por la única circunstancia de que la fianza es solidaria y es contrato accesorio las siguientes resoluciones: AAP de

hipotecante no deudor, con fundamento en el carácter accesorio de la garantía, debe mantener la misma condición -de consumidor o, en su caso, profesional o empresario- que caracteriza al obligado principal, de tal manera que es precisamente la calificación de la relación jurídica afianzada -de la que trae causa la de garantía- como de consumo la que, a último, determina la aplicación de la normativa tuitiva del consumidor al garante que, en suma, nunca es un consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que su intervención se concreta a la prestación de la garantía.

La doctrina del TJUE en principio adoptó un criterio restrictivo en la interpretación del concepto de consumidor. Así, en las Sentencias de 20 de enero de 2005 (caso Gruber), 14 de marzo de 1991 (caso Di Pinto) o 3 de julio de 1997 (caso Benincasa) en las que se exigía que los bienes adquiridos se dirigieran a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o se imponía la condición de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado. En la STJUE

Barcelona, Sección 13ª, de 25 de febrero de 2016, nº 61/2016, rec. 364/2015 y Sección 17ª, de 17 de febrero de 2016, nº 52/2016, rec. 167/2015; AAP de Madrid, Sección 14ª, de 12-2-2016, nº 27/2016, rec. 707/2015 y SAP de Madrid, Sección 21ª, de 6 de octubre de 2015, nº 325/2015, rec. 346/2014; AAP de Valencia, Sección 7ª, de 16 de septiembre de 2015, nº 189/2015, rec. 295/2015 y AAP de Granada, Sección 4ª, de 11 de septiembre de 2015, nº 165/2015, rec. 277/2015. Asimismo se niega la condición de consumidor a los avalistas de una sociedad mercantil, siendo uno de ellos el administrador en el AAP de Las Palmas, Sección 5ª, de 22 de enero de 2016, nº 13/2016, rec. 73/2015. Y también al fiador por el hecho de no ser consumidor o usuario el contratante principal (SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 1 de septiembre de 2015, nº 407/2015, rec. 401/2014). Se declara también que la misma operación no puede simultáneamente someterse a la normativa de consumidores para los avalistas y no para la prestataria, toda vez que la naturaleza de la obligación no se desnaturaliza en función de que el fiador, ahora ejecutado, sea una persona física por lo que no tiene la condición de consumidor a los efectos de ese contrato de préstamo (AAP de Tarragona, Sección 1ª, de 2 de noviembre de 2015, nº 279/2015, rec. 139/2015). No obstante lo cual, se aplica la condición de consumidor al particular que contrata un préstamo con garantía hipotecaria cuando la avalista es una sociedad mercantil (AAP de Córdoba, Sección 1ª, de 17 de febrero de 2016, nº 68/2016, rec. 1152/2015). Por su parte, La SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de octubre de 2014, permitía extender la condición de consumidor en la adquisición de bienes y servicios por un particular empresario o profesional al margen de la actividad empresarial o profesional.

17 marzo 1998 (asunto Dietzinger, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), se declara que la Directiva “no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado”. En definitiva, en la doctrina del TJUE prevalecía la condición o destino de los bienes sobre la condición del contratante en posición más débil. Y esta misma constituía la posición mayoritaria de nuestros órganos jurisdiccionales y la que asimismo se localizaba en la doctrina española, aunque excepcionalmente se encontrara alguna manifestación menos favorable a limitar la aplicación del concepto de consumidor.

No obstante lo expuesto, la doctrina del TJUE se altera significativamente a partir de la Sentencia de 3 de septiembre de 2015 en el asunto C- 110/14, caso Costea vs. SC Volksbank România, en la que, después de exponer la doctrina consolidada en la Sentencia Di Pinto (C 361/89), en los párrafos 26 al 30 se declara que un abogado puede tener la condición de consumidor si el contrato es ajeno a la actividad del bufete, en cuanto que se encuentra en condición de inferioridad respecto al profesional (apartado 26). Y en el párrafo siguiente (el 27) se admite que aun cuando se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas “ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil”. El TJUE considera irrelevante la circunstancia “de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete” (párrafo 28). Y consolida una destacada conclusión: la condición de la persona en el contrato accesorio, no determina su condición

en el contrato principal. En concreto, se declara lo siguiente: “... el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito”. La manifestación precedente viene a alterar la doctrina defendida previamente por el propio Tribunal de Luxemburgo relativa a que en un contrato no podían tener la condición de consumidores quienes asumían la obligación accesoria si no la ostentaban ya quienes asumían la obligación principal. También se modifica la consideración de que en un mismo contrato no pueden concurrir dos regímenes jurídicos de protección diferentes. La resolución ahora considerada concluye afirmando que, “el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.” Sin duda, la trascendencia práctica de la STJUE de 3 de septiembre de 2015 es esencial. Y es que en reiterados supuestos, cuando una entidad financiera otorga un crédito a una sociedad mercantil, frente las dudas de solvencia que puede

plantear la sociedad, de ordinario se exige la fianza solidaria de todos o algunos de los socios. También en numerosas ocasiones, en el supuesto de una sociedad de reducidas dimensiones con un único administrador, resulta frecuente el afianzamiento no únicamente de éste, sino que sucede que la prestamista exija el de su cónyuge, padres e incluso algún otro allegado, que usualmente se encuentran desvinculados de la actividad profesional o comercial de su próximo. Y carece de todo sentido negar al fiador la condición de consumidor por el sólo hecho de que el contrato principal, el préstamo, resulte vinculado, como principal obligado, una sociedad mercantil. Como ya he apuntado, en estos supuestos la mera consideración de contrato accesorio de la fianza o aval, determinaba que el juzgador negara la cualidad de consumidor al garante, con independencia de que su intervención se localizara o no fuera de la actividad profesional o comercial del deudor principal. La cuestión se aclara definitivamente por el TJUE (Sala Sexta) a través de su Auto de 19 de noviembre de 2015, en el asunto C 74/15 (Dumitru Tarcău e Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA y otros), por el que se resuelve la petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En la solicitud de cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta al TJUE acerca de si la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. A este respecto el TJUE resuelve en los párrafos 20 al 29 (después de citar su propia doctrina

en las sentencias Šiba, C 537/13; Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11; Dietzinger, C 45/96) que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional en virtud del sistema de protección de la Directiva que considera al consumidor en situación de inferioridad, resultando que “dicha protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar” (párrafo 25).

En suma, a la cuestión de si puede considerarse consumidor al fiador de un profesional, a pesar de que el contrato de garantía o fianza sea accesorio al contrato principal, la respuesta del TJUE es afirmativa, al considerar el Tribunal Europeo que estamos ante contratos diversos desde el punto de vista de las partes contratantes, toda vez que la fianza se perfecciona entre sujetos distintos de quienes son parte en el contrato principal, y “por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza” (párrafo 26), resultando que “en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado” (párrafo 29). Y, para concluir, se declara lo siguiente: “Los artículos 1, apartado 1, y

2, letra b), 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 dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

En definitiva, atendida la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo, en el supuesto de personas físicas o jurídicas sin ánimo de lucro que actúen en un ámbito ajeno a la actividad comercial, resulta que a los mismos les resultará de aplicación la legislación tuitiva en materia de protección de consumidores y usuarios, y en el caso en el que el profesional contrate con otro profesional o empresario, tal circunstancia no implicará necesariamente la pérdida de la condición de consumidor cuando el contrato en cuestión no aparezca vinculado con la actividad profesional del referido profesional, aunque sí en el caso contrario¹¹³.

113 Así, en la STS, Sala 1ª, de 3 de junio de 2016, núm. 367/20166 (Roj: STS 2550/2016-ECLI:ES:TS:2016:2550), se le niega la condición de consumidora a una persona que había formalizado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con el propósito de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia. En este contexto fáctico, planteada demanda para la supresión de la denominada cláusula suelo, el TS declara que el control de transparencia, diverso del mero control de incorporación o inclusión, se encuentra reservado en la legislación comunitaria y nacional, por lo que en la jurisprudencia del TJUE y de la 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. Y la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401), con cita de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015, sienta la relevante doctrina en el supuesto de un préstamo con garantía hipotecaria para adquisición de la vivienda habitual luego ampliado para atender a otra finalidad propia del tráfico mercantil, de que tal circunstancia “no impide que pueda aplicarse la normativa sobre protección de consumidores para juzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula”.

Más recientemente se localiza una manifestación del Centro Directivo que se hace eco de la doctrina del TJUE precedentemente expuesta. En efecto, la Resolución de la DGRN, de 31 de octubre de 2017¹¹⁴, trae causa del recurso de una entidad bancaria contra la calificación del Registrador de la Propiedad por la que deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por considerar abusiva la cláusula de interés moratorio, con efectos obligacionales, que disponía un tipo porcentual aplicable del 29%, en el contexto de un préstamo que tenía carácter mercantil toda vez que fue concedido a una sociedad con la finalidad de invertir en activos. En tal situación, y como garantes del préstamo convenido, los padres de la representante de la sociedad mercantil hipotecaron dos inmuebles de su propiedad, uno de los cuales constituía su vivienda habitual. Así las cosas, el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario al considerar que, a pesar de que el referido contrato presentaba carácter mercantil sin encontrarse por ello sujeto a la normativa de protección de consumidores, el interés moratorio pactado en la escritura resulta abusivo conforme las SSTs del 23 de diciembre de 2015 y 22 de abril de 2015, por superar en dos puntos el tipo del interés remuneratorio. De esta manera, la entidad bancaria recurrió la calificación del Registrador con fundamento en que el préstamo no fue otorgado a una persona consumidora, por lo que no resulta aplicable la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que se refiere a los intereses de demora de préstamos al consumo y con garantía hipotecaria sobre viviendas. En el contexto fáctico descrito, la DGRN considera que resulta aplicable la legislación de protección de los consumidores puesto que en la relación jurídica han participado dos personas físicas, los hipotecantes de deuda ajena, que intervienen con la indiscutible cualidad de consumidores, puesto que ni se dedican al ejercicio profesio-

114 BOE núm. 286 de 24 de noviembre de 2017, Sec. III, p. 114024.

sional de la concesión de garantías ni tampoco mantienen vinculación funcional con la sociedad prestataria. A pesar de lo cual, según el Centro Directivo, declarada la aplicabilidad de la legislación tuitiva de los consumidores, falta por precisar el ámbito y alcance de su consideración o, dicho de otro modo, si tal aplicación de la normativa de consumidores únicamente se proyecta sobre el contenido concreto del contrato de garantía o fianza, o bien debe extenderse también al contenido mismo del contrato principal de préstamo o crédito garantizado. A este respecto la DGRN entiende que, como previsión general, si nos hallamos ante dos relaciones jurídicas diferenciadas e independientes, y si la determinación de la aplicación de la regulación sobre cláusulas abusivas debe aplicarse, de conformidad con la doctrina STJUE de 19 de noviembre de 2015, en atención a la condición con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía, el control de abusividad o de contenido del mismo debe limitarse a sus concretas cláusulas, pero no ampliarse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo asegurado, estipulaciones a las que les será aplicable la normativa que corresponda en atención, asimismo, a la condición de sus partes contratantes. Y de igual modo considera la DGRN que si la persona que asume el contrato de garantía ostenta la condición de profesional, tal circunstancia no debe afectar a la condición, en su caso, de consumidor del prestatario del contrato principal ni, obviamente, excluirá el control de abusividad de sus cláusulas ni el resto de la normativa que le resulte aplicable. En consecuencia, considera el Centro Directivo que la apreciación de la condición de consumidor del garante del préstamo hipotecario no condiciona la extensión del control de abusividad respecto de las cláusulas del contrato principal de préstamo asegurado. Por consiguiente, se concluye que, en este supuesto, no resulta de aplicación la limitación que respecto a los intereses moratorios previstos para un préstamo hipotecario ha determinado el Alto Tribunal,

toda vez que se trata de una operación de crédito entre profesionales en la cual el prestatario se desenvuelve en el ámbito de su actividad empresarial y, por tanto, al margen de la normativa tuitiva de los consumidores. De este modo se concluye señalando que cuando no resulta de aplicación la legislación protectora de los consumidores, con carácter general la relación jurídica generada debe ubicarse en el ámbito del contrato por negociación –que no celebrado con condiciones generales- en el ue la valoración de los presupuestos del equilibrio de las prestaciones se realiza de acuerdo con los criterios interpretativos de los contratos que se disponen de manera ordinaria en nuestro Código Civil¹¹⁵ y que esencialmente atienden al sentido de la voluntad exteriorizada por los contratantes, resultando en consecuencia ajeno a la competencia del Registrador de la Propiedad la fijación de un criterio objetivo para calibrar la validez del interés moratorio, pauta que, en todo caso, corresponde determinar al órgano jurisdiccional. Y por todo lo expuesto, la DGRN acuerda estimar el recurso planteado por la entidad bancaria con revocación de la nota de calificación del Registrador de la Propiedad en el sentido de acordar la procedencia de la inscripción de la escritura del referido préstamo hipotecario¹¹⁶.

115 Cfr. arts. 1281 a 1289 del CC.

116 En mi opinión, la decisión del Centro Directivo resulta atinada, tanto como rechazable la denegación de la inscripción por parte del calificador –pues, en todo caso, el interés de demora constante en la escritura de constitución del préstamo únicamente sería de aplicación a la mercantil deudora principal-, sin que quepa descuidar la circunstancia de que el tipo de interés moratorio establecido a efectos obligacionales en la escritura de préstamo no resulta de aplicación a la *responsabilidad* que afecta a la garantía hipotecaria otorgada por el no deudor consumidor, que se extenderá únicamente hasta el importe máximo y por el tipo límite de los intereses de demora que a efectos de la responsabilidad hipotecaria consten determinados en la parte de la escritura atinente a la constitución de la garantía hipotecaria, integrando este dato el patrón –de abusividad respecto de un consumidor- que el calificador debería haber revisado –pero que, sin embargo, no valoró- al considerar la procedencia o no de la inscripción. Y es que, no obstante lo indicado, el Registrador de la Propiedad realmente no acordó denegar la inscripción de la escritura por la cláusula que establecía el tope de intereses moratorios a los efectos de la responsabilidad hipotecaria, de manera que dicha estipulación no fue el objeto del recurso planteado por la entidad bancaria, por lo que el Centro Directivo no entró a considerarla en su Resolución.

LA EXTRAPOLACIÓN DE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL OBLIGADO PRINCIPAL AL GARANTE. EL AUTO DE LA AP DE PONTEVEDRA, SECCIÓN 1ª, DE 5 DE ABRIL DE 2016

La unidad de criterio que -frente a la doctrina emanada del TJUE- en orden a la condición de (no) consumidor del garante aparecía consolidada en nuestra jurisprudencia menor resulta quebrada con el Auto de la AP de Pontevedra de 6 de abril de 2016, resolución que, por tal circunstancia, merece una consideración separada y especial, a la que dedico las siguientes páginas.

En el supuesto de hecho de la resolución ahora considerada, la entidad prestamista, mediante póliza de crédito en cuenta corriente a interés variable de fecha 3 de febrero de 2012, abrió una línea de crédito a la sociedad Lelut Pontearreas S.L, hasta un límite máximo de 30.000 euros, con vencimiento en fecha 28 de febrero de 2013, a un interés nominal inicial del 6,40%, revisable trimestralmente conforme a las variaciones del Euribor incrementado en 3,950 puntos porcentuales, con un interés remuneratorio mínimo del 5,00%, pactándose un interés de demora resultante de incrementar el interés remuneratorio en 20 puntos porcentuales. En garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato intervinieron, como fiadores solidarios, Dña. Leocadia y D. Fernando, titulares de Lelut Pontearreas, S.L. y, además, la primera, administradora única de dicha entidad, así como Dña. Celestina y D. Antonio, padres de D. Fernando. Llegado el vencimiento pactado, ni la sociedad prestataria ni los fiadores hicieron frente al crédito dispuesto, por lo que el 27 de noviembre de 2014, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, que arrojaba un saldo deudor a favor de la entidad de 46.585,38 euros. Como consecuencia de la falta de pago de la anterior cantidad, la entidad prestamista

presentó demanda de ejecución de títulos no judiciales contra Dña. Leocadia, D. Fernando, Dña. Celestina y D. Antonio, en reclamación de 46.585,38 euros de principal, más 13.975,61 euros que se calcularon provisionalmente para intereses y costas. La indicada demanda determinó la incoación por el JPI núm. 1 de Pontearreas del procedimiento de ejecución ordinaria, en el cual por Auto de 13 de marzo de 2015, se despachó ejecución por las sumas interesadas contra Lelut Pontearreas S.L., Dña. Leocadia, D. Fernando, Dña. Celestina y D. Antonio, si bien con ocasión del requerimiento se constató que la sociedad Lelut Ponteraeas, S.L. había sido declarada en concurso y Dña. Celestina había fallecido. Por otra parte, mediante sendos escritos presentados el 14 de abril de 2014, D. Fernando (deudor principal y fiador) y D. Antonio (fiador) se opusieron a la ejecución alegando la nulidad por abusivas de varias de las cláusulas incluidas en la póliza de crédito: (i) el primero interesó la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses moratorios; (ii) y el segundo la cláusula que contenía el pacto de liquidez, la cláusula suelo y la cláusula de intereses moratorios. Como consecuencia de lo indicado, por Auto de 15 de octubre de 2014, el Juzgado a quo analizó las cláusulas impugnadas y, tras rechazar el carácter abusivo de las referidas al pacto de liquidez –por entender que cumplía los requisitos exigidos en los arts. 572.2 y 573 de la LECiv, al vencimiento anticipado –dado que no consta pago alguno desde el cierre de la cuenta, y a los intereses de demora –ya que el préstamo estaba destinado a financiar una actividad empresarial, lo que privaba a la parte ejecutada de la condición de consumidor y, en consecuencia, de la protección prevista en la normativa de consumo, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo con base en la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013/3088). De manera que se desestimó la oposición planteada por D. Fernando y se estimó parcialmente la deducida por D. Antonio (fiador), en el sentido de ordenar seguir adelante la

ejecución, previo recálculo por la entidad financiera de la cantidad reclamada excluyendo la aplicación de la cláusula suelo. En desacuerdo con esta resolución, el codemandado/ejecutado y fiador, D. Antonio, interpuso recurso de apelación, articulado sobre tres motivos, a saber: (i) error en la valoración de la prueba al no aplicar al recurrente la condición de consumidor, cuando su intervención en el contrato fue la de mero avalista, derivada de la relación parental que unía al apelante y a su esposa Dña. Celestina con D. Fernando, y que vino impuesta por la entidad bancaria como exigencia para conceder el crédito, sin que ni el recurrente ni su esposa tuvieran relación alguna con la empresa Lelut Pontareas, S.L., ni como administrador, ni como socios, ni como trabajador o partícipe en los beneficios; (ii) como consecuencia del motivo anterior, se denuncia error en la aplicación del derecho, al no haber aplicado la normativa de protección del consumidor, que determinaría la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses de demora, en tanto que superan en más de tres veces el interés remuneratorio y, en todo caso, resultan desproporcionados; y (iii) se insiste –aunque carece de importancia para este comentario, en el carácter abusivo de la cláusula que contiene el pacto de liquidez al no recoger cuál es la forma pactada por las partes para practicar la liquidación, lo que impide al juzgador examinar si se ha practicado conforme a lo acordado.

Tal y como señala la Sala, la cuestión esencial objeto de controversia es la relativa a la condición en la que el recurrente, D. Antonio (fiador), intervino en la relación contractual de préstamo, esto es, si como consumidor o como profesional, pues tal circunstancia se erige como presupuesto de aplicación de la normativa protectora de los consumidores que se alega como fundamento de la solicitud de nulidad de las cláusulas señaladas como abusivas (pacto de liquidez e intereses de demora). A tal efecto, la AP realiza una revisión del concepto de con-

sumidor en la vigente normativa nacional, atendiendo al contenido de los artículos 3 y 4 del RD Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el TRLGDCU, tras la modificación operada por la Ley 3/2014, de 7 de marzo, a la que asimismo ya he hecho referencia precedentemente. Y, partiendo de la anterior premisa legal, la AP expone las dificultades que plantea la interpretación del concepto de consumidor revisándolas desde el prisma de la jurisprudencia comunitaria, también repasada anteriormente, si bien considerando que, aunque el concepto de consumidor tiene en el entorno comunitario un innegable carácter restrictivo, esta interpretación restrictiva de la noción determina la exclusión de la normativa protectora de algunos supuestos que, a criterio de la Sala, merecen ser incluidos en la misma, y por tal razón la AP opta por rechazar la línea de interpretación restrictiva. Y para ilustrar acerca de la conveniencia de una interpretación más relajada del concepto de consumidor, la Sala se refiere a una de sus resoluciones, la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de octubre de 2014¹¹⁷, en la que consta declarado que “ la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de su actividad empresarial o profesional resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consume puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final” –que, en definitiva, es lo que sucedía con la anterior regulación del artículo 3 del RD Legislativo, por el que se aprueba el TRLGDCU-¹¹⁸.

117 SAP de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 336/2014, de 14 de octubre (JRU 2015/8061).

118 En esta misma resolución la AP de Pontevedra declaró que que el arrendamiento de un bien a terceros supone su incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo

Con fundamento en la jurisprudencia comunitaria que menciona, en la Sentencia de 14 de octubre de 2014 la AP de Pontevedra considera que, de igual modo, si una persona física, al margen de su actividad empresarial o profesional, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En concreto se afirma que “el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio”. En mi opinión, conviene precisar que tal aseveración resulta aceptable respecto de las personas físicas, pero no para las personas jurídicas, toda vez que el artículo 3, párrafo 2, del RD Legislativo 1/2007, dispone que las mismas deben actuar sin ánimo de lucro a los efectos de que les pueda ser de aplicación la normativa tuitiva de los consumidores. Pues bien, a los efectos de asentar la interpretación que permite considerar consumidor a la persona física que obtiene un lucro con determinada actividad siempre que dicha labor sea ajena a la suya empresarial o profesional habitual, la AP de Pontevedra se refiere a la jurisprudencia del TJUE que sustenta tal criterio y a la que ya me he referido anteriormente, en concreto, la STJUE de 3 de septiembre de 2015¹¹⁹ y ATJUE de 19 de noviembre de

considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el artículo 3.1 TRLGDCU. Para añadir que “no existen obstáculos en la jurisprudencia” comunitaria para asumir esta posición, como ejemplo de lo cual menciona las SSTJU en los asuntos Hamilton (TJCEE (Sala Primera), Caso Annelore Hamilton contra Volksbank Filder eG . Sentencia de 10 abril 2008, (TJCE 2008\78)), en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la mencionada que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria y Schulte (TJCEE (Gran Sala), Caso Elisabeth Schulte y otros contra Deutsche Bausparkasse Badenia AG .Sentencia de 25 octubre 2005, (TJCE 2005\312)) en el que el Tribunal de Luxemburgo consideró consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquirirían para revender o especular con su valor.

119 STJUE (Sala Cuarta), de 15 de septiembre de 2015, Caso Ovidiu Costea Horace contra SC Volksbank Rumania S.A -TJCE 2015/330).

2015¹²⁰, para concluir que para valorar la condición de consumidor de una persona física que interviene como parte en algún negocio jurídico y pretende la protección normativa del consumidor, es preciso revisar si la finalidad de la operación contractual se presenta vinculada, o no, con la actividad habitual que la misma desempeña.

Y es precisamente con apoyo en el ATJUE (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015 que la AP de Pontevedra se desvincula de la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales españolas para, en armonía con la del Tribunal de Luxemburgo, considerar un criterio de índole funcional a los efectos de ponderar si la relación contractual accesoria se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión con el propósito de determinar la condición de consumidor, o no, del garante de la obligación principal. Y de esta manera la discusión se desplaza a determinar si, al constituirse en garante de las obligaciones de la mercantil Lelut Ponteraeas, S.L. –que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil, D. Antonio (fiador) actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos profesionales que pudiera mantener con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si por el contrario, actuó con fines de carácter privado. Llegados a este punto del razonamiento la AP de Pontevedra considera que la prueba practicada permite inferir lo siguiente: (i) que D. Antonio intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre la prestamista y Lelut Ponteraeas, S.L.; (ii) que los socios de esta última sociedad eran Dña. Leocadia y D. Fernando; (iii) que Dña. Leocadia era además administradora única de la citada mercantil; (iv) que D. Antonio no tenía participación en Lelut Ponteraeas, S.L., ni consta que

120 ATJUE (Sala Sexta) en el asunto C 74/15, caso Dumitru Tarcău y Ileana Tarcău contra Banca Comercială Intesa Sanpeolo România S.A y otros (ECLI:EU:C:2015:772).

mantuviese relación laboral con la misma; que (v) D. Antonio era funcionario y; (vi) que Dña. Celestina y D. Antonio eran los progenitores de D. Fernando. De esta manera la AP de Pontevedra concluye que si el fiador, D. Antonio, trabajaba como funcionario, no tiene por tanto relación o vinculación funcional con la mercantil destinataria del crédito, siendo únicamente el padre de uno de los dos socios y suegro de la otra socia y administradora única de la empresa, y por esta circunstancia el tribunal considera que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le vinculaba con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para asegurar el cumplimiento del contrato, en definitiva, sus legítimas expectativas de cobrar el principal prestado y sus correspondientes intereses.

Como última conclusión la Sala considera que el garante actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, y ello con independencia de la tipificación -de consumidor o no consumidor- que merecieran los intervinientes en el contrato principal.

Según ya he indicado, la resolución recién considerada resulta sustancial en el contexto de nuestra jurisprudencia menor, pues hasta su dictado los garantes de obligaciones dinerarias en los procedimientos de ejecución hipotecaria difícilmente podían alegar su condición de consumidores a los efectos de interesar su protección por la legislación tuitiva de consumidores y usuarios con el claro propósito de oponerse al despacho de ejecución alando la existencia de cláusulas abusivas (*ex art. 557.1.7º y 695.1.4º de la LECiv*) si el obligado principal carecía de la condición de consumidor que se depende del artículo 3 del RD Legislativo 1/2007, como acontecía en

los casos en que el prestatario era una sociedad mercantil o, en suma, un profesional o empresario. A partir de este relevante cambio de criterio, con fundamento esencial en la SAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016 y el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 que sirve de apoyo a aquélla, los garantes de la obligación principal, ya sean fiadores o hipotecantes no deudores, encuentran abierta una posibilidad para poder invocar la existencia de cláusulas abusivas como motivo de oposición en los procedimientos ejecutivos, siempre que los mismos hayan actuado con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional y no presenten vínculos funcionales con el obligado principal, incluso en el supuesto de que el prestatario no reúna la condición de consumidor. Puede decirse, al respecto, que las soluciones jurisprudenciales revisadas responden a razones de justicia material, pero si bien tal consideración resulta cierta no lo es menos que ningún impedimento legal concurre para poder calificar como de consumo la actuación del garante, cuya relación con la obligación principal asegurada se articula a través del vínculo de la accesoriidad, de una obligación asumida por una entidad mercantil, o un profesional en general, que actúa con un *“propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*, tal y como establece tanto el RD Legislativo 1/2007 como la propia Directiva 93/13/CEE.

LA PROTECCIÓN AL PARTICULAR QUE CON SU VIENDA GARANTIZA HIPOTECARIAMENTE UN PRÉSTAMO MERCANTIL. LA STC 75/2017, DE 19 DE JUNIO

Las circunstancias fácticas en las que se funda la STC 75/2017 de 19 de junio se pueden resumir en los siguientes datos. Por la entidad Bankia se ejercitó acción hipotecaria en diciembre de 2012 contra la mercantil Excavaciones Díaz Nicolás S.L. en calidad de prestataria, y contra los recurrentes en amparo D. J.L.A. Díaz A. y Dña. J. Nicolás M. quienes habían

hipotecado su vivienda habitual en garantía del préstamo de la mercantil, por consiguiente, hipotecantes no deudores. Aunque no consta claramente señalado en la sentencia, de la misma parece inferirse que D. J.L.A Díaz era administrador de la empresa. Ambos ejecutados se opusieron a la ejecución alegando como motivo la nulidad de algunas cláusulas del préstamo hipotecario, fundada en su carácter abusivo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la oposición a la ejecución al considerar que la legislación en materia de consumo no resultaba aplicable al supuesto enjuiciado atendido el carácter mercantil del préstamo, toda vez que la prestataria era una sociedad limitada y el objeto del préstamo, por tanto participaba de dicho carácter mercantil. Por los hipotantes no deudores se interpuso recurso de apelación al amparo de la posibilidad que otorga el artículo 695.4 de la LECiv, y la AP de La Rioja dictó Auto desestimatorio del referido recurso, en fecha 29 de enero de 2016, por considerar que los recurrentes no eran consumidores, a pesar de ser personas físicas, ya que el préstamo que garantizaba la hipoteca se concertó con una entidad mercantil, por lo que el préstamo hipotecario perfeccionado no se podía considerar como un contrato celebrado con consumidores. El 17 de febrero de 2016 se insta, por los recurrentes en apelación, incidente excepcional de nulidad de actuaciones invocando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los artículos 10.2, y 93 CE y también con el principio de primacía del Derecho de la UE. El motivo planteado se centra en que el Auto de la AP no había aplicado la doctrina procedente de la Sala Sexta del TJUE en su Auto de 19 de noviembre de 2015 en el asunto Dumitru Tarcău, C-7472015, de conformidad con la cual la normativa europea en materia de consumidores y usuarios resulta de aplicación a los contratos de garantía inmobiliaria o fianza celebrados entre personas físicas y entidades de crédito en garantía de obligaciones contraídas por entidades mercantiles “si la persona física actúa con propósito ajeno a su

actividad profesional y carece de vínculos funcionales con la citada sociedad”. Mediante Providencia de 19 de diciembre de 2016, la AP inadmite el trámite de incidente de nulidad al considerar que la jurisprudencia exige, para la admisión del incidente, la concurrencia de circunstancias especialmente anómalas o insólitas que no concurren en el caso. Resulta de interés señalar que por parte de la misma entidad Bankia, y contra los mismos ejecutados, se siguió otra ejecución hipotecaria posterior, y se planteó un recurso idéntico por parte de la esposa del matrimonio recurrente en amparo, ante la AP de Logroño. En este caso la AP de Logroño -mediante Auto de 8 de julio de 2016- acogió los argumentos expuestos por la recurrente, con referencia a su condición de consumidora, aplicando la doctrina declarada por el TJUE. Llegados a este punto los hipotecantes no deudores interponen recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que imputan tanto al Auto de 29 de enero de 2016 como a la Providencia de 19 de diciembre de 2016. Los recurrentes en amparo consideran que la AP no ha seleccionado correctamente la norma aplicable, vulnerando así el sistema de fuentes establecido, al no haber entrado a valorar en calidad de qué se concedieron los contratos de garantía por parte de las personas físicas, en contra de lo declarado en el precitado Auto del TJUE. Y así, los recurrentes en amparo solicitan que se declare la nulidad de las resoluciones dictadas por la AP de la Rioja y que se retrotraigan las actuaciones al momento previo al Auto de 29 de enero de 2016. Admitido el recurso de amparo por la Sala Primera del TC, se da traslado al Ministerio Fiscal quien informe favorablemente a su estimación, con fundamento en las propias alegaciones de los recurrentes. Y el Tribunal Constitucional otorga el amparo. En definitiva, el motivo de recurso de amparo planteado se localiza en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una sentencia motivada y a la selección razonable de la norma

aplicable, por parte de la AP de Logroño. El TC acoge la doctrina sentada por el Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, según la cual el contrato de garantía, aunque accesorio del contrato de préstamo, no deja de ser un contrato independiente con precisa referencia a las partes que lo convinieron, de manera que la condición de consumidor o no de los intervinientes debe ser valorada en relación al específico tipo contractual, respecto del cual el juez nacional está obligado a valorar si la persona que intervino lo hizo o no en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión. En definitiva, el TC otorga el amparo, y reconoce que el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva ha resultado vulnerado toda vez que la AP no resolvió atendiendo a la posible concurrencia de la condición de consumidor en los recurrentes desde la perspectiva ofrecida por la doctrina consolidada en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015. En virtud de lo expuesto, el TC declara la nulidad del Auto de 29 de enero de 2016 y de la Providencia de 19 de febrero de 2016, ambos dictados por la AP de Logroño, acordando retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones.

En principio, para justificar la dimensión constitucional del asunto, el TC entiende que las cuestiones que se plantean a su consideración no pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria, sobre las que no tendría competencia el propio Tribunal, toda vez que si bien es cierto que no le incumbe al TC el control de la adecuación de las resoluciones de los jueces y tribunales al Derecho de la Unión, ya que el Derecho de la Unión carece de dimensión constitucional, “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando... exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, ya que en tales supuestos “el desconocimiento y preterición de esa norma así interpretada puede suponer una selec-

ción irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso” y vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva; y a este respecto se citan las sentencias del propio TC 145/2012 y 232/2015. Además, el TC aduce la doctrina del TJUE sobre la primacía del Derecho de la Unión y la obligación que incumbe a los jueces nacionales de inaplicar una norma nacional cuando contradiga la norma comunitaria y su interpretación por el TJUE.

Volviendo a la cuestión de fondo que nos ocupa, ciertamente, con anterioridad a la STC 75/2017, y en relación al contrato de fianza accesorio del préstamo mercantil, la mayor parte de nuestras Audiencias Provinciales se decantaban por entender que la persona física avalista o fiadora no podía ser considerada “consumidor” habida cuenta del carácter accesorio del contrato de garantía respecto al crédito, al que debe aplicarse, en virtud de la indicada accesoriedad, el mismo régimen jurídico que al contrato principal¹²¹. No obstante, como ya se ha explicado, la doctrina del TJUE respecto al hipotecante persona física que garantizaba un préstamo mercantil no ha compartido tal premisa, sino que con fundamento en el carácter objetivo de la condición de consumidor, es decir, resultando significativo que el contrato celebrado sea ajeno a cualquier propósito empresarial o profesional del hipotecante, no otorga ninguna relevancia a la circunstancia de que dicho contrato sea accesorio o no a un contrato mercantil. Así se concluye del ya revisado ATJUE de 19 de noviembre de 2015 recaído en el asunto C 7472015 Dumitru Tarcău, cuyas circunstancias fácticas no reitero y cuya contextualización rebasaría el límite de la pretensión de este trabajo¹²².

121 En tal sentido se declaran, entre otras, las SSAP de Granada de 3 de octubre de 2014 (AC 2014, 2096); de Pontevedra de 1 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 225402), o el AAP de Barcelona de 5 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 62548).

122 Con carácter general, sobre las cláusulas abusivas en el ámbito de la contratación bancaria, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Negociación contractual, desequilibrio importante y*

Si bien conviene recordar que en el Auto de 19 de noviembre de 2015 el TJUE declara que la Directiva 93/13 no establece su ámbito de aplicación atendiendo al objeto del contrato sino en consideración a la condición de consumidor de una de las partes, en definitiva, atendida la condición de los contratantes, en función de que los mismos actúen o no en el marco de su actividad profesional o empresarial, toda vez que ése y no otro es el fundamento que sustenta la protección de la normativa: la circunstancia de que el sujeto que actúa al margen de su actividad profesional o empresarial está en inferioridad de condiciones tanto en lo relativo a la información de la operación como a la hora de negociar el contrato de adhesión. Y, como ya indiqué, viene a concluir que el contrato de garantía es un contrato diverso respecto al principal de préstamo, aunque se caracterice también por su carácter accesorio, resultando que el concepto de consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, presenta un marcado carácter objetivo. Y por tal circunstancia el carácter de consumidor debe valorarse según un criterio funcional, consistente en considerar si la relación contractual de que se trata se ubica en el marco de las actividades ajenas al ejercicio de una profesión.

Y, como expliqué, es justamente partir del Auto del TJUE ahora considerado que algunas Audiencias Provinciales variaron su criterio con el propósito de adaptar su doctrina a la del TJUE¹²³.

Precisamente es el juicio consistente en verificar que la persona física actúa como administradora o bien carece de vínculos con la entidad mercantil prestataria el que obvia el Juzga-

protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca, cit., Valencia, 2016.

123 Cfr., por todas, AAP de Pontevedra de 6 abril de 2016 (JUR 2016, 105461). En el mismo sentido asimismo se hace eco de la doctrina del TJUE la RDGRN de 14 de julio de 2017 (RJ 2017\3931).

dor de instancia y también el tribunal de apelación en el Auto recurrido en amparo, que determina la STC 75/2017 ahora considerada, pues el órgano jurisdiccional se limita a declarar que por tener el préstamo garantizado un objeto mercantil, resulta en todo caso que el contrato de garantía celebrado por un particular también es mercantil. Y por tal circunstancia las resoluciones cuya nulidad se acuerda por parte del TC se distancian de la doctrina declarada por el TJUE acerca del concepto de consumidor.

c) Carga de la prueba del carácter no predispuesto de la cláusula. Concepto de “desequilibrio “importante”.

La STJUE de 16 de enero de 2014, asunto “Constructora Principado, S.A” (C-226/12), precisa dos aspectos relevantes relativos al control judicial de abusividad y expone una serie de criterios al respecto. Esta resolución fue dictada en el ámbito de un procedimiento prejudicial atinente a la cláusula contractual que recoge el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía) cuyo pago se atribuía al adquirente en un contrato de compraventa, a pesar de tratarse de un tributo cuyo pago, conforme disposición legal, incumbe a la parte vendedora en la medida en que sólo a esta parte beneficia¹²⁴.

124 En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 16 de enero de 2014, recaída en el asunto C 226/12, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante resolución de 7 de mayo de 2012, que tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La petición se presentó en el marco de un litigio entre una constructora y un consumidor acerca del reembolso de ciertas cantidades pagadas por este último en ejecución de un contrato de compraventa de inmueble. Concretamente, el 26 de junio de 2005, el consumidor celebró con una constructora un contrato de compraventa de una vivienda. La estipulación 13ª de dicho contrato estaba redactada del siguiente modo: “Asimismo será de cuenta de la parte compradora el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana, al haberse tenido en cuenta este hecho para la definición del precio de los inmuebles objeto del contrato. También serán de cuenta del comprador los derechos de alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica, alcantarillado, etc., aun cuando hayan sido anticipados por la vendedora”. El consumidor pagó en

El primer tema que la resolución del TJUE aborda es el derivado del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, señalado en su artículo 3.1 al declarar que son objeto de protección aquellas cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no se hayan

un primer momento una suma total de 1.223,87 euros, de los cuales 1.000 euros habían sido abonados en concepto de Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Bienes de Naturaleza Urbana (plusvalía) y 223,87 euros por conexión y enganche de la vivienda a la red de agua y alcantarillado. Posteriormente, el consumidor planteó una demanda contra la Constructora ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo en la que reclamaba el reembolso de esas cantidades. La demanda se basaba en que la estipulación decimotercera del contrato, en ejecución de la cual el adquirente había tenido que pagar las referidas cantidades, debía considerarse abusiva en virtud del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, según su modificación por la Ley 7/1998, toda vez que no había sido negociada y originaba un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. En su defensa, la constructora alegó que esa estipulación había sido negociada con el comprador y que no existía un desequilibrio importante si se comparaba el importe de las cantidades reclamadas con el precio total pagado por el comprador por la adquisición de su vivienda. Por Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Oviedo estimó la demanda, considerando que la estipulación discutida era abusiva, ya que perjudicaba al consumidor imponiéndole cargas que no le correspondían, y que no constaba por lo demás que hubiera sido negociada específicamente con éste. La constructora interpuso un recurso de apelación contra la sentencia recaída en la instancia, en el que sostenía que la cláusula discutida había sido negociada individualmente, pues en ella se hacía constar que la asunción del impuesto de plusvalía por el consumidor se había tenido en cuenta para determinar el precio del inmueble vendido, subrayando que no concurría un desequilibrio importante entre las partes toda vez que la apreciación de tal desequilibrio no podía fundarse únicamente en una cláusula concreta sino que exigía valorar la totalidad del contrato y ponderar el conjunto de las cláusulas. Por el consumidor se interesó la confirmación de la Sentencia de primera instancia con fundamento en considerar irrelevante el importe del impuesto de plusvalía abonado y su proporción en relación con el precio de la vivienda, toda vez que el desequilibrio que confiere carácter abusivo a la estipulación decimotercera del contrato se debe exclusivamente al hecho de que imponga al consumidor el pago de un impuesto que legalmente no le corresponde. Y la Audiencia Provincial de Oviedo acordó la suspensión del procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “Ante una cláusula contractual por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde por ley al profesional, ¿el desequilibrio al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva [...], debe interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional?, o el hecho de que la Directiva exija que el desequilibrio sea importante ¿supone que se requiere además una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación?”. En definitiva, el tribunal remitente pregunta en sustancia si el concepto de «desequilibrio importante», que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si sólo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor.

negociado individualmente. En la causa se mantenía que la cláusula en cuestión había sido negociada individualmente, razón por la que no era aplicable la Directiva. Y el Tribunal de Luxemburgo reitera las reglas sobre la carga de la prueba de aplicación a la antedicha calificación jurídica, residenciadas en el artículo 3.2, párrafos 1º y 3º de la Directiva, que específicamente disponen que si el profesional afirma que una cláusula se ha negociado individualmente deberá éste asumir plenamente la carga de la prueba¹²⁵. En todo caso, el Tribunal declara que el carácter predispuesto de una cláusula o condición general impuesta no se elimina por la circunstancia de que el predisponente plantee una pluralidad de ofertas cuando todas ellas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte de un consumidor medio.

La segunda cuestión considerada por el TJUE en la Sentencia de la que ahora nos ocupamos es la atinente a la interpretación del concepto de “desequilibrio importante, criterio que figura entre los generales que se recogen en el artículo 3.1 de la Directiva en orden a la definición de una cláusula abusiva.

En definitiva, los razonamientos del Tribunal de Justicia Europeo se resumen en lo siguiente.

1º. Si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba.

125 Previsión procesal recogida en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en su Sentencia nº 265/2015, de 22 de abril que desarrolla la proyección de este criterio disponiendo como regla que “para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse “no negociada” basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”.

2°. En relación específica con la primera obligación impuesta al consumidor por la estipulación decimotercera del contrato, a saber, el pago del impuesto de plusvalía, de los autos obrantes ante el Tribunal de Justicia se deduce que esa obligación tiene como efecto transferir al consumidor, en su calidad de adquirente, una deuda fiscal que, según la legislación nacional aplicable, incumbe al profesional, en su calidad de vendedor y como beneficiario de la ventaja económica sujeta a gravamen, a saber, la plusvalía realizada por el incremento de valor del inmueble vendido. De esa forma, parece ser que, mientras el profesional se beneficia de ese incremento de valor del bien que vende, el consumidor debe pagar no sólo el precio de venta que incorpora la plusvalía adquirida por ese bien, sino también un impuesto cuya base es esa plusvalía. Además, según las observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia por el consumidor, el importe de ese impuesto no se conoce en la fecha de la celebración del contrato, sino que sólo se liquida a posteriori por la autoridad competente, lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido.

3°. En lo atinente a la segunda obligación impuesta al consumidor por la estipulación decimotercera del contrato, a saber, el pago de las cantidades correspondientes a los gastos por alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica y alcantarillado, corresponde al tribunal remitente verificar si aquéllas incluyen los gastos de conexión a instalaciones generales indispensables para asegurar la habitabilidad de una vivienda, gastos que, conforme a las normas nacionales aplicables, estarían a cargo del vendedor en virtud de su obligación contractual de entregar una vivienda conforme con su destino, esto es, en estado de habitabilidad. Si ello fuera así, le incumbe apreciar si esa cláusula contractual, al restringir los derechos que, según las normas del Derecho nacional, el

contrato confiere al consumidor, y al imponerle una obligación adicional no prevista por esas normas, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica que el Derecho nacional atribuye a ese consumidor en cuanto parte contratante.

Cabe precisar que la mención en la estipulación decimotercera del contrato de que la asunción por el comprador del impuesto de plusvalía se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador. En efecto, para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente.

En conclusión, resulta que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido determinado por las precisiones siguientes.

Por una parte, la existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables¹²⁶, ya sea en forma de una restricción del contenido de

126 A este respecto el TJUE declara que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato deben tenerse en cuenta, específicamente, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido y, a través de

los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales. En definitiva, el Tribunal declara que en la valoración que implica el concepto de “desequilibrio importante” no es suficiente con verificar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa fundada en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Diversamente, un desequilibrio importante puede derivarse de la sola circunstancia de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte del contrato en cuestión, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, bien sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que según tales disposiciones le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de los mismos, o incluso de que se le imponga una obligación adicional no prevista por la regulación patria.

Por otra parte, incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste.

d) Configuración jurisprudencial del control de transparencia.

Seguidamente procedo a realizar una breve revisión de aquellas cláusulas cuya abusividad ha resultado jurisprudencialmente cuestionada y de su conformación actual precisa-

este análisis comparativo, el juez nacional podrá ponderar si el contrato posiciona al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevenida por la legislación nacional vigente.

mente debida a la incidencia de esa misma doctrina jurisprudencial hasta la fecha consolidada.

d.1) Cláusula suelo.

DEFINICIÓN DE LA ESTIPULACIÓN

La cláusula suelo integra una estipulación de limitación de la variabilidad del tipo de interés que usualmente se incorpora al condicionado general de los préstamos hipotecarios y cuya aplicación impide que a pesar de haberse convenido un tipo de interés variable éste pueda bajar del tipo inferior pactado (cláusula suelo). Esta cláusula ha venido a constituir un límite a la variabilidad del tipo de interés, incluso en contratos ofertados como préstamos a interés variable, y ello de manera razonablemente previsible para el empresario y sorpresiva para el consumidor, por cuanto que los convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se van a poder beneficiar de las bajadas del tipo de referencia. En definitiva, esta oferta como interés variable, no completada e integrada con una información adecuada, se revela así engañosa para el consumidor a la vez que idónea para desplazar el foco de atención del adherente sobre otros elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas, toda vez que 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, muy especialmente en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del mismo y impidiéndose así 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 reclamo para contratar. Por otra parte, a pesar de ser una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las mismas entidades financieras le han venido otorgando un trata-

miento impropriadamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas *“no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”*, lo que ha repercutido en destacar la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante respecto del objeto principal del contrato.

DETERMINACIÓN SUBJETIVA DE LA APLICACIÓN DEL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA

El artículo 1.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que el propósito de la Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Y el artículo 2 de la referida Directiva dispone que a efectos de la presente Directiva se entenderá por: *“cláusulas abusivas”*: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; *“consumidor”*: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; *“profesional”*: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios dispone que esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Y el artículo 3 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre establece lo siguiente: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin*

ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, dictada en interpretación de ese mismo concepto aplicado por otras normas comunitarias, emplea un criterio hermenéutico más bien restrictivo, del que es paradigma la STJUE dictada en el caso Gruber (C-464/01, de 20 de enero de 2005) o también la recaída en el asunto Di Pinto, de 14.3.1991, la de 17.3.1998 (asunto Dietzinger) o la Benincasa, de 3 de julio de 1997, en las que expresamente se hizo mención a la utilización de un criterio restrictivo en la comprensión del término “*consumidor*”, con relación a la exigencia de que el acto se dirigiera a la satisfacción de las necesidades personales o familiares del comerciante, para que éste pudiera considerarse como consumidor, o a la exigencia de que los bienes adquiridos hubieran de destinarse al consumo privado. Pero la jurisprudencia comunitaria también tiene declarado que debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión¹²⁷. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de Septiembre de 2015 establece que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. A este respecto carece de relevancia la circunstancia de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profe-

127 Cfr. STJUE asunto Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21.

sional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete. En este ámbito cabe señalar también que, según el décimo considerando de la Directiva 93/13, las normas uniformes sobre las cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre «un consumidor» y «un profesional», conceptos estos definidos en el artículo 2, letras b), y c), de dicha Directiva. De conformidad con estas definiciones, es “consumidor” toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de Noviembre de 2015 (caso Tarcau-Banco Comerciala Intesa) se establecen las siguientes condiciones para que la Directiva 93/13 se aplique a fiadores o avalistas: *“los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”*.

En consecuencia cabe concluir que en estos casos la discusión se traslada a determinar si, al constituirse en garante de la ejecución de las obligaciones de la persona física o jurídica empresaria, el fiador actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudiera mantener con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si, por el contrario, actuó con fines de carácter privado, en cuyo caso estará amparado por la normativa protectora de los consumidores.

Las Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014 (464/2014), en relación con la nulidad de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios distinguen entre un control de *incorporación* o *inclusión*, aplicable a los contratos formalizados entre predisponentes y adherentes, ya sean profesionales o consumidores, y un segundo control de transparencia que opera únicamente en los contratos celebrados con consumidores. En este sentido el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias referidas declara que en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"- y 7 de la citada Ley -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" (fundamento 201).

Pero, además de este primer control, la jurisprudencia añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato" (fundamento 215), que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU.

EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA. CONTROL DE ABUSIVIDAD

En su Sentencia de 9 de Mayo de 2013 nuestro Tribunal Supremo establece respecto de las cláusulas suelo un doble control de transparencia de manera que en el Derecho nacional,

tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -“[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” -, 7 LCGC -“[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Así, admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, resulta insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para imposibilitar el análisis acerca de si se trata, o no, de condiciones abusivas. A tales efectos resulta necesario que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Y en este sentido las cláusulas no pueden quedar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro, especialmente en aquellos supuestos en que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. Y sentado cuanto antecede nuestro Alto Tribunal concluye lo siguiente: a) Que 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; b) Que 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. Con precisa referencia a las cláusulas suelo, objeto de la litis, en su Sentencia de 9 de Mayo de 2013 el Tribunal Supremo viene a concluir que: “Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 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, precisando además lo que sigue:

“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.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. 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 -recordemos que el BE indica que *“estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”* -, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

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

-Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

-Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

-No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

-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.

En el caso de las utilizadas por una concreta entidad financiera, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”.

Además, la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, tantas veces referida, destaca que:

“256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pér-

dida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso.”

Sin duda, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 merece un inicial juicio crítico toda vez que, al partir el litigio de unas acciones colectivas y una multiplicidad de préstamos hipotecarios, debe entenderse que el doble control de transparencia únicamente puede ser aplicado de manera individualizada a cada uno de los contratos de préstamo hipotecario, analizando si respecto a cada uno de ellos se cumplimentó por la entidad financiera la información suficiente para que el consumidor. De tal manera que la propia naturaleza del control de transparencia que anticipa el alto Tribunal imposibilita que el mismo pueda ser aplicado de forma genérica a una multiplicidad de préstamos hipotecarios en el marco de una acción colectiva. Así, la declaración de nulidad de la cláusula suelo por no superar el doble control de transparencia exigirá que de manera individualizada por cada préstamo hipotecario se determine si la entidad financiera suministró al consumidor la información adecuada para que pudiese comprender la trascendencia económica de la cláusula y las implicaciones financieras que conllevaba su aplicación al contrato de préstamo hipotecario y en particular sobre la variabilidad del tipo de interés. Tal y como declara el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 36/2018, de 24 de enero de 2018, “el problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información pre-contractual, muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el

interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que se acreditara que la información contenida en el anexo I le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo. De tal forma que, si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual, de lo que no deja constancia la sentencia recurrida, no habría duda de la transparencia de la cláusula y por lo tanto no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo.”.

Por otra parte, también se pone de relieve la significación de la información precontractual con carácter general para el juicio de transparencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 361/2018, de 15 de junio, al señalar que “ la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado. (...)

En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario y a su posterior novación modificativa la entidad bancaria materializó ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la cliente adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga econó-

mica y jurídica que comportaba dicha cláusula. Déficit de información que no queda suplido por la mera lectura de la escritura, o por la claridad gramatical que pueda resultar de la redacción de la cláusula suelo, que si bien sirve para la superación del control de incorporación no determina, por ella sola, en ausencia de ese plus de información, que dicha cláusula suelo supere, además, el control de transparencia (entre otras, doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 593/2017, de 7 de noviembre y 655/2017, de 26 de noviembre)”.

Por cuanto se refiere al control de transparencia en los supuestos de subrogación del préstamo hipotecario al mismo alude la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Enero de 2018 al declarar lo que sigue: ”... el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia (...) Por lo tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información re-

lativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados” (...) ”el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta” (...) “Respecto de la mención contenida en la escritura pública en el sentido de que el nuevo prestatario “conoce y acepta las condiciones de todo lo pactado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario antes reseñado”, no se puede dar la eficacia que le otorga la Audiencia Provincial. Si la entidad bancaria no ha suministrado al nuevo prestatario la información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto sobre la existencia de una cláusula suelo que reduce drásticamente las posibilidades de que el prestatario se aproveche de los descensos del índice de referencia, no puede considerarse que una cláusula como la transcrita pueda suplir esa falta de información”(...) “Partiendo de las anteriores consideraciones, hemos de concluir que los deberes de información de la entidad financiera en los supuestos de subrogación y novación de un consumidor en un préstamo promotor no son distintos de los de los deberes de información exigidos para superar el control de transparencia en un préstamo hipotecario que sea concedido ex novo por una entidad financiera a un consumidor”.

Con precisa referencia a la determinación de si hubo negociación individual en la novación de los contratos de préstamo hipotecario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barce-

lona de 11 de Octubre de 2018 (SAP 9838/2018) así como la Sentencia del Tribunal Supremo 354/018 de 13 de Junio establecen que “habrá podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo. Si no existe ningún otro elemento de juicio añadido a la mera circunstancia de que la cláusula suelo fue introducida con ocasión de la ampliación del crédito y la variación de los plazos de amortización, no cabe concluir que hubiera sido negociada como contraprestación a la ampliación del crédito.”

En relación con los contratos de préstamo celebrados entre profesionales debe destacarse que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de Octubre de 2018 (SAP 10050/2018) declara que “no existe realmente contradicción en que se niegue la posibilidad de un doble control de transparencia cuando el adherente no sea un consumidor sino que sea un profesional o empresario y que se admita lo que podría considerarse como un sucedáneo del mismo, esto es, un segundo control (sumado al de incorporación) fundado en el art. 1258 CC y 57 Ccom. La dificultad está, al menos en nuestra opinión, en determinar cuándo es posible llevar a cabo este control y en qué parámetros se puede fundar” (...) “Respecto de la primera cuestión, esto es, cuándo es posible llevarlo a cabo, parece claro que su ámbito es mucho más restringido que el que resulta propio del control de contenido o de abusividad, que está referido a todas las condiciones generales incorporadas al contrato. En nuestro caso, sólo podría ser objeto del mismo aquellas condiciones que determinen “el contenido natural del contrato”. Y

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de octubre de 2018 precisa que “lo relevante es atender al fundamento de ese control de transparencia fundado en la buena fe (al que antes hemos hecho referencia y que se encuentra en la autonomía de la voluntad bien entendida), de manera que únicamente tendría sentido aplicarlo a aquellas cláusulas que, dadas las concretas circunstancias de cada caso, sean realmente significativas desde la perspectiva de la voluntad contractual”. La propia STS de 3 de junio de 2016 lo expresa con extrema corrección al referirse a que se pueda estar defraudando (con la cláusula cuestionada) la legítima expectativa que pudo tener el adherente al suscribir el contrato. La cuestión es si esa doctrina se puede aplicar a la cláusula limitativa de los tipos de interés (la denominada cláusula suelo), cuestión que creemos que suscita serias dudas porque es poco razonable pensar que esa estipulación pueda ser considerada como determinante del “contenido natural del contrato” de préstamo. No obstante lo cual, el TS acepta la “posibilidad” de esa aplicación, lo que creemos que no significa la “necesidad” de que resulte aplicable. Aunque pueda estar enmascarada, la cláusula suelo no es una cláusula sorprendente, sino que más bien creemos que se trata de una cláusula natural en el caso de que las partes hubieran pactado un interés variable. Decimos que es una cláusula “natural” en el sentido de que no es contraria a los términos en los que se define el objeto del contrato sino acorde con los mismos e incluso que puede ser esperable que se haya querido incorporar al contrato.

En consecuencia, como regla general, parece que resulte posible aplicar la doctrina de la buena fe a la cláusula suelo con fundamento en la existencia de una mera ocultación. Pero, tal y como parece haber querido admitir el TS, no cabe descartar que se puedan localizar casos en los que la inexistencia de la cláusula suelo haya podido formar parte esencial en la conforma-

ción de la voluntad contractual por parte del adherente. Y por ello, cuando el Tribunal Supremo se refiere a la carga de la prueba que concierne al adherente debiera considerarse que el Alto Tribunal no pretende referirse a un simple hecho negativo (la falta de información) sino más precisamente a todas aquellas circunstancias fácticas que se produjeron en los tratos previos a la firma del contrato que puedan ser consideradas relevantes desde la perspectiva del contenido efectivo del objeto contractual al que las partes hubieran querido prestar su consentimiento, como pudiera ser la exclusión de toda referencia al interés mínimo aplicable en la documentación cruzada entre las partes, cuando tal exclusión no tenga una explicación razonable. Por consiguiente, se impone valorar en cada caso, de acuerdo con todas las circunstancias, si la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo supuso una alteración de una expectativa legítima del prestatario adherente concreto, resultando que en esa valoración no solo será preciso tomar en consideración la información proporcionada por el predisponente (o la no proporcionada) sino también la diligencia empleada por el empresario adherente en el conocimiento de la condición general cuya incorporación al contrato afirma haberle sorprendido.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA SUELO

Sobre este particular nuestro Tribunal Supremo, en su -tantas veces mencionada- Sentencia de 9 de mayo de 2013, ya expresó la procedencia de declarar la irretroactividad de la indicada 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, limitando, por consiguiente, la retroactividad de la Sentencia de 9

de mayo de 2013, y la devolución de cantidades con fundamento en las siguientes consideraciones: “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. 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. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor. 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.”

Posteriormente, en su Sentencia n.º 139/2015, de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de este tipo, haciendo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación. De manera que en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de marzo de 2015, la obligación de restitución se limitó exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013. Con referencia a la señalada interpretación del Tribunal Supremo procede considerar las previsiones contenidas en los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 CEE. Así, el artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Atendida la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la

Directiva 93/13 dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según se concluye de la doctrina jurisprudencial, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Por su parte, el artículo 7 de la Directiva 93/13 en sus apartados primero y segundo concreta la antedicha obligación de la manera siguiente: “1. *Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.* 2. *Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas*”. Con el claro propósito de asegurar la protección al consumidor que proyecta la Directiva 93/13, el TJUE ha declarado reiteradamente que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Y, a la luz de estos principios, el Tribunal de Luxemburgo tiene declarado que el juez nacional debe apreciar incluso de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

De los dos artículos de la Directiva 93/13 precitados es po-

sible concluir que el efecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual es su nulidad y consiguiente inaplicación, de manera que la misma no tendrá efectos vinculantes para el consumidor, sin que los jueces puedan modificar el contenido de la estipulación o integrar el contrato, que necesariamente habrá de subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato fuera jurídicamente posible. De manera que, del tenor del apartado 1 del citado artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma, toda vez que el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, esa persistencia del contrato sea jurídicamente posible, interpretación que se confirma, asimismo, de la propia finalidad y sistemática de la Directiva 93/13. Y es que, en efecto, según declara reiterada jurisprudencia del TJUE, la Directiva 93/13, en su conjunto, integra una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, *Mostaza Claro*, apartado 37; *Pannon GSM*, apartado 26, y *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 51). Por lo tanto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros

la obligación de prever medios adecuados y eficaces “*para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*”. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, esta facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, toda vez que la aludida facultad contribuiría a suprimir el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (cfr., en este sentido, el auto Pohotovost’, apartado 41), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por el señalado motivo, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, la misma no podría por sí garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Además, dicha facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (cfr. SSTJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Pereničová et Perenič, antes citada, apartado 34).

La posibilidad de integración y reconstrucción “equitativa” del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor “[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el

sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”. Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de mayo de 2013 (Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV). Sobre este particular el TJUE tiene declarado que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. Y es que el Tribunal de Justicia Europeo ha venido a concluir tal consideración de la misma redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, al disponer que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En consecuencia, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Pero es que, además, como ya quedó apuntado, el TJUE tiene declarado que esta interpretación se ve confirmada por la propia finalidad y la sistemática de la Directiva, precisando al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces *“para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*. Y si el juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha

facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De lo que se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula sino que debe ser interpretado en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor.

En el ámbito que nos ocupa, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 corrige la interpretación del Tribunal Supremo en cuanto a las consecuencias derivadas de la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia y respecto a la improcedencia de limitar la devolución de cantidades cobradas en aplicación de cláusulas suelo declaradas nulas. En esta Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Caso Gutiérrez Naranjo) el TJUE realiza las siguientes consideraciones: a) La plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula; b) Por otra parte, al juez

nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores; c) De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula; e) De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.; f) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contra-

to de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013; g) De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60); h) En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión. Para finalmente concluir que “de todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo

do tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Como última referencia a esta cuestión conviene tener presente que la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, prohíbe la inclusión de cláusulas suelo en este tipo de convenciones¹²⁸.

d.2) Hipoteca multidivisa.

CONCEPTO. INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE FEBRERO DE 2014

La denominada “hipoteca multidivisa”¹²⁹, integra un préstamo a interés variable con garantía hipotecaria en el que la mo-

128 En efecto, al regular las variaciones en el tipo de interés, el artículo 21 de la LCCI dispone lo siguiente: “1. El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. 2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas. c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. 3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés. 4. El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”. En definitiva, resulta que en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario no se podrá fijar en las operaciones con tipo de interés variable un límite a la baja del tipo de interés. La eliminación es completa, sin que venga condicionada a la ausencia de un límite paralelo al alza en proporción similar. Y al configurarse como una expresa prohibición legal, ya no cabe debatir acerca de su transparencia o eventual carácter abusivo, simplemente pasa a ser ilegal.

129 *Vid.*, por todos, NAVAS NAVARRO, S., *Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia*, en “Revista CESCO de Derecho de consumo”, www.centrodeestudiosdeconsumo.com, nº 14, 2015, pp. 133 y ss.

neda en que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa escogida por el prestatario, entre varias posibles, dentro de unos periodos prefijados y en el que el tipo de interés aplicable en cada periodo se fija, con aplicación de un diferencial, con referencia al *London InterBank Offered Rate (LIBOR)*¹³⁰, si bien en el ámbito del concepto de ordinario también se incluye lo que realmente es un préstamo convenido en moneda extranjera y garantizado con hipoteca, en el que la moneda extranjera de referencia es única para toda la vida del contrato, sin posibilidad de sustitución¹³¹. Los caracteres más relevantes de esta modalidad son los siguientes: 1º. El cliente recibe como principal del préstamo el contravalor correspondiente en euros de la divisa acordada o escogida entre varias, usualmente el yen japonés (¥) o el franco suizo (CHF). El cambio de la moneda extranjera a euros se efectúa al tipo de compra de divisa fijado por el banco. 2º. Puede expresarse mediante pago en una única moneda extranjera o bien con modalidad multimonedada, resultando en la primera modalidad (préstamo o hipoteca en divisas) que no existe la posibilidad de cambiar periódicamente la moneda, en tanto que en la segunda (préstamo o hipoteca multidisivas) el prestatario puede alterar la moneda de referencia, antes de la fecha que se haya prefijado, a cualquiera de las monedas que se especifiquen de entre las negociadas en el mercado de divisas. 3º. El importe de las cuotas mensuales de amortización del préstamo se abona en la misma moneda extranjera pactada, comprensiva del principal y de los intereses ordinarios. 4º. Los intereses ordinarios se calculan en función del tipo de moneda en que se hubiese pactado la restitución del principal. 5º. Como medio de garantía de la devolución del préstamo se constituye como ac-

130 Cfr., al respecto, STS (Sala 1ª) 323/2015, de 30 de junio. Nº de recurso 2780/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

131 SOLÍS HERNÁNDEZ, G., *Los préstamos hipotecarios multidisiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en "Revista Aranzadi Doctrinal", nº 11, 2017, pp. 4 y ss.

cesoria la hipotecaria sobre un inmueble de la parte prestataria, de tal manera que la responsabilidad hipotecaria se fija en la cuantía correspondiente al contravalor en euros de la cantidad prestada más un porcentaje en aseguramiento de la fluctuación de la moneda.

Sin duda, los riesgos de esta modalidad de préstamo hipotecario superan los propios de aquellos pactados a interés variable solicitados en euros, toda vez que al de variación del tipo de interés se adiciona el de fluctuación de la moneda, que puede tanto apreciarse como depreciarse, resultando que este último riesgo repercute en el importe de la cuota de amortización periódica, que puede variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. Además, al señalado coste también cabe añadir la existencia de comisiones por los cambios de divisa, mencionadas en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (SRBE) en el año 2010 como parte de la comisión de apertura, con relación a los préstamos y créditos con garantía hipotecaria. Por todo lo cual es posible que, aunque el prestatario haya cumplido con el pago de las cuotas de amortización periódica por capital e intereses, pueda tener que pagar cuotas de mayor importe en euros y, además, adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo, si el euro se hubiese depreciado respecto de la divisa elegida. Por otra parte, es de señalar que la hipoteca multidivisa no constituye un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de Valores, ya que, como es sabido, las cláusulas de un contrato no conforman un instrumento financiero diverso de la operación que constituye el objeto del contrato, el préstamo. Por lo que, atendida la circunstancia de que el préstamo multidivisa no constituye un servicio o una actividad de inversión sujeto a la normativa MiFID, la nulidad de las cláusulas multidivisa debe ser revisada de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Condiciones Genera-

les de la Contratación con referencia tanto a su posible carácter no transparente como a su eventual carácter abusivo, si se pactó con adherente consumidor, de acuerdo con el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGD-CU¹³². En todo caso y a los efectos del control de transparencia debe considerarse que nos hallamos ante un producto complejo atendida la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de buena parte de sus elementos de riesgo.

En la consideración de la naturaleza jurídica de la cláusula multidivisa demanda una singular mención la STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, que concluyó que las operaciones de cambio en ejecución de la cláusula multidivisa no constituyen un servicio o actividad de inversión prestada por la entidad de crédito, pues anteriormente a la misma la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en Pleno en STS (Sala 1ª.) 323/2015, de 30 de junio, nº de recurso 2780/2013 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), determinaba que los asuntos relativos a préstamos hipotecarios en divisa extranjera se debían resolver con fundamento en la doctrina del error vicio del consentimiento ya que nos encontrábamos ante un instrumento financiero complejo, y el defecto de información al consumidor por la entidad financiera había de analizarse con aplicación de la normativa del mercado de valores. Por lo que tras el dictado de la STJUE en el caso *Banif Plus Bank*, y en la primera ocasión que tuvo¹³³, nuestro Alto Tribunal alteró su doctrina jurisprudencial al respecto, con el propósito de ajustarla a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, materializando esta modificación en la STS de Pleno (Sala 1ª.) 608/2017, de 15 de noviembre, nº de recurso 2678/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena). Y este criterio, consolidado ya como doctrina jurisprudencial, re-

132 Cfr. STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14.

133 En concreto en la STS Pleno (Sala 1ª.) 608/2017, de 15 de noviembre.

sulta aplicado posteriormente en la STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre, nº de recurso 2397/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena).

Por su parte, la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014¹³⁴, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, todavía transpuesta a nuestro Derecho interno mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, define el préstamo denominado en moneda extranjera como “todo contrato de crédito en el que el crédito está denominado en una moneda: a) en que el consumidor no tenga los activos o no reciba los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito, o; b) distinta a la del Estado miembro en que resida el consumidor”¹³⁵. Según sus Considerandos, la Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. Algunos de estos problemas se encuentran en la concesión de créditos suscritos en moneda extranjera por consumidores, debido al tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban. Por esta razón, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. La primera medida se refiere al deber de información, de modo que las entidades prestamistas facilitarán, en soporte de papel

134 «DOUE» núm. 60, de 28 de febrero de 2014, pp. 34 a 85. Esta norma ha resultado parcialmente traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que pospone la total trasposición de la Directiva a un futuro desarrollo reglamentario.

135 Artículo 4 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014.

o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre los contratos de crédito. Esta información, como mínimo, y entre otras consideraciones, deberá especificar, cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, una indicación de esta, explicando las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación de un crédito en moneda extranjera. Toda la información regulada y relativa a estos contratos se proporcionará en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en el contrato de crédito. Por otra parte, los Estados miembros se asegurarán de que exista un marco regulatorio por el que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa¹³⁶ en condiciones especificadas¹³⁷, o que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito. En definitiva, con la regulación uniforme se pretende que, respecto a los consumidores, los Estados miembros se aseguren de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito.

Por último conviene precisar que una cláusula contractual inclui-

136 Según el artículo 23 de la referida Directiva, la moneda alternativa será: a) la moneda en que el consumidor perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de crédito, o; b) la moneda del Estado miembro en el que el consumidor fuera residente en la fecha de celebración del contrato de crédito o sea residente en la actualidad. Los Estados miembros podrán especificar si el consumidor puede acogerse a las dos opciones o únicamente a una de ellas, o podrán autorizar a los prestamistas para que especifiquen si el consumidor puede acogerse a las dos opciones o únicamente a una de ellas.

137 En caso de que el consumidor tenga derecho a convertir el contrato de crédito en una moneda alternativa el Estado miembro se asegurará de que el tipo de cambio utilizado para la conversión sea el tipo de cambio del mercado vigente en la fecha en que se solicite la conversión, a menos que el contrato de crédito disponga otra cosa.

da en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató constituye una estipulación que regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato y, por lo tanto, se integra dentro del concepto de objeto principal del contrato a los efectos de la aplicación del artículo 4.2 Directiva 93/13/CE¹³⁸.

CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CONTROL DE ABUSIVIDAD SOBRE LA CLÁUSULA MULTIDIVISA

A los efectos de poder ser sometida al *control de transparencia*, la cláusula multidivisa debe cumplir, como primer requisito, el de ser una condición general de la contratación, pues de tratarse de cláusulas negociadas individualmente, por principio no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, según el artículo 3.1 de la misma¹³⁹. Ya la STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre, nº de recurso 2397/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena) afrontó esta cuestión, ante la impugnación de la entidad bancaria por considerar que la cláusula multidivisa del contrato de préstamo hipotecario era una cláusula negociada y no una condición general. Desde esta consideración nuestro Alto Tribunal subraya que lo determinante para la calificación de una cláusula como condición general de la contratación, a la luz de la Directiva 93/13/CEE, es que se trate de cláusulas «no negociadas individualmente», y no tanto que estén redactadas para ser aplicadas a todos los contratos que aquella o estos celebren. Y es, precisamente, por encontrarnos ante condiciones generales, por lo que puede aplicarse el control de transparencia. En este ámbito la

138 STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Ruxandra Paula Andriciuc y otros*, asunto C-186/16. Esta misma consideración ha sido reiterada, ya por auto, por el TJUE en ATJUE de 22 de febrero de 2018, caso *Liviu Petru Lupean y otros*, asunto C-119/17.

139 STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C- 26/13.

STJUE de 20 de septiembre de 2017¹⁴⁰ resultó determinante para la STS Pleno (Sala 1ª.) 608/17, de 15 de noviembre, nº de recurso 2678/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena) pues el Tribunal Supremo vino a acoger la posición sobre la naturaleza del producto aplicando la doctrina acerca del control de transparencia expuesta que reiteraba la ya expuesta en la previa STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13.

El Tribunal Supremo tiene fijada doctrina jurisprudencial por la que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores deben cumplir con el requisito de transparencia¹⁴¹. Y así, además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores se les debe aplicar un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. El referido control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de

140 En el caso de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Ruxandra Paula Andriciu y otros*, asunto C-186/16, los demandantes en el litigio principal, consumidores, estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la misma divisa en que estos se habían contratado -francos suizos-. Reclamaban sobre la base de haberles presentado el producto de manera engañosa, sin mostrar los riesgos potenciales o probabilidad de que se materializaran, pero poniendo de relieve los beneficios del producto y de la divisa utilizada.

141 Cfr., por todas, SSTS (Sala 1ª) 834/2009, de 22 de diciembre, nº recurso 407/2006 (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos); 241/2013, de 9 de mayo, nº recurso 485/12 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos); 171/17, de 9 de marzo, nº recurso 2223/14 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo); 367/17, de 8 de junio, nº recurso 2697/2014 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena); 608/2017, de 15 de noviembre, nº de recurso 2678/2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena); y 643/2017, de 24 de noviembre, nº recurso 514/2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena).

los riesgos del desarrollo de este. Y por tratarse de elementos esenciales del contrato, se exige un plus de información a las entidades prestamistas, toda vez que aunque la normativa Mi-FID no sea aplicable ello no impide considerar que el préstamo hipotecario en divisas es un producto complejo a efectos del control de transparencia, por la dificultad que tiene para el consumidor medio la comprensión de algunos de sus riesgos, por lo que esa adición de información va dirigida a que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Por su parte, el TJUE ha precisado que el deber de información y del control de transparencia debe focalizarse en la exigencia de una redacción clara y comprensible. De manera que el juez nacional debe determinar, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3.1 y 5 de la Directiva 93/13/CEE si, atendidas las circunstancias propias del caso concreto, la estipulación en cuestión cumple con las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia. En este sentido, considera el Tribunal de Luxemburgo que en los préstamos denominados a moneda extranjera, la exigencia de transparencia no se limita al carácter comprensible de la cláusula en un plano formal y gramatical (redacción clara y comprensible), sino que se extiende a los siguientes elementos¹⁴²: a) Al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera y la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de modo que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias que se deriven para él. b) A la comunicación al consumidor de todos los ele-

142 Cfr. SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Ruxandra Paula Andriciuc y otros*, asunto C-186/16; de 20 de septiembre de 2018, caso *OTP Bank Nyrt*, asunto C-51/17. Y AATJUE de 22 de febrero de 2018, caso *Liviu Petru Lupean y otros*, asunto C-119/17; y de 22 de febrero de 2018, caso *ERSTE Bank Hungary Zrt*, asunto C-126/17.

mentos que puedan incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo, a través de la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación. c) El consumidor debe disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, pues es con base en esa información la forma en que el consumidor decidirá si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional. 4) Las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero. 5) El prestatario debe estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. 6) El profesional predisponente deberá exponer las posibles variaciones en los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. Todo ello con fundamento en que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE, se basa en el principio de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto al profesional en lo atinente a la capacidad de negociación y al nivel de información¹⁴³, situación que le lleva a adherirse a las condiciones re-

143 El TJUE, en sentencia de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, *OTP Bank Nyrt*, ha recordado que el juez nacional debe apreciar de oficio -tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello- el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, para subsanar el desequili-

dactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas¹⁴⁴. Y esta obligación de información pretende que el consumidor pueda comprender la cláusula de reembolso en divisa extranjera tanto en el plano formal y gramatical, como respecto de su concreto alcance, de tal modo que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda conocer no sólo la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que se contrató el préstamo, sino también de valorar sus consecuencias económicas sobre sus obligaciones financieras. Y si una vez verificadas las comprobaciones anteriores aparece alguna deficiencia en la información proporcionada la cláusula no habrá superado el control de transparencia. Pero esta tarea de comprobación únicamente puede realizarla el juez nacional, porque toda vez que sólo a él le compete la constatación y apreciación de los hechos del litigio principal para interpretar y aplicar el Derecho nacional, a la luz de las peculiaridades del asunto y considerando la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, atendido también el momento de la celebración del mismo y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

Por otra parte, en la contratación con personas consumidoras también ha de considerarse en lo que se refiere a la información precontractual, la previsión del artículo 60 TRLGD-CU¹⁴⁵; sin descuidar que la falta de información precontractual

brio que existe entre el consumidor y el profesional. Pero añade que, dada la naturaleza y la importancia del interés público en la protección de los consumidores, el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tiene rango de normas de orden público (así, STJUE de 17 de mayo de 2018, caso *Karel de Grote*, asunto C-147/16). De ahí que «corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello».

144 SSTJUE de 3 de junio de 2010, caso *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, asunto C-484/08; y de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C- 26/13.

145 A cuyo tenor: «Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumi-

por parte del Banco no puede resultar suplida con la información que pueda suministrar el propio contrato al consumidor, como tampoco con la información verbal que se pueda dar en la oficina, resultando asimismo relevante la entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994, sin que tampoco la intervención notarial pueda reemplaza la necesaria información precontractual ni las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al ser contradichas por los hechos. Y esta información precontractual, según tiene declarado el Tribunal Supremo, debe comprender por una parte, la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar; y por otra parte, la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera¹⁴⁶.

dor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo». Y en su apartado 2.b) dispone que será relevante la información del «[p]recio 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».

146 En este sentido la SAP Barcelona (sección 15ª.) 599/2018, de 21 de septiembre, nº de recurso 556/17 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Pastor Martínez), sintetiza las pautas que proporciona el TS para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:

- «a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.
- b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.
- c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.
- d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.

Por cuanto se refiere a la carga de la prueba de la información proporcionada, la misma debe ser soportada por la entidad financiera, tal y como ya preveía el artículo 3.2 Directiva 1993/13/CEE, que subraya el carácter arrebatable de la imposición de la carga de la prueba al profesional que afirme que la cláusula se ha negociado individualmente mediante la utilización del adverbio “plenamente”¹⁴⁷.

Si de la aplicación de los criterios expuestos se desprende que la cláusula no supera el control doble de transparencia, debe procederse a realizar un *control de abusividad*¹⁴⁸ de la cláusula, en el que debe tomarse en consideración no sólo el contenido de la propia estipulación, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa, sino también “*todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*”, según disponen los artículos 4.1 de la Directiva y 82.3 del RD

-
- e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.
- f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura de cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.
- g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable».

147 Cfr., por todas, STS (Sala 1ª.) 241/2013, de 9 de mayo, ° recurso 485/12, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; STS (Sala 1ª.) 222/2015, de 29 de abril, nº de recurso 1072/2013, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. STJUE de 16 de enero de 2014, caso *Constructora Principado*, asunto C-226/12. SAP Madrid (sección 12ª.) 277/2018, de 12 de julio, nº de rollo 94/18. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jose María Torres Fernández de Sevilla.

148 En la STJUE de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus*, asunto C-421/14 señala el Tribunal de Luxemburgo que ha de examinarse el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato si no está redactada de manera clara y comprensible. En otras palabras, si la cláusula no supera el control de transparencia deberá entonces examinarse si tal cláusula causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. Criterio mantenido en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Ruxandra Paula Andriciu*, asunto C-186/16, pues reconoce que las cláusulas contempladas en el artículo 4.2 de la Directiva solo 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.

Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el TRLGDCU. Y con precisa referencia a este control de abusividad, tal y como tiene declarado el TJUE en el caso *Ruxandra Paula Andriciuc*, a los efectos de determinar si la cláusula en cuestión produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual¹⁴⁹.

Concretamente, con precisa referencia a una cláusula contractual incluida en contratos de préstamo en divisa extranjera que estipula que las cuotas de devolución del préstamo deben reembolsarse en esa misma divisa, el juez nacional debe valorar la existencia de un posible desequilibrio importante con base en las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. En este sentido en el Auto de 22 de febrero de 2018, caso *Liviu Petru Lupean*, asunto C-119/17, el TJUE tiene declarado que una cláusula inserta en dicho contrato por la que la totalidad del riesgo derivado de las variaciones del tipo de cambio de divisa se transfiere al prestatario, cuando tal cláusula no es transparente, de modo que el prestatario no puede evaluar, sobre la base de criterios claros e inteligibles, las consecuencias económicas que le va a acarrear la conclusión del contrato, pueden ser consideradas como abusivas por el tribunal nacional en su examen de esta cláusula, cuando se determina que, a pesar del requisito de buena fe, crea en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato.

Por cuanto se refiere al control de abusividad, la valoración

149 En este mismo sentido, cfr. ATJUE de 22 de febrero de 2018, caso *Liviu Petru Lupean*, asunto C-119/17.

que efectúa el Tribunal Supremo en la STS (Sala 1ª.) 608/2017, de 15 de noviembre, nº de recurso 2678/2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), se localiza en que la falta de transparencia provoca un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, toda vez que, al desconocer los prestatarios de los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudieron contrastar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, de lo que se concluye que el defecto de información agravó gravemente la situación económica -por el incremento de las cuotas periódicas y la equivalencia en euro del capital pendiente de amortizar, esto es, la materialización del riesgo de fluctuación- y la situación jurídica -por causar una situación de vencimiento anticipado- de los prestatarios determinando que perdieran su vivienda¹⁵⁰. Posteriormente en STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre, nº de recurso 2397/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena), el Alto Tribunal aplica el mismo argumento, considerando que la omisión de la información necesaria, que determinó la falta de transparencia, no era irrelevante para el consumidor sino que por la misma se determina necesariamente un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, en perjuicio del consumidor, pues “al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener el préstamo que ya tenían concedido y que fue cancelado con lo obtenido con el préstamo multidivisa”.

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA MULTIDIVISA

Como consecuencia de la declaración de no transparente y, por tanto, abusiva de la cláusula multidivisa se produce la nuli-

¹⁵⁰ STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre. Nº de recurso 2397/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

dad parcial del contrato, de manera que en principio se reemplaza la estipulación que se considera abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato y se evita al consumidor los perjuicios de la nulidad total. En definitiva, se trata de una aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, que supone una solución conforme con el artículo 83 TRLGDCU¹⁵¹; si bien la misma no se encuentra desprovista de críticas que valoran esta intervención como una integración del contrato¹⁵², prohibida por la jurisprudencia del TJUE en materia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

Para el Tribunal Supremo¹⁵³, la nulidad parcial determina la supresión de las referencias a la denominación en divisas y, como consecuencia, resulta preciso proceder a su conversión en préstamo concedido y amortizado en euros, y ello por responder a las exigencias de los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que demanda la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias.

Por su parte, la STJUE de 20 de septiembre de 2018, caso *OTP Bank Nyrt*, asunto C-51/17¹⁵⁴ dispone que, si no se permitiera al juez nacional sustituir una cláusula abusiva, sin la que el contrato de que se trata no podría subsistir, por una disposición supletoria nacional, dicho juez se vería obligado a anular

151 A cuyo tenor: “*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*”.

152 Vid. NAVAS NAVARRO, S., *Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia. Comentario a la STS de 15 de noviembre de 2017*, en “Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil”, nº 106, 2018, pp. 433 y ss.

153 STS (Sala 1ª.) 608/2017, de 15 de noviembre, nº de recurso 2678/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena) y STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre, nº de recurso 2397/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena).

154 Vid., STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13.

el contrato en su totalidad. De este modo se admite una excepción a la regla general consistente en la obligación de que el juez nacional deje sin aplicación una cláusula abusiva sin estar facultado para modificar su contenido, porque el restablecimiento del equilibrio entre el consumidor y el profesional no puede traducirse en la posibilidad de modificar las cláusulas contractuales abusivas a través de su integración, ya que resultaría sin contenido el efecto útil que persigue la Directiva 93/13/CEE en su artículo 6.1, además de que tal posibilidad no permitiría mantener el efecto disuasorio sobre los profesionales. Como señala el Abogado General Szpunar en sus conclusiones al asunto C-70/17, caso *Abanca Corporación Bancaria*, presentadas el 13 de septiembre de 2018: «[D]eben cumplirse dos requisitos para que el juez nacional pueda suprimir la cláusula abusiva y sustituirla por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio. Por una parte, tal sustitución ha de conseguir el resultado de “que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula [abusiva]” y “siga obligando a las partes”, de forma que el juez nacional no se vea obligado a anular el contrato en su totalidad. Por otra parte, en el supuesto de que el juez estuviera obligado a anular el contrato en su totalidad, dicha sustitución ha de tener la consecuencia de evitar que el consumidor quede expuesto “a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse”». Nuestro Alto Tribunal confirma este criterio tal y como consta declarado en su STS (Sala 1ª.) 599/2018, de 31 de octubre, nº de recurso 2397/2015 (ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena): “Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue

prestada por el banco como de la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente”. Por lo que se viene a concluir lo siguiente: “Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas”.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, confiere una nueva regulación al contrato de préstamo hipotecario determinado en moneda extranjera¹⁵⁵.

155 En efecto, el artículo 21 de la Ley 5/2019 dispone lo siguiente: “1. En los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en este artículo. Dicha moneda alternativa será: a) la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o b) la moneda del Estado miembro en el que el prestatario fuera residente en la fecha de celebración del contrato de préstamo o sea residente en el momento en que se solicita la conversión. El prestatario optará por una de estas dos alternativas en el momento de solicitar el cambio. El tipo de cambio utilizado en la conversión será el tipo de cambio vigente en la fecha en que se solicite la conversión, salvo que contractualmente se establezca otra cosa. A estos efectos, y salvo que el contrato de préstamo disponga otra cosa, el tipo de cambio utilizado para la conversión será el publicado por el Banco Central Europeo en la fecha en que se solicite la conversión. 2. Los prestatarios que no tengan la consideración de consumidores podrán pactar con su prestamista algún sistema de limitación del riesgo de tipo de cambio al que estén expuestos en virtud del contrato de préstamo, en lugar del derecho reconocido en el apartado anterior. 3. Los prestamistas informarán periódicamente al prestatario, en los términos y plazos que se establezcan por orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. También se informará, en su caso, de los mecanismos contractualmente aplicables para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el prestatario. 4. La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en todo caso cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo. 5. Las disposiciones aplicables en virtud del presente artículo se pondrán en conocimiento del prestatario a través tanto de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), contenida en el Anexo I de esta Ley como del contrato de préstamo. Si los contratos de préstamo no contienen disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el prestatario a una fluctuación del tipo de cambio inferior al

d.3) Cláusula de interés de demora.

CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS DE INTERESES MORATORIOS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Con carácter general, las normas de protección de los consumidores, específicamente aquellas sobre cláusulas abusivas, han incorporado un límite al establecimiento de un tipo de interés moratorio elevado. Como es sabido y ya he tenido ocasión de señalar en este trabajo, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU, son abusivas las cláusulas no negociadas individualmente que causen un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, y en contra de la buena fe. Según también ha quedado indicado, ese carácter abusivo deberá evaluarse, tal y como prescribe el artículo 82.3 del TRLGDCU, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios sobre los que se proyecta el contrato, a todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, al resto de las cláusulas del contrato, y a todas las cláusulas de otro contrato relacionado con aquél en el que se integra la cláusula controvertida. Por su parte, el artículo 85.6 del TRLGDCU establece que son en todo caso abusivas *“las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones*. La precitada previsión es esencial en materia de intereses moratorios. Además, es preciso recordar que cuando

20 por ciento la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento. 6. El incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo determinarán, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos”.

una cláusula resulte tachada de abusividad será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta, de acuerdo con el artículo 83 del TRLGDCU, a no ser que el consumidor, una vez informado por el juez de que considera que la cláusula es abusiva, manifieste que, no obstante, desea continuar vinculado por ella¹⁵⁶.

Por cuanto se refiere a los criterios para calificar el interés de demora a los efectos de poder determinar si el mismo resulta abusivo, tal circunstancia exige considerar el contenido de la norma aplicable en defecto de pacto, así como ponderar el tipo de interés moratorio fijado contractualmente con respecto al interés legal¹⁵⁷, con el propósito de poder verificar posteriormente si la previsión contractual resulta adecuada a los efectos de garantizar el cumplimiento de los objetivos que la fijación de un interés de demora persigue en el Estado miembro de que se trate, y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlos¹⁵⁸. Este último criterio contenido en la conocida STJUE del caso *Aziz* en forma de pronunciamiento adoptó la opinión que ya previamente había manifestado el Abogado General, al exponer que si en el Derecho nacional aplicable el interés de demora solo puede servir para compensar el perjuicio resultante de un retraso en el pago, deberá calificarse como abusivo todo interés que sobrepase «ampliamente» los perjuicios que *previsiblemente* causaría ese retraso, en tanto que si el interés de demora también tiene por objeto generar una ética de pago e incentivar el cumplimiento voluntario de las obligaciones pecuniarias, la cláusula de intereses de demora será abusiva cuando el tipo que fije «sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo»¹⁵⁹.

156 STJCE de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C243/08, ECLI:EU:C:2009:350, apartados 33 y 35; STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, asuntos acumulados C381/14 y C385/14, ECLI:EU:C:2016:252, apartados 25 y 40.

157 En Derecho español ello implica comparar la cláusula contractual con el artículo 1108 del Código Civil.

158 STJUE *Aziz*, apartado 74.

159 Conclusiones del Abogado General en el asunto *Aziz*, ECLI:EU:C:2012:700,

Revisado el marco general en el que debe llevarse a cabo el control de contenido de las cláusulas relativas al interés de demora en los contratos con consumidores, y recordando la doble función de los intereses moratorios amparada por el artículo 1108 del Código Civil, conviene precisar que en los últimos años el Tribunal Supremo ha delimitado en varias ocasiones hasta qué punto el interés de demora puede revestir una función disuasoria en los contratos con consumidores. En este ámbito lo esencial se localiza en la circunstancia de que el tipo de interés moratorio impuesto por el empresario¹⁶⁰ no puede ser desproporcionadamente alto. Este dato resulta interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la cláusula puede establecer una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor y, además, reflejar «un *cierto* contenido disuasorio»¹⁶¹.

En suma, en los contratos celebrados con consumidores el interés de demora no negociado debe asumir un carácter predominantemente compensatorio y desplegar únicamente en cierta medida una función disuasoria. En este sentido, la doctrina se ha referido a este estándar señalando que se permite «un plus cuantitativo coercitivo», pero de «moderada compulsión»¹⁶². A último lo determinante es dilucidar si se mantiene una propor-

puntos 86 y 87.

¹⁶⁰ Pues de tratarse de una cláusula negociada ya no cabría evaluar su contenido de conformidad con las normas sobre cláusulas abusivas.

¹⁶¹ STS (Pleno de la Sala 1.^a) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena y STS (Pleno de la Sala 1.^a) 364/2016, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo. Sobre esta última Sentencia puede consultarse un amplio y detallado comentario en DÍAZ FRAILE, J. M.^a, *Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, en www.notariosyregistradores.org, 8 de abril de 2018.

¹⁶² DE CASTRO VÍTORES, G., *Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», n.º 746, 2014, p. 2847.

cionalidad entre el incumplimiento y la indemnización prevista¹⁶³. En todo caso debe señalarse que el criterio de la buena fe, tal y como ha sido interpretado por el TJUE y consta recogido en el artículo 82.3 del TRLGDCU, impone el análisis de la cláusula atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento de la conclusión del contrato. De tal manera que la proporcionalidad que debe verificarse es aquélla entre el interés pactado y los daños que resultaran *previsibles* en el momento de la celebración del acuerdo¹⁶⁴.

Sentado cuanto antecede, conviene atender a otro pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resulta relevante a los efectos del artículo 85.6 del TRLGDCU y, por consiguiente, esencial con relación a los intereses de demora. Y es que de acuerdo con el TJUE “para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta [...] procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate”, y ello con independencia de si el empresario ha exigido el cumplimiento de todas ellas o solo de algunas¹⁶⁵.

En definitiva, resulta que la aplicación del control de contenido a las cláusulas de intereses moratorios encuentra fundamento en que estas estipulaciones no forman parte del “objeto principal del contrato”. Ciertamente, constituye opinión doctri-

163 STS (Pleno de la Sala 1.ª) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; y STS (Sala 1.ª) 470/2015, de 7 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

164 Sin perjuicio de que no quepa excluir enteramente una valoración de las circunstancias existentes en el momento del incumplimiento, con el fin de impedir resultados que pudieran resultar injustos. Cfr. CARBALLO FIDALGO, M. La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Ed. Bosch, 2013, pp. 173-174.

165 Cfr. STJUE de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, apartado 101.

nal unánime, y así lo tiene declarado nuestro Alto Tribunal, la de que la cláusula que fija un interés de demora no define ni el objeto principal ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un elemento accesorio, esto es “la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas”¹⁶⁶, pues si la cláusula de intereses moratorios integrara el objeto principal del contrato, el análisis de su posible carácter abusivo únicamente procedería si la misma no superase el control de transparencia material o cualificada¹⁶⁷.

Finalmente debe significarse que la libertad para fijar un interés de demora más elevado resulta más amplia en los contratos en los que no intervienen consumidores, ámbito en el que se comprueba que la finalidad disuasoria del interés de demora encuentra un mayor campo de desenvolvimiento. De este modo consta manifestado en la STS, Sala 1.^a, de Pleno, de 13 de septiembre de 2016, que, no obstante, precisa que la libertad para establecer una cláusula penal con función punitiva queda sometida a los límites generales de la autonomía privada (art. 1255 del CC)¹⁶⁸. De esta manera, según declara la precitada resolución, podrán ser consideradas contrarias a la moral o al orden público aquellas cláusulas que fijen una cuantía que “exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente”. De modo que no se admiten las

166 STS (Pleno de la Sala 1.^a) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; en este mismo sentido, cfr. ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, L'Hospitalet de Llobregat, 2014, pp. 356 y 534.

167 STJUE de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C421/14, ECLI:EU:C:2017:60, apartado 64; STS (Pleno de la Sala 1.^a) 171/2017, de 9 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

168 STS (Pleno de la Sala 1.^a) 530/2016, de 13 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

cláusulas penales “opresivas”, ni las “usurarias”¹⁶⁹, ni aquellas cuya cuantía sea tan excesiva que no encuentre “justificación aceptable” en la función disuasoria.

LOS LÍMITES ESPECÍFICOS A LOS INTERESES DE DEMORA, EN RELACIÓN CON EL CONTROL DE CONTENIDO

El sistema general del control de contenido de las cláusulas de intereses moratorios ha sido objeto de concreción en determinadas sentencias del Tribunal Supremo, que han determinado los límites que no puede superar el interés moratorio impuesto por un empresario a un consumidor. Ciertamente, tanto el Alto Tribunal como los inferiores en grado han venido aplicando diversos criterios orientativos, pero el nivel de seguridad jurídica también se ha intensificado mediante las precisiones contenidas en algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo¹⁷⁰.

En el sentido apuntado, la STS, Sala 1.^a, de Pleno, de 22 de abril de 2015, se refiere a los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores¹⁷¹. Esta resolución, para la tipología de acuerdos señalada, fija como doctrina jurisprudencial que es abusiva aquella cláusula no negociada por la cual se establezca un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales con respecto al interés remuneratorio pactado. La sentencia parte del criterio de buena fe proclamado por el Tribunal de Justicia de la

169 Entendidas como aquéllas en las que el obligado acepta el interés predispuesto por su situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales.

170 También con el nivel de rigidez en el mercado crediticio y el incentivo para fijar intereses remuneratorios más altos. Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!*, en «Blog Cesco» (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>), 12 de junio de 2015, pp. 1-2, 10-11.

171 STS (Pleno de la Sala 1.^a) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Unión Europea en relación con las cláusulas abusivas, incide en que en los contratos del tipo descrito el interés remuneratorio ya suele ser alto, y constata que el interés de demora en tales préstamos se establece habitualmente en forma de porcentaje añadido al tipo de interés remuneratorio. Y, en este contexto, declara que el incremento no puede ser excesivo, puesto que de lo contrario el interés de demora alcanzaría tipos muy alejados de los previstos por el legislador en diversas normas, y además los empresarios no podrían esperar razonablemente que los consumidores los aceptarían en una negociación. La referencia de los dos puntos porcentuales se establece por relación al interés de mora procesal, previsto en el artículo 576 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC)¹⁷². Posteriormente, con precisa referencia a un contrato de financiación a comprador de bienes muebles a plazos, la STS de 7 de septiembre de 2015 igualmente aplicó el criterio explicado, de manera que resulta abusiva la cláusula de intereses de demora que disponga un incremento de más de un dos por ciento con respecto a los intereses remuneratorios¹⁷³. El mismo patrón de referencia consta extendido a los préstamos hipotecarios, pues a pesar de que en este caso no concurren los elementos propios de los préstamos personales, la STS, Sala 1.ª, de Pleno, de 3 de junio de 2016 declaró no concurrir motivos para apartarse de la jurisprudencia anterior¹⁷⁴.

Confirmando el criterio expuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado la compatibilidad del criterio utilizado por el Tribunal Supremo con la Directiva sobre cláusulas abusivas¹⁷⁵. En todo caso, el proceso en el marco del cual fueron elevadas las

172 Reiterando esta solución en un préstamo personal, cfr. STS (Sala 1.ª) 469/2015, de 8 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

173 STS (Sala 1.ª) 470/2015, de 7 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

174 STS (Pleno de la Sala 1.ª) 364/2016, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

175 STJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643, apartado 71.

cuestiones prejudiciales correspondientes concluyó con la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del alto Tribunal el 28 de noviembre de 2018¹⁷⁶. Partiendo de la decisión del TJUE el Tribunal Supremo realiza dos pronunciamientos: 1º. Confirma la declaración de nulidad de la cláusula relativa al interés de demora, siendo ésta abusiva por superar en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio; y 2º. Con respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad, determina que, debiéndose el carácter abusivo al exceso del recargo aplicado sobre el interés remuneratorio, procede la eliminación de ese recargo, pero no del interés remuneratorio en sí mismo. En consecuencia, “cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato”.

EL ARTÍCULO 114 DE LA LH Y LA STJUE UNICAJA BANCO Y CAIXABANK

En el año 2013 resultó adicionado un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley hipotecaria según el cual, en los créditos para la adquisición de vivienda habitual en los que se constituya una hipoteca sobre la misma, los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero -que en el año 2018 se mantuvo en el 3 por ciento¹⁷⁷-, sólo se devengarán sobre el principal pendiente de pago, y no podrán ser capitalizados, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LECiv. En este contexto normativo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que analizar la compatibilidad de este precepto con el Derecho de la Unión Europea, pues se planteaba si el artículo 114 de la Ley Hipotecaria debía ser interpretado en el sentido de que, cuando el juez considera que el interés moratorio es abusivo, se le impone su reducción hasta el

176 STS (Pleno de la Sala 1.ª) 671/2018, de 28 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

177 Disposición adicional quincuagésima séptima de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE nº 161, de 4 de julio de 2018, p. 66621).

límite de tres veces el interés legal del dinero y no la mera declaración de nulidad de la cláusula controvertida, lo cual contravendría la jurisprudencia europea que prohíbe al juez modificar el contenido de una cláusula abusiva, y que ha quedado recogida en el artículo 83 del TRLGDCU¹⁷⁸.

La respuesta del Tribunal de Luxemburgo no se hizo esperar y la STJUE *Unicaja Banco y Caixabank* declaró la compatibilidad del artículo 114 de la LH con la Directiva sobre cláusulas abusivas, si bien apartándose de la interpretación referida, que no parecía correcta, y adoptando una conforme con el Derecho de la Unión. Así, según el TJUE, el Derecho europeo no se opone a una norma nacional que obliga a recalcular el interés de demora para que no supere el límite legal establecido, pero siempre que no “no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula”, y que “no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva”¹⁷⁹. También la resolución del TJUE ha generado dudas sobre su correcta interpretación, en particular acerca de cómo debe entenderse el término “prejuzgar”, pues de conformidad con la doctrina mayoritaria no se trata de reducir el interés de demora al límite legal para posteriormente evaluar su posible carácter abusivo, sino que la reducción opera, como precisó además el propio Gobierno español en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, únicamente cuando la cláusula no haya sido calificada previamente como abusiva. En síntesis, cuando la cláusula resulte declarada abusiva, deberá declararse nula, y cuando no resulte declarada abusiva pero, sin embargo, el tipo porcentual del interés aplicado resulte ser superior al límite del artículo 114 de

178 Cfr. STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, apartado 73.

179 STJUE *Unicaja Banco y Caixabank*, apartado 42.

la LH, procederá declarar su validez reduciendo el interés debido hasta dicho límite. Con todo, debe significarse que la aplicación práctica de esta última solución ha resultado muy reducida como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara abusivo todo interés de demora que, en los préstamos hipotecarios, supere en dos puntos el interés remuneratorio.

CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA SOBRE INTERESES DE DEMORA

Según la previsión contenida en el artículo 83 del TRLGDCU, las cláusulas abusivas son nulas de pleno de derecho y se tienen por no puestas, de tal manera que el contrato continúa siendo obligatorio para las partes, sin más modificación que la eliminación de las cláusulas nulas, si es que puede subsistir sin las mismas. Por otra parte, al juez se le impone dar audiencia a las partes¹⁸⁰, exigencia impuesta por el Derecho de la Unión Europea¹⁸¹. La aplicación del artículo precitado plantea ciertas dificultades cuando la cláusula declarada abusiva es aquella que fija los intereses moratorios, pues cabría preguntarse si, ante un retraso en el pago por parte del deudor-consumidor, lo adecuado sería, pese a todo, aplicar el interés legal del dinero con fundamento en la previsión legal contenida en el artículo 1108 del Código Civil, si la supresión de la cláusula determina que el consumidor resulte “indemne” ante un retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, o incluso si, atendida la prohibición de integrar el contrato, el retraso en el pago debe ser compensado mediante una indemnización del perjuicio real, lo que se aproximaría al interés normal del dinero en el mercado. La incertidumbre se acentúa cuando la cláusula establece los inte-

180 Trámite esencial cuando el juzgador analiza de oficio el carácter abusivo de una cláusula, pues en otro caso el debate ya se producirá en el momento procesal correspondiente.

181 STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, apartado 36.

reses de demora mediante un porcentaje añadido sobre los remuneratorios, siendo declarada nula por sobrepasar los dos puntos que declara la doctrina jurisprudencia, del Tribunal Supremo a la que anteriormente me he referido. En este ámbito, el propio Tribunal Supremo tiene declarado en reiteradas ocasiones que la nulidad únicamente afectaría al incremento sobre el interés remuneratorio, que resultaría completamente suprimido y no simplemente reducido hasta el límite máximo tolerable, aunque el interés remuneratorio se seguiría devengando, por no ser éste abusivo y persistir la causa que motivó su pacto, en definitiva, la puesta de un capital a disposición del prestatario¹⁸². Resulta de interés señalar que esta solución, aparentemente incompatible con el Derecho de la Unión Europea que prohíbe la integración contractual y la modificación de una cláusula abusiva, resulta amparada por el Tribunal de Luxemburgo, al considerar que la jurisprudencia española no se opone a la Directiva sobre cláusulas abusivas¹⁸³.

Anteriormente me he referido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en fecha 7 de agosto de 2018, declaró que la Directiva 93/13/CEE no se oponía a una jurisprudencia nacional como la mantenida por nuestro Tribunal Supremo en relación con algunas de las cuestiones revisadas, precisando asimismo, como de nuevo reitero ahora, que el proceso en cuyo ámbito fueron elevadas las cuestiones prejudiciales correspondientes concluyó con la ya referida Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del alto Tribunal de 28 de noviembre de

182 Cfr., por todas, STS (Pleno de la Sala 1.ª) 265/2015, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; STS (Sala 1.ª) 470/2015, de 7 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; STS (Sala 1.ª) 469/2015, de 8 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; STS (Pleno de la Sala 1.ª) 705/2015, de 23 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres; STS (Sala 1.ª) 79/2016, de 18 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

183 STJUE *Banco Santander*, apartado 79.

2018, también objeto de sucinta mención precedentemente, a la que ahora me remito.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo dedica su artículo 25 a la regulación, sin posibilidad de pacto en contrario, del interés de demora convencional, señalando como límite para declarar su abusividad el referencial de tres puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio, y únicamente devengable sobre el capital vencido y pendiente de pago¹⁸⁴.

d.4) Cláusula de vencimiento anticipado.

ABUSIVIDAD Y VENCIMIENTO ANTICIPADO

Mediante Auto de fecha 8 de febrero de 2017 el Pleno de la Sala 1ª del TS, en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2014, en la que, entre otros pronunciamientos, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió dar traslado a las partes sobre el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, al amparo del artículo 4bis de la LOPJ. Recibidas las alegaciones de las partes, la Sala resolvió plantear cuestión prejudicial de interpretación conforme al artículo 267 TFUE, considerando, tras un repaso de las decisiones judiciales el propio TS y del TJUE sobre la validez de esta cláusula, la subsistencia de dudas en la acomodación del Derecho nacional al comunitario aplicable. En este contexto las cuestiones

184 El artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, resulta del tenor siguiente: “1. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”.

que plantea el TS español al TJUE son, en esencial, las siguientes:

1ª. Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad únicamente del inciso o pacto relativo al impago de una cuota –tal y como acuerda la resolución recurrida– manteniéndose la validez del pacto en los supuestos restantes; en definitiva, si es admisible la posibilidad de separar los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.

2ª: Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del Derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, resulta más ventajosa para éste que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una sentencia firme en un juicio declarativo.

Además, el Tribunal Supremo español interesaba que la cuestión prejudicial planteada fuera tramitada de manera acelerada, toda vez que “son muchos los consumidores afectados y está en juego el derecho a la vivienda”. A este respecto la solicitud del TS español para que el asunto se tramitara mediante el procedimiento acelerado resultó rechazada por el Tribunal de Luxemburgo al entender que los motivos alegados a tal efecto por el TS no justifican la petición.

Ante la expectación que ha suscitado la recientemente conocida respuesta del TJUE a la última de las cuestiones prejudiciales que, en esta ocasión, por el Tribunal Supremo español se le ha planteado en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, y antes de referirme a la situación provocada por el

Alto Tribunal con su -a mi juicio- innecesaria consulta, conviene inicialmente realizar una breve reflexión acerca de la considerada estipulación y su licitud a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU), de la reiterada doctrina del Tribunal de Luxemburgo en interpretación y aplicación de la referida Directiva y de la propia doctrina jurisprudencial del TS recogida en su Sentencia nº 705/2015, de 23 de diciembre, que se refiere a esta precisa cuestión en su Fundamento Jurídico Quinto.

Con carácter general, la cláusula de vencimiento anticipado constituye una suerte de la genérica resolutoria expresa (cfr. art. 1123 del CC que extiende el ámbito aplicativo del art. 1124 del mismo texto legal, con fundamento en su integración contractual y en constituir una manifestación de la voluntad negocial común de los contratantes ex art. 1255 también del CC), comúnmente admitida por la doctrina jurisprudencial en los supuestos en que concurren los presupuestos fácticos a que se refiere la estipulación a los efectos de fundar la resolución al margen de la esencialidad del incumplimiento. De manera que si se aplica la convenida cláusula contractual será suficiente la concurrencia de las circunstancias previstas en el contrato a los efectos de que, de pleno derecho, se produzca la resolución sin que a tal efecto resulte aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación del artículo 1124 del Código Civil (cfr. SSTS, Sala 1ª, de 19 de mayo de 2009 y de 1 de febrero de 2010).

Lo señalado exige una matización en los supuestos de contratos a los que les resulta aplicable la normativa tuitiva de con-

sumidores, toda vez que en este ámbito las apuntadas cláusulas resolutorias expresas deben ser analizadas a la luz de la indicada legislación protectora que demanda expresamente el análisis de su carácter abusivo. Así, atendiendo a la regulación contenida en el TRLGCU cabe señalar que el control de abusividad de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores se articula con fundamento en dos esquemas, consistentes, por una parte, en la aplicación de una cláusula general, residenciada en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 –desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y contra las exigencias de la buena fe-, que se completa, por otra parte, con un elenco no taxativo de estipulaciones que, en todo caso, han de considerarse abusivas, contenido en los artículos 85 a 90 del mismo texto legal, en el que se combinan normas que, por su concreción, se corresponden con el esquema aplicativo de las reglas, además de otras disposiciones genéricas que más bien responden al patrón de los principios, demandando una tarea adicional de valoración y que, por tal razón, pueden considerarse como cláusulas más específicas. Es por lo que para decidir acerca de la abusividad de una cláusula no negociada individualmente que se contiene en un contrato celebrado con consumidores resulta, sin duda, mucho más operativo el análisis inicial acerca de si la estipulación admite ser encuadrada en la tipología más específica de supuestos que la norma considera abusivos “en todo caso” –art- 82.4 del TRLGCU-, de tal manera que de resultar positivo el análisis previo necesariamente resulte declarada su abusividad, y consecuente nulidad de pleno derecho de la estipulación, para pasar a valorar en caso contrario su abusividad con fundamento en la aplicación de la cláusula general.

Pues bien, sentado cuanto antecede, y con precisa referencia a la cláusula que permite la resolución unilateral del contra-

to como consecuencia del vencimiento anticipado por incumplimiento resulta apreciable que la misma, en principio, no admite ser incardinada específicamente en ninguno de los concretos supuestos a que se refieren los artículos 85 a 90 del TRLGCU, toda vez que incluso la previsión del artículo 85.4 excluye de la tacha de abusividad a la estipulación de vencimiento anticipado a voluntad del empresario respecto de las cláusulas que lo prevén por incumplimiento, exclusión expresa que, precisamente, implica la validez general de la referida cláusula que, fundada en el principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, no admite ser calificada en abstracto de abusiva por contravenir las exigencias de la buena fe y producir en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que emanen del contrato (art. 82 del TRLGCU). Y así consta señalado expresamente en la STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 2015, que contiene una declaración general de validez de la cláusula de vencimiento anticipado, respecto de la que el TS considera que su eventual abusividad se derivará en todo caso de los términos concretos en los que la condición general pre-dispuesta posibilite el vencimiento anticipado, que no de la mera previsión de vencimiento anticipado que por sí misma no es ilícita, resultando que en el análisis del exacto contenido de la cláusula en cuestión deberá considerarse la esencialidad de la obligación incumplida y también la gravedad del incumplimiento que se valora que, con precisa mención a los contratos de préstamo, deberá aparecer considerada específicamente en atención a la cuantía y duración de los mismos. Razón por la que el Alto Tribunal tiene declarado que el incumplimiento de una obligación accesoria o el impago de una sola cuota no justifican de suyo la resolución o vencimiento anticipado, tal y como se destaca en la antedicha STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre, al declarar que “en cualquier caso, 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 accesorio, debe ser reputada como abusiva dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”. Y así cabe concluir que si bien una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento es válida en el ámbito de una relación contractual que no vincula a un consumidor, cuando se trata de un contrato celebrado con consumidores, y aún admitiendo en abstracto la posible validez de la estipulación, se hace necesario proceder al control de su abusividad, valorada con los indicados parámetros de esencialidad y gravedad de la obligación de cuyo cumplimiento se trata como fundamento del vencimiento anticipado, pues esta adicional exigencia resulta impuesta por la normativa protectora de consumidores, y si esta regulación no se cumple ello determinará la abusividad de la estipulación, por la necesaria aplicación de la definición general que se contiene en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y en el artículo 82.1 del TRLGCU, al causar en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

De lo expuesto resulta que las cláusulas de vencimiento anticipado son válidas en general, de manera que habrá que revisar cada supuesto concreto a los efectos de determinar en cada caso si la estipulación merece ser calificada de abusiva. Además, superado el control de abusividad en los términos explicados, debe revisarse adicionalmente la circunstancia de que el Derecho nacional establezca medios adecuados a los efectos de que el consumidor afectado por la aplicación de la cláusula en cuestión pueda remediar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo (cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013 –apartado 73- y STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre). En nuestro caso, sabido es que el ordenamiento español únicamente posibilita la frustración del vencimiento anticipado de manera

muy selectiva a partir de la reforma operada por 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, ya que sólo se prevé en el ámbito de la ejecución hipotecaria –o pignoraticia- (art. 693.3 de la LECiv) y limitada al supuesto de que el inmueble gravado constituya la vivienda habitual,²⁰ ya que de no ser así la posibilidad demanda la solicitud del acreedor. De modo que, al margen de los indicados supuestos, la cláusula de vencimiento anticipado resultaría tachada de abusividad, también en el caso de que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y fuera grave.

DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. LA STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017.

Por cuanto se refiere a la posibilidad de integración del contrato afectado por cláusulas abusivas, hasta la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de las normas albergadas en los artículos 10.bis 2 de la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, 83.2 del TRLGCU y 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, era posible concluir que nuestro ordenamiento permitía la integración de tales cláusulas. Pero tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, específicamente se ha eliminado tal posibilidad y el artículo 83 del TRLGCU suprime de su contenido la posibilidad de integración contractual sin excepción alguna, aunque jurisprudencialmente se permita de manera limitada y con ciertos requisitos. En todo caso debe señalarse que en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se mantiene la obli-

gación de integración aunque al respecto deba matizarse que la noción de condición general comprende un concepto más amplio que el de las condiciones abusivas (cfr. art. 8 de la Ley 7/1998), por lo que tal previsión no se encuentra carente de sentido, si bien resulta de interés constatar la existencia de una inicial contradicción entre la previsión del derogado artículo 83 del TRLGCU y la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo sostenía respecto del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE pues, frente a la integración impuesta por la norma nacional, el TJUE mantiene reiteradamente la imposibilidad de integración de la cláusula.

Según ya he tenido ocasión de señalar precedentemente, la cuestión de la integración de la cláusula constituye una materia regulada por la Directiva 93/13/CEE sobre la cual la doctrina jurisprudencial del TJUE se ha pronunciado reiteradamente, deduciendo del artículo 6.1 apartado 1 de la Directiva 93/13 que los jueces nacionales están obligados a dejar sin efecto la cláusula abusiva con el propósito de que la misma deje de producir efectos vinculantes para el consumidor pero no están facultados en ningún caso para modificar su contenido integrándola contractualmente. De manera que el contrato debe subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva siempre que su subsistencia resulte posible por aplicación de las normas del Derecho interno. Esta doctrina jurisprudencial aparece declarada extensamente en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 (caso Banesto, aptdo. 65), de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/13 (caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, aptdo.57) y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 (caso Unicaja y Caixabank, aptdo. 28). Realmente, el Tribunal de Luxemburgo concluye esta fundamentación de la previsión contenida en el artículo 7, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto

considerando que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”, entendiendo que si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar las cláusulas abusivas con ello se estaría impidiendo el propósito mismo de la norma, pues suprimir la circunstancia de que las cláusulas abusivas no se apliquen frente a un consumidor supondría la eliminación del efecto disuasorio que se ejerce sobre los profesionales que persistirían en la utilización de la cláusula abusiva de saber que, incluso declarada su nulidad, el Juez nacional podría integrar el contrato asegurando así el interés de los profesionales en que las estipulaciones que lo integran prosperen en su práctica.

Como ya he explicado en otro lugar de este trabajo, con precisa referencia a la posibilidad de aplicar supletoriamente una disposición normativa nacional de Derecho dispositivo cuando la nulidad de la cláusula abusiva ya está declarada, el TJUE ha declarado su admisión siempre que ello resulte necesario para que el contrato subsista en beneficio del consumidor, con el propósito de evitar que el Juez se vea constreñido a declarar nulo el contrato en su integridad quedando de este modo expuesto el consumidor a ciertas consecuencias que para él podrían suponer una penalización¹⁸⁵. No obstante, excepto en la apuntada situación, el TJUE conviene en excluir la aplicación de una norma nacional dispositiva para integrar el contrato después de que la cláusula haya sido declarada abusiva y, por consiguiente, nula.

En definitiva, de la doctrina jurisprudencial del TJUE se concluye que la consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula es la definitiva supresión del pacto, su elimina-

185 Cfr. SSTJE de 30 de abril de 2014 -asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábal, párrafos 80 y ss.- y de 21 de enero de 2015 -asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/1, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33-.

ción del contrato, sin que el Juez nacional, a falta de estipulación contractual, tenga la facultad de aplicar una norma supletoria nacional, y sin que el contrato pueda ser integrado mediante los criterios establecidos en el Derecho nacional que, en nuestro caso, constan recogidos en el artículo 1258 del Código Civil, a no ser que se trate de una estipulación imprescindible para la subsistencia del contrato y siempre en beneficio del consumidor.

En consecuencia, ante una cláusula de vencimiento anticipado que resulte abusiva -vgr., por permitir el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota- el Juez nacional deberá declarar su nulidad, lo que implica que la misma debe ser excluida del contrato, inaplicada, en atención a la doctrina jurisprudencial indicada, lo que supone la inadmisión de la reclamación del capital vencido anticipadamente. Y, en este sentido, el mismo Tribunal Supremo, Sala 1^a, en su Sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre, recurre hasta en dos supuestos (al abordar la abusividad de la cláusula de intereses de demora al tratar de la de vencimiento anticipado) a la doctrina emanada del TJUE -cfr., significativamente, el Auto de 11 de junio de 2015- para declarar que, en la medida en que la cláusula predispuesta en un contrato celebrado con un consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que la estipulación se haya llegado a aplicar o no. De lo que se deduce que, aún en el supuesto de que el acreedor haya renunciado en su pretensión a la aplicación de concretas cláusulas que pudieran ser abusivas, el Juez está obligado a declarar, si procede, la abusividad incluso de las cláusulas que no han servido de fundamento a la reclamación planteada.

En el señalado contexto se dicta la STJUE de 26 de enero de 2017 que, al reiterar la doctrina precedentemente expuesta, expresamente viene a desautorizar la jurisprudencia española

sobre la integración de la cláusula de vencimiento anticipado. En efecto, poco más de un mes después de dictada la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, El TJUE vuelve a pronunciarse sobre determinados aspectos relativos a las cláusulas abusivas contenidas en los préstamos hipotecarios, y lo hace en la STJUE, Sala Primera, de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus S.A contra Jesús Gutiérrez García. Prescindiendo de otras cuestiones de interés que esta Sentencia aborda pero que ahora no interesa considerar, la indicada resolución contiene declaraciones de singular relevancia en la materia que nos ocupa.

Como declaración general, el Tribunal de Luxemburgo considera, una vez más, insuficiente la tutela que brinda la normativa interna española al consumidor, al no satisfacer las exigencias de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En esta ocasión, el procedimiento trae causa de varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander en relación con el préstamo hipotecario concedido por el Banco Primus a D. Jesús Gutiérrez García. Como ya apunté, la doctrina que establece el Tribunal Europeo en esta Sentencia afecta a aspectos de relevante transcendencia práctica, singularmente con precisa referencia a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo. En este ámbito, conviene recordar que el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE señala que «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva». Por su parte, el artículo 693. 2 de la LECiv, modificado por Real Decreto-Ley 7/2013, establece lo siguiente: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por in-

tereses 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». Pues bien, la STJUE de 26 de enero de 2017 concluye que aquellas cláusulas que incumplan estas limitaciones, fijando, por ejemplo, la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado ante cualquier impago o incumplimiento -tal y como ha sido tradicionalmente habitual en los condicionados generales sobre préstamos hipotecarios de los bancos, y como ocurría en el caso que suscita las cuestiones prejudiciales que resuelve la sentencia-, quedan sometidas al control de abusividad por los jueces nacionales. Si la cláusula se considera abusiva -por causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato-, debe dejarse sin efecto, sin que pueda declararse el vencimiento anticipado ni siquiera cuando la entidad acreedora haya dejado transcurrir tres impagos mensuales o más antes de hacer valer la cláusula -en el caso de autos el Banco Primus no ejecutó la hipoteca hasta que no se produjeron siete impagos- y sólo la utilice ante el incumplimiento de obligaciones esenciales. Con ello el Tribunal Europeo pone fin a una práctica, contraria a esta doctrina, extendida en muchos juzgados españoles. Confirma así, aunque en términos más rotundos (puntos 68 a 75 de la Sentencia), las conclusiones establecidas en el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13). Es de subrayar la trascendencia de esta doctrina y las consecuencias que puede tener, pues en las escrituras de préstamo hipotecario anteriores a 2013 las cláusulas de vencimiento anticipado se redactaban, en general, en términos que no superan el control de abusividad. De hecho, tras el citado Auto algunas Audiencias Provinciales ya habían dictado resoluciones en las que declaraban la inadmi-

sión o el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por considerar abusiva y, como tal, nula la cláusula de vencimiento anticipado -valga como muestra, el AAP Valencia, Sección 6ª, de 15 de septiembre de 2015, entre otros muchos-.

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR EL TS. EL AUTO DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 2017.

Como se ha explicado, la STJUE de 26 de enero de 2017 ha venido a señalar que no cabe apreciar un vencimiento anticipado por incumplimiento cuando la cláusula que lo dispone por impago de un plazo es abusiva. Al respecto en la Sentencia se declara que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial (como la de las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016) de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693.2 LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”.

Pues bien, a pesar de la declaración por el TJUE, nuestro Alto Tribunal ha venido persistiendo en no considerar que la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota, incluida en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios de amortización gradual o por plazos existentes en nuestro país, no admite ser integrada con una facultad legal resolutoria que, ciertamente, en España no existe pero que, de existir, incidiría en la prohibición de integración que actualmente, según quedó expuesto, también es imperante en nuestro Derecho nacional. De tal manera que únicamente una renegociación del contrato va a posibilitar la reparación de

los efectos derivados de la carencia de una cláusula de estas características en los préstamos con garantía hipotecaria. No obstante lo cual, entendiéndose persistentes las vacilaciones interpretativas en la materia considerada que, como se ha señalado, ya ha quedado nítidamente resuelta por el TJUE, nuestro TS plantea, por Auto de 8 de febrero de 2017, dos cuestiones prejudiciales y, al tiempo que por la STS n.º 705/2015, de 23 de diciembre, declara que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota es nula, y que no es posible integrar, en beneficio del predisponente, una cláusula nula, por abusiva, de vencimiento anticipado por impago de una cuota, y que la competencia para resolver ambas cuestiones compete en exclusiva al Tribunal nacional, en lugar de pronunciarse sobre estas cuestiones que son de su exclusiva competencia, plantea ante el Tribunal de Luxemburgo dos cuestiones prejudiciales en una única consulta.

En la primera de ellas, considerando que la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota resulta del artículo 693.2 de la LECiv para las ejecuciones posteriores a la Ley 1/2013, y para las anteriores a la Ley 1/2013 de la misma STS n.º 705/2015 en la que se declara que las referidas cláusulas no se ajustan a los criterios vinculantes para ponderar la abusividad dispuestos por el TJUE y que el TS no puede alterar en perjuicio del consumidor.

En la segunda de las mismas, entendiéndose que las dudas tendrán que solventarse atendiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo que, como ha quedado expuesto, impide integrar en perjuicio del consumidor el vacío provocado por la declaración de abusividad de una cláusula, conociendo que la pretendida integración no resulta compatible con ninguno de los criterios ofrecidos por el artículo 1258 del Código Civil, toda vez que no cabe integrar las consecuencias

de la abusividad de la cláusula en beneficio del profesional ni con la buena fe, ni con el uso, ni con la ley, ni, en definitiva, con ninguna facultad legal resolutoria del préstamo por impago de cuotas que, por otra parte y como ya he indicado, no existe en nuestro ordenamiento.

Como ya anticipé, el Auto de 8 de febrero de 2017, en el que se plantean las dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE se dicta en el ámbito de un recurso de casación en cuyo marco por la entidad bancaria demandada se cuestiona la abusividad -declarada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en su Sentencia de 14 de mayo de 2014- de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una cuota de un préstamo hipotecario. La AP de Pontevedra, a solicitud de los actores consumidores, declaró nulas por abusivas la cláusula de vencimiento anticipado y también la cláusula suelo, la cláusula e intereses moratorios y la cláusula de gastos, si bien, en casación únicamente se cuestiona la cláusula de vencimiento anticipado, toda vez que las demás resultaron consentidas. Según el Alto Tribunal la solicitud de decisión prejudicial se refiere a si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y también al alcance de la ineficacia de la referida declaración de abusividad, haciendo caso omiso respecto de esta segunda cuestión del ya mencionado Auto de 11 de junio de 2015, de la STJUE de 14 de junio de 2012 y, lo que es más sorprendente por la proximidad de la resolución dictada por el Tribunal de Luxemburgo, de la STJUE de 26 de enero de 2017; en definitiva, nuestro Alto Tribunal sencillamente ignora las declaraciones reiteradas del TJUE sobre esta materia acerca de la cual plantea con injustificada insistencia la doble cuestión prejudicial. Y es que, según esta constante y reiterada jurisprudencia europea, queda suficientemente claro que, declarada la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, y considerando que concurra pacto lícito inscrito de conformidad con la previsión del ar-

título 693.1 de la LECiv –circunstancia altamente improbable en los préstamos con garantía hipotecaria celebrados antes de la Ley 1/2013- por el que se posibilite la reclamación de las cantidades vencidas, la ejecución directa únicamente podrá proseguir respecto de las cuotas vencidas que han resultado impagadas según el cuadro de amortización convenido, pero en ningún caso por la totalidad de la deuda, toda vez que los importes aplazados a tenor de lo proyectado en el cuadro de amortización no pueden resultar vencidos anticipadamente sin existencia de pacto expreso inscrito (art. 693.º1 de la LECiv). Ante este panorama el TS proyecta la solución a la cuestión que se plantea sobre una pretendida facultad resolutoria de naturaleza legal que, como tantas veces he señalado, en nuestro ordenamiento no existe, pues no cabe deducirse del artículo 1124 del Código Civil, habida cuenta de la unilateralidad del contrato de préstamo –sin duda cuestionada por la existencia de obligaciones de información previas a la perfección contractual y también a las eventuales de restitución del cobro de posibles cantidades indebidamente abonadas; si bien, en cualquier caso, no consta legalmente establecida, ni en el artículo 1124 del CC ni en ningún otro precepto de nuestro ordenamiento, una facultad resolutoria a favor del consumidor prevista para el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones por parte del profesional, a salvo siempre la posibilidad de interesar la ineficacia contractual de la estipulación por no superar el control de transparencia-, ni tampoco del artículo 1129 del mismo texto legal, toda vez que en el indicado precepto la pérdida del plazo se produce como consecuencia de la concurrencia de causas diversas del impago.

Por todo ello, sin haber tenido aún conocimiento de la STJUE de 26 de marzo de 2019, ya consideraba -y así lo escribí- que la respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo español pasaba, necesariamente, por reiterar

—una vez más- su doctrina, bien dando por respondida la cuestión, bien acudiendo al procedimiento abreviado por tratarse de una materia sobre la que ya se ha pronunciado —en varias ocasiones, por cierto-, o bien mediante el dictado de una nueva —y reiterativa- resolución sobre el tema.

INCONVENIENTES APRECIADOS PARA QUE EL TJUE REITERARA LA DOCTRINA YA DECLARADA DANDO RESPUESTA A LAS CUESTIONES PLANTEADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

A la vista de lo expuesto cualquier operador jurídico fácilmente podía colegir que, mediante el planteamiento de la cuestión prejudicial —doble- que alberga el Auto de 8 de febrero de 2017, el Tribunal Supremo no pretendía aclarar duda alguna que le afectara, pues ninguna incertidumbre podía persistirle cuando resultaba palmario que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota era abusiva incluso por aplicación de la doctrina jurisprudencial declarada por la misma Sala que plantea la cuestión —cfr., SSTS, Sala 1^a, de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016; siendo, además, que el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente es, en todo caso, competencia del juez nacional sin que pueda ser materia de cuestión prejudicial-, y que la posibilidad de integración de la estipulación de vencimiento anticipado declarada nula por abusiva no se encuentra permitida en beneficio del predisponente por la propia doctrina del TJUE —cfr., por todas, SSTJUE de 14 de junio de 2012, 30 de abril de 2014 y 26 de enero de 2017, y ATJUE de 11 de junio de 2015-.

De manera que la única explicación posible que permitía fundar la necesidad de la cuestión prejudicial suscitada por el TS ante el Tribunal de Luxemburgo era el propio interés del Alto Tribunal español en que el Tribunal europeo justificara la doctrina jurisprudencial contenida en la STS, Sala 1^a, n^o

705/2015, de 23 de diciembre. Pero, en mi opinión, esa razón difícilmente iba a poder determinar que el Tribunal europeo se aviniera a considerar nuevamente las cuestiones que se plantean ni, mucho menos, podía hacer presumir que, supuesta la nueva consideración de la cuestión por parte del TJUE, el Tribunal de Luxemburgo fuera a alterar el contenido de una doctrina ya consolidada y reiteradamente expuesta.

Por lo cual consideré que, una vez dictada la resolución que con tanto interés se esperaba, volveríamos a encontrarnos en el mismo punto del razonamiento, con la añadida desventaja para numerosos órganos jurisdiccionales –juzgados, Audiencias Provinciales y el propio Tribunal Supremo– de que sus correspondientes oficinas se iban a ver en la necesidad de impulsar el trámite de incontables procedimientos ejecutivos hipotecarios suspendidos a la espera de la respuesta del TJUE que, por lo indicado, nos iba a devolver al mismo punto de partida anterior al planteamiento de la cuestión prejudicial, porque no podía ser de otra manera, ya que ni siquiera esperar una declaración de nulidad parcial de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado resultaba a mi juicio razonablemente lógico pues este efecto –el de la declaración de una nulidad parcial– se encontraba pesadamente condicionado no sólo a que el contenido contractual que resultara válido de la estipulación conservara por sí mismo su sentido sino a que la propia parte de la cláusula que declarada nula por abusiva también lo tuviera, extremos ambos inimaginables en la estipulación que nos ocupa –que no es una estipulación abstracta o hipotética, sino la específica y concreta cláusula de vencimiento anticipado contenida en el contrato que debe ser enjuiciado por el TS en el caso de autos que ha determinado el planteamiento de la cuestión prejudicial– en la que manifiestamente todas las proposiciones que en la misma se engarzan resultaban necesarias para poder llegar a concretar el preciso sentido y alcance de su eficacia en el clausulado con-

tractual, sin que de la eliminación de parte de las enunciaciones implicadas cupiera deducir la subsistencia de un pacto de vencimiento anticipado aplicable al caso.

Para colmar el razonamiento, resultaba que por la entidad bancaria demandada se pretendía que la prosecución de la ejecución hipotecaria con fundamento en la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado cuya validez se cuestiona por la parte actora supusiera una vía procedimental más ventajosa para el consumidor. Y, tal vez lo más llamativo, fuera que esta reflexión resultara asumida por el Tribunal Supremo, que no obstante mitigó el planteamiento señalando que la vía de la ejecución directa con fundamento en la aplicación de la estipulación de vencimiento anticipado era el cauce procedimental usualmente elegido por las entidades bancarias y financieras por ser el más expeditivo, descuidando en su exposición que la estipulación de vencimiento anticipado considerada era, a todas luces, nula por abusiva, situación en la cual la reclamación del acreedor puede ser encauzada no sólo por la vía ejecutiva sino también por la del procedimiento declarativo en el que, no obstante, el prestamista carece de acción resolutoria si nos hallamos ante una cláusula de vencimiento anticipado nula por abusiva y la posibilidad de integración a favor del profesional se encuentra legalmente impedida, sin que, por otra parte, cupiera tampoco la posibilidad de rehabilitación del préstamo hipotecario – toda vez que no se puede aplicar el vencimiento anticipado de la obligación- de pago-, ni concurriera ventaja alguna en materia de imposición de costas que asentarán sobre una misma cuantía procedimental determinada por el capital vencido, siendo en cualquier caso abusivos los intereses de demora -en el supuesto enjuiciado fijados en el tipo porcentual del 18%-. Ninguna diferencia venía a deducirse, pues, para el prestatario, de la elección de una u otra vía procedimental –ejecutiva o declarativa- que justificara las afirmaciones que vertidas al res-

pecto, por lo que el apuntado fundamento en el que se pretendía asentar –sobre la premisa una inexistente facultad legal resolutoria- el mantenimiento de la cláusula de vencimiento anticipado en beneficio del consumidor era, en todo caso y en mi opinión, una pretensión quimérica.

LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019

El 26 de marzo de 2019 la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó Sentencia por la que resolvió los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, en materia de cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, resolviendo las cuestiones prejudiciales sobre vencimiento anticipado planteadas por el Tribunal Supremo y por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona¹⁸⁶. Los primeros comentarios vertidos sobre la tan esperada resolución han venido a poner de relieve la existencia de relevantes dudas acerca de lo que el TJUE ha concluido en ella y sobre cómo deberán ser interpretados sus pronunciamientos¹⁸⁷. No es éste el lugar ni ahora el momento adecuado para anticipar elaboración exegética alguna, toda vez que la reciente resolución va a necesitar de un mínimo recorrido interpretativo hasta poder alcanzar la más atinada inteligencia en orden a su aplicación práctica, razón por la que me limitaré a exponer los más destacados

186 STJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, «Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Artículos 6 y 7 — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores — Cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario — Declaración del carácter parcialmente abusivo de la cláusula — Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de “abusiva” — Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional», dictada en los asuntos acumulados C 70/17 y C 179/17.

187 Como primeros estudios más significativos sobre la cuestión pueden consultarse, MARTÍN FABA, J.M^a, *STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario*, en CESCO, Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla–La Mancha, 5 de abril de 2019, en 23 páginas; y DÍAZ FRAILE, J.M^a, *Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)*, en “Cuadernos de Derecho Transnacional”, dirigidos por el Prof. Alfonso L. Calvo Caravaca, Vol. 12, n^o 2 de 2019.

rasgos que conforman su contenido, anticipando que la ansiada sentencia no es, ni por asomo, mínimamente clara en la exposición de sus argumentos.

En principio, la conclusión del Tribunal de Luxemburgo en su ya controvertida Sentencia es la siguiente: “Los artículos 6 y 7 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, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”. Resulta de interés destacar que este pronunciamiento coincide con la reciente publicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que ofrece una nueva regulación del vencimiento anticipado, así como un específico régimen transitorio.

Ciertamente, la STJUE de 26 de marzo de 2019 no va a ser una resolución fácil de interpretar. A pesar de ello no resulta injustificado advertir que la propia resolución contiene las claves suficientes como para defender que con referencia a aquellos préstamos hipotecarios anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 en los que ya se hubiera dado por vencido anticipadamente el préstamo, judicial o extrajudicialmente, no será viable invocar la cobertura del artículo 693.2 de la LECiv para considerar la posibilidad, en todo caso, del venci-

miento anticipado por incumplimiento de tres cuotas, toda vez que los préstamos no deberían quedar irremisiblemente anulados por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Por otra parte, tampoco concurren elementos de Derecho que permitan considerar que un consumidor va a quedar en peor posición procesal en una ejecución ordinaria de títulos no judiciales, por cuanto no va a poder darse por vencido anticipadamente el préstamo y el deudor podría evitar el apremio haciendo frente a las cantidades por las que se despachó ejecución, correspondientes a las cuotas impagadas. Así se desprende del artículo 581 de la LECiv y concordantes al regular el requerimiento de pago.

Publicada la Sentencia de 26 de marzo de 2019 la revisión de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, determina que en aquellos contratos de préstamo hipotecario en los que se ha verificado por el tribunal competente la pertinente comprobación sobre la subsistencia de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado, resulta razonable entender que el juez decida archivar las ejecuciones hipotecarias sin acudir al artículo 693.2 de la LECiv.

En todo caso, analizada en profundidad la STJUE de 26 de marzo de 2019 y, de manera esencial, la respuesta que esperamos ofrezca el Tribunal Supremo español al asunto en el que planteó la cuestión prejudicial, sin duda habrá que plantearse algún ajuste legislativo en nuestra Ley Procesal Civil y seguramente también en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En definitiva, la STJUE de 26 de marzo de 2019 viene a resolver dos cuestiones esenciales: 1ª. La atinente a que la doctrina del “*blue pencil test*” en la que se había basado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, no es de aplicación respecto de la Directiva 93/13/CE. 2ª. Pero es que, además, el TJUE incide, como ha venido resolviendo desde su Sentencia de 30 de abril de 2014, en que la primera cuestión a analizar es si la declaración de abusividad

de una cláusula provoca la nulidad en su conjunto del contrato. Y de ser así, y siéndolo en perjuicio del consumidor, podrá aplicarse una norma sustantiva nacional que le sea más beneficiosa.

En mi opinión, atendida la circunstancia de que la expulsión de una cláusula de vencimiento anticipado no provoca la nulidad del contrato, lo procedente sería dar traslado al demandado ejecutado para que decida si considera que le es más beneficioso seguir con el procedimiento de ejecución hipotecario o considera que este procedimiento especial le perjudica. Y de considerarse que la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva (lo que resultará lo más probable en la mayoría de los casos), procedería el archivo del procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de que la entidad acreedora pudiera acudir al procedimiento declarativo correspondiente al amparo de la previsión contenida en el artículo 1124 del Código Civil -más bien del artículo 1129 del mismo Cuerpo legal-, de conformidad con la doctrina fijada por el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de julio de 2018. Con todo, probablemente se haya perdido una buena oportunidad para que el legislador hubiera previsto a través de la recién aprobada Ley 5/2019, la aplicación retroactiva de su artículo 24 a todos los supuestos de los contratos anteriores a su entrada en vigor, y no limitarlo, como hace a través de su Disposición Transitoria Primera en su apartado cuarto, a aquéllos supuestos en los que no se hubiera declarado el vencimiento anticipado, toda vez que esta aplicación retroactiva resulta permitida por el TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2019 (apartado 37).

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, contiene una normación específica del vencimiento anticipado en su artículo 24¹⁸⁸, disponiendo en su Disposición

188 El artículo 24 de la Ley 5/2019 resulta del tenor siguiente:” 1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisi-

Transitoria Tercera un régimen transitorio de especial relevancia en la consideración de la cláusula ahora revisada¹⁸⁹, por la trascendencia que la consideración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado a instancia del ejecutado -también de oficio- tendrá a los efectos de un eventual sobreseimiento del procedimiento ejecutivo.

tos: ma) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. mb) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses. c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. 2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”.

189 En efecto, la D.T. -ª de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, intitulado “Régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social”, dispone lo siguiente: “1. En los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán nuevamente del plazo señalado en dicho artículo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 2. Dicho plazo preclusivo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunique a las partes ejecutadas la posibilidad de formular incidente extraordinario en los términos indicados en el apartado anterior: Esta notificación deberá realizarse en el plazo de quince días naturales a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. 3. La formulación del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4. Este artículo se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales”.

d.5) Cláusula de gastos.

Al abordar el estudio de la cláusula de gastos, y con carácter previo a la consideración del prolongado y tortuoso camino que su tratamiento legal -ya cerrado por la Ley 5/2019- y jurisprudencial -todavía inconcluso por el planteamiento de dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a las que ya me referí previamente, respectivamente interpuestas por los juzgados de instancia nº 6 de Ceuta y nº 17 de Palma de Mallorca y que, sin duda, provocarán, tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, una nueva necesaria manifestación de nuestro TS- resulta de interés señalar que la recientemente aprobada normativa reguladora de los contratos de crédito inmobiliario zanja legalmente la cuestión del reparto de gastos¹⁹⁰, si bien quedan

190 En la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el tratamiento del reparto de los gastos que genera el préstamo hipotecario no es una cuestión de transparencia, sino una norma material de la LCCL, sujeta a su doble carácter imperativo e irrenunciable. La cuestión, en esencia, queda resuelta de la manera siguiente. 1º. *Gastos a cargo del prestatario*: a) *Gastos de tasación del inmueble*. En su totalidad, con independencia de quién haya encargado el informe de tasación (por tanto, el prestamista lo podrá repercutir), no así los de comprobación cuando hubiera aceptado la tasación presentada por el cliente. b) *Copias que solicite*. Sólo cuando las solicite el prestatario; pero el notario entregará o remitirá telemáticamente al prestatario (sólo a él, no fiador/garante) sin coste copia simple de la escritura de préstamo hipotecario (es gratuita, no se la puede cargar al prestamista). A tal fin, en la escritura habrá de constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones. 2º. *Gastos a cargo del prestamista*. a) *Gestoría*. En su totalidad al prestamista; lógicamente, no se incluyen los de gestoría de cualquier escritura anterior, en particular la compraventa del inmueble que se hipoteca. No obstante, cuando la novación tenga lugar en la misma escritura de compraventa del inmueble, habrá que separar la parte correspondiente a cada operación, en su caso repartiendo el gasto por mitad. b) *Notaría*. El prestamista asumirá la totalidad del coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias que solicite. Igualmente, cuando la novación tenga lugar en la misma escritura de compraventa del inmueble, habrá que separar la facturación por cada concepto, pues la factura por la compraventa podrá ser exclusiva del comprador (asunto suyo con el vendedor). c) *Registro*. La totalidad de los gastos de inscripción de las garantías en el RP (o la nota marginal de subrogación activa). El Registro de la Propiedad remitirá gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación (es gratuita, no se la puede cargar al prestamista). Con precisa referencia al impuesto que se genera el mismo se pagará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable. Y, además, con carácter general, se dispone una regla especial en caso de subrogación activa, toda vez que, consciente de que este sistema de reparto puede perjudicar gravemente al prestamista inicial en caso de subrogación activa, y al margen de los costes propios de esa subrogación que es asunto entre el nuevo acreedor y el deudor, la LCCL establece un singular

todavía otras pendientes de pronunciamiento judicial, como la relativa al plazo de ejercicio de la acción sobre la que se espera de manera inminente un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo que, previsiblemente, ya habrá recaído tras el cierre de este trabajo.

CLÁUSULA DE IMPUESTOS Y GASTOS (I) GASTOS

LA STS, SALA 1ª, DE PLENO, Nº 705/2015, DE 23 DE DICIEMBRE, COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DECLARADOS POR EL TS NULOS POR ABUSIVOS

En el tratamiento de la cuestión que nos ocupa debemos centrarnos en la consideración de la STS, Sala 1ª, de Pleno, nº 705, de 23 de diciembre¹⁹¹, toda vez que la misma constituye necesario punto de partida en el análisis y revisión de la cuestión de la nulidad de la cláusula de gastos¹⁹². En la referida Sentencia, de Pleno, la Sala 1ª del Alto Tribunal declaró abusiva la cláusula de gastos de la entidad bancaria BBVA, al entender que, por una parte, la indicada estipulación trasladaba al prestatario-consumidor el abono de concretas cantidades por gastos que naturalmente debían ser asumidos por la entidad prestamista -en relación con los aranceles notariales y registrales e impuesto sobre actos jurídicos documentados— y, por otra parte, restringía los derechos básicos del prestatario en su calidad de consumidor —con precisa referencia a los gastos procesales y preprocesales-. No obstante lo cual, el TS consideró válida la cláusula de gastos en punto a los derivados por la contratación del seguro de daños. Ciertamente, no son los atendidos por la

sistema de reparto entre ambos prestamistas de los gastos iniciales.

191 STS, Sala 1ª, de Pleno, nº 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STS 5618/2015-ECLI:ES:TS:2015:5618. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres).

192 Sobre la cláusula de gastos, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ. C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Ed. Tirant. Lo Blanch, Valencia, 2018.

Sentencia ahora examinada los únicos gastos respecto de los que se ha venido cuestionando su validez, por considerarse abusivos, pero son los analizados por la resolución ahora considerada los que procedo a revisar ahora, sin perjuicio de referirme posteriormente a otros gastos cuya validez también ha resultado controvertida ante los tribunales. En concreto, los gastos declarados abusivos por la Sala Primera del TS en su Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015, y la correspondiente fundamentación jurídica que justifica su anulación, son los siguientes.

Gastos de registro y notaría

A este respecto el Alto Tribunal declaró que la estipulación por la que se imputa al consumidor la obligación de asumir de manera exclusiva los gastos que se produzcan como consecuencia de la intervención del notario y del registrador de la propiedad es, en todo caso, abusiva. Y la abusividad declarada se predica con fundamento tanto en la circunstancia de la repercusión al consumidor de gastos que no le resultan imputables legalmente -por aplicación de la disposición contenida en el art. 89.2 del RD Legislativo 1/2007- como por la razón de que dicha cláusula atribuye al consumidor gastos que se generan por la preparación de la titulación necesaria para la perfección del préstamo hipotecario y que por naturaleza incumben a la entidad bancaria prestamista -cfr. art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007-, pues tanto el arancel notarial como el que regula los honorarios del Registrador de la Propiedad disponen la obligación de su pago al solicitante del servicio o a aquél a cuyo favor resulte inscrito el derecho o se interese una certificación. El TS destaca, asimismo, que la circunstancia de que la cláusula analizada impusiera la integridad de los gastos al prestatario-consumidor determina un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes que en modo alguno el consu-

midor habría aceptado razonablemente en el ámbito de una negociación individualizada (art. 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), atendida la circunstancia de que la cláusula no admite siquiera una distribución equitativa de los gastos de notaría y registro que, en todo caso, incumben al prestamista profesional que concede el préstamo condicionadamente a la constitución de la garantía real hipotecaria.

Ciertamente, la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad no queda justificada por la perfección del contrato de préstamo -que, en todo caso, no la requiere, toda vez que su formalización no exige su constitución mediante escritura pública ni el ingreso de la misma en el Registro de la Propiedad- sino que se genera por la exigencia legal que regula la constitución de la garantía real en que la hipoteca consiste, que sí demanda su formalización mediante escritura pública -u otro soporte documental de la misma naturaleza pública- como requisito necesario para poder tener acceso al Registro de la Propiedad. Es por lo que, salvo que se haya negociado individualmente y de dicha negociación haya resultado un criterio diverso de atribución, convenido libre y voluntariamente por las partes, el abono de los gastos generados por los aranceles notariales y registrales en todo caso debe imputarse en su integridad al prestamista, pues es precisamente al acreedor hipotecario a quien interesa la formalización documental de la manera indicada a los efectos de poder convertirse en titular del derecho real de hipoteca sobre el inmueble ofrecido en garantía, titularidad real -la hipotecaria- que, como es sabido, no puede sino nacer siempre «dentro» del Registro de la Propiedad. Es por tanto, al prestamista y futuro acreedor hipotecario a quien interesa la constitución de la garantía condicionante de la concesión del crédito y, en todo caso, es el prestamista la parte contratante que va a recibir la primera copia de la escritura; de lo que se infiere que el coste de las sucesivas copias simples de

la escritura pública que interese el prestatario constituyente de la garantía deberá ser de su cuenta y, por consiguiente, en modo alguno podrá ser interesada la restitución de dicho importe que incumbirá al cliente-consumidor. Desde esta misma consideración, atendida la circunstancia de que el prestamista es la parte en cuyo favor se inscribe registralmente el derecho de garantía hipotecaria, por lo que va a asumir su ingreso en el Registro de la Propiedad, debe concluirse que es al profesional a quien le incumbe el pago íntegro de los gastos que dicho trámite -imprescindible para la válida constitución de la garantía real hipotecaria- conlleva, entre los que deben incluirse todas las certificaciones y notas simples emitidas por la oficina del Registro de la Propiedad.

En todo caso, no deben confundirse los gastos relativos a la constitución de la garantía real con que se asegura el préstamo concedido por la entidad bancaria -que se convierte, por tal aseguramiento, en un préstamo hipotecario-, con los que se generan por la transmisión inmobiliaria ¹⁹³ -por la vía usual del contrato de compraventa¹⁹⁴ - del que es, a su vez, objeto de la garantía¹⁹⁵.

193 Y que constarán -aunque la transmisión del inmueble se formalice en el mismo instrumento público- en una factura diversa de la que contiene los aranceles notariales y registrales relativos a la garantía real hipotecaria que incumbirá, en su caso, a la entidad prestataria, que no siempre es la transmitente.

194 Es por lo que los gastos de registro derivados del contrato de compraventa siempre deberán ser abonados por el adquirente consumidor pues es quien tiene interés en acreditar la adquisición de la titularidad dominical y poder acceder a la protección que ofrece el Registro de la Propiedad (cfr. art. 34 de la LH) y, precisamente, a su favor se inscribe la transmisión de la propiedad. Al respecto, cfr. el ya mencionado Anexo II, norma octava, del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

195 Esta diferenciación entre operaciones jurídicas habitualmente concurrentes en el tiempo resulta necesaria también a los efectos de especificar los gastos por tributos que incumben a cada una de las partes intervinientes, toda vez que al adquirente del inmueble le afectará siempre, como obligado a su pago, el impuesto de transmisiones patrimoniales -en el caso de segunda y ulteriores adquisiciones de inmuebles, pues las de primera venta, como es sabido, devengan IVA-, en tanto que la especificación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD) vendrá en buena parte determinada por su condición de interesado en el acto o negocio que constituya el hecho imponible del impuesto referido,

Ciertamente, ya desde la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la norma exigía que las cláusulas que resultaran de aplicación a la oferta, promoción o venta de productos debían cumplir con los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que, no obstante, no resultaban observados en los supuestos de primera venta de viviendas, al imponerse «*la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor* (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)» (art. 10.1.c.11 de la Ley 26/1984)¹⁹⁶. En aplicación de la indicada previsión normativa abundantes resoluciones judiciales declararon nula la cláusula mediante la cual en la primera venta de una vivienda se acordaba imponer al comprador la obligación de asumir los gastos generados por la constitución de una hipoteca a favor del vendedor concedida con el propósito de financiar la construcción del inmueble en cuestión, y entre los que se incluían los gastos de tramitación, constitución y cancelación de la garantía real hipotecaria¹⁹⁷. Tras su modificación,

según la interpretación normativa que más adelante se expondrá. La apuntada diferenciación aparece recogida en la SAP de Pontevedra nº 152/2017, de 28 de marzo (ROJ: SAP PO 405/2017- ECLI:ES: APPO:2017:405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González).

196 En parecidos términos se manifestaba también el artículo 10.d del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores relativa a la información a proporcionar en la compraventa y arrendamientos de viviendas, según el cual los documentos contractuales de compraventa deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que suponía, entre otros extremos, la prohibición de cláusulas que impusieran «*en la primera venta de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)*».

197 Cfr., por todas, SSTS, Sala 1ª, nº 550/2000, de 1 de junio, recurso núm. 2158/1995 (ROJ: STS 4511/2000- ECLI:ES:TS:2000:4511. Ponente: Excmo.Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez) y nº 789/2001, de 24 de julio. Y, en el ámbito de la mal llamada jurisprudencia menor, vid., entre otras muchas, las SSAP de León, de 11 de enero de 2001 (ROJ: SAP LE 63/2001-ECLI:ES: APLE:2001:63. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez), de Madrid, Secc. 1ª, de 2 de febrero de 2001 (ROJ: SAP M 1447/2001- ECLI:ES: APM:2001:1447. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Romá Álvarez), y de Barcelona, Secc. 16ª, de 22 de febrero

operada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley 26/1984, de 19 de julio, se pronunciaba en el sentido de declarar la nulidad de las cláusulas que supusieran «*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la prelación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación*» (art. 10 bis vinculado con la D.A.1ª de la misma Ley). El tenor del precepto transcrito, que se refería a los gastos que «*por ley imperativa*» correspondan al profesional, determinó el planteamiento de una controversia doctrinal¹⁹⁸, habida cuenta de que su mención no se avenía con el carácter dispositivo con que el artículo 1455 del Código Civil configuraba la regulación de los gastos del otorgamiento de escrituras, al posibilitar que las partes pudieran pactar en contrario. Mediante la modificación operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y recayente en la D.A. 1ª, apartado 22, de la Ley 26/1984, se suprimió del tenor del precepto la calificación de «*imperativa*» que cualificaba la mención legal, lo que permitía concluir ya desde entonces que toda imposición al consumidor de esta suerte de gastos siempre sería abusiva -a menos, obviamente, que se acreditara una negociación individual de la cláusula¹⁹⁹-, atendida incluso la posibilidad de pacto en contrario contemplada por el precepto del artículo

de 2005 (ROJ: SAP B 1314/2005-ECLI:ES: APB:2005:1314. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Concepción Zapata Camacho).

198 Al respecto, cfr. MORALEJO IMBERNÓN, N., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Pamplona, 1999, pp. 1194 y ss., y PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Pamplona, 2004, pp. 144 y ss.

199 Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Madrid, 2008, pp. 568-569.

1455 del Código Civil²⁰⁰. El contenido del precepto ha mantenido la indicada redacción, ahora contenida en el artículo 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007, a cuyo tenor, será abusiva, en todo caso, «*la estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación*»²⁰¹.

Gastos pre-procesales y procesales

Con precisa referencia a la cláusula relativa a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, así como los honorarios de Letrado y los derechos de Procurador contratados por la entidad prestamista, el TS considera que la misma debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que los gastos del proceso se encuentran sometidos a una estricta regulación legal (arts. 394 y 398 de la LECiv, para los procesos declarativos, y arts. 559 y 561 de la Ley Procesal, para los procesos de ejecución) fundada de manera general en

200 Sobre este particular GONZALEZ PACANOWSCA, I., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Navarra, 2009, p. 324, señala lo siguiente: «La Ley 44/2006 suprimió el adjetivo “imperativa” que en el texto anterior cualificaba a la “ley” sobre gastos de documentación y tramitación. La cuestión tiene particular importancia para determinar si es abusivo desplazar la regla supletoria del art. 1455 CC, trasladando los gastos de otorgamiento de la escritura sobre el consumidor. Muchos autores se habían inclinado a favor de la validez de la cláusula predispuesta en tal sentido, si bien con el argumento, parece que definitivamente, de no tratarse el art. 1455 CC de norma imperativa; por lo que, parece, la actual remisión a la ley, sin mayores aditamentos, conduciría a afirmar en cualquier caso su carácter abusivo. Para otros, el art. 1455 CC debía entenderse imperativo en este ámbito, y además la imposición de los gastos de escritura vulneraría el actual art. 89.3 a) TRLGDCU».

201 En definitiva, se trata de estipulaciones contenidas en el contrato de compraventa celebrado entre un empresario vendedor —toda vez que el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, no resulta de aplicación a las relaciones entre particulares; cfr. art. 2 de dicho cuerpo legal— y un consumidor comprador, mediante las que se pretende imponer al adquirente del inmueble los gastos derivados de la constitución de un préstamo hipotecario concedido en exclusivo interés del transmitente —toda vez que su otorgamiento responde al propósito de financiación de la construcción— y en el cual el consumidor adquirente no ha tenido ni siquiera la condición de parte. Cfr., al respecto, BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., *Gastos e impuestos repercutibles al consumidor, Reclamaciones de consumo*, Ed. Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.

el principio del vencimiento y, específicamente para el proceso ejecutivo, en la disposición de que las costas se impondrán al ejecutado siempre que continúe adelante el proceso de ejecución si bien también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo a tal efecto concedido (art. 559.2 de la LECiv) o de resultar estimado algún motivo de oposición respecto al fondo (art. 561.2 de la LECiv) y, en los supuestos en que la estimación sea parcial, cada parte deberá afrontar el abono de las costas procesales generadas a su instancia y las comunes por mitad. En definitiva, resulta que la atribución en todo caso al prestatario de las costas generadas por la causa no sólo vulnera normas procesales de orden público -lo que determinaría, sin más, su nulidad, por expresa disposición de la previsión contenida en el art. 86 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y de la establecida por el art. 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación- sino que plantea un evidente desequilibrio en la posición de las partes al hacer recaer de manera exclusiva y en cualquier circunstancia las consecuencias de un proceso sobre una de ellas sin atender a la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la misma ni a las facultades que por ley se atribuyen al Tribunal en los supuestos en que se aprecien serias dudas de hecho o de derecho.

Y por cuanto se refiere a la imputación al cliente de los honorarios de Abogado y de los suplidos de Procurador de los que se haya servido la entidad prestamista, incluso en aquellos supuestos en los que la intervención de dichos profesionales no fuera preceptiva, considera el Tribunal Supremo que la cláusula por la que se establece vulnera frontalmente la previsión contenida en el artículo 32.5 de la LECiv que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el Tribunal aprecie temeridad o bien que el domicilio de la parte representada o de

fendida en juicio se encuentre en un lugar distinto de aquél en que se haya tramitado el procedimiento.

Sin embargo, a pesar de que el TS confirmó el pronunciamiento de la AP de Madrid en lo atinente a los gastos procesales y pre-procesales, la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no contiene argumentación específica alguna respecto de la parte de la cláusula relativa a «los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales)».

Tributos vinculados al préstamo hipotecario; especial referencia al impuesto sobre actos jurídicos documentados

En este punto la cláusula controvertida disponía con carácter general la atribución al consumidor-prestatario del pago de «todos los tributos» que en su caso se devengarán a causa de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo hipotecario. Y es precisamente ese desplazamiento universal e indiscriminado de la obligación de pago de los impuestos la circunstancia que de entrada conduce al Tribunal Supremo a considerar abusiva la cláusula que lo contiene con fundamento en la disposición que se alberga en el artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se proscribe la repercusión al consumidor del pago de aquellos tributos cuyo sujeto pasivo sea el profesional.

En definitiva, el TS declara la abusividad de la cláusula argumentando que «la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo

caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante». En efecto, así sucede específicamente con el impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) devengado a consecuencia de la emisión de los documentos notariales²⁰², que en el ámbito constitutivo del préstamo asegurado con garantía hipotecaria, determina su devengo específico por la emisión de la primera copia de la escritura pública de la hipoteca (cfr. art. 31.2 de la Ley reguladora del Impuesto), siendo sujeto pasivo del mismo, a tenor de la disposición contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, «*el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*». Ciertamente, el contenido de esta norma resulta interpretable en orden a la determinación de quién sea el referido «*adquirente del bien o derecho*», si bien, en mi opinión, de entre las varias opciones posibles sin duda la más atinada con el propósito del precepto -que literalmente se refiere al «*adquirente del bien o derecho*»- es la que considera que el referido adquirente del derecho en cuestión es el del

202 El artículo 27 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone lo siguiente: «1. *Se sujetan a gravamen, en los términos que se previenen en los artículos siguientes: a) Los documentos notariales*». Por su parte, el artículo 28 del mismo texto legal establece cuanto seguidamente queda expuesto: «*Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31*». Este último precepto se refiere a los siguientes documentos: «1. *Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simplesvno estarán sujetas al impuesto. 2. Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...). 3. Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto*».

derecho real de garantía –hipotecaria-, en definitiva, su titular, esto es, el acreedor hipotecario que, desde la constitución de la garantía deja de ser únicamente titular de un derecho personal de crédito -en su condición de prestamista- para ser, además, titular de un derecho real –hipoteca- que le va a permitir la realización del inmueble objeto de la garantía²⁰³. Así lo entienden de señalada doctrina²⁰⁴ y de este modo lo considera la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, deduciendo de la antedicha premisa que la cláusula por la que se desplaza al consumidor el pago del impuesto de actos jurídicos documentados es en todo caso abusiva, por vulnerar directamente la disposición contenida en el artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, toda vez que la entidad prestamista es el sujeto pasivo del impuesto «en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante».

Es de destacar que la fundamentación en que asienta la declaración de nulidad de la cláusula ahora considerada se sustenta en un doble razonamiento: por un lado, de carácter general, al considerar la invalidez de la misma por la imposición genérica e indiscriminada de los costes tributarios («todos los tributos») al consumidor-prestatario y, de otro, por la señalada consecuencia de trasladar al consumidor la obligación de pechar con el pago de impuestos -específicamente el IAJD- cuyo sujeto pasivo es el profesional. Lo que permite concluir la nulidad por abusiva de: (i) cualquier cláusula de gastos mediante la que se impute al cliente el pago de todos los tributos que se deven-

203 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, cit., pp. 33 a 37.

204 Cfr. AGÜERO ORTÍZ, A., *Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación*, en «Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, nº 2/2017, cit., pp. 9-11.

guen a consecuencia de la constitución, ejecución y cancelación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria; y (ii) toda cláusula de gastos por la que, incluso con determinación de la atribución de concretos gastos y costes al consumidor, se traslade al cliente costes que por naturaleza incumban al empresario (art. 89.3.a) del Real Decreto Legislativo 1/2007) o aquellos tributos en los que el sujeto pasivo sea el profesional (artículo 89.3.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)²⁰⁵.

No obstante, la STS de 23 de diciembre de 2015, no integra en su fundamentación jurídica una necesaria consideración acerca del contenido y alcance del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo párrafo primero, coincidente con el contenido del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del ITPYAJD, resulta del tenor siguiente: «*Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*» (párr. 1º). A lo que la norma reglamentaria añade: «*Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*» (párr. 2º). La antedicha previsión ha servido de fundamento a aquellas resoluciones judiciales que declaran la validez de la cláusula que impone al cliente-consumidor la asunción del pago de los gastos generados por el

205 En este último sentido consta el pronunciamiento de la SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, de 14 de noviembre de 2016 (ROJ: SAP PO 2261/2016-ECLI:ES: APPO:2016:2261. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez), al declarar que en el caso enjuiciado no se aprecia «la imposición a cargo del prestatario de determinados gastos de forma genérica a indiscriminada, sino que la cláusula quinta establece los concretos conceptos», situación que ya consta «resuelta por la STS de 23 de diciembre de 2015 que se refiere concretamente a este impuesto, considerando abusiva la carga de satisfacer su coste de forma absoluta y total al prestatario» (F.Jco. 2º).

IAJD²⁰⁶, al considerar que, de conformidad con el tenor de la misma y con la abundante y reiterada jurisprudencia emanada de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que la considera²⁰⁷, la cláusula por la que se atribuye al consumidor el pago del IAJD devengado por la constitución de la hipoteca no implica desplazamiento alguno de la obligación tributaria a un sujeto no obligado, por lo que la misma es válida al no proceder la consideración positiva de su abusividad. Es por lo que resulta de interés precisar el alcance e integración de la norma en el contexto del análisis que ahora nos ocupa. En principio conviene tener presente que el hecho imponible que grava el IAJD es la emisión de las primeras copias de las escrituras públicas en las que se reside la constitución de actos o contratos inscribibles en los Registros Públicos -ya sea el de la Propiedad (inmobiliaria), el Mercantil o el de la Propiedad Industrial²⁰⁸-. Partiendo de esta indiscutible premisa de carácter legal, resulta obligado retomar la consideración ya expuesta acerca de que el derecho real de hipoteca no puede nacer más que «dentro» del Registro de la Propiedad, toda vez que se trata de un derecho real de inscripción constitutiva, a diferencia del derecho real de propiedad cuya válida constitución o nacimiento -que únicamente exige la normal conjunción de «*titulus adquirendi*» y de

206 Cfr. SPJI nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:588) y SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

207 Cfr., por todas, las SSTS, Sala 3ª, Secc. 2ª, de 23 de noviembre de 2001 (ROJ: STS 9173/2001-ECLI:ES:TS:2001:9173. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), 24 de junio de 2002 (ROJ: STS 4629/2002- ECLI:ES:TS:2002:4629. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Gota Losada), de 27 de octubre de 2004 (ROJ: STS 6881/2004-ECLI:ES:TS:2004:6881. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzón Herrero) y de 15 de enero de 2015 (ROJ: STS 74/2015 -ECLI:ES: TS:2015:74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón).

208 Cfr. arts. 28 en relación con el 31.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, precedentemente transcritos. Y a este respecto, como ya señalé, no debe confundirse el préstamo con la garantía real hipotecaria, toda vez que el primero, a diferencia de la segunda, no constituye un acto inscribible en el Registro de la Propiedad.

«*modus acquirendi*»²⁰⁹ - puede realizarse «fuera» del Registro de la Propiedad, sin que, no obstante, tal proceder extra tabular a último no resulte aconsejable a efectos prácticos por privar al adquirente de la condición de tercero protegido por la fe pública registral con posibilidad de oponer su derecho *erga omnes*²¹⁰. Diversamente, el contrato de préstamo no participa de la condición de derecho inscribible ni para su constitución requiere su constancia en documento público, siendo únicamente su cualificación en préstamo hipotecario la circunstancia que lo convierte en derecho con acceso -imprescindible- al Registro en virtud de la necesaria constancia registral del derecho real de hipoteca. Es, por tanto, la entidad prestamista, inminente acreedora hipotecaria, la parte que alberga un evidente interés en recibir la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca -único documento que va a servir de título para una eventual ejecución²¹¹ - de la que es exclusiva destinataria natural²¹² -toda vez que al prestatario constituyente de la garantía real hipotecaria en principio únicamente le corresponde una copia simple-. Resultando, además, de conformidad con la previsión constitucional atinente a que la tributación debe responder a la capacidad económica del obligado a tributar²¹³, que la base imponible del IAJD está constituida por el importe de la responsabilidad hipotecaria -siempre más amplio que el

209 Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH*, en Diario La Ley, nº 7080, 2008.

210 Baste para ello recordar el contenido de los artículos 32 y 34 de la LH, en que se sustenta nuestro sistema inmobiliario registral.

211 En tal sentido, el artículo 517 de la LECiv dispone lo siguiente: «1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sean primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

212 Pues de expedirse posteriores copias sin el pertinente mandamiento judicial (cfr. art. 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) podrían concurrir dos o más despachos de ejecución contra un mismo ejecutado con el consiguiente perjuicio para esta parte y en evidente contravención del principio de seguridad jurídica.

213 Cfr. artículo 31.1 de la CE.

montante referido al objeto del préstamo, por incluir otros conceptos tales como los intereses, gastos y costas²¹⁴- que, en todo caso, asegura la situación del prestamista quien mediante la constitución de la garantía hipotecaria adquiere la condición de titular de un derecho real, circunstancia que no se daría si el sujeto pasivo del IAJD fuera el prestatario pues entonces necesariamente habría de ser considerada su capacidad económica materializada en el importe recibido como objeto del contrato de préstamo que sería en tal caso la base imponible del tributo. De este modo, si la base imponible del impuesto atiende (*ex* art. 31.1 de la CE) al incremento o aportación patrimonial mediante el que se sustancia la capacidad económica del sujeto pasivo del mismo, y en el IAJD dicha base imponible está constituida por la responsabilidad hipotecaria es porque el «adquirente» del bien o derecho -ya sea quien solicite la escritura pública notarial o aquél en cuyo interés la misma se expida- en este caso es el acreedor hipotecario que adquiere la titularidad real -hipotecaria- mediante la que va a poder hacer efectiva la realización de su crédito nacido del préstamo concedido o, dicho de otro modo, porque el derecho que se «adquiere», en la previsión del precepto, es el derecho real de hipoteca. En suma, resulta que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el

214 Así lo tiene declarado la Dirección General de Tributos, con carácter general, en su respuesta a la consulta de fecha 13 de septiembre de 1999 (cfr. http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/La_Agencia_Tributaria/Normativa/Consultas/Direccion_General_de_Tributos/Direccion_General_de_Tributos.shtml), al señalar que la base imponible del IAJD «se determina en función de la hipoteca que se constituye, que es la que origina la inscripción registral y, concretamente, en función del valor declarado de la garantía hipotecaria en la propia escritura de constitución de la hipoteca» cuya garantía se extiende de ordinario «además de al capital prestado, a otras cantidades añadidas, por intereses, costas y gastos...», resultando que «todas estas cantidades garantizadas con la hipoteca constituyen la base imponible a efectos del impuesto». Y así se refleja en las diversas normativas autonómicas del impuesto, a los efectos de determinar la correspondiente cuota tributaria que se obtiene por aplicación del tipo de gravamen que proceda sobre la base imponible para cuya determinación en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se atiende al dato que ofrece el principal del préstamo vinculado al valor real de la vivienda que sirve de garantía del mismo. -Resoluciones de la DGRN.oca .

que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados contraviene la disposición normativa, con rango de ley, contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto²¹⁵, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de un contrato de préstamo²¹⁶. Y siendo así, y disponiendo el artículo 6 de la LOPJ que «*los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*» es por lo que en la práctica debe prevalecer la previsión contenida en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, cuyo criterio interpretativo ha quedado precedentemente expuesto.

CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LA DOCTRINA DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

Como ha quedado expuesto, la STS, Sala 1ª, de Pleno, de

215 Y, por ende, la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios -art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007- y la propia Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

216 A este respecto CASERO BARRÓN, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios*, en «Quincena Fiscal», núm. 20/2004, p. 38, manifiesta lo que sigue: «A juicio de este comentarista, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone una extralimitación de lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuando el precepto reglamentario establece que el sujeto pasivo será en las escrituras de constitución de préstamo con garantía, el prestatario, puesto que se considera adquirente» cuando resulta que «en los supuestos de préstamos hipotecarios no existe adquisición por parte del prestatario».

23 de diciembre de 2015, declaró, con carácter general y hecha exclusión de la estipulación por la que se impone al cliente-consumidor los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, la nulidad de la cláusula por la que se repercuten al consumidor los gastos de constitución del préstamo hipotecario por entender que se trataba «de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007)», atendida la circunstancia de que «*la garantía se adopta en beneficio del prestamista*» y *que constituía un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor*” (art. 82 del Real Decreto Legislativo). Aunque con anterioridad a la referida STS ya constaban abundantes pronunciamientos de nuestros tribunales (juzgados de instancia y Audiencias Provinciales) proclives a declarar la nulidad de las cláusulas de gastos contenidas en los préstamos hipotecarios si bien con matices²¹⁷, asumida la incuestionable vinculación de la doctrina del Alto Tribunal expuesta en la Sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015²¹⁸, la inmensa ma-

217 De ordinario, la argumentación en que se venía apoyando la declaración de abusividad con carácter general se localiza en la consideración de que una estipulación que atribuye al consumidor todos los gastos generados por la constitución del préstamo hipotecario, y no concreta con claridad y precisión los gastos que debe abonar el prestatario, determina un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de los consumidores, vulnerando el principio de la buena fe contractual, resultando razonable entender, de conformidad con la doctrina expuesta por el TJUE -cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415-11, caso Aziz, párr. 69-, que el profesional no puede considerar que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor el cliente asumiría una estipulación de estas características en el ámbito de una contratación por negociación individual de cada una de las estipulaciones que integran el clausulado del contrato.

218 Cfr. el precepto contenido en el artículo 6 del CC -a cuyo tenor, «*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*»-, vinculado con el contenido del Acuerdo de 19 de noviembre de 2014, de la Sala de Gobierno del TS, sobre la composición y funcionamiento de las salas y secciones, que dispone que la Sala «en Pleno será convocada por el Presidente cuando se considere necesario que la deliberación sobre un asunto se lleve a cabo por todos los magistrados, atendiendo a la función unificadora y de creación de la doctrina jurisprudencial que incumbe

yoría de las sentencias de los Juzgados Mercantiles, de Instancia y de las Audiencias Provinciales, convienen en considerar abusiva la cláusula de gastos²¹⁹ -excepto en el punto atinente a la atribución al consumidor de los gastos de tasación del inmueble y de los derivados de la contratación del seguro de daños que plantean cierta discrepancia-, bien por entender -un buen número de resoluciones, ciertamente la mayor parte de ellas- que estas estipulaciones desplazan al cliente-consumidor determinados gastos que incumben al prestamista generando un importante desequilibrio en las prestaciones que se proyecta en detrimento de los derechos de los consumidores (cfr. art. 82.1 vinculado a los arts. 89.3.a) y c) y 86, todos ellos del RD Legislativo 1/2007)²²⁰, o bien por considerar -un grupo más reducido de sentencias- que la cláusula en cuestión no supera el

al Tribunal».

- 219 Únicamente es de mencionar una resolución localizada en la que se declara la validez de la cláusula gastos, conteniéndose tal pronunciamiento en el AAP de Castellón, Secc. 3ª, nº 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no judicial nº 817/2013 procedente del JPI no 3 de Villareal (ROJ: AAP CS 49/2015-ECLI:ES:APCS:2015:49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus), en la que consta declarado que el «motivo del recurso debe ser desestimado, por cuanto los gastos que se cargan en la cuenta de la prestataria se corresponden con los gastos de notaría, impuesto de actos jurídicos documentados, Registro de la Propiedad y gestión en su tramitación, por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, conforme se refleja en el desglose de dichos gastos obrante al folio 59 de los autos, gastos de otorgamiento e inscripción que legalmente corresponde satisfacer al prestatario» (F.Jco. 2º).
- 220 Vid., por todas, SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (ROJ: SAP PO 448/2014-ECLI:ES:APPO:2014:448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer), SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 126/2014, de 5 de junio, recurso núm. 150/2014 (ROJ: SAP A 1273/2014- ECLI:ES: APA:2014:1273. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual), SAP de Madrid, Secc. 18ª, nº 184/2015, de 27 de abril, recurso núm. 228/2015 (ROJ: SAP M 8704/2015-ECLI:ES: APM:2015:8704. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Pozuelo Pérez), SAP de Pontevedra, Secc. 1ª, 188/2016, de 7 de abril, recurso no 148/2016 (ROJ: SAP PO 592/2016-ECLI:ES: APPO:2016:592. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Benítez), SAP Valencia, Secc. 9ª, nº 617/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 544/2016 (ROJ: SAP V 2763/2016-ECLI:ES: APV:2016:2763. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Ballesteros Palazón), SAP de Oviedo, Secc. 1ª, nº 217/2016, de 11 de julio, recurso núm. 188/2016 (ROJ: SAP O 1955/2016- ECLI:ES: APO:2016:1955. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa) y SAP de Barcelona, Secc. 15ª, nº 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ: SAP B 9192/2016- ECLI:ES: APB:2016:9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). Más recientemente, cfr., SJPI nº 3 de El Ferrol, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 726/2016).

control de incorporación del artículo 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por falta de transparencia²²¹, sin que falte un nutrido grupo de resoluciones que se limitan a declarar nula la cláusula de gastos por mera remisión a la STS de 23 de diciembre de 2015²²², y sin

221 Cfr. SAP de Alicante, Secc. 8ª, nº 132/2014, de 12 de junio, recurso núm. 138/2014 (ROJ: SAP A 1282/2014-ECLI:ES:APA:2014:1282. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera), en cuyo Fundamento Jurídico Tercero se declara lo siguiente: «De conformidad con lo establecido en la STJUE 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), la transparencia significa que el adherente pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. A su vez, la STS 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia tiene 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 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. La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación sin que provoque la ineficacia total del contrato al no afectar a una cláusula esencial según prevé el artículo 10.1 LCGC». En el mismo sentido, cfr. SAP de Valencia, Secc. 9ª, nº 405/2015, de 25 de noviembre, recurso núm. 748/2015 (ROJ: SAP V 4601/2015-ECLI:ES:APV:2015:4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Sellar Roca de Togores).

222 Cfr., por todas, SAP de Zaragoza, Secc. 5ª, nº 193/2016, de 4 de abril, recurso núm. 507/2015 (ROJ: SAP Z 591/2016-ECLI:ES:APZ:2016:591. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García), en cuyo Fundamento Jurídico Quinto se declara lo siguiente: «El segundo motivo del recurso de refiere a ‘Los gastos a cargo de la prestataria’, con un contenido muy variado -desde aranceles notariales a los propios de un aseguramiento del préstamo, gastos de rectificación o extinción, etc.-, comprendiendo todos aquellos que directa o indirectamente puedan tener alguna relación con el contrato. Sobre el particular habrá de estarse a lo que se dispone en la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 23 de diciembre de 2015, en la que, tras amplias consideraciones, se expone lo siguiente: ...» para posteriormente, sin abundar en el razonamiento, desestimar el recurso. Y, en el mismo sentido, la SAP de Tarragona, Secc. 1ª, nº 252/2016, de 1 de junio, recurso núm. 700/2015 (ROJ: SAP T 880/2016-ECLI:ES:APT:2016:880. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo en que se trata de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, y tras manifestar con reproducción de la argumentación de la Sentencia del TS que «esta cláusula fue objeto de análisis en la sentencia del Pleno del TS 705/2015, de 23 de diciembre, precisamente en el ámbito del recurso de casación interpuesto por el BBVA, resolviendo la cuestión en el sentido siguiente: ...», sin ulterior razonamiento se concluye que «conforme a la doctrina establecida por el TS el motivo del recurso se rechaza». Más recientemente, vid., SSJPI nº 1 de Valencia, nº 120/2017, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 221/2017) y de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPI nº 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017, (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI nº 3 de Castellón, de 29 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 112/2017), SJPI nº 1 de Benidorm nº 174/2017, de 5 de junio de 2017 (recaída en los autos del JO 230/2017), SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Secc. 4ª, de 6 de julio de 2017, recurso núm. 856/2016

que, en ningún caso se acoja en ninguna de las resoluciones de nuestros tribunales el argumento de la admitida traslación al consumidor de los gastos de constitución del préstamo hipotecario por aplicación de la doctrina de los actos propios al haber consentido voluntariamente cliente al pago de los mismos²²³. Tampoco resulta unánime el criterio jurisprudencial seguido por nuestros órganos judiciales en punto a la atribución al consumidor del abono del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

No está de más precisar que los generados por el préstamo hipotecario a los que se refiere la STS de 23 de diciembre de 2015 no son los únicos gastos cuya nulidad se alega en los tribunales. A la revisión de la consideración acerca de la abusividad de la cláusula de gastos en la doctrina de nuestros órganos unipersonales y Audiencias Provinciales, con desglose de la variada tipología de los mismos, dedico las siguientes páginas.

Gastos por aranceles notariales y registrales

Por cuanto se refiere a la cláusula de gastos por la que se atribuye al consumidor el pago de los gastos derivados de las actuaciones registrales y notariales, cabe señalar que la práctica totalidad de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados y Audiencias Provinciales²²⁴, atinadamente han venido

(ROJ: SAP GC 932/2017- ECLI:ES:APGC:2017:932. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Plana), SJPI nº 22 de Palma de Mallorca, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 325/2017) y SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

223 Toda vez que la renuncia previa a los derechos que la ley reconoce a los consumidores se encuentra prohibida por expresa disposición del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a cuyo tenor *«la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil»* -cfr. art. 6.2 del CC-; por lo que el control de contenido de la abusividad de las cláusulas predispuestas en contratos celebrados con consumidores debe desvincularse de la doctrina de los actos propios.

224 Excepción hecha del ya referido AAP de Castellón, Secc. 3ª, nº 109/2015, de 27 de mayo, recurso núm. 144/2015, recaído en los autos del procedimiento de ejecución de título no

conviniendo en declarar la nulidad de la referida estipulación, por los argumentos ya señalados en la revisada Sentencia del Alto Tribunal, diferenciando siempre, en lo relativo a tales gastos, entre los aranceles abonados al Notario -formalización en escritura pública- y los satisfechos al Registrador de la Propiedad -inscripción registral²²⁵-. Y, desde la anterior consideración, y atendiendo a la circunstancia de que ni el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (norma 6ª del Anexo II), ni tampoco el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (norma 8ª del Anexo II) han venido estableciendo terminantemente a favor de quién se interesa la intervención de los referidos profesionales o quien ha de considerarse como interesado en la formalización, constitución e inscripción del préstamo hipotecario, los pronunciamientos de nuestros tribunales vienen acogiendo la doctrina del TS en punto a declarar la nulidad, por abusiva, de la cláusula que de manera indiscriminada atribuye al consumidor el abono de la totalidad de los aranceles notariales y registrales.

No obstante, conviene recordar que la STS nº 705/2015, deja abierta la posibilidad a una eventual exclusión del carácter abusivo de una cláusula que permita, respecto de los aranceles notariales y registrales, una distribución equitativa siempre que exista una mínima reciprocidad y equilibrio entre las obligaciones de las partes, entendiendo que, si bien la entidad ban-

judicial nº 817/2013 procedente del JPI no 3 de Villareal (ROJ: AAP CS 49/2015-ECLI:ES:APCS:2015:49. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Emilio Vives Reus).

225 Cfr., por todas, AAP de Zaragoza, Secc. 5ª, nº 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ: AAP Z 358/2017-ECLI:ES:APZ: 2017: 358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso), SAP Pontevedra, Secc. 1ª, nº 152/2017, de 28 de marzo, recurso núm. 974/2016 (ROJ: SAP PO 405/2017- ECLI:ES: APPO:2017:405. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Begoña Rodríguez González), SJPI nº 4 de Cáceres, de 25 de abril de 2017 (ROJ: SJPII 70/2017) y SJPI nº 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017).

caria ostenta el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por ser el prestamista el que obtiene un título ejecutivo (art. 517 de la LECiv), constituye la garantía real (arts. 1875 del CC y 2 de la LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LECiv), el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como principal frente a la constitución de la hipoteca. Sobre tal premisa no resulta inusual localizar alguna resolución que, al menos respecto de los aranceles notariales, acuerde un reparto porcentual de su abono²²⁶. La apuntada posibilidad excluyente de la nulidad por abusiva de la estipulación cuestionada en el caso de una supuesta «distribución equitativa» del gasto generado por los aranceles notariales y registrales merece crítica toda vez que, por cuanto se refiere a los gastos derivados de las actuaciones registrales los mismos deben corresponder en su integridad a la entidad bancaria por ser la exclusiva interesada en la inscripción del derecho real de hipoteca que la convierte en titular del derecho real de garantía que, en este caso, resulta ser por expresa disposición legal de constitución registral; y con precisa relación a los gastos derivados de la intervención del Notario entiendo que su atribución, en todo caso, no admite distribución porcentual que merezca ser reputada de equitativa, toda vez que la equidad distributiva vendría determinada, en todo caso, por el resultado de asignar a la entidad financiera los gastos de la primera copia de la escritura -por ser ésta la que va a ser de su exclusivo interés, al ser la única con fuerza ejecutiva, salvo expedición de copia posterior en virtud mandamiento judicial²²⁷-, y al consumidor los generados por la expedición de las posibles ulteriores

226 Cfr. SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

227 Cfr. art. 517.2.4º de la LECiv. Sobre este particular, vid., MARTÍN FABÁ, J.Mª., *Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual*, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.

copias que se interesen -carentes de fuerza ejecutiva pero de eventual interés para el cliente-.

En relación con la materia que ahora nos ocupa, recientemente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, ha dictado cinco sentencias fijando doctrina, además, sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que el Tribunal todavía no se había pronunciado desde la Sentencia, ya analizada, de 23 de diciembre de 2015.

En efecto, en las Sentencias nº 44, 46, 47, 48 y 49, de 23 de enero de 2019²²⁸, la Sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia nº 705/2015, de 23 de diciembre. Con carácter general, entiende el Alto Tribunal que los referidos gastos constituyen pagos que han de realizarse a terceros -que no al prestamista- como destinatarios finales de los mismos, tales como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario, razón por la cual la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros -ya sean notarios o registradores- dejen de percibir lo que por ley les corresponde. En consecuencia, se concluye que el pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato. Así, por cuanto se refiere al *arancel notarial*, la Sala concluye que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Y la apuntada solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario,

228 SSTS, Sala 1ª, de Pleno, nº 44/2019 (rec. núm.: 2982/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena), 46/2019 (rec. núm.: 2128/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), 47/2019 (rec. núm.: 4912/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), 48/2019 (rec. núm.: 5025/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 49/2019 (rec. núm.: 5298/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, entiende el Tribunal que el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. Y por cuanto se refiere al *arancel registral*, se considera que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

Gastos de gestoría

Con precisa referencia a la cláusula que contiene la atribución al prestatario de los gastos generados por los honorarios de la entidad gestora a la que de ordinario se le encarga la tramitación del préstamo hipotecario, nuestros órganos judiciales se han venido manifestando prácticamente coincidentes en acordar su nulidad por abusiva, sin entrar a exponer en la mayoría de los casos razonamiento alguno que lo justifique por acoger, sin más, el sentido de la jurisprudencia del TS²²⁹, aunque condicionando -bien de manera explícita o subyacente- la tacha de abusividad a la circunstancia de que la entidad gestora haya sido elegida e impuesta por el prestamista²³⁰ y de que la

229 Cfr., por todas, SAP de Oviedo, Secc. 5ª, nº 63/2017, de 17 de febrero, recurso nº 8/2017 (ROJ: SAPO 642/2017-ECLI:ES: APO:2017:642. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo).

230 Desde esta consideración la SAP de Oviedo, Sección 6ª, nº 43/2017, de 27 de enero, recurso núm. 240/2016 (ROJ: SAPO 159/2017-ECLI:ES: APO:2017:159. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Marta María Gutiérrez García) declara la validez de la repercusión de los gastos de gestoría al consumidor, precisando que «esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de

actividad desplegada por la misma no se haya verificado en interés, al menos exclusivo, del prestatario²³¹.

Ciertamente, se trata de un coste que se genera por la realización de una actividad accesoria o instrumental -usualmente la realización del encargo de aquellas operaciones que, en diversos ámbitos, resultan necesarias para la formalización del préstamo hipotecario-, por lo que resulta lógico que la imputación de su abono se desplace a aquella parte que debe asumir el gasto derivado de la actuación principal cuyo encargo de gestión se encomienda.

Al respecto del importe generado por este gasto, en las recientes SSTs, Sala 1ª, Pleno, nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero, se declara que debe atribuirse por mitades a los contratantes (prestamista y prestatario), por las mismas razones ya apuntadas respecto de la partida precedentemente considerada.

2006».

231 La SAP de Oviedo, Sección 6ª, nº 108/2017, de 24 de marzo, recurso núm. 70/2017 (ROJ: SAP O 766/2017-ECLI:ES: APO:2017:766. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Rodríguez Vigil Rubio) revoca el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declaró abusiva la cláusula relativa a los gastos de gestoría por entender que la misma constituía un servicio accesorio no solicitado por el cliente ni, por tanto, redundante en su interés, declarando que la revisada es «una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario hipotecante la realización de esos trámites, que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia. El que deba considerarse accesoria respecto a unas actuaciones que, como se ha razonado, son de cargo del consumidor; y que éste hubiera utilizado esa misma gestoría para otros trámites propios anteriores, avala en este caso que se está ante un pacto lícito», aunque en «la cláusula vigésima de la misma escritura se decía que el prestatario confería poder a favor de una determinada gestora, a fin de llevar a cabo esas actuaciones». En todo caso, a mi juicio resulta palmario que es a la entidad de crédito a la parte a la que interesa la actuación de la gestoría a los efectos de «asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción », por lo que no cabe dudar acerca de que el servicio prestado por la misma es de naturaleza accesoria para el consumidor que, en consecuencia, debe poder decidir voluntariamente acerca de su contratación (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007), por lo que su imposición y atribución de su coste al cliente-consumidor en estas condiciones mediante la inclusión de una estipulación en el clausulado del contrato de préstamo es, de todo punto, abusiva.

Gastos de tasación del inmueble

En relación con la frecuente imposición al cliente del tasador de la finca por parte de la entidad financiera, la estipulación en que se inserta presenta singular relevancia toda vez que la intervención procedimental del indicado profesional resulta esencial, además de por condicionar el valor de tasación del inmueble la cuantía del préstamo, por ser requisito ineludible para el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria que en la «escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta» (art. 682.2.1º de la LECiv)²³²; resultando siempre nula la estipulación por la que la entidad bancaria imponga la empresa tasadora al consumidor que, en todo caso, debe tener plena libertad en la elección del tasador que considere más idóneo de entre los que, estando homologados por el Banco de España, reúnan los requisitos legalmente establecidos al efecto²³³, extremo éste último que deberá constar expresamente en la ficha de información precontractual que las entidades financieras deben entregar de manera gratuita a sus clientes (art. 21 y Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protec-

232 Resultando que el mismo «... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario» (art. 682.2.1º de la LECiv, en coincidencia con la previsión contenida en el artículo 129.2 a) de la LH, ambos modificados por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y, posteriormente, puntualmente reformados por 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, que sustituye la redacción de 2013, de mayor simplicidad sintáctica, por la que se disponía que «... no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario»).

233 Cfr., al respecto, el artículo 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en su redacción dada por las Leyes 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, y 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

ción del cliente de servicios bancarios). Por otra parte, no cabe descuidar la proyección de la tasación del inmueble que se erige como requisito imperativo para las entidades financieras a los efectos de la movilización del crédito hipotecario (arts. 3 y 8.1 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, art. 7 de la LMH y arts. 1 y 2 de la OM ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas entidades financieras), lo que justifica el interés del prestamista en la emisión de tasaciones inmobiliarias en las que el inmueble ofrecido en garantía resulta valorado por encima de su estimación económica real a los efectos de poder utilizar en su favor la conclusión que de este dato se colige en orden a ofrecer en el mercado hipotecario un título asegurado por una garantía real hipotecaria constituida sobre un inmueble tasado por precio significativamente superior al constituido por el montante del préstamo concedido.

Con todo, no es la validez de la cláusula sobre la fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado ni los interesantes problemas que su consideración suscita, especialmente en orden a la determinación de su naturaleza, la cuestión que en este punto me propongo revisar, sino la de aquella estipulación por la que se repercute al cliente-consumidor el gasto generado por la tasación de la finca. A tales efectos, resulta de interés detenerse en la ya apuntada finalidad de la tasación del inmueble hipotecado.

Ciertamente, sin venir a determinar como criterio exclusivo el importe del préstamo concedido, el resultado de la tasación del inmueble es tenido en cuenta por la entidad financiera a los efectos de concretar las condiciones económicas de la

oferta crediticia, singularmente el montante que va a constituir el objeto del préstamo, toda vez que la supuesta valoración real del bien inmueble, además de ser premisa procedimental para la ejecución -judicial y extrajudicial de la hipoteca- (cfr. arts. 682.2.1º de la LECiv, 129.2 de la LH y 234 del RH), refleja la virtualidad aseguradora de la finca ofrecida en garantía que, en todo caso, admitirá la constitución de ulteriores hipotecas en función de su valor económico a último determinado a través del procedimiento de tasación. No obstante lo cual, el fin de la tasación no se agota con este propósito que ni siquiera es el más relevante de sus objetivos, a pesar de haber condicionado significativamente el sentido de las resoluciones que imponen al consumidor el abono de los gastos generados por la actividad tasadora al entender que el principal interesado en la tasación del inmueble es el prestatario pues el propósito esencial de la misma es determinar el valor del inmueble ofrecido en garantía a los efectos de obtener la financiación pretendida. En efecto, tal y como ya quedó señalado, la tasación del inmueble va a permitir al acreedor hipotecario el ejercicio de la acción ejecutiva -judicial y extrajudicial- del título no judicial en que la inscrita escritura de constitución de la hipoteca consiste (art. 517.2.4º de la LECiv). No quiere esto decir que si no hay tasación no pueda el acreedor real obtener una eficaz tutela de su derecho por otro procedimiento pero, evidentemente, ningún otro expediente procedimental sería en principio más expeditivo, por lo que cabe concluir que la entidad prestamista tiene un evidente interés en que se realice la tasación del inmueble que va a servir de garantía para su crédito. Pero es que además, como también anticipé, la tasación va a posibilitar que el crédito hipotecario pueda ser catalogado de elegible a los efectos de su movilización, favoreciendo de este modo a la entidad crediticia que va a poder emitir cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, en definitiva valores negociables cuya mercantilización va a reportar beneficios no pre-

cisamente al consumidor prestatario sino a la entidad financiera garantizada.

Sin duda, la ponderación de las ventajas de la tasación del inmueble ofrecido en garantía brinda como resultado la realidad de una parte contratante destacadamente beneficiada por su concurrencia que es la entidad prestamista, que podrá con fundamento en la existencia de una tasación ejecutar su título y movilizar los créditos hipotecarios de que disponga, frente al consumidor prestatario que puede no ver afectada la concesión del préstamo por la inexistencia de tasación efectiva siempre y cuando el objeto ofrecido en garantía sea un bien inmueble que a consideración del prestamista permita una cobertura suficiente del importe del préstamo ante la eventualidad de su impago²³⁴. Por ello considero que la estipulación mediante la que de manera sistemática se impongan al consumidor los gastos ge-

234 Sobre la necesidad de la tasación del inmueble ofrecido en garantía la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución de 22 de enero de 2014 (B.O.E no 38, de 13 de febrero de 2014), en la que se aborda la cuestión acerca de si una hipoteca constituida a favor de un particular ha de cumplir también con los requisitos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en cuanto a la tasación. Y, al respecto, el Centro Directivo se ha manifestado en sentido positivo. Al respecto, la referida Resolución parte de un hecho incontestable exteriorizado en la afirmación siguiente: «La citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, impone, para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación». Como ya he tenido ocasión de señalar, así se desprende de la nueva redacción del artículo 682.2.1º de la LECiv, mantenida en esencia tras la reforma operada por la Ley 19/2009, de 13 de julio y, en el mismo sentido, consta modificado el artículo 129 de la LH para la venta extrajudicial. Atendido cuanto antecede, la conclusión de la DGRN es que esta normativa «es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado». Cuestión distinta, no abordada por Resolución considerada, es que, como resulta lógico, la hipoteca podrá inscribirse a pesar de no concurrir la tasación del inmueble, si bien sin el pacto que permite la venta extrajudicial y la posibilidad de utilización del procedimiento especial de ejecución hipotecaria establecido en los artículos 681 y siguientes de la LECiv. En tal caso, el acreedor podrá acudir al procedimiento de ejecución ordinario de la Ley 1/2000, en cuya sede tendría que valorarse el inmueble de conformidad la disposición contenida en el 666 y, por remisión, los artículos 637 y siguientes de la Ley Procesal, es decir, mediante el nombramiento de un perito judicial que proceda a su tasación y descontando el importe vigente de las cargas preferentes.

nerados por la tasación del inmueble debe ser tachada de abusiva y, por ende, ser declarada nula, toda vez que se trata de una cláusula por la que se trasladan al consumidor unos costes que de manera natural incumben al profesional (art. 89.2.y.2 a) del RD Legislativo 1/2007) como sujeto principalmente interesado en la existencia de la tasación, además de generar su atribución al consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en clara vulneración de las exigencias de la buena fe (art. 82 del RD Legislativo 1/2007), ya que no resulta razonable entender que si la estipulación cuestionada se hubiera negociado individualmente y el prestatario hubiera recibido la completa información acerca de la eficacia práctica de la tasación de la finca éste hubiera consentido en el abono del gasto que la misma genera.

A pesar de lo expuesto, debe significarse que la inmensa mayoría de las resoluciones emitidas por nuestros tribunales declaran la validez de la cláusula por la que se imponen al consumidor prestatario los gastos derivados de la tasación del inmueble, en ocasiones incluso sin ofrecer argumentación alguna al respecto, al valorar como finalidad primordial de la misma la obtención del préstamo por parte del cliente al que se considera único beneficiado por la existencia de la tasación, y considerar asimismo la circunstancia de que la tasación es un servicio que la entidad prestamista ofrece al cliente -que, por consiguiente, debe ser remunerado-, además de que se trata de un gasto que usualmente resulta asumido por el consumidor sin entrar a cuestionar la razón de la inercia de su atribución al prestatario que se asume como premisa incuestionada para justificar su validez²³⁵.

235 En el apuntado sentido *vid.* la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de noviembre de 2015 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, no 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ: SAP B 10756/2015 ECLI:ES: APB:2015:10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 14 de mayo de 2014 (SAP de Pontevedra, Sección 1ª, no 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/204 (ROJ: SAP PO 448/2014-ECLI:ES: APPO:2014:448. Ponente: Ilmo Sr. D. Manuel Almenar Belen-

Gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble gravado con la hipoteca

Como punto de partida en la consideración de este específico gasto impuesto al prestatario, de abonar un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado, que además determina que su solicitud de nulidad con fundamento en su abusividad resulte de ordinario desestimada por nuestros tribunales²³⁶, hay que partir del pronunciamiento que a su respecto se contiene en la STS,

guer), la SAP de Huelva, Sección 2ª, de 24 de febrero de 2016 (SAP de Huelva, Sección 2ª, no 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (ROJ: SAP H 127/2016-ECLI:ES:APH:2016:127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y la SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 17 de octubre de 2016 (SAP de Barcelona, Sección 15ª, no 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ: SAP B 9192/201-ECLI:ES: APB:2016:9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa). En sentido diverso del expuesto se localiza un menor número de resoluciones, en su mayoría recientemente dictadas por juzgados de instancia que, apuntando un incipiente criterio jurisprudencial con vocación de consolidar, consideran abusiva la estipulación por la que se atribuyen al prestatario los gastos de tasación del inmueble hipotecado, por entender que se trata de un coste que debe ser asumido por la entidad prestamista (art. 89.3 a) del RD Legislativo 1/2007) como principal interesada en determinar la estimación real del inmueble, y no sólo respecto de la tasación inicial sino incluso respecto de sucesivas tasaciones posteriores que, en todo caso, quedarían determinadas por la exclusiva voluntad de la entidad financiera que, vulnerando el principio de igualdad contractual (art. 1256 del CC), podría imponer gastos no previstos inicialmente al consumidor (cfr., por todas, SAP de Girona de 10 de marzo de 2016, AAP de Zaragoza, Sección 5ª, no 17/2017, de 5 de enero, recurso núm. 384/2016 (ROJ: AAP Z 358/2017- ECLI:ES:APZ:2017:358ª. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso) y, en el mismo sentido, SJPI nº 1 de Santander, de 11 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 21/2017), SJPI nº 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 247/2017), SJPDI nº 4 de Alcorcón, de 25 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO 142/2017), SJPI nº 7 de Santander, de 28 de junio de 2017 (recaída en los autos del JV 83/2017) y SJPI nº 4 de Castellón, de 6 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 296/2017).

236 Cfr., por todas, SSAP de Barcelona, Sección 15ª, nº 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ: SAP B 10756/2015-ECLI:ES: APB:2015:10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa), de Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 81/2016, de 12 de abril, recurso núm. 2047/2016 (ROJ: SAP SS 344/2016- ECLI:ES: APSS:2016:344. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Fontcuberta de Latorre), de Pontevedra, Sección 1ª, nº 187/2016, de 7 de abril, recurso núm. 173/2016 (ROJ: SAP PO 590/2016- ECLI:ES: APPO:2016:590. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benitez), de Zaragoza, Sección 5ª, nº 264/2016, de 4 de mayo, recurso núm. 187/2016 (ROJ: SAP Z 1030/2016-ECLI:ES:APZ:2016:1030. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García), de Valencia, Sección 9ª nº 659/2016, de 11 de mayo (ROJ: SAP V 2770/2016-ECLI:ES: APV:2016:2770. Ponente: Ilmo.Sr. D. Luis Seller Roca de Togores), de Tarragona, nº 252/2016, de 1 de junio (ROJ: SAP T 880/2016 -ECLI:ES: APT:2016:880. Ponente: Ilmo. Sr.D. Antonio Carril Pan) y de Barcelona, Sección 15ª, nº 225/2016, de 17 de octubre, recurso núm. 114/2015 (ROJ: SAP B 9192/2016-ECLI:ES: APB:2016:9192. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

Sala 1ª, de Pleno, nº 705/2015, de 23 de diciembre, en la que se declara que la cláusula en cuestión no puede ser declarada abusiva por localizar su fundamento en la obligación legal contenida en el artículo 8 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario.

Ciertamente, la imposición al hipotecante deudor del abono de un seguro de daños se vincula con su correlativa obligación de conservación diligente del inmueble, garantizada para acreedor hipotecario por la acción de devastación que se residencia en la disposición normativa que se contiene en el artículo 117 de la LH (cfr., como especificación del supuesto, el art. 219 del RH) y también por las previsiones contenidas en los preceptos que regulan la extensión legal de la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (cfr. art. 109 de la LH). Por todo lo cual, en principio, parece justificada la atribución al cliente-consumidor de los gastos generados por la contratación de un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado. No obstante lo cual, esta afirmación merece ser objeto de determinadas puntualizaciones a los efectos de determinar el alcance de su contenido y efectos.

En primer lugar, conviene tener presente que, con carácter general, nuestros tribunales consideran abusivas aquellas cláusulas que permitan a la entidad bancaria la elección de la entidad aseguradora y/o, en su caso, las características de la póliza contratada²³⁷. Así se declara en la SAP de Pontevedra, de 14 de

237 A este respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 85 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, intitulado «Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario» establece lo que sigue: «Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) 3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato ».

mayo de 2014²³⁸. En segundo lugar, debe señalarse que la configuración de la obligación legal por la que se impone la contratación de un seguro de daños que garantice la conservación del inmueble objeto de la garantía hipotecaria específica que el mismo deberá asegurarse, en todo caso, por el «valor de tasación» (cfr. arts. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y 10.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero que, además, especifica que debe excluirse del valor de tasación el «el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo). Es por lo que la estipulación que imponga el aseguramiento del inmueble gravado con hipoteca por su valor de nuevo deberá ser considerada abusiva²³⁹.

Gastos derivados del seguro de amortización del préstamo hipotecario y de la contratación de seguros de vida del prestatario

En la actividad de las entidades financieras resulta una práctica frecuente asociar la contratación de un préstamo hipotecario con la simultánea de un seguro de amortización -y demás productos vinculados que, de manera usualmente obligatoria, se le imponen al cliente, como un seguro de vida o incapacitación del prestatario y otros, tales como la suscripción de planes de pensiones o la contratación de tarjetas de crédito o débito con la necesidad de realizar con las mismas determinados pagos mínimos con la consecuencia en caso de no hacerlo

238 SAP de Pontevedra, Sección 1ª, nº 175/2014, de 14 de mayo, recurso núm. 220/2014 (ROJ: SAP PO 448/2014-ECLI:ES:APPO:2014:448. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Almenar Belenguer).

239 Así lo acuerda la SAP de Madrid, Sección 28ª, nº 242/2013, de 26 de julio, recurso núm. 161/2012, resolución recurrida en casación que determinó la STS, Sala 1ª, de Pleno, nº 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: SAP M 12691/2013 ECLI:ES:APM:2013:12691. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García).

de la repercusión de una comisión por mantenimiento-, con la misma entidad o con otra diversa que en todo caso el Banco elige, como condición para la concesión del préstamo hipotecario que es, verdaderamente, el objeto real del interés del consumidor²⁴⁰. La apuntada estipulación²⁴¹, que de ordinario se incluye en el clausulado de las escrituras de préstamo garantizadas con hipoteca sobrepasa manifiestamente la única obligación legal que en este ámbito incumbe al deudor hipotecario, de asegurar los eventuales daños que pudiera padecer el inmueble (art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, reguladora del Mercado Hipotecario) y, planteada al consumidor de la manera expuesta resulta, a todas luces, de suyo abusiva, especialmente si se incorpora como presupuesto para provocar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario como consecuencia -del mismo modo impuesta unilateralmente- de su incumplimiento, determinando también en este último caso la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en la que se integra como premisa, toda vez que vincula la virtualidad resolutoria del prestamista a un incumplimiento irrelevante -el de la obligación accesoria de abonar la prima del contrato de seguro vinculado-, quedando la resolución contractual al arbitrio de la parte

240 Al respecto, MAGRO SERVET. V., ¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?, en «El Derecho. Revista de Jurisprudencias», Madrid, 22 de diciembre de 2011, indica que desde el punto de vista de las aseguradoras se ha mostrado seria preocupación por estas circunstancias, incluso planteando la no viabilidad jurídica de esta obligación anudada al contrato de préstamo hipotecario como imperativa en su suscripción para el prestatario que, al mismo tiempo, pasa a tener también la condición de asegurado.

241 De por sí no necesariamente abusiva. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 3 febrero 2003, recurso núm. 702/2002 (ROJ: SAP B 986/2003 ECLI:ES: APB:2003:986. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas), declara lo siguiente: «Nada se objetará a la validez de los seguros de amortización de préstamos anexos a estos últimos, puesto que no cabe proclamar su nulidad intrínseca sin más, como lo prueba que la propia Ley de Crédito al Consumo de 23 marzo atienda la incidencia de 'la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular' [arts. 6,2 y 18,a)]. No cabe desconocer por otra parte que en esa clase de seguros el riesgo efectivamente asegurado no es tanto la muerte o invalidez del asegurado, cuanto la subsiguiente imposibilidad para generar ingresos que permitan seguir amortizando el préstamo; con lo que también puede resultar de interés para el prestatario -y sobre todo para sus herederos- esa garantía adicional» (F.Jco Cuarto).

prestamista -en clara vulneración del principio de igualdad de las partes contratantes recogido en el artículo 1256 del CC-, y generando un desequilibrio importante en evidente perjuicio del prestatario. En otras ocasiones resulta que ni en la oferta vinculante del contrato de préstamo garantizado mediante hipoteca, ni en la escritura de su constitución, se incluye expresamente, como condición del préstamo, la obligatoriedad de contratar un seguro de amortización, a pesar de lo cual si en un determinado momento el consumidor que inicialmente asumió el pago de la prima del seguro deja de atenderlo²⁴², por considerar que su contratación no era obligatoria -y tal vez haber encontrado otra entidad aseguradora que le ofrece mejores condiciones-, la entidad financiera da por vencido anticipadamente el préstamo hipotecario y procede a interesar la ejecución hipotecaria. En otros supuestos la entidad prestamista utiliza la contratación de servicios adicionales vinculados al préstamo hipotecario como requisito para ofrecer al prestatario mejores condiciones contractuales de éste último, tales como la bonificación del diferencial.

En todos estos casos se plantea la necesidad de considerar, por una parte, la naturaleza de la obligación de contratar, con ocasión de la contratación del préstamo hipotecario y vinculada al mismo, un contrato de seguro que permita la cobertura de los posibles riesgos de insolvencia asociados al fallecimiento o a la incapacidad del deudor hipotecario y, por otra parte, la nulidad por abusiva de la estipulación en la que se contiene dicha obligación impuesta por la entidad financiera que comporta el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento de la obligación accesoria de pago de la prima del seguro de amortización

242 Comunicando dicha decisión, en todo caso, el prestatario-asegurado a la entidad bancaria, dentro del plazo mínimo de antelación previsto en el artículo 22, párrafo 2º, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a cuyo tenor: «*Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso*».

en cuestión. Pero, además, cabe plantearse si la declaración de abusividad de la cláusula por la que se establece la contratación del servicio adicional vendría fundada en un incumplimiento del deber de transparencia o más bien en la circunstancia de suponer la imposición al consumidor de la contratación de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados por aquél (art. 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), supuesto éste último en el que habría que plantearse, a su vez, si el prestatario ha tenido o no la posibilidad real de escoger entre la contratación del préstamo hipotecario con el producto vinculado o sin la contratación del mismo. A la revisión de las apuntadas cuestiones me refiero seguidamente.

Por cuanto se refiere a la naturaleza de la obligación de suscribir un contrato de seguro vinculado con la contratación de un préstamo hipotecario, de ninguna norma vigente cabe deducir que la misma encuentre fundamento en obligación legal alguna determinante de la consiguiente vinculación contractual que de este modo quedaría justificada, toda vez que, como ya apunté, en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria no concurre para el prestatario obligación legal diversa en este ámbito que la de contratar el seguro de daños previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario. No obstante lo cual, no parece discutible la conveniencia para el prestamista de que el prestatario contrate un seguro de vida a los efectos de que en el supuesto de fallecimiento o invalidez del deudor hipotecario la parte de deuda pendiente de pago persista asegurada, con el consiguiente interés también constatable de los sucesores del prestatario que, en caso de aceptación pura y simple de la herencia, no tendrán que asumir la obligación de abonar la deuda pendiente de pago en virtud del préstamo hipotecario contraído por su causante por quedar la misma cubierta por el seguro que garantizaba su amortización.

Respecto del posible carácter abusivo de la estipulación por la que se posibilita declarar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario asociado a la contratación de un seguro de amortización por el impago de la prima del seguro vinculado, resulta de obligada mención la STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre²⁴³, por la que se estima un recurso de la Organización de Consumidores y Usuarios en el ejercicio de una acción de cesación de cláusulas abusivas incluidas en contratos bancarios suscritos por consumidores con varias entidades de crédito que resultan considerados «desproporcionados» y «confusos», de cuya doctrina jurisprudencial se concluye que el impago por parte del prestatario de la prima del seguro de amortización del préstamo hipotecario, por su irrelevancia, no puede constituir un presupuesto que permita por la entidad prestamista concluir un incumplimiento contractual determinante del vencimiento anticipado del préstamo -y consiguiente ejecución de la hipoteca-. Por lo que la cláusula que lo establece debe ser tachada de abusiva.

Concluida la nulidad por abusiva de la cláusula en los términos indicados, procede considerar si el fundamento de su abusividad se localiza en la falta de superación del control de transparencia o bien en la circunstancia de ser uno de los supuestos en que la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios declara en todo caso la tacha de abusividad (art. 89.4 del RD Legislativo 1/2007). En ambos sentidos se localizan pronunciamientos de nuestros tribunales.

En principio conviene tener en cuenta que el artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 considera -en todo caso y sin posibilidad alguna de valoración- abusivas las cláusulas que impongan al consumidor la contratación de bienes o servicios

243 STS, Sala 1ª, nº 792/2009, de 16 de diciembre, recurso núm. 2114/2005 (ROJ: STS 8466/2009- ECLI:ES:TS:2009:8466. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández).

complementarios o accesorios no solicitados, por lo que debe entenderse que la validez de la cláusula que consideramos va a depender de que el cliente-consumidor tenga la posibilidad real de elegir entre contratar el préstamo hipotecario con el producto vinculado o bien prescindiendo del mismo, pues si la oferta vinculante y/o el contenido de la escritura de préstamo hipotecario -que necesariamente deben ser coincidentes en punto a las cláusulas financieras que albergan- acreditan que únicamente se le ofreció la posibilidad de contratar el préstamo hipotecario si también contrataba junto con el mismo los productos asociados entonces la estipulación que así lo establezca debe considerarse abusiva y, por ende, nula, por expresa disposición de la norma citada. Desde esta consideración, el Auto de la Sección 17ª de la AP de Barcelona de 10 de octubre de 2014²⁴⁴ confirmó la nulidad por abusiva de la cláusula por la que se imponía la contratación de un seguro de amortización vinculado al préstamo hipotecario. Pero es que, por otra parte, no cabe descuidar el sentido del pronunciamiento contenido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016²⁴⁵, al declarar que el control de transparencia material a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 se residencia no sólo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE -con relación a las cláusulas definidoras del objeto principal de contrato- sino también en el artículo 5 de la misma -atinente a todas las estipulaciones que integran el clausulado contractual-, alcanzando pues con carácter general a la información precontractual, por lo que debe deducirse que cualquier cláusula contractual se encuentra sometida al referido control de transparencia material que impone que el cliente-consumidor pueda disponer «antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las

244 AAP de Barcelona, Sección 17ª, nº 326/2014, de 10 de octubre, recurso núm., 217/2014. (ROJ: AAP B 667/2014-ECLI:ES: APB:2014:667ª. Ponente: Ilma. Sra. María Sanahuja Buenaventura.

245 Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

consecuencias de dicha celebración». Por lo que también a las estipulaciones ahora consideradas les alcanza el deber de transparencia, de manera que si la entidad prestamista, con carácter previo a la celebración del contrato de préstamo, no puso a disposición del cliente-consumidor la información necesaria que le instruyera acerca de la obligatoriedad de suscribir el producto asociado del que se trate, así como también el alcance de sus consecuencias económicas y jurídicas, la cláusula será nula por abusiva, al no superar el control de transparencia, incluso en el supuesto de que el consumidor tuviera la posibilidad de elegir entre otras varias ofertas vinculadas o no a determinados productos. En este sentido, la SAP de León de 16 de diciembre de 2016²⁴⁶ declara nula, al no superar el control de transparencia material —pues la prima del seguro no se encontraba incluida en el cálculo de la TAE, ni el cliente-consumidor había sido informado de la consecuencia económica derivada de la financiación de la prima del seguro cuyo importe se incluyó en el objeto del préstamo—, la cláusula que impone al consumidor la contratación de un seguro de amortización que, en el caso enjuiciado, integraba un seguro de prima única cuyo coste, además, se encontraba incluido en el capital objeto del contrato de préstamo.

PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES; REFERENCIA AL PRÉSTAMO CON HIPOTECA YA CANCELADA. OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR PARTE DE LA ENTIDAD BANCARIA

Sabido es que la categoría más rigurosa de ineficacia contractual es la nulidad absoluta o de pleno derecho, que implica

²⁴⁶ SAP de León, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2016 (Roj: SAP LE 1264/2016-ECLI:ES:APLE:2016:1264. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López).

una radical improductividad de efectos jurídicos del acto que la padece, frente a la nulidad relativa —o anulabilidad— que supone una situación incierta de nulidad a despejar mediante la impugnación, convalidación o confirmación del acto o negocio cuestionado. El acto radicalmente nulo no es jurídicamente saneable, toda vez que el vicio que lo afecta no es susceptible de ser remediado, ni siquiera por el transcurso del tiempo, de conformidad con el clásico principio “*quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*” (D. 50, 17,29)²⁴⁷. Sentado cuanto antecede debe señalarse que la nulidad que afecta a las estipulaciones con tacha de abusividad es la nulidad radical o de pleno derecho. Así se desprende de la previsión general contenida en el artículo 6.3 del Código Civil, a cuyo tenor, «*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». La anterior declaración resulta aplicada a las condiciones generales abusivas por el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, al disponer lo que sigue: «*1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor; entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -remisión que actualmente hay que entender referida al RD Legislativo 1/2007, Cap. II ‘Cláusulas abusivas’, arts 82 a 91-».*

247 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C, *Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos*, en «Introducción al Derecho Civil español», de Enrique Lalaguna Domínguez, Valencia, 1990, pp. 315-339.

En consecuencia, declarada nula por abusiva la cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, resulta que la específica estipulación anulada va a padecer las determinaciones legales que se siguen de la nulidad absoluta, es decir, la apuntada improductividad radical de efectos jurídicos, determinante de que se la tenga por no puesta -por tanto, excluida del contrato- sin posibilidad de interpretación integradora o moderadora de su contenido por parte del juzgador²⁴⁸. Además, en cuanto al plazo dentro del cual es posible el ejercicio de la correspondiente acción en interés de su nulidad, dicha acción estará sometida a la misma extensión prescriptiva que afecta a las correspondientes acciones de nulidad que, a diferencia de las de nulidad relativa -que prescriben a los cuatro años ex art. 1301 del CC-, son imprescriptibles²⁴⁹. Por lo expuesto se debe concluir que, si bien la acción declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos es imprescriptible, no participa de esta misma naturaleza la pretensión restitutoria ex artículo 1303 del Código Civil de las prestaciones indebidamente abonadas por el consumidor, que van a quedar sometidas al plazo de prescripción de cinco años, actualmente previsto en el artículo 1964 para el ejercicio de las acciones personales sin plazo de prescripción especial, por lo que la pre-

248 Así consta declarado en la STJUE de 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10-, en la que el Tribunal europeo consideró que era contraria al artículo 6.1 de la Directiva 13/93/CEE una norma nacional que atribuía al juzgador la facultad de moderar el contenido de una cláusula abusiva por implicar esta moderación en cierto sentido la admisión del carácter vinculante de la misma.

249 La cuestión acerca del plazo de prescripción de la acción de nulidad mantiene abierto un clásico debate entre nuestra más destacada doctrina, defendiendo al respecto algunos autores que la acción de nulidad prescribe en el plazo previsto, en el artículo 1964 del CC, para las acciones personales que no tengan establecido un plazo especial de prescripción, incluso aunque la cláusula no deje de ser nula al no producir el transcurso de tiempo efecto sanador alguno. En este sentido, vid. PASCUAU LIAÑO, M., *La acción de nulidad sí prescribe*, Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288&format=print>, en 15 páginas, pp. 4-5. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003, p. 96. Diversamente, se manifiestan, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Tratado de la nulidad de los contratos*, Zaragoza, 2003, p. 124.

tensión declarativa de nulidad no puede sobrepasar los plazos previstos para la pretensión restitutoria²⁵⁰, resultando en todo caso que el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción restitutoria comienza a contar «*desde el día en que pudieron ejercitarse*» (art. 1969 del CC) que, en definitiva, no es sino desde el momento en que el consumidor tiene conocimiento de que la cláusula es abusiva.

En el apuntado contexto procede ahora considerar la posibilidad de reclamar los gastos de formalización del préstamo hipotecario en el supuesto de que la hipoteca ya se encuentre cancelada. Para abordar adecuadamente esta cuestión me parece oportuno realizar *algunas reflexiones*. En primer lugar, debe precisarse que cuando se habla de «hipoteca cancelada», lo que realmente quiere indicarse es que el préstamo asegurado con la garantía real hipotecaria ya se ha extinguido, usualmente por pago o bien por otra causa de conclusión de la relación obligatoria (art. 1156 del CC); ciertamente, atendida la dinámica del principio de accesoriedad por cuya virtud la hipoteca -elemento accesorio- se vincula a la obligación asegurada -elemento principal- ninguna repercusión en la esencia y contingencias de la relación personal crediticia, más allá de su reforzamiento o debilitamiento determinado por la constitución o desaparición de la garantía real, van a tener las vicisitudes que afecten a la relación real de garantía, entre las que se encuentra la formal extinción de la misma mediante la cancelación registral, toda vez que del apotegma jurídico “*accessorium sequitur principale*” se deriva, precisamen-

250 En este sentido CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Pamplona, 2017, pp. 673-674, explica que «cuando el contrato ha sido entera o parcialmente cumplido, por una o ambas partes, la pretensión de declaración de ineficacia está subordinada a la pretensión de condena restitutoria. Entonces se han de aplicar los arts. 1303 y 1307 CC. Si la pretensión restitutoria está sujeta a plazos de prescripción o caducidad, la pretensión declarativa no puede sobrepasarlos. Sólo será ello posible si el que alega la prescripción no ha cumplido (enteramente) todavía, y la acción que se hace valer contra él es una acción por la que se le exige el cumplimiento o por la que se le reprocha el incumplimiento», resultando que la acción declarativa de nulidad «no puede gozar de un plazo que le permita producir efectos que ya no podrían obtenerse mediante la acción de restitución».

te, lo contrario, razón por la cual, extinguido el crédito sí que decae la garantía real que es accesoria a aquél. Es por lo que la cancelación registral del derecho real de hipoteca no va a tener repercusión alguna en la determinación de la viabilidad de la acción para reclamar el reintegro del importe de los gastos indebidamente abonados residenciada en el artículo 1303 del Código Civil, y fundada en la declaración de nulidad de una relación obligatoria. *En segundo lugar*, es preciso señalar que la extinción de la relación obligatoria de préstamo no obsta a que se puedan interponer las reclamaciones pertinentes que asienten en circunstancias que, aún concurrentes al tiempo de su perfección, resultaron conocidas por las partes en un momento posterior y que, en todo caso, condicionan la validez o eficacia de la relación crediticia -así la existencia de una causa de nulidad absoluta o de pleno derecho, o de un motivo que justifique la impugnación por ser fundamento de una nulidad relativa o anulabilidad-. *En tercer lugar*, y completando la anterior reflexión, hay que señalar que, a último, la cuestión medular para determinar la posibilidad que ahora consideramos es que la acción ejercitada se interponga dentro del plazo legalmente dispuesto para su eficaz ejercicio, razonamiento que, en todo caso, resulta de válida aplicación a cualquier avatar jurídico de estas características; así, por ejemplo, nada impide que se considere válidamente perfeccionado un contrato de compraventa (arts. 1258 y 1445 del CC) e incluso consumado por haberse entregado la cosa que constituye su objeto y el precio por la misma (art. 1450 del CC) y que, posteriormente a la perfección contractual -presupuesto, en todo caso, de la validez y eficacia del negocio-, el adquirente ejercite eficazmente una acción de saneamiento (arts. 1474 y ss. del CC) -o cualquier otra por responsabilidad contractual-, pues lo esencial al respecto es que no conste extinguido el plazo para el ejercicio de la acción correspondiente. Por consiguiente, la cuestión lo es de prescripción de la acción y, en tal contexto, deberá valorarse si, de acuerdo con la posición que defiende, debe entenderse que

la acción de nulidad es imprescriptible, como yo creo, o bien si se considera que la misma debe sujetarse al plazo a que se refiere el artículo 1964 del Código Civil, actualmente de cinco años, o incluso al previamente regulado de quince años en función de que los hechos enjuiciados se ubicaran bajo la eficacia temporal de una o otra previsión legal²⁵¹. En definitiva, debe admitirse la posibilidad de reclamar los gastos de formalización de un préstamo hipotecario ya cancelado, siempre que la acción ejercitada no haya prescrito, teniendo en cuenta, en todo caso, que (i) la parte demandada siempre deberá invocar la prescripción como motivo de oposición para que la alegación pueda ser considerada²⁵², y que (ii) aunque la parte demandante no explicita en el escrito demanda la pretensión restitutoria la misma va siempre implícita en la reclamación por la que se interesa la declaración de nulidad, como pretensión accesoria impuesta con carácter de consecuencia legal en la previsión del artículo 1303 del Código Civil²⁵³.

251 A cuyo efecto debe considerarse que, a tenor de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de su entrada en vigor -7 de octubre de 2015- se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del CC, según el cual *«la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aun que por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo»*.

252 Toda vez que, como es sabido, además de la posibilidad de interrupción, la característica que permite diferenciar entre prescripción y caducidad es la necesidad de invocación de la primera, de manera que la prescripción deberá ser alegada por el deudor, o demandado, cuando el acreedor, o actor, le reclame el cumplimiento de la conducta debida fuera de los plazos normativamente dispuestos. Por lo tanto, resultando imprescindible la alegación por la vía de la excepción u oposición a la reclamación planteada, los tribunales no podrán nunca apreciar de oficio la prescripción, que sólo será comprobada a instancia de parte. Por contra, la caducidad sí será directamente apreciada de oficio por parte de los tribunales, con lo que no tendrá que ser alegada por la parte reclamada.

253 Es el supuesto de hecho resuelto por la SJPI nº 1 de Benidorm, nº 174/2017, de 5 de junio (recaída en los autos del JO 230/2017), en la que el préstamo objeto de debate fue suscrito por un plazo de 35 años y resultó cancelado anticipadamente en fecha 24 de agosto de 2009, considerando por ello la entidad bancaria demandada que se trataba de un contrato que ya había desplegado todos sus efectos, y que por tal circunstancia, se encontraba consumado y extinguido, motivo por el cual la parte actora no podía pretender la nulidad de parte de su clausulado y la restitución de las sumas que se reclamaban en el escrito de demanda. La sentencia de instancia considera que la acción ejercitada no ha prescrito por lo que se admite

Por cuanto se refiere a la determinación del alcance de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, considerada la previsión legal que se residencia en el artículo 1303 del Código Civil -la restitución recíproca de prestaciones como ineludible efecto derivado de la declaración de nulidad-, resulta imprescindible atender al sentido de los pronunciamientos contenidos en la ya mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016²⁵⁴, que precisa que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva determina su expulsión del contrato y, en consecuencia, en el supuesto de que dicha estipulación hubiera impuesto al consumidor el abono de determinados importes, la tacha de abusividad comportará la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el prestatario. Además, el TJUE, reiterando lo ya expuesto en previas resoluciones, señala que, tanto en la declaración del carácter abusivo de la estipulación como en la subsanación del desequilibrio contractual que la misma genera en perjuicio del consumidor, el juez nacional debe proceder de oficio, lo que implica que si la cláusula abusiva ha supuesto para el consumidor el desembolso de determinados importes por conceptos cuyo abono no le incumbían, el juez nacional deberá reparar el apuntado desequilibrio, acordando con tal propósito la devolución de los costes improcedentemente atribuidos y abonados indebidamente por el prestatario.

Sentado el principio universal de los efectos de la declaración de nulidad de una condición general contenido en el tantas veces mencionado artículo 1303 del Código Civil -restitución recíproca de prestaciones-, y no obstante la claridad con la que se manifiesta el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 21 de

la demanda con íntegra estimación de las pretensiones de la demandante.

254 Asuntos acumulados C-154/2015, C-307/2015 y C-308/2015, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibidos en el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015.

diciembre de 2016, nuestros tribunales no mantienen un criterio unánime en orden a la concreción de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos por abusiva. Ciertamente, la declaración del TJUE, contenida en la considerada resolución, impone la revisión de los pronunciamientos discrepantes ofrecidos por nuestros tribunales que, en mi opinión, a partir de la considerada STJUE no pueden sino acordar la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor con fundamento en la cláusula que se ha declarado nula por abusiva. En todo caso, las resoluciones ya dictadas por nuestros órganos judiciales admiten su agrupación en atención a las posiciones defendidas que pueden resumirse en las dos siguientes:

I^a. Resoluciones que acuerdan la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos y su consiguiente expulsión del contrato con la determinación de los costes que incumben a cada parte de conformidad con la normativa aplicable y, obviamente, también con la interpretación que de la misma realiza el propio órgano judicial, anudando en todo caso el efecto restitutorio de aquellos importes relativos a gastos que, declarados nulos, no implican un abono imputable al prestatario. En estos casos, los tribunales acuerdan la nulidad de la cláusula de gastos y su eliminación del clausulado contractual pero, si bien consideran procedente en abstracto la restitución íntegra de las prestaciones como efecto ineludible de la previsión que se contiene en el artículo 1303 del Código Civil, no todos imponen la restitución indiscriminada de las cantidades abonadas por el prestatario sino que, a los efectos de concretar su alcance, diferencian entre aquéllos gastos que al mismo le incumben y los que no, y en tal diferenciación entra en juego el propio criterio interpretativo del Tribunal sentenciador al tiempo de aplicar la normativa vigente. Se trata de la posición jurisprudencial más extendida²⁵⁵.

255 Cfr. SAP de Valencia, Sección 9ª, nº 405/2015, de 25 de noviembre (ROJ: SAP V

2ª. Resoluciones que declaran la abusividad de la cláusula de gastos sin acordar la consiguiente condena de la entidad prestamista a la restitución de los gastos abonados indebidamente por el prestatario, por no haberse interesado expresamente en la demanda su reintegro o por otros motivos²⁵⁶.

En mi opinión, resulta palmario pues que, declarada la nulidad de la cláusula de gastos, por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1303 del Código Civil debe acordarse como necesaria la restitución recíproca de prestaciones que, en el caso concreto, supondrá la devolución al prestatario de los importes abonados por costes que no le incumbían.

CLÁUSULA DE IMPUESTOS Y GASTOS (II) IMPUESTOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL IAJD

GASTOS DERIVADOS DEL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Según indiqué, la STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre, declaró abusiva la estipulación por la que se atribuía al prestatario-consumidor el pago de la totalidad de los tributos devengados por la formalización del préstamo hipotecario, por

4601/2015-ECLI:ES:APV:2015:4601. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Sella Roca de Togores). En el mismo sentido se manifiesta la SAP de Valencia, Sección 9ª, nº 659/2016, de 11 de mayo, recurso núm. 1416/2015 (ROJ: SAP V 2770/2016-ECLI:ES:APV:2016:2770. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Sella Roca de Togores). Asimismo, acuerda la restitución de las cantidades que según el juzgador constan indebidamente abonadas la SJPI nº 1 de Valencia, de 24 de mayo de 2017 (recaída en los autos del JO nº 247/2017) y también la SJPII nº 4 de Alcorcón (recaída en los autos del JO nº 142/2017). Participando del mismo criterio, por cuya virtud la declaración de nulidad de una cláusula conlleva la íntegra restitución de las cantidades indebidamente abonada, se manifiesta la SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO nº 5098/2017) y la SAP de Madrid, Sección 11ª, nº 429/2016, de 30 de septiembre, recurso núm. 84/2016 (ROJ: SAP M 12968/2016-ECLI:ES:APM:2016:12968. Ponente: Ilmo. Sr. D. Cesáreo Francisco Duro Ventura).

256 En este sentido se manifiesta la SAP de Huelva, Sección 2ª, nº 103/2016, de 24 de febrero, recurso núm. 45/2016 (ROJ: SAP H 127/2016-ECLI:ES:APH:2016:127. Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega de Val) y también la SAP de Barcelona, Sección 15ª, nº 156/2016, de 30 de junio, recurso núm. 300/2015 (ROJ: SAP B 6124/2016-ECLI:ES:APB:2016:6124. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Garnica Martín).

entender que su abono incumbe a la entidad prestamista, singularmente por cuanto se refiere al ya considerado IAJD, toda vez que el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que el sujeto pasivo del mismo es «*el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*».

Ya señalé entonces la implícita conclusión, a mi modo de ver atinada, que se desprendía del pronunciamiento del Alto Tribunal, por cuya virtud se colegía que el adquirente del derecho al que se refiere el indicado precepto era el del derecho real de hipoteca en que la garantía consiste, en definitiva, la entidad prestamista. Del mismo modo indicaba que en su razonamiento -asumido sin ulterior concreción por la mayor parte de las resoluciones que siguen la doctrina jurisprudencial expuesta y que, por cierto, son la mayoría de entre las dictadas sobre este particular por nuestros órganos judiciales- el TS obviaba una imprescindible reflexión acerca del tenor y transcendencia del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el cual el sujeto pasivo del tributo será, en principio, ese mismo «adquirente del bien o derecho» a quien se refiere el reseñado artículo 29 de la Ley del Impuesto con la perturbadora precisión contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento por cuya virtud en los supuestos de «*escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario*», previsión legal que de conformidad con la interpretación que de la misma ofrece la Sala Tercera del TS y el TC²⁵⁷, sirve de fundamento esencial a las resoluciones judi-

257 Cfr. ZEJALBO MARTÍN, J. *Jurisprudencia de la Sala Tercera del TS y del TC sobre el*

ciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción civil que declaran la validez de la cláusula por la que se impone al prestatario el pago de los gastos generados por el IAJD (por todas, SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 18 de noviembre de 2015²⁵⁸, SPJI nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016²⁵⁹ y SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017²⁶⁰ y también a un sector de la doctrina que defiende la improcedencia de la declaración de nulidad de la cláusula ahora cuestionada²⁶¹.

No obstante lo indicado, debe constatarse el dato de que una buena parte de las resoluciones emanadas de nuestros juzgados de instancia y Audiencias Provinciales declaran la nulidad por abusiva de la cláusula por la que se repercute al consumidor el pago del tributo en que consiste el IAJD.

Y si bien la Sala Tercera del TS vino a consolidar la posición jurisprudencial acerca de que la unidad de hecho imponible en el ámbito del préstamo hipotecario provoca el efecto de que, instrumentalizándose en la misma escritura pública el préstamo concedido y la garantía real hipotecaria que lo asegura -aunque no suceda así en el supuesto de que ambos negocios jurídicos se vehiculen mediante documentos diversos-, el único sujeto pasivo del IAJD sea el prestatario²⁶², la apuntada no es precisamente una cuestión incontrovertida, toda vez que ningun-

sujeto pasivo en AJD de los préstamos hipotecarios, en www.notariosyregistradores.com, publicación del 7 de febrero de 2017.

258 SAP de Barcelona, Sección 15ª, nº 269/2015, de 18 de noviembre, recurso núm. 505/2014 (ROJ: SAP B 10756/2015-ECLI:ES: APB:2015:10756. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Garrido Espa).

259 SPJI nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016 (ROJ: SJPI 588/2016-ECLI:ES: JPI:2016:588).

260 SJPI nº 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 (recaída en los autos del JO 5.098/2017).

261 Vid. ÁLVAREZ BARBEITO, P. y MAMBRILLA LORENZO, B., *Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados*, Análisis GA&P, febrero de 2017, en 10 págs.

262 Cfr., por todas STS, Sala Tercera, Sección 2ª, de 15 de enero de 2015, recurso núm. 1929/2013 (ROJ: STS 74/2015-ECLI:ES:TS:2015:74. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Martín Timón) -y todas las precedentes que la misma cita-.

na razón jurídica permite sustentar la admisión de una variación del sujeto pasivo del tributo en razón de que la hipoteca se constituya conjunta o separadamente con el crédito al que garantiza cuando resulta que el hecho imponible, en todo caso -y como ya expuse-, es coincidente, a saber: la emisión de la primera escritura constitutiva del único negocio -de entre los dos que convergen en la figura compleja que constituye el crédito hipotecario, préstamo e hipoteca- que ineludiblemente la requiere para su válida constitución, esto es, el derecho real de hipoteca (arts. 1875, párr. 1º, del CC y 145 de la LH). En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha venido sosteniendo que, en el ámbito que ahora nos ocupa, la unidad de hecho imponible resultaba fundada originariamente en el artículo 18.1 del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor *«la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis, tributarán sólo por el concepto de préstamo. En consecuencia, los expresados préstamos que hayan satisfecho el Impuesto por el concepto de Transmisiones Patrimoniales, no estarán sujetos a Actos Jurídicos Documentados»*, más que en los artículos 8 d) y 15.1 del mismo texto legal al disponer, respectivamente, que el obligado al pago del impuesto en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario, y que la constitución del derecho real de hipoteca en garantía de un préstamo únicamente tributa por el concepto de préstamo, por lo que la Sala ratifica la premisa de que el hecho imponible «préstamo hipotecario» es único, de manera que la conclusión de su sujeción a IAJD resulta coherente y produce la consecuencia de que el —también— único sujeto pasivo posible del tributo es el prestatario. No obstante, como atinadamente ha sido puesto de relieve por señalada doctrina²⁶³, tanto el artículo 18 del Regla-

263 AGÜERO ORTÍZ, A., *Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en prés-*

mento del Impuesto, como también los mencionados artículos 8 d) y 15 del mismo cuerpo legal, se encuentran referidos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y no al IAJD²⁶⁴ —regulados ambos, como es sabido, en un mismo texto legal—, por lo cual la circunstancia de que, para la valoración desde la perspectiva de la transmisión patrimonial, se entienda que el préstamo hipotecario únicamente va a tributar por el concepto de préstamo a fin de eludir una doble imposición no puede significar que con precisa relación al IAJD concurra la apuntada unidad de hecho imponible pues, como ya tuve ocasión de señalar en otro apartado de este trabajo, en ningún caso un contrato de préstamo exige su instrumentalización mediante una escritura pública ni tampoco este negocio jurídico de por sí tiene acceso al Registro de la Propiedad, razón por la que en ninguna circunstancia un contrato de préstamo puede devengar el IAJD²⁶⁵. Por tal razón, en el Título III del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, regulador del IAJD, no se con-

tamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación, en «Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil», núm. 2/2017, cit., pp. 7-8. En este trabajo la autora, siguiendo a CASERO BARRÓN, R., Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. nº 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios, en «Quincena Fiscal», núm. 20/2004, cit., aborda un riguroso estudio de la evolución histórica de la regulación de los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que le conduce a ofrecer una adecuada interpretación del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según la cual el adquirente o interesado sólo es el acreedor garantizado, lo que le permite concluir atinadamente que ni el artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD ni la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS impiden la declaración de abusividad de la cláusula que repercute al cliente el abono del IAJD.

264 En efecto, el Título I del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, comprensivo de los artículos 7 a 24, se encuentra dedicado a las «transmisiones patrimoniales».

265 Cualquier otra interpretación supondría confundir «el préstamo y la hipoteca, pues la escritura del préstamo no está nunca sujeta al IAJD, porque el préstamo no es un acto inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil o de la Propiedad Industrial» (cfr. SIMÓN ACOSTA, E., *El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 379, 1999, p. 8).

tiene previsión normativa alguna semejante a la que alberga el artículo 15 del Reglamento con precisa referencia al supuesto del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, y en ninguna parte del texto legal se establece que, en relación con el IAJD, los préstamos hipotecarios tributen únicamente por el concepto de préstamo, pues tal previsión no sería de recibo al no constituir el préstamo ni el hecho imponible ni tampoco la base imponible del IAJD. De lo que se infiere que la controvertida declaración legal residenciada en el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a cuyo tenor, en los supuestos «*de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente el prestatario*», que viene a desarrollar la previsión legal del impuesto, se ha extralimitado respecto de lo establecido en la Ley reguladora del mismo a la que, en todo caso, debe atenerse el operador jurídico, singularmente el juzgador (*ex art. 6 de la LOPJ*), debiéndose estar, pues, a lo dispuesto en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en virtud del cual, el sujeto pasivo del impuesto es «el adquirente del bien o derecho», expresión, como tantas veces he señalado, que se presenta interpretable pero en cuya más acertada hermenéutica no cabe sino considerar que debe entenderse referida al adquirente del derecho real de hipoteca, en definitiva, el acreedor hipotecario, por ser el derecho real de garantía ahora considerado el único -de entre los que integran el negocio jurídico dual por el que se constituye el crédito hipotecario- que requiere de inscripción registral constitutiva que demanda, en consecuencia, el previo otorgamiento de escritura pública²⁶⁶.

266 Y si la previsión legal no precisa la cualificación de que los préstamos a los que la norma se refiere sean -o no- hipotecarios, ello es porque, como tantas veces he señalado, el hecho

En consecuencia, la estipulación por la que se atribuye al prestatario consumidor el pago del tributo devengado en concepto de IAJD, contenida usualmente en la cláusula de gastos que se incorpora a la escritura de constitución del préstamo hipotecario debe ser declarada nula por abusiva, toda vez que, tratándose de una norma de carácter reglamentario, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, constituye una extralimitación de la disposición normativa con rango de ley que se contiene en el artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto, y vulnera también la previsión constitucional del artículo 31.1 de la CE, la normativa específica de consumidores y usuarios -art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007- y la propia Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, al desplazar al consumidor-prestatario la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados devengado por la constitución de la garantía real hipotecaria en aseguramiento de un contrato de préstamo.

imponible del impuesto es la emisión de las escrituras, actas y testimonios notariales que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Y, en el ámbito que ahora nos ocupa, el propio del crédito hipotecario, lo que tiene acceso al Registro no es el contrato de préstamo -el crédito, de naturaleza personal- sino -ineludiblemente- el derecho de garantía -la hipoteca, de naturaleza real-. En este sentido, conviene recordar que el artículo 28 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispone lo siguiente: «*Están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31*». Y este último precepto se refiere a los siguientes documentos: «1. *Las matrices y las copias de las escrituras y actas notariales, así como los testimonios (...). Las copias simples no estarán sujetas al impuesto.* 2. *Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (...).* 3. *Por el mismo tipo a que se refiere el apartado anterior y mediante la utilización de efectos timbrados tributarán las copias de las actas de protesto*».

LA STS, SALA 1ª, DE 15 DE MARZO DE 2018

Planteamiento general

Más recientemente, la STS, Sala 1ª, nº 148, de 15 de marzo de 2018²⁶⁷, curiosamente dictada en el día mundial de los derechos del consumidor, sin duda frustró las perspectivas que un destacado sector de opinión jurídica había depositado en su contenido del que, al menos, se esperaba que albergara una fundamentación crítica con la injustificada imposición al consumidor de la norma reglamentaria contenida en el artículo 68.II del RITP y AJD frente a la previsión que, con rango de ley, se contiene en el artículo 29 TRLITP y AJD. Lejos de tan esperada argumentación, la Sala 1ª del TS asumió acríticamente la doctrina que hasta la última de sus Sentencias dictadas al respecto había venido defendiendo la Sala 3ª del Alto Tribunal y también el TC, sin atender a la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales no están sometidos más que al imperio de la ley, que no de los reglamentos (arts. 117 de la CE y 6 de la LOPJ)²⁶⁸. Ciertamente, la STS de 15 de marzo de 2018 no vino a dar satisfacción a la tan esperada protección de los consumidores, al asumir, sin más y con absoluta perspectiva acrítica, la doctrina de la Sala Tercera del TS compartida por el Tribunal Constitucional. No obstante lo cual, no puede dejar de atenderse a la circunstancia de que, como ya he señalado, los órganos jurisdiccionales están sometidos de manera exclusiva al imperio de ley, por lo que resulta si cabe aún más incomprensible la defensa a ultranza que en esta Sentencia el Alto Tribunal realiza de la disposición contenida en el artículo 68.II del RITP y

267 STS, Sala 1ª, nº 148, de 15 de marzo de 2018, nº de recurso: 1518/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

268 Sobre esta resolución puede consultarse CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *El derecho del prestatario a recuperar la parte de la cuota gradual del IAJD devengado por la escritura de préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario. Comentario crítico a la STS, Sala 1ª, 148/2018, de 15 de marzo*, en “Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana”, enero de 2019.

AJD, precepto manifiestamente contrario a los artículos 29 del TRLITP y AJD, 8 de la LGT, y 31 y 14 de la CE, y cuyas injustas consecuencias no se derivaban de las regulaciones previas del impuesto, cuyo sujeto pasivo tradicionalmente ha venido siendo el acreedor garantizado.

Hechos del supuesto y tramitación de la causa en primera y en segunda instancia

Con fecha 21 de abril de 2006 la parte actora, junto con otra persona, adquirió una vivienda de una Promotora, subrogándose en el préstamo hipotecario que la referida había concertado con la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (actualmente, Caixabank), constando en la estipulación tercera del contrato de compraventa, inclusiva de la subrogación, que los gastos e impuestos derivados del otorgamiento de la escritura, a excepción del impuesto de plusvalía, correrían por cuenta de la parte adquirente. En definitiva, los gastos generados ascendieron a los importes siguientes: 765,43€ de gastos de notaría; 198,24 € por los ocasionados en el Registro de la Propiedad; 966 € correspondientes a los impuestos; y 150,80 € por honorarios de tramitación (gestoría). Todos estos gastos resultaron liquidados por el adquirente, posteriormente demandante en la causa a la que puso fin la Sentencia ahora comentada. En la sentencia recaída en la instancia el juzgado desestimó la pretensión de la parte actora, toda vez que el demandante solicitaba la restitución de todos los importes generados por los gastos aunque algunos de los mismos le incumbieran. Con posterioridad a lo relatado, en fecha 13 de junio de 2013 el actor y tres personas más contrataron un préstamo hipotecario con Banco Sabadell, en cuya cláusula quinta se establecía que serían a cargo del consumidor prestatario los gastos de tasación, notariales y registrales, los de tramitación (gestoría) y también los derivados de cualquier reclamación extrajudicial, facultándose la en-

tividad bancaria a descontar los importes derivados de las cuentas de los prestatarios. Siguiendo tal proceder los prestatarios abonaron las cantidades siguientes: 516,42 € de notaría; 105,46 € de registro de la propiedad; 794,93 € de impuestos; y 260 € honorarios de tramitación, si bien los referidos gastos no fueron abonados por el actor sino por otro de los prestatarios. El Juzgado de instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa del actor, pues no había sido el demandante el prestatario que abonó estos gastos. No obstante, la AP de Asturias revocó la resolución de instancia al entender que en el supuesto no concurría falta de legitimación activa ya que cualquier comunero se encuentra legitimado para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, aunque el tribunal de apelación consideró que ello únicamente resultaría de aplicación a la declaración de nulidad, pero no a la restitución de las cantidades abonadas. Desde la anterior consideración, el tribunal de apelación declaró la abusividad –parcial- de la cláusula excepción hecha de los impuestos, sin condenar a la restitución de importe alguno por no haber sido el actor quien los abonara.

En suma, la argumentación ofrecida por la AP respecto a cada uno de los gastos fue la que seguidamente consta expuesta:

- Por cuanto se refiere a los gastos de Registro han de ser abonados por la entidad financiera. A este respecto se declara lo siguiente: “No cabe duda que la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado, señalando a continuación que los derechos corres-

pondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten. Es claro que es a la entidad bancaria a cuyo favor se realiza la inscripción y a quién beneficia, así como la parte interesada en la misma. Por ello no cabe duda de la abusividad de la cláusula en cuestión como queda dicho”.

- Con relación a los gastos de notaría deben ser abonados por la entidad financiera, excepción hecha a las copias simples para el prestatario. A tal efecto consta manifestado lo siguiente: “En relación con los gastos y honorarios de la Notaría, la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente, siendo, como se dijo anteriormente, la entidad bancaria la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público, siendo también la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo. Ahora bien, en este sentido no cabe desconocer que el fedatario también puede realizar alguna actuación susceptible de generar abono de aranceles a instancia del prestatario, como podría ser por ejemplo la expedición de copias simples”.

- En relación con los gastos de cancelación deben ser abonados por la entidad financiera. Y así se señala lo siguiente: “Habida cuenta que, como queda dicho, la garantía se inscribe en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida ésta, será dicha entidad a quien corresponde cancelarla; es pues, una consecuencia natural del contrato favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto”. La Audiencia Provincial adiciona a este argumento la circunstancia

de que en virtud del artículo 82.3 LH se imponga al beneficiario otorgar su consentimiento a la cancelación.

- Con precisa referencia al impuesto de Transmisiones Patrimoniales debe ser abonado por el prestatario. Ciertamente, de este hecho no cabía duda, ya que el artículo 15 TRLITP y AJD establece –para el ITP- que la constitución de derechos reales en garantía de un préstamo, tributará exclusivamente por el concepto de préstamo. En relación con este extremo, el artículo 8.d) del TRLITP y AJD establece –para el ITP- que en la constitución de préstamos será sujeto pasivo el prestatario.

- Por último, acerca del impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados debe ser abonado por el prestatario, en virtud de la previsión contenida en el artículo 68.II del RITP y AJD, que establece que el sujeto pasivo es el prestatario en la constitución de préstamos hipotecarios, y también de la jurisprudencia vertida sobre la materia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que afirman en la legalidad del precepto reglamentario.

De esta manera el tribunal de apelación condenó a la restitución del importe de 1114,47€ correspondientes a los gastos de notaría, registro y honorarios de tramitación (gestoría) del contrato de compraventa con subrogación. Y con precisa referencia al contrato de constitución de préstamo hipotecario, la Sala declaró la nulidad parcial de la cláusula (con exclusión de la parte relativa a los impuestos), si bien no la restitución al no haber sido el demandante quien los abonó.

El recurso de casación y el fallo del Tribunal Supremo

Al plantear el recurso de casación por la parte recurrente se invocó la infracción del artículo 89.3.c) del TRLGDCU (a cuyo tenor, será abusiva “[l]a estipulación que imponga al consumi-

dor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”), así como también de la jurisprudencia del TS consolidada en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

En definitiva, resulta que mediante el recurso de casación planteado se pretende combatir, como motivo casi exclusivo, la declaración de validez de la parte de la cláusula de gastos que atribuía el abono de los impuestos -ITP y AJD- en los dos contratos objeto del litigio al consumidor-comprador-subrogado (en el primero de los contratos), y al consumidor-prestatario (en el segundo contrato).

El Alto Tribunal inicia su argumentación manifestando que la STS de 23 de diciembre de 2015 consideró abusivo que se hiciera recaer sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables por carencia de pacto, constan distribuidos entre las partes según el tipo de actuación. Se pretende destacar que mediante la concurrencia de negociación individualizada los contratantes podrían convenir la distribución de los gastos que estimasen oportuna y tal pacto no quedaría sometido al filtro de la abusividad (cfr. art. 82.1 del TRLGDCU). Pero de no concurrir dicha negociación individualizada, la imposición de los gastos al consumidor, con vulneración del derecho supletorio que previene el sujeto debe asumir dichos gastos, resulta abusiva. De esta manera se viene a señalar que en la referida STS de 23 de diciembre de 2015 “lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponderables también diferentes”. Dicho de otra manera, que la STS de 23 de diciembre de 2015, recaída en el seno de una acción colectiva, únicamente vino a declarar abusiva la cláusula, pero no entró en la determinación de a quién debía imputarse el abono de cada gasto en

concreto, afirmación que, por otra parte, no resulta de todo punto exacta²⁶⁹.

En definitiva, el Alto Tribunal argumentó, al igual que hiciera la AP de Asturias que, en virtud del artículo 15.1 del TRLITP y AJD, la constitución de derechos reales tales como la hipoteca en garantía de un préstamo, “tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo”. Y resultando de esta manera, ya que el sujeto pasivo del ITP es el prestatario [art. 8 d) del TRLITP y AJD], que el sujeto pasivo de dicho impuesto en la constitución de derecho real de garantía que se constituya en aseguramiento del préstamo es, en consecuencia, el prestatario.

Ciertamente, y en principio, la antedicha conclusión no merece ser objeto de crítica, sin perjuicio de lo que se indicará más adelante respecto del contrato de compraventa con subrogación. No obstante, la afirmación del Tribunal Supremo demanda una precisión, toda vez que ningún importe de los considerados en el supuesto de hecho fue abonado en concepto de ITP por la constitución del préstamo hipotecario ya que dicho

269 Toda vez que lo que la STS, de 23 de diciembre de 2015 lo que declaró fue lo siguiente: “[e]n lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante”.

contrato integra una operación exenta (art. 45.I.B.15 del TRLITP y AJD en relación con el art. 15.1 de la misma norma, y el art. 25.1 del RITP y AJD). Por consiguiente, aunque se hubiera acordado la nulidad de la cláusula que repercutiese este gasto al prestatario, la realidad es que tampoco habría cabido solicitar la restitución de importe alguno, tal y como se pedía en la demanda, puesto que no se abonó cantidad alguna por ello.

Es de observar que el TS fracciona su argumentación señalando el contenido del artículo 29 del TRLITP y AJD (si bien cita erróneamente el art. 28), según el cual “[s]erá sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”. Dicho lo cual, interpreta de diversa manera lo ya declarado en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015, considerando que lo que allí se expresó fue que “la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”. A pesar de lo cual la literalidad de Sentencia de 23 de diciembre de 2015 verdaderamente se opone a la anterior interpretación, tal y como se deduce de su propio tenor, al declarar que “la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”.

Además, el TS recoge las críticas de inconstitucionalidad vertidas sobre el artículo del 68.II del RITP y AJD que desarro-

lla el artículo 29 del TRLITP y AJD, a cuyo tenor: “[c]uando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”. Y en este ámbito menciona dos resoluciones del Tribunal Constitucional²⁷⁰ que vinieron a resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad respecto al artículo 29 del TRLITP y AJD, en relación con los artículos. 8.d) y 15.1 del mismo Texto Refundido y con el artículo 68 del RITP y AJD, y su posible vulneración de los artículos 14, 31.1 y 47 de la Constitución Española. En concreto, se reproduce el siguiente párrafo del ATC de 18 de enero de 2005: “«[...] es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de “actos jurídicos documentados” lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)»».

Por otra parte, el alto Tribunal, encuadra la cuestión objeto de la controversia planteada en función de las dos modalidades del IAJD, exponiendo una fundamentación propia y específica para cada uno de los supuestos. Así:

- Cuota gradual, que es la litigiosa de manera habitual, en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se docu-

270 Cfr. AATC 24/2005 de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo.

menta (art. 69 y 72 del RITP y AJD). Y de este modo reproduce el contenido del artículo 29 TRLITP y AJD a cuyo tenor el sujeto pasivo del IAJD es el adquirente del bien o derecho, para confrontarlo con el artículo 68.II del RITP y AJD que, sin parangón alguno en la norma que desarrolla, atribuye la condición de adquirente en los préstamos con garantía al prestatario. Y, después de admitir las dudas que sobre su legalidad aparecen en torno a este precepto, el TS viene a concluir sin verter crítica alguna que tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional habían reconocido su legalidad y constitucionalidad, respectivamente, determinando que “en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento”.

- Cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento). Sobre este particular el TS entiende que debe diferenciarse entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Y desde la anterior consideración:

Respecto al timbre de la matriz, en virtud del artículo 68.II del RITP y AJD entiende que el sujeto pasivo es el prestatario, si bien seguidamente se precisa que, “[s]alvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados

tanto el consumidor –por la obtención del préstamo-, como el prestamista –por la hipoteca-, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016)”. No obstante, debe resaltarse que la referida RDGRN ya entendió (1) que no podía repercutirse el IAJD al prestatario ya que el acreedor es el sujeto pasivo de dicho impuesto en cuanto que adquirente del derecho real de hipoteca y persona que solicita los documentos notariales; y (2) que no cabía repercutir el resto de gastos íntegros al consumidor ya que, siendo ambos negocios una realidad inescindible, bien podría pactarse “la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral”. En definitiva, resulta que la Resolución del Centro Directivo que se menciona en la Sentencia verdaderamente no se refiere a que esta distribución se efectuara por mitades. En este punto resulta sorprendente que el Alto Tribunal acuerde no poder entrar a reinterpretar quién sea el sujeto pasivo del impuesto en la modalidad gradual, pero sí en la cuota fija, admitiendo que la misma se abone por mitades en caso de que exista pacto respecto al abono de los gastos notariales (aun cuando dicho pacto no lo fuera por mitades).

No obstante lo expresado, resulta que con referencia a las copias se indica que “habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento”. Realmente el precepto transcrito se refiere a “las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan” en defecto de adquirente del bien o derecho. Del tenor del artículo 68 del RITP y AJD, se concluye que, concurriendo adquirente, siempre será éste el sujeto obligado al pago ya que el artículo 68 del RITP y AJD no distingue entre sujetos pasivos en virtud de las modalidades del impuesto (cuota variable o fija), por lo que al equipararse al

prestatario con el adquirente del bien o derecho en la constitución de préstamos hipotecarios, sería el prestatario el obligado al pago íntegro del IAJD en sus dos modalidades. Igualmente de poco convincente resulta interpretar que el solicitante de la copia será el sujeto pasivo del IAJD, pues se indicará, como se viene haciendo, que el solicitante fue el prestatario ... incluso de las copias (en especial la primera copia) para la entidad prestamista. Conviene reparar, por otra parte, en que esta cuota fija no resulta aplicable a las copias simples, toda vez que las mismas no se encuentran sujetas al impuesto (art. 71.1 *in fine* del RITP y AJD), siendo que este documento es lo único que recibe el prestatario. El sujeto que recibe la primera copia, y quien tiene interés en recibir copias autorizadas de la constitución de un derecho real de garantía es, sin duda, el acreedor garantizado pues dicho documento constituye su título ejecutivo. En consecuencia, si se pretende una relectura del artículo 68 del RITP y AJD bajo el prisma del principio *pro consumatore* en el ámbito revisado, esta reinterpretación debería verificarse por referencia a “aquéllos en cuyo interés se expidan”, ya que en otro supuesto sería suficiente con insertar una mención relativa a que el prestatario solicitó una copia ejecutiva para la entidad prestamista para repercutirle, nuevamente, el coste de una copia que recibe el acreedor y que a dicho sujeto le interesa recibir pues constituye el título que sirve de fundamento al proceso ejecutivo.

Y con precisa referencia a los tributos que gravan la cancelación de la hipoteca, el TS se limita a declarar que “debe tenerse en cuenta que el artículo 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales”. Pero, sentado cuanto antecede, sorprendentemente el Alto Tribunal nada

manifiesta con relación al sujeto que debe abonar la cuota fija, la matriz y de las copias autorizadas, descuidando la oportunidad de aclarar las dudas acerca de si será el sujeto pasivo del IAJD el prestatario como interesado en la emisión de la escritura, receptor de la misma, como interesado en la inscripción de la cancelación del gravamen que pesa sobre su vivienda, o bien es el prestamista quien debe asumir el importe, como “consecuencia natural del contrato a cuyo favor se realizó la inscripción y se procederá a dejar la misma sin efecto” (tesis de la AP de Asturias). Conviene significar que en este último supuesto ya sería aplicable el artículo 68. II del RITP y AJD que considera sujeto pasivo del impuesto en la “constitución” de préstamos hipotecarios al “prestatario” al equipararlo al “adquirente del bien o derecho”, básicamente porque en la cancelación de la escritura pública no concurre adquirente de bien o derecho, de tal manera que resulta de aplicación el resto del precepto a cuyo tenor: “en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”.

Comentario crítico a la STS 148/2018

a) El sujeto pasivo del IAJD en la constitución del préstamo hipotecario.

En definitiva, para fundar la supuesta intangibilidad de la previsión que respecto a la determinación del sujeto pasivo del impuesto se contiene en el artículo 68.II del RITP y AJD, la mención que el TS realiza al ATC de 18 de diciembre de 2015²⁷¹ viene a expresar que la concreción del sujeto pasivo del tributo es una opción legislativa, dejando entrever al efecto que, como tal, la misma viene a representar la voluntad del pueblo soberano (art. 1.2 CE) expresada mediante leyes a través del poder legislativo (art. 66 CE).

²⁷¹ RTC 2005/24.

Desde la anterior consideración resulta que en materia de tributos el artículo 8 de la LGT dispone un principio de reserva de ley que afecta a la concreción de los elementos esenciales del mismo, entre los que sin duda se localiza la concreción del sujeto pasivo de los impuestos²⁷², incluso cuando el TC ha precisado que el principio de reserva legal contenido en el artículo 31.3 de la CE no se opone a la colaboración reglamentaria siempre que la misma se verifique “en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad” y “sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”, extremos que no cumple el contenido del artículo 68.II del RITP y AJD que viene a desarrollar el artículo 29 del TRITP y AJD contra la previsión legal.

De lo expuesto cabe concluir que el artículo 68.II del RITP y AJD verdaderamente no integra una opción legislativa, toda vez que el mismo no emanó del poder legislativo sino del ejecutivo por lo que más bien constituye una opción gubernamental consolidada por el partido político que en el momento de su elaboración ocupaba el Gobierno (PSOE)²⁷³. En suma, la real

272 Cfr. STC 26 de marzo de 1985 (RTC 1985\46) y, en tal sentido, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, E. *El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978*, en “La Constitución española y las fuentes del Derecho”, vol. II, pp. 976-977; VARONA ALABERN, J.V., *Razones constitucionales para la rehabilitación y la necesaria reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones*, en “Revista Quincena Fiscal”, núm. 16/2014; y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Un nuevo espaldarazo a la tributación ambiental autonómica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 julio 2001*, en “Jurisprudencia Tributaria Aranzadi”, núm. 7/2002.

273 Ciertamente, en el ejercicio de la indicada voluntad gubernativa, resultó derogado el RD 3494/1981, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, Documentados, cuyo artículo 41 establecía que el sujeto pasivo del IAJD sobre documentos notariales sería “el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan”, obviando un párrafo segundo que trasladara este impuesto al prestatario, según disponía el artículo 30 del RD Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y dispone actualmente el artículo 29 del TRLITP y AJD y el párrafo 1º del artículo 68 del RITP y AJD. En definitiva, mediante la indicada opción gubernativa se incorporó a la norma reglamentaria un párrafo 2º por el que

opción legislativa se encuentra contenida en el artículo 29 TR-LITP y AJD que fue aprobado por el Gobierno en virtud de la autorización concedida por las Cortes Generales y la misma viene a determinar que el adquirente del bien o derecho es el sujeto pasivo del impuesto, en definitiva el acreedor garantizado que es quien adquiere el derecho real de garantía cuyo valor integra la base imponible del impuesto y cuya constitución determina el propio hecho imponible del impuesto²⁷⁴.

Y como ya hubo ocasión de señalar que los órganos jurisdiccionales son independientes y se encuentran sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117), y no a los reglamentos, es por lo que el artículo 6 de la LOPJ dispone que “los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”²⁷⁵, disponiendo por su parte el artículo 8 de la LOPJ que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”, es por lo que de lo expuesto debe concluirse la inaplicabilidad del párrafo 2º del artículo 68 del RITP y AJD.

En el Auto revisado, concluye también el TC que resulta una opción legislativa válida que el sujeto pasivo del impuesto sea “el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal”, descuidando la circunstancia de que el negocio jurídico principal que resulta documentado en la escritura pública –que es lo que determina el devengo del IAJD- no es el préstamo, que no necesita de documento público alguno para su constitución, sino el derecho real de garantía hipotecaria que

se trasladaba al deudor hipotecario la carga del impuesto.

274 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Valencia, 2017, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 122 y ss.

275 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, cit., pp. 131-132.

sí demanda su constitución mediante escritura pública como requisito para poder acceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por lo expuesto merece reproche que la STS 15 de marzo de 2018, objeto de este comentario, no contenga una valoración crítica de la circunstancia que se ha expuesto, incluso como reivindicación de la propia independencia de la jurisdicción civil frente a la contencioso-administrativa y también frente a la doctrina emanada del TC (cfr arts. 9 y 12 de la LOPJ), y así el Alto Tribunal bien podría haber considerado que en el ámbito de la contratación con consumidores, la previsión reglamentaria (art. 68.II del RITP y AJD) resulta a todas luces abusiva o que, en atención a la previsión contenida en el artículo 29 del TRLITP y AJD en relación con el artículo 89.3 c) del TRLGD-CU, resultara manifiestamente abusivo trasladar al consumidor el gasto correspondiente al tributo.

b) La base imponible del IAJD -cuota gradual- que grava la escritura que documenta un préstamo hipotecario.

En el contexto ahora analizado hay que significar que el TS en ningún pasaje de la Sentencia comentada menciona la circunstancia de que la cuantía que va a servir como base imponible del impuesto no es la cuantía del préstamo concedido, sino la de la responsabilidad hipotecaria del derecho real de garantía. Así lo dispone el artículo 30 del TRLITP y AJD al declarar que “[I]a base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos”. Pero es que el Alto Tribunal tampoco reflexiona acerca de la circunstancia de que esta cuota gradual nace en relación con “[I]as primeras copias de escrituras y actas notaria-

les, cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.1 de este Reglamento, tributarán, además, al tipo de gravamen del 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos” (art. 72 del RITP y AJD). A mi juicio se echa de menos que el TS hubiera considerado el concepto por el que tributa la escritura de préstamo hipotecario por la cuota gradual del IAJD, que no es sino por el concepto de hipoteca, en definitiva el acto o contrato contenido en la escritura inscribible en el Registro de la Propiedad. Razón por que la base imponible es la responsabilidad hipotecaria y no el importe del préstamo.

Pero es que, además, aún suponiendo que el negocio principal a los efectos de la tributación fuera el préstamo y no el derecho real de hipoteca, incluso entendiendo que la base imponible sea el importe de responsabilidad hipotecaria, la conclusión debiera ser otra diversa. Así, desde la anterior consideración, supongamos que, como defiende el TC y alude el TS al IAJD, le resulta de aplicación el art. 15 del TRLITP y AJD por lo que las escrituras de préstamos hipotecarios únicamente tributarán por el concepto de préstamo (lo que no se corresponde con la realidad, toda vez que el IAJD se regula en el Título III, arts. 27 a 44; las disposiciones comunes en el Título IV, arts. 45 a 58; y el ITP en el Título I, arts. 7 a 18 TRLITP y AJD, por lo que sólo resulta de aplicación al ITP, pero no al IAJD). Pues resulta que en el supuesto apuntado, puesto que el préstamo estaría sujeto al IVA por ser concedido por un empresario cual es la entidad crediticia, aunque exento, [arts. 11.12º y art. 20. Uno.18º c) LIVA], nos encontramos en el ámbito aplicativo del artículo 74.2 del RITP y AJD sobre la cuota gradual en préstamos, a cuyo tenor: “[l]as [primeras copias de escrituras nota-

riales] que documenten la constitución de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, tributarán por el referido gravamen gradual cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil”. Pero es que el préstamo –relación crediticia- no es inscribible en el Registro de la Propiedad, sino que lo accede al Registro de la Propiedad es el derecho real de garantía, es decir la hipoteca. De manera que, en una primera aproximación, podría concluirse que no se debe devengar IAJD por la escritura de préstamo hipotecario, si lo que interesa, en todo caso a los efectos de determinar quién es el sujeto pasivo del impuesto, es el préstamo. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el artículo 45.I.B.15 del TRLITP y AJD -ubicado en el Título IV destinado a las Disposiciones Comunes-, declara exentos los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten.

No obstante lo expuesto, el criterio señalado ha resultado inveteradamente rechazado por la Sala Tercera del TS²⁷⁶ que de manera reiterada ha venido declarando que los préstamos no están exentos de la cuota gradual del IAJD (art. 45.I.B.15 del TRLITP y AJD) toda vez que la razón de ser de la norma era la exención del ITP y que la exención se aplica a los préstamos –hecho imponible del ITP-, resultando que el hecho imponible del IAJD son “las primeras copias de escrituras y actas notariales (...) que es cosa distinta”²⁷⁷.

Además, la Sala Tercera del TS considera que tampoco están excluidos de la cuota progresiva del IAJD por estar la hipoteca (que no el préstamo, que está sujeto al IVA) sujeta al ITP, aunque exenta por establecerse que tributará únicamente por el

276 Cfr., entre otras muchas, SSTS 1-7-1998 (RJ 1998\7880); 23-10-2000; 8-11-2000 (RJ 2000\8541); 20-1-2006 (RJ 2006\524); 20-6-2006 (RJ 2006\7028).

277 STS 1-7-1998 (RJ 1998\7880).

concepto de préstamo, ya que “una de las constantes históricas más notables del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, y después del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que ha sido y es el tratamiento unitario de los préstamos hipotecarios, que se han concebido como un solo y único hecho imponible, que primero basculó sobre el derecho real de hipoteca, y después, a partir de la Ley 41/1964, de 11 junio, de Reforma del Sistema Tributario, sobre el préstamo, en consecuencia, si el préstamo hipotecario está sujeto, pero exento, en el IVA, no estará sujeto como tal en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, concepto de «transmisiones onerosas», o lo que es lo mismo no estarán sujetos ni el préstamo, ni la hipoteca, toda vez que son elementos del mismo hecho imponible”²⁷⁸.

Y, siguiendo el mismo planteamiento, la Sala también tiene declarado que están excluidos de la cuota progresiva del IAJD por no ser inscribible el préstamo: “[e]n definitiva, cuando el art. 31 del Texto Refundido exigía, entre otros que ahora no interesan, el requisito de que las escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose, indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca”²⁷⁹.

En definitiva, la Sala de lo Contencioso viene a defender que la “unidad de acto” permite elegir a qué “contrato” se referirá el IAJD según resulte conveniente. Pero si con el concepto “unidad de acto” se pretende señalar que “toda” la operación – considerada como acto único- es la que genera el tributo y la misma es inescindible, resulta evidente que la apuntada inescindibilidad se evapora cuando debe optarse con fundamento en los contratos subyacentes otorgados en un único acto para

278 STS 1-7-1998 (RJ 1998\7880).

279 STS 20-6-2006 (RJ 2006\7028).

determinar quién debe ser el sujeto pasivo por aplicación del artículo 68.II del RITP y AJD, y si “la escritura pública” está sujeta o no a la cuota progresiva (art. 74 del RITP y AJD). De este modo resulta que para determinar quién es el sujeto pasivo del impuesto en tanto que adquirente, la norma reglamentaria y la jurisprudencia, toman como contrato decisivo el contrato de préstamo, de tal manera el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario-adquirente del préstamo, con independencia de qué importe determine la base imponible del impuesto –el préstamo o la responsabilidad hipotecaria-. No obstante lo cual, a los efectos de ponderar si resultan de aplicación las exenciones al impuesto (art. 45.I.B.15 del TRLITP y AJD) o de no sujeción (art. 31.2 del TRITP y AJD y art. 74.2 RITP y AJD), se toma como contrato decisivo el contrato de hipoteca que, en definitiva, es el acto que es accesible al Registro de la Propiedad.

Y a último resulta que las entidades financieras ganan y el prestatario siempre es quien pierde pues se le considera sujeto pasivo porque recibió el dinero a préstamo, aunque la base imponible no sea el importe del préstamo, sino aquello sobre lo que tiene derecho de realización el acreedor y, además, la operación señalada no resulta exenta porque se ha constituido una hipoteca, esto es, porque existe un tercero que es titular de un derecho de realización sobre el inmueble del prestatario –o de un garante ajeno- para el supuesto de que el crédito no resulte satisfecho. Y todo ello porque la sacrosanta, y tantas veces referida, unidad de acto permite referirse indistintamente a cualquiera de los contratos subyacentes, por mor de la aplicación del contenido del artículo 68.II del TRLITP y AJD, despreciándose una mínima coherencia entre la base imponible que viene determinada por el derecho real de garantía (art. 30.1 del TRLITP y AJD), la cuota tributaria del IAJD –progresiva- que viene determinada por el derecho real de garantía en tanto que negocio inscribible (art. 31.2 del TRLITP y AJD) y el sujeto

pasivo del impuesto determinado por préstamo, esto es, su “adquirente” que es prestatario (art. 68.II del RITP y AJD). Resulta evidente que la consabida unidad de acto no se puede sostener con desconocimiento de la realidad subyacente que supuestamente cohesionan. Y todo ello soslayando asimismo la previsión legal contenida en el artículo 3 de la LGT cuando establece que “[l]a ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”, precepto que, atendida la circunstancia de que los impuestos indirectos -el IAJD lo es- gravan la capacidad económica del sujeto pasivo que se alberga en el hecho imponible, permite concluir que el intocable artículo 68 II del RITP y AJD no puede consagrar la falta de coordinación entre el sujeto que se “enriquece” o demuestra la referida capacidad económica y el sujeto pasivo del impuesto obligado al abono del mismo por la acreditación de una capacidad económica de otro, es decir, el acreedor hipotecario que es el único sujeto de la relación que recibe el valor -o una parte del mismo- de la responsabilidad hipotecaria -en forma de derecho de realización- sobre el inmueble ofrecido en garantía, que en definitiva es la base imponible del impuesto.

Queda así expuesta la evidente injusticia que se deriva de la aplicación preferente de la norma reglamentaria contenida en el artículo 68.II del RITP y AJD, paliada radicalmente de atenderse a la aplicación de la norma con rango legal, es decir, la que se contiene en el artículo 29 del TRITP y AJD en la que expresamente se establece que el sujeto pasivo es el adquirente del bien o derecho inscribible, toda vez que si no hay derecho inscribible no se devenga el IAJD en la cuota progresiva (cfr. art. 31.2 del TRITP y AJD y art. 74.2 del RITP y AJD). De este modo, el recurso directo al artículo 29 del TRITP y AJD permi-

te eludir las críticas vertidas al principio de unidad de acto, ya que no se verificaría escisión alguna en los contratos subyacentes o integrados en la referida unidad de acto a los que se atiende para cada factor de los que se consideran, esto es, la base imponible determinada por el derecho real de garantía (art. 30.1 del TRLITP y AJD), la cuota tributaria del IAJD que es la cuota progresiva determinada por el derecho real de garantía en tanto que negocio inscribible (art. 31.2 del TRLITP y AJD) y el sujeto pasivo del impuesto determinado por el derecho real de garantía, esto es, su adquirente que es el acreedor garantizado (art. 29 del TRLITP y AJD).

c) La facultad del prestatario de recuperar de la entidad bancaria la parte de la cuota gradual del IAJD correspondiente a los intereses y la abusividad de la cláusula que impone al prestatario el pago del IAJD (cuota gradual en cuanto que le impide recuperar del banco la parte de la cuota del IAJD correspondiente a los intereses).

Es de apreciar que, en algún supuesto, nuestro ordenamiento jurídico permite al sujeto pasivo recuperar parte de la cuota que ha pagado de un tercero. En efecto, en nuestro ordenamiento tributario se localiza un caso en que el sujeto pasivo de un tributo, que paga su cuota, puede recuperar de otra persona parte de la cuota que ha pagado. Así, el sujeto pasivo del IBI es el propietario, en la fecha en que se devenga el IBI (1 de enero de cada año natural), del inmueble gravado. Pero si el propietario de un inmueble, que ya ha pagado el IBI, lo transmite ya iniciado el año, tendrá derecho a recuperar del adquirente la parte de la cuota del IBI del ejercicio en que se produce la venta, proporcional al tiempo en que el comprador es propietario del inmueble en dicho ejercicio²⁸⁰.

280 En este sentido ha fallado la STS, Sala de lo Civil, 15 junio 2016 (LA LEY 65862/2016), en un supuesto en que no había ningún pacto al respecto entre vendedor y comprador, con base en el art. 63.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales: lo dispuesto en

Y, sentado cuanto antecede, es posible apreciar que las normas de Derecho común facultan al prestatario a recuperar del banco la parte de la cuota gradual del IAJD correspondiente a los intereses. Ciertamente, entre el IBI y el caso que revisamos al hilo de la STS comentada se aprecia una evidente disimilitud, pues en el IBI la misma normativa tributaria dispone el derecho del propietario del inmueble, que lo vende durante el ejercicio correspondiente al IBI ya devengado y pagado, a recuperar del comprador la parte de la cuota proporcional al tiempo en que el comprador es propietario en dicho ejercicio (art. 63.2 del TRHL), en tanto que en el supuesto revisado la normativa tributaria no prevé que el prestatario pueda recuperar de la entidad prestamista la cuota gradual del IAJD correspondiente a los intereses. No obstante lo cual, como ya apunté, ello no impide que, por aplicación de las normas del Derecho común, el prestatario albergue derecho a dicha recuperación, con fundamento en el principio de que quien obtiene unos ingresos ha de soportar los gastos que conlleva la obtención de los ingresos. Así, si una persona diferente de la que se beneficia de los ingresos ha abonado alguno de los gastos inherentes a la ganancia, conserva el derecho de recuperarlos de quien se beneficia de los ingresos, a los efectos de evitar una situación de enriquecimiento injusto, presuponiendo que no existe relación jurídica alguna entre ambos sujetos por cuya virtud el que abona los gastos inherentes a la obtención de los ingresos tenga que soportarlos, a pesar de que no obtenga los beneficios, y de que no abona dichos gastos con ánimo de liberalidad.

Atendiendo a la anterior consideración se localizan determinados preceptos del Código Civil de los que se deduce el principio de que quien obtiene unos ingresos ha de soportar los gastos inherentes a su obtención: así, los artículos 356, 452,

el apartado anterior —será sujeto pasivo quien ostente la propiedad del inmueble el día del devengo— será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de Derecho común.

472, 504, 1362. En principio, los artículos 356, 452, 472 del Código Civil disponen que quien percibe unos frutos tiene la obligación de abonar los gastos de producción de los frutos realizados por un tercero. Concretamente, el artículo 356 dispone esta norma de modo genérico, establecida para cualquier supuesto en que se constate esta situación, y así, quien percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación. Por su parte, los otros dos preceptos referidos la establecen para supuestos más concretos. Así, el artículo 452 dispone, al regular la liquidación del estado posesorio, que si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción. Y, por su parte, el artículo 472, en sede de usufructo, después de sentar que los frutos pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario, precisa: pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo con el producto de los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes hechos por el usufructuario. Por su parte, el artículo 504, también residenciado en sede de usufructo, dispone que el pago de las cargas y contribuciones anuales... que se consideran gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure. Y el artículo 1362 del Código Civil establece que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos de disfrute de los bienes comunes, de administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, de explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, porque son gastos necesarios para la obtención de los frutos de los bienes comunes, de los frutos de los bienes privativos y de los beneficios de los negocios privativos o de los ingresos profesionales, respectivamente, que son bienes gananciales, según dispone el artículo 1347 del mismo Cuerpo legal.

Aplicando lo expuesto a la situación cuya revisión nos ocupa, resulta que en virtud de la normativa reguladora del IAJD ya referida, el prestatario va a tener que abonar la parte de la cuota del IAJD correspondiente a los intereses del préstamo, cuando dicha parte, conforme al principio señalado, debería soportarla la entidad bancaria, toda vez que es un gasto inherente a la obtención de unos frutos civiles que ingresa el banco. Por tanto, el prestatario debe tener la facultad de recuperar de la entidad bancaria prestamista la parte de la cuota del IAJD que ha pagado correspondiente a los intereses, pues, en caso contrario, la entidad prestamista incurriría en enriquecimiento injusto.

Por lo indicado, ya de entrada cabría considerar que la cláusula que impone al prestatario el pago de todos los gastos de constitución del préstamo apunta tacha de abusividad en cuanto que le impide recuperar del banco la parte de la cuota del IAJD correspondiente a los intereses. En los términos señalados, la cláusula de gastos quedaría subsumida en el concepto genérico de cláusula abusiva del artículo 82.1 del TRLGDCU, a cuyo tenor: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, cuando se establece que el consumidor no sólo está obligado a soportar los tributos inherentes al beneficio que recibe del empresario (el capital del préstamo), sino también los tributos inherentes al beneficio que el empresario recibe del consumidor (los intereses)”. En este contexto debe recordarse que la STJUE 14 marzo 2013 (asunto C 415-11, caso Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa-Catalunyacaixa), entre otras varias, ya declara que en lo que se refiere

a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva ... el juez nacional debe comprobar a tal efecto si 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 (núm. 69). Y no parece razonable estimar que en el marco de una negociación individual el consumidor prestatario vaya a renunciar a recuperar de la entidad bancaria la parte de la cuota del IAJD correspondiente a los intereses que ingresa el banco. Pero es que, más específicamente, esta cláusula cabría quedar subsumida en el artículo 89 del TRLGDCU -atinentemente a las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato-, núm. 3, que considera abusiva la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. A tales efectos debe significarse que entre los gastos de tramitación y documentación el artículo 89.3 del TRLGDCU incluye los tributos, como lo prueba que considera abusiva, en su letra c), en particular, en la compraventa de viviendas, la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, si bien atendido el rigor con que nuestros tribunales aplican la disposición formal contenida en el artículo 68.II del RTP y AJD, la cláusula de la que tratamos no sería abusiva pero únicamente por esta razón, toda vez que el sujeto pasivo del IAJD, según dispone el precepto reglamentario, es el prestatario, y la estipulación impone al consumidor prestatario soportar un gasto, la parte de la cuota del IAJD correspondiente a los intereses, que, según las normas del Derecho común, debe soportar la entidad bancaria prestamista. A tal efecto debe considerarse que la relación de cláusulas abusivas que se contiene en el RD 1/2007 no integra una lista cerrada, de tal manera que no son cláusulas abusivas única y exclusivamente las enumeradas por la ley. En

consecuencia, de entrada es posible concluir que el consumidor prestatario puede recuperar del banco prestamista al menos y sin discusión alguna la señalada parte de la cuota²⁸¹.

d) El efecto de la nulidad de la cláusula de gastos en general; en definitiva, la restitución de los gastos que en virtud del derecho supletorio correspondieran al prestamista.

En el arranque de la argumentación de la resolución ahora comentada, el Alto Tribunal principia la fundamentación de su Sentencia ofreciendo una relectura de lo concluido en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015. A este respecto se expone que la Sentencia últimamente referida declaró abusivo que, en ausencia de negociación individualizada, se impusiera al consumidor aquellos gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales supletorias, deben distribuirse entre las contratantes en función del modelo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Más precisamente y a modo de ejemplo, se señalaba que “en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples”. Pero es que, además, se indicaba que “deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación”. Finalmente se venía a concluir que la cláusula objeto de la controversia era abusiva en su

281 A tal efecto, entiendo que no cabría oponer que, aunque la STS nº 148/2018, de 15 de marzo, hubiera sido dictada en otro sentido los bancos difícilmente habrían tenido que “devolver” ningún tributo a los consumidores por cuanto no se puede devolver algo que jamás se percibió (cfr. SAINZ-ROZAS, F., *El obligado tributario en el impuesto de actos jurídicos documentados, ¿prestamista o prestatario?*, Diario La Ley, Nº 9210, Sección Tribuna, 4 de Junio de 2018), toda vez que lo que se debate no es la devolución de una cantidad indebidamente abonada a la entidad bancaria sino la posibilidad de poder repercutirle a la misma el importe de un impuesto que debió incumbirle –al menos en parte– y que ha sido satisfecho por sujeto no obligado a su pago.

totalidad y no parcialmente, como había declarado la AP de Asturias, si bien se especificaba que las consecuencias -efectos restitutorios- de ello integraban una cuestión distinta.

Específicamente se venía a indicar que, una vez declarada por el tribunal la abusividad de la cláusula, el órgano jurisdiccional procedería a determinar a la concreta atribución de cada uno de los gastos, acordando la restitución de aquellos importes que, en aplicación del Derecho supletorio, debieran atribuirse al prestamista. Por el señalado motivo, no cabe la restitución del IAJD en su modalidad gradual, toda vez que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario según la ley y reglamento reguladores del impuesto “en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo”, si bien la entidad prestamista deberá restituir las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo señalado.

En definitiva, el TS viene a considerar que “la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores”. Lo que vienen a significar que el juez que declare la abusividad de la cláusula de gastos -procedente cuando la cláusula atribuya todos los gastos al consumidor sin distribución equitativa o sin haber existido negociación individualizada- deberá acordar la restitución de aquellos importes que en virtud del Derecho supletorio correspondiesen al prestamista, conclusión, por otra parte razonable.

De lo expuesto, no obstante, no cabe colegir que, declarada la nulidad por abusiva de la cláusula, el juez pueda ordenar la restitución del 50% de los gastos, como si se subrogara en la posición del acreedor predisponente en el momento de la contratación aunque revestido de buena fe. En otras palabras, el órgano jurisdiccional no puede entrar a moderar los efectos de la restitución considerando que la entidad prestamista en el momento de la contratación verificó una distribución equitativa de buena fe, ya que precisamente por haberse declarado judicialmente que la cláusula es abusiva no cabe concluir que así lo hiciera, y la sanción prevista en esta situación es la nulidad -sin limitación restitutoria; STJUE de 21 de diciembre de 2016²⁸²- como mecanismo eficaz para provocar la desmotivación de la entidad financiera en la aplicación de las cláusulas abusivas (cfr. arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores).

En todo caso resulta de interés volver a señalar que lo esencial –y lo que se esperaba de la argumentación del TS- no era que el Alto Tribunal expusiera si la concreción del sujeto pasivo le parece o no adecuada, ni que viniera a señalar que la previsión del artículo 68.II del RITP y AJD se extralimitaba de su ámbito reglamentario, sino más bien la directa aplicación de la disposición contenida en el artículo 29 del TRLITP y AJD, norma de rango legal que determina sin duda el sujeto pasivo del impuesto, sin atribuir esta condición en modo alguno al prestario, toda vez que es lo establecido por el artículo 89.3.c) del TRLGDCU –que viene a disponer que es abusivo repercutir al consumidor aquellos gastos que por ley correspondan al empresario, entre ellos, tributos cuyo sujeto pasivo sea el empresario- y, además y muy significativamente, porque los órganos jurisdiccionales están sometidos únicamente al imperio de la Ley, de tal manera que no deben aplicar ninguna norma con rango

282 ECLI:EU: C: 2016: 980.

inferior a la Ley –reglamento- que vulnere la apuntada jerarquía normativa (art. 6 de la LOPJ). De lo que se concluye que el TS debía haber declarado inaplicable la disposición contenida en el artículo 68.II del RITP y AJD pues resulta evidente que la misma viene a contradecir lo establecido en el artículo 29 del TRLITP y AJD del que con claridad se deduce que el sujeto pasivo del impuesto es el acreedor garantizado, previsión que, por mor del artículo 68.II del RITP y AJD, resulta reglamentariamente invertida, en clara vulneración de la reserva de ley dispuesta en orden a la determinación de los elementos esenciales del tributo (art. 8 de la LGT).

Por último, en el comentario que nos ocupa conviene precisar que tanto la resolución de la AP de Asturias, objeto de la casación, como la Sentencia del TS consideran los contratos concurrentes -el de compraventa con subrogación y el de préstamo hipotecario- conjuntamente como si fueran lo mismo, descuidando que, con precisa referencia al ITP, la transmisión patrimonial que se verifica en la compraventa con subrogación no es la de dinero a préstamo –ya consumada previamente, incluso en orden a su tributación- sino la transmisión de la titularidad dominical sobre la vivienda adquirida directamente al promotor. Es por lo que a este contrato le resultaría de aplicación el art. 8.a) del TRLITP y AJD, por cuya virtud será sujeto pasivo... “en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere”, esto es, el comprador.

En todo caso no resulta de aplicación el artículo 8.d) del TRLITP y AJD según el cual será el sujeto pasivo del ITP “[e]n la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto”, toda vez que no se está constituyendo en el acto de derecho real alguno, en particular una hipoteca sobre la vivienda, pues la misma ya se encontraba constituida. Y tampoco es aplicable el artículo 8 d) del TRLITP y AJD al disponer que el su-

jeto pasivo del ITP será el prestatario “[e]n la constitución de préstamos de cualquier naturaleza”, toda vez que el préstamo ya estaba constituido, y en su ámbito lo único que se produce es el un cambio en el sujeto pasivo de la relación obligatoria. Es por lo mismo que no es de aplicación el artículo 15.1 del TRLITP y AJD, a cuyo tenor “[l]a constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo”, ya que en estos supuestos no se constituye hipoteca alguna, sino que se altera el sujeto deudor que, al quedar subrogado en el préstamo, se posiciona en la posición deudora con el mismo gravamen que ya soportaba la vivienda adquirida. Además, tampoco existió abono del ITP en la constitución del préstamo hipotecario perfeccionado en el año 2013, ya que es una operación exenta²⁸³.

Y con precisa referencia al IAJD, en el contrato de compra-venta con subrogación el bien que se transmite es la vivienda adquirida, por lo que de conformidad con el artículo 29 del TRLITP y AJD el sujeto pasivo del impuesto es el adquirente del bien -el comprador que adquiere la vivienda-, y lo mismo dispone el artículo 68.I del RITP y AJD resultando, además, que la escritura que documenta la operación de subrogación en la modalidad gradual del IAJD sobre documentos notariales está exenta (art. 7 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios). Por lo que re-

283 En este ámbito, el artículo 45.I.B.15 TRLITP y AJD, dispone que estarán exentos “[l]os depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso los representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos (...)”. La señalada exención se extiende a la constitución del derecho real de garantía precisamente porque los artículos 15.1 TRLITP y AJD y 25.1 RITP y AJD disponen que únicamente tributarán por el concepto de préstamo cuando se constituyan simultáneamente al préstamo (v.gr. un préstamo hipotecario) o en un momento posterior (v.gr. hipoteca unilateral). De igual manera, la concesión de créditos y préstamos en dinero están exentas del IVA, como también lo están las aportaciones de garantías en la constitución del préstamo (cfr. art. 20. Uno. 18º c) y f) LIVA). En consecuencia, los pronunciamientos vertidos por el TS a este respecto pueden calificarse de superfluos.

sulta evidente que ningún IAJD en la modalidad gradual se devengó por la subrogación, sino únicamente por la transmisión generada por la compraventa.

En todo caso, con carácter general y con precisa referencia al contrato de compraventa con subrogación, conviene significar que la distribución de los gastos a los que se refiere la cláusula considerada, resulta referida a los gastos a repartir entre comprador y vendedor y no entre la entidad bancaria y el comprador, toda vez que aquélla no está constituyendo un derecho real de garantía sobre la finca ni otorgando un préstamo, relaciones ya existentes con anterioridad a que el comprador adquiriera la vivienda. La entidad prestamista tan sólo emite su consentimiento favorable al cambio de deudor -del promotor-vendedor al comprador-nuevo-prestatario-. Es por lo que se precisa que el impuesto sobre la plusvalía incumbe al vendedor –art. 89.3 c) del TRLGDCU-, si bien quien tiene interés en que conste en una escritura pública el dato de que ha adquirido y de que es titular dominical de la vivienda constando como propietario del inmueble en el Registro de la Propiedad es, sin ningún género de duda, el comprador. Y, así y por ello, resulta que la norma que aplicable al supuesto es el artículo 1455 del Código Civil, a cuyo tenor, “[l]os gastos de otorgamiento de escrituras serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario”. Y de la vinculación del referido precepto con la disposición contenida en el artículo 89.3 del TRLGDCU - “[l]a imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”- se concluye que cuando el vendedor sea un empresario no podrá imponer al consumidor-comprador los gastos de otorgamiento de la escritura, aunque sí los de primera copia y posteriores, salvo que exista pacto en contrario, ni tampoco específicamente los gastos de titulación derivados de la decla-

ración de “obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación”, por resultar abusiva la traslación al comprador de los gastos de constitución del préstamo hipotecario que el promotor contrató para construir el inmueble, o su división entre las distintas fincas resultantes, o por la cancelación del aquél préstamo. Si bien lo que se abona al notario al otorgarse una escritura de compraventa del inmueble es la elevación a público del contrato de compraventa, sin que tampoco se abonen los gastos de constitución del préstamo originario en tales supuestos ni se genere pago de cancelación del préstamo original porque el mismo sigue vigente, pues de hecho se está subrogando en él, es decir, está asumiendo jurídicamente el papel de prestatario de un préstamo preexistente cuyo prestatario anterior era el promotor.

LA STS, SALA 3ª, DE 16 DE OCTUBRE DE 2018. RESOLUCIONES POSTERIORES QUE LA CONFIRMAN

En este contexto resulta que la Sala Tercera del TS el 27 de septiembre de 2017 vino a admitir un recurso de casación en el que se viene a cuestionar, de nuevo una vez más, la legalidad del artículo 68 del RITP y AJD, de manera que el Alto Tribunal, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, se ha visto en la necesidad de tener que pronunciarse sobre la eventual nulidad de dicho precepto reglamentario. Y aunque “*a priori*” resultaba razonable suponer que la alteración de su criterio se percibiera improbable, por lo que únicamente cabía esperar una modificación legislativa -o gubernativa, toda vez que la norma a alterar es un Reglamento- que recuperara la regulación del sujeto pasivo del IAJD volviendo a la situación anterior a la reforma de 1995, circunstancia por otra parte también inverosímil atendida la presión derivada de los prestamistas profesionales, cuyos préstamos se encuentran sometidos al IVA, aunque exentos, ya que serían los elementos personales a

quienes se les derivaría la posición de sujeto pasivo del impuesto en tanto que acreedores garantizados, la realidad es que las expuestas previsiones no se han cumplido y que en su pronunciamiento contenido en la Sentencia de 16 de octubre de 2018²⁸⁴, la Sala Tercera del Alto Tribunal, precisamente ha venido a declarar que es el banco y no el cliente el que debe pagar el impuesto en los préstamos hipotecarios. Tiene en cuenta, para ello, que el negocio inscribible es la hipoteca y que el único interesado en la elevación a escritura pública y la ulterior inscripción de aquellos negocios es el prestamista, y que únicamente mediante dicha inscripción este sujeto va a poder ejercitar la acción ejecutiva y privilegiada que deriva la hipoteca. Para sorpresa –grata, sin duda- de una buena parte de los operadores jurídicos, la Sentencia anula, además, el artículo 68.2 del Reglamento del impuesto que, como ya hemos visto, establece que el prestatario es el sujeto pasivo del impuesto, por ser contrario a la ley.

284 STS, Sala Tercera, Sección 2ª, nº 1505/2018, de 16 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas. En concreto, el fallo de la referida resolución resulta del tenor siguiente: “*Primero.* Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia. *Segundo.* Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de junio de 2017, dictada en el procedimiento ordinario núm. 501/2016, sobre liquidación del impuesto sobre actos jurídicos documentados de una escritura pública de formalización de préstamo hipotecario respecto de varias viviendas, sentencia que se casa y anula. Tercero. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE RIVAS VACIAMADRID, S.A., contra la resolución del Tribunal Económico Regional de Madrid de fecha 31 de mayo de 2016, que desestimó la reclamación económico-administrativa deducida frente al acuerdo de la Oficina Técnica de la Inspección de los Tributos de la Comunidad de Madrid que practicó la liquidación núm. 0020131043847 correspondiente al impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuantía 22.566,47 euros, respecto de escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, declarando la nulidad de tales resoluciones (de la Oficina y del TEAR) por su disconformidad con el ordenamiento jurídico. *Cuarto.* Anular el número 2 del artículo 68 del reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 25 de mayo, por cuanto que la expresión que contiene (“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”) es contraria a la ley” (subrayado por mí).

El cambio de criterio fundado en la precitada resolución, basado en los mismos razonamientos, resulta asumido en dos resoluciones posteriores de la misma Sección de la Sala Tercera del TS, en concreto las Sentencias de fechas 22²⁸⁵ y 23²⁸⁶ de octubre del mismo año.

LA STS, DE PLENO, DE LA SALA 3ª DEL TS, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sin que ningún operador jurídico pudiera haberlo intuido, por lo anómalo de la situación, con posterioridad a tan drástica alteración, sorpresivamente el Presidente de la Sala de lo Contencioso-administrativo convocó al Pleno de la Sala para pronunciarse sobre tan espinosa controversia, resultando de las reñidas deliberaciones la Sentencia de 27 de noviembre de 2018²⁸⁷, en la que con resultado de 15 votos a favor y 13 en contra de los magistrados deliberantes la Sala Tercera repone el criterio originariamente defendido.

EL DESENLACE FINAL. EL RD LEY 17/2018, DE 8 DE NOVIEMBRE

No obstante la convocatoria del Pleno de la Sala Tercera del TS, cuyo señalamiento fue anunciado para el día 5 de noviembre de 2018, ya con anterioridad, tal y como fue anticipado por el Gobierno, el Consejo de Ministros aprobó un Real Decreto Ley para modificar la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Se trata del Real Decreto Ley 17/2018, publicado en fecha 9 de noviembre de 2018 en el Boletín Oficial del Estado. La Exposición de Motivos de esta norma hace mención a las sentencias

285 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 1523/2018.

286 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 1531/2018.

287 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Pleno, núm. 1671/2018.

dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16, 22 y 23 de octubre, que habían anulado el artículo 68.2 del Reglamento, e imponían al prestatario el pago del impuesto en la formalización de préstamos con garantía hipotecaria. Y es que, tras la deliberación del Pleno, cuyo resultado fue anunciado antes del dictado de la correspondiente sentencia, en la que se decidió volver de nuevo a la doctrina anterior en la que el prestatario era el obligado al pago del tributo, el ejecutivo consideró que se había generado una situación de inseguridad jurídica que afecta al mercado hipotecario en su conjunto.

El Real Decreto Ley 17/2018 tiene un único artículo, que provoca las siguientes modificaciones normativas:

a) Modifica la redacción del artículo 29 del RDLeg. 1/1993, declarando lo siguiente: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan», y aclarando que «cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”*.

b) Añade un párrafo 25 al artículo 45.I.B) de dicho RDLeg 1/1993, a cuyo tenor: *“Las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria en las que el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en la letra A) anterior”*.

c) Deroga cualquier disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo dispuesto en el considerado Real Decreto Ley.

d) Modifica la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de este RDL. Así, añade una nueva letra m) en su artículo 15, relativo a los gastos que no son fiscalmente deducibles.

Todo lo cual supone que la deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados según la redacción dada por este RDL, no será deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

Y respecto a la entrada en vigor, ésta se prevé para el día siguiente al de su publicación, esto es, el 10 de noviembre de 2018.

Por cuanto se refiere a la extraordinaria y urgente necesidad, la Exposición de Motivos de la norma expone el cumplimiento del requisito de extraordinaria y urgente necesidad para la utilización del Real Decreto Ley, localizada en la situación de incertidumbre generada por el dictado de las ya revisadas sentencias del TS y el posterior giro realizado en la reunión del Pleno lo que justificaba la fijación de un marco jurídico que estableciera las reglas de esta actividad mercantil. Por otra parte, el Gobierno considera que no podía desatender el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores, contando con un marco jurídico estable y claro. Se indica asimismo que en el supuesto concurren las notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que exigen una acción normativa inmediata (SSTC 68/2007, F. Jco 10, y 137/2011, F. Jco 7). Y así, se considera que la excepcionalidad viene determinada por la situación que ha generado la sucesión de pronunciamientos judiciales diversos sobre la misma materia. En tanto que la gravedad se deriva del gran número de factores, sujetos e intereses que se ven afectados por dicho régimen jurídico. Y por cuanto se refiere a la relevancia, se constata como palmaria la importancia cuantitativa y cualita-

tiva que las hipotecas tienen en nuestro tráfico mercantil. Por último, se considera que la imprevisibilidad concurre atendida la imposibilidad de anticipar la sucesión reciente de cambios jurisprudenciales sobre esta materia.

Y UNA NUEVA DECLARACIÓN DEL ALTO TRIBUNAL. LAS SSTS, SALA 1ª, DE PLENO, Nº 44, 46, 47, 48 Y 49/2019, DE 23 DE ENERO

Tal y como ya quedó apuntado en la parte primera de este apartado dedicado a la cláusula de gastos e impuestos, en las SSTS, Sala 1ª, Pleno, nº 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero²⁸⁸, nuestro Alto Tribunal, ha venido a fijar doctrina sobre algunas cuestiones relativas a cláusulas abusivas en contratos con consumidores sobre las que aún no se había pronunciado.

Por cuanto se refiere al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados la Sala reitera que el sujeto pasivo de este impuesto es el prestatario, como ya declaró en las Sentencias nº 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se compadece con la de las Sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo nº 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera, según ya quedó expuesto precedentemente.

Conviene significar que a esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados

288 SSTS, Sala 1ª, de Pleno, nº 44/2019 (rec. núm.: 2982/2018. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena), 46/2019 (rec. núm.: 2128/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), 47/2019 (rec. núm.: 4912/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), 48/2019 (rec. núm.: 5025/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 49/2019 (rec. núm.: 5298/2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

el 22 de noviembre siguiente), toda vez que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, únicamente resulta de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia, por cuanto su carácter es esencialmente prospectivo y no contiene regulación retroactiva alguna.

ÚLTIMA SECUENCIA (DE MOMENTO). LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PRESENTADAS POR LOS JUZGADOS DE INSTANCIA Nº 6 DE CEUTA Y Nº 17 DE PALMA DE MALLORCA SOBRE LA CLÁUSULA DE GASTOS

Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 Ceuta, mediante Auto de 13 de marzo de 2019 (procedimiento nº 190/2018) ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) mediante la que se plantea la duda acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del reparto de gastos hipotecarios en las cláusulas insertas en las escrituras de préstamos. Considerado el panorama descrito precedentemente, se presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 Ceuta mediante la cual se solicita la nulidad de la cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos hipotecarios, por considerarla a todas luces abusiva. Y el órgano judicial decide plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a los efectos de que el TJUE se pronuncie sobre si las últimas sentencias del Tribunal Supremo de España (las ya mencionadas de 2019), por las que se repartían los gastos de formalización de las hipotecas entre el banco y el cliente, son contrarias al Derecho de la Unión Europea y su jurisprudencia, en cuanto a la protección de los consumidores sobre cláusulas abusivas. Al respecto, la juez de instancia plantea las dudas sobre cómo debe afrontar la cuestión, pues si bien ya se advirtió que

este tipo de cláusulas son nulas, se pregunta cómo es posible que nuevamente se estime la posición defendida por las entidades bancarias y se permita distribuir los gastos de constitución del préstamo hipotecario entre el prestamista y el prestatario. En este contexto, atendiendo al contenido de la Directiva comunitaria 93/13/CEE, plantea la juzgadora las dos siguientes solicitudes al TJUE: 1ª. La fijación de un criterio inequívoco para determinar si es ajustada a la normativa europea de protección de consumidores y usuarios la nueva jurisprudencia dictada por nuestro TS en las sentencias de 23 de enero de 2019 con arreglo a la cual son válidas las cláusulas por las que se reparten los gastos hipotecarios de gestoría y notaría, así como el pago en exclusiva por el cliente de la comisión de apertura siempre que se supere el control de transparencia. 2ª: Y que por el Tribunal Supremo se lleve a cabo una interpretación integradora de una cláusula nula por abusiva cuando la supresión de la misma y los efectos dimanantes de ésta no afectan a la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En definitiva, se pretende un pronunciamiento expreso sobre si es o no conforme al Derecho de la Unión Europea la posibilidad de moderar o distribuir los gastos de constitución de un préstamo hipotecario una vez declarada la nulidad de la cláusula que los impone.

Por su parte, también la magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca, ha presentado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial ante la crítica situación creada por las últimas resoluciones dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Mediante Auto, que tiene fecha de 12 de marzo, recaído en el seno del procedimiento ordinario nº 1039/2018, la juez reclama unificar criterios interpretativos para defender la seguridad jurídica que debe existir en nuestro Estado de Derecho, evitando sentencias contradictorias que provoquen «un grave e irreparable daño a los consumidores». En opinión de la magistrada,

existen diferentes líneas jurisprudenciales interpretativas, tanto por parte del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, que «han ido cambiando constantemente en un breve periodo de tiempo» y que podrían apartarse de las directivas europeas en materia de consumo. La cuestión planteada ha sido registrada con la referencia C-224/19 y tiene por objeto que el TJUE analice si la jurisprudencia dictada por Tribunal Supremo en materia del impuesto de las hipotecas es acorde a la Directiva Europea 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

d.6) Índice IRPH.

PLANTEAMIENTO GENERAL

Con carácter general, al contratar un préstamo hipotecario con una entidad bancaria el prestatario interesa un capital a devolver en un plazo concreto y a un interés determinado, estableciéndose un período del tiempo de amortización del préstamo en que se devenga un interés fijo, y disponiéndose para el resto del capital a amortizar un interés variable que, por su naturaleza, deberá ser revisado periódicamente. Este interés variable se integra por un diferencial -en ocasiones también variable, caso de tenerse determinados productos contratados con la entidad financiera- y otro de referencia que, en una buena parte de préstamos hipotecarios está constituido por el Euribor, si bien en otros supuestos resulta ser el IRPH.

El referido IRPH se obtiene a partir de los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios con plazo de amortización superior a tres años que han sido concedidos por las entidades financieras mensualmente. En definitiva, la obtención de ese referencial medio se viene a determinar por las propias entidades financieras en atención a los diversos productos bancarios que las mismas ofrecen a sus clientes.

Sabido es que, desde 2007 y con el propósito de activar la economía de la zona euro, el Banco Central Europeo dispuso determinadas medidas entre las que se localiza la atinente a la bajada de los tipos de interés. Esta medida determinó un sensible descenso del Euribor que llegó a límites mínimos de carácter histórico que en modo alguno supusieron para las entidades financieras la generación de pérdidas pues las prestamistas compensaron estos previsibles quebrantos con el despliegue de una oferta de préstamos garantizados mediante hipoteca con diferenciales más elevados, medida que no hizo sino perjudicar a los consumidores que tenían su hipoteca referenciada al IRPH, toda vez que la subida de los diferenciales incidía en el cálculo del indicado índice.

Fue en 2011, a partir de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, cuando se dispuso el establecimiento de los tipos oficiales a publicar por el Banco de España. En concreto, el artículo 26 de la indicada OM dispuso que los referidos tipos deberían calcularse a costa del mercado sin que los mismos fueran susceptibles de influencia por parte de las entidades financieras y debiendo ser calculados mediante un procedimiento matemático de carácter objetivo; a su vez, el referido precepto disponía que en los préstamos hipotecarios con interés variable era de obligatorio cumplimiento el adjuntar un documento separado comprensivo de una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en las diversas situaciones de evolución de los tipos de interés. Por su parte, al respecto, se debe considerar que tanto la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (arts. 5 y ss.) como el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU (arts. 80 y ss.) disponen el control de las cláusulas en los contratos de adhesión y en aquéllos celebrados con consumidores, respectivamente. Con-

cretamente, los controles legalmente establecidos se fundan en el de inclusión y en el de transparencia. El primero de los indicados –control de inclusión- atañe a la información previa y expresa sobre la existencia de la cláusula que debe ser redactada con concreción, claridad y sencillez, accesibilidad y legibilidad, buena fe y justo equilibrio. Por lo que, en concordancia con la precedente OM de 5 de mayo de 1994, y a los efectos de dar cumplimiento a los indicados requisitos, las entidades financieras deben entregar al consumidor un folleto informativo y una oferta vinculante -que debe ser entregada con una mínima antelación de tres días- en la que se incluyen las características y condiciones del préstamo. Y por cuanto se refiere al segundo de los controles mencionados –control de transparencia-, la circunstancia que determinará la licitud de la cláusula en el ámbito de los contratos celebrados con consumidores, vendrá concretada en la posibilidad de un sencillo conocimiento por parte de la persona consumidora tanto de la carga económica como de la carga jurídica que para el mismo implica el contrato. Se trata, pues, de que, mediante la información facilitada por la entidad financiera, el consumidor pueda tener conocimiento, por una parte, de que la cláusula en cuestión integra el precio del contrato y, por otra, de las consecuencias que tal determinación puede provocar en el precio final a desembolsar por el prestatario. Desde esta perspectiva, resulta que la constatación de una falta de transparencia va a determinar un desequilibrio *importante* -sustancial- en perjuicio del consumidor.

Se critica en la determinación del IRPH la circunstancia de que el mismo pueda resultar manipulado por las entidades que envían los datos al Banco de España a los efectos de su publicación. Y es que respecto de los datos enviados se cuestiona si los mismos se corresponden con el precio oficial del dinero o bien atienden a los propios préstamos concedidos por las entidades financieras, pues desde esta última consideración resulta

que a préstamos concedidos a un interés más elevado más alto resultará el IRPH que, atendiendo a esta mecánica operativa, deja de ser un indicador objetivo para convertirse en una referencia que encuentra fundamento en la contratación propia de las entidades, por consiguiente, de naturaleza objetiva e impuesta por una de las partes contratantes en contra del principio de igualdad contractual consagrado en el artículo 1256 del Código Civil. Ciertamente, en la práctica, se ha venido constatando de manera harto frecuente el hecho de que las propias entidades no llegaban a explicar a sus clientes la imposibilidad de manipulación del índice, ni tampoco realizaban ante los prestatarios las preceptivas simulaciones sobre el funcionamiento de la cláusula en los diversos posibles escenarios, a los efectos de que el consumidor pudiera alcanzar a comprender indubitadamente la mecánica de funcionamiento del índice de referencia IRPH y, en su caso, poder optar por la aplicación de un índice de referencia diverso, como el Euribor.

Ante la descrita situación empezaron a sucederse las reclamaciones judiciales en ejercicio de acciones dirigidas a obtener la declaración de nulidad de la cláusula referenciada a IRPH, que actualmente han tomado auge, provocando ya numerosos pronunciamientos de carácter no unánime, a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto en lo que será su primera resolución sobre la nulidad de la cláusula IRPH, lo que previsiblemente va a suceder en breve pues la deliberación sobre el primer asunto planteado al respecto se encuentra anunciada para el día 22 de noviembre de 2017.

EL ÍNDICE DE REFERENCIA IRPH

Concepto y breve reseña de su evolución financiera

El índice de referencia IRPH -técnicamente denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años

para la adquisición de vivienda libre”-, incorporado a más de un 10% de los préstamos hipotecarios concedidos en España, constituye uno de los tipos referenciales usualmente aplicados por las entidades financieras a los efectos de determinar los intereses remuneratorios de los préstamos hipotecarios concedidos.

En el ámbito que nos ocupa resulta de interés señalar que hasta el 1 de noviembre de 2013²⁸⁹ concurrían tres clases de IRPH. A saber: IRPH Bancos, IRPH Cajas y IRPH Entidades (o “conjunto de entidades”, que venía a ser un promedio de los precedentemente referidos). Pero desde la fecha señalada por el Banco de España dejó de publicarse el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, que resultaron reemplazados en los préstamos hipotecarios a cualquiera de estos tipos por el IRPH Entidades más un referencial.

Resulta significativamente característico del IRPH que el mismo, siendo el comúnmente aplicado en los préstamos hipotecarios, siempre ha constituido un índice referencial sustancialmente más elevado que el Euribor, detectándose objetivamente su elevación de una manera sensible especialmente a partir de 2009 con una cuota llamativamente superior durante los años 2012 y 2013.

Marco normativo

En la materia que ahora nos ocupa merecen ser destacadas las siguientes disposiciones normativas con rango de ley.

En el ámbito de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, ya la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como también la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Con-

²⁸⁹ Cfr. D.A 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

tratación -modificada por la Ley 39/2002, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y también por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios-, se ocupan de desarrollar, por una parte, el artículo 51 de la Constitución, que traslada a los poderes públicos el mandato con el encargo de que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y de otro lado, las numerosas directivas comunitarias que se proponen esta misma finalidad. Las dos leyes citadas han resultado reformadas, a su vez, por el Texto Refundido de la LGDCU consagrado en el RD Legislativo 1/2007.

Pues bien, en el apuntado contexto, el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, define las condiciones generales de la contratación como *“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”*. Es por lo que la referida ley resulta de aplicación a los denominados contratos de adhesión y en la misma se identifica a las partes del contrato como predisponente – en definitiva, el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos- y adherente –que puede ser consumidor o no, y también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, ya sea persona física o jurídica-.

Específicamente, en materia de condiciones generales de la contratación que tengan el carácter de abusivas, la expresión más significativa es la que se localiza en la Directiva 93/13

CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuyo artículo 2 se declara como cláusulas abusivas *“las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3”*. Por su parte, el referido artículo 3 de la Directiva expresa lo siguiente: *“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”*.

En el contexto indicado, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, viene a reproducir la definición de cláusula abusiva que se recoge en la Directiva 93/13/CEE, al expresar lo que sigue: *“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”*. Este texto legal, en su artículo 8 nos remite a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor y remitiéndose, en tales supuestos, a la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Por cuanto se refiere a disposiciones normativas de naturaleza reglamentaria deben señalarse las que seguidamente constan indicadas.

Así, por una parte, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios

bancarios –a la que ya me he referido anteriormente-, por cuanto que determina la apertura del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional justificada en la necesidad, por una parte, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y europeo, y desde otra perspectiva, con el propósito de incrementar las alternativas de elección de tipo ajustándolas al coste real. Desde la anterior consideración, el artículo 27 de esta Orden enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, dentro de los cuales no está incluido el IRPH Cajas. Por otra parte, merece destacarse que la D.T Única de esta Orden establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en el plazo transitorio de un año, tiempo durante el cual debería haberse desarrollado el correspondiente régimen transitorio para los préstamos afectados. No obstante lo cual, el Banco de España, durante ese mismo período, ha seguido publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA.

Pues bien, en la misma línea que la precitada Orden EHA/2899/2011, la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, tiene establecido lo que sigue: *“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 banca, 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”*. A lo que se añade lo siguiente: *“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 todo caso, conviene significar que la entrada en vigor de la OM, en lo que a la materia que nos ocupa se refiere, se produjo a los nueve meses después de su publicación, tal y como se desprende del apartado segundo de la D.F 5ª. Por consiguiente, la vigencia de la misma se alcanza en fecha 29 de julio de 2012. Y, por su parte, la Disposición Transitoria Única establece 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"*. Por otra parte, debe destacarse que el régimen transitorio no resulta materia de desarrollo sino hasta la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, cuya D.A 15ª establece lo ya indicado, es decir, que desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España prescinda de publicar los tipos de referencia que se relacionan, que deberán ser sustituidos, desde la siguiente revisión, por el tipo o índice de referencia previsto en el contrato.

Finalmente, resulta de interés incidir en que la mayor parte de los préstamos hipotecarios que se han venido enjuiciando últimamente por nuestros tribunales se han perfeccionado bajo la vigencia de la OM de 5 de Mayo de 1994, en cuyo artículo 6.2 se establece que, en el supuesto 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 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. Y esta declaración, como ya señalé, indefectiblemente debe vincularse con la previsión contenida en el artículo 1256 del Código Civil, en el que se residencia el principio

de igualdad de las partes contratantes, en aplicación del cual dispone lo siguiente: *“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*.

PRINCIPALES CUESTIONES EN TORNO AL ÍNDICE DE REFERENCIA IRPH

Modulación del índice IRPH por las entidades financieras

Como quedó anticipado, atendida la mecánica de cálculo del índice IRPH -común en cualquiera de sus variantes-, uno de los reproches comúnmente extendido que se vierte sobre el mismo es el de su manipulabilidad por parte de las entidades crediticias. Tal y como también señalé, según la previsión contenida en el artículo 26 de la Orden 2899/2011, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades financieras únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia los que cumplan con las condiciones de que *“se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades”* y de que *“los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”*. Debe considerarse asimismo que hasta la entrada en vigor de la Orden 2899/2011 -en fecha 29 de abril de 2011- se hallaba vigente la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuyo artículo 6.2 se establecía un criterio semejante, al disponer o que sigue: *“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. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo". No obstante lo anterior, lo bien cierto es que el IRPF de Bancos/Cajas/Entidades, así como también el que posteriormente reemplazó a los dos primeros, se obtiene a partir de datos que son facilitados por las propias entidades, tal y como se reconoce en el punto 4 de la Norma Decimosexta de la Circular 52012 del Banco de España²⁹⁰.

Resulta, pues, evidente que el IRPH, en cualquiera de sus modalidades, no constituye un tipo referencial objetivo, resultando en consecuencia de posible manipulación por parte de las entidades financieras. La consideración de esta circunstancia se recoge en reiteradas resoluciones judiciales, entre las que pueden destacarse las siguientes.

La primera de las resoluciones que se refiere a la manipulabilidad del IRPH es la SJM n.º 1 de Donostia, n.º 156/2014, de 29 de abril²⁹¹. Por su relevancia la transcripción del razonamiento que contiene su fundamentación resulta de significativo

290 El punto 4 de la Norma Decimosexta de la Circular 52012 del Banco de España establece lo siguiente: "*Los bancos, cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes (o en el primer día hábil posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese inhábil), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario*".

291 SJM n.º 1 de Donostia, n.º 156/2014, de 29 de abril. ROJ: SJM SS 71/2014-ECLI:ES: JMSS:2014:71.

interés. En esta resolución se declara lo siguiente: *“Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Cajas en este contrato 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. La demandante considera que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una de las partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.*

Como son varias las razones que se esgrimen se analizarán separadamente. La mayor insistencia de la parte actora se centra en lo manipulable del IRPH Cajas, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. Se acogerá la alegación de la parte demandada que en el hecho segundo de su contestación explica que “... para la elaboración del IRPH Cajas no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada período ...”. Esto, supone que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas 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, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. No tiene

porqué haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus olientes, el IRPH Cajas habría subido. En el reciente proceso de concentración de estas entidades han ido desapareciendo muchas de ellas, con lo que tal posibilidad (de la que no hay constancia en autos), se habría incrementado para las que subsistieron. En definitiva, algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término “manipulable”, lo que resulta indudable es que una de las partes, el prestamista., tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que 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 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia 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.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aunque el importe prestado supere los 150.000 € allí mencionados aunque se denominaran en pesetas. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de ju-

lio, 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.

La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y 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, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía, su nulidad como ha reitera-

do la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2007, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec. 1709/2003, 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2008, rec. 504/2008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011).

Además los demandantes ostentan la condición de consumidores, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual, Están amparados, en consecuencia, por las previsiones del 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), ya vigente al suscribirse el contrato el 13 de diciembre de ese año 2007, cuyo art. 3 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada.

El art. 8 de tal norma establecía en la redacción que existía al momento de suscribirse, 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. 38 TRLGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía 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. 60.1 decía que “Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”.

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 del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, veinticinco años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron “cláusulas suelo”. Dice el art. 8.1 LCGC “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Pues bien, como se expresó antes., la referencia al IRPH Cajas sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCy, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art, 8.1 LCGC y 6.3 CCy, debe declararse nula la estipulación tercera bis, cuando establece “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 medio ponderadas 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” (F. Jco 5º).

Es de apreciar que, si bien el juzgador de instancia considera fundado el reproche de manipulabilidad que se contiene en el escrito de demanda, no obstante, por el juez se concluye que el argumento no debe ser considerado, toda vez que de la apuntada manipulabilidad no hay constancia en autos, pues no se ha acreditado.

La anterior resolución resultó recurrida en apelación ante la AP de Guipúzcoa, Sección 2ª, que, revocando la nulidad de la cláusula acordada por el juzgador de instancia, también se pronunció sobre la cuestión de la manipulabilidad del índice IRPH en su Sentencia n.º 19/2015, de 23 de enero²⁹². En parecidos términos se manifiestan las SSAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 9 de junio de 2015²⁹³ y la de la Sección 3º, de 15 de julio de 2015²⁹⁴, así como la de Álava, Sección 1ª, n.º 85/2016, de 10 de marzo²⁹⁵.

292 SAP Guipuzcoa, Sección 2ª, nº 19/2015, de 23 de enero, ROJ: SAP SS 2/2015- ECLI: ES: APSS:2015:2. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Yolanda Doméñ Nieto.

293 SAP Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 137/2015, de 9 de junio. ROJ: SAP SS 692/2015-ECLI:ES: APSS:2015:692. Ponente: Ilmo. SR. D. Felipe Peñalba Otaduy.

294 SAP Guipúzcoa, Sección 3ª, nº 192/2015, de 15 de julio. ROJ: SAP SS 628/2015-ECLI:ES: APSS:2015:628. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Blázquez Pérez.

295 SAP de Álava, Sección 1ª, n.º 85/2016, de 10 de marzo. ROJ: SAP VI 12/2016- ECLI:ES: APVI:2016:12. Ponente: Ilma Sra. Dña. María Mercedes Guerrero Romeo.

En sentido diverso, favorable al reconocimiento de la manipulabilidad del índice IRPH por parte de las entidades financieras se manifiesta la SJPI n.º 3 de Huelva, n.º 79/2016, de 12 de abril, en la que el juzgador de instancia dispuso -a diferencia de lo que sucedió en los supuestos anteriormente señalados- del informe interesado al Banco de España, acerca del cálculo del índice IRPH-, si bien la nulidad de la cláusula se funda en razones de su falta de comprensibilidad y claridad, determinantes de la no superación de los controles de transparencia, inclusión y posterior de comprensibilidad. En la misma se declara lo siguiente: *“Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España obrante en autos, cabe afirmar que se elabora a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una. Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora directamente esa media simple que determina la cuantía del IRPH, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes. De esta manera, las entidades financieras, influían en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice”* (F. Jco 2º).

En este mismo sentido últimamente señalado, destacado en conexión con la falta de transparencia de la cláusula que la contienen, se manifiestan las SJM n.º 7 de Barcelona, n.º 66/2015, de 16 de marzo²⁹⁶, así como también la SJM n.º 3 de Valencia, n.º 270/2015, de 18 de noviembre²⁹⁷.

En definitiva, aunque la mayoría de las resoluciones judiciales que estiman la nulidad de la cláusula convienen en acordarla por motivos más bien vinculados a la falta de transparencia que en el conocimiento o la generación de un desequilibrio *importante* entre los contratantes, cabe apreciar la circunstancia de la modulación del índice IRPH por parte de las entidades financieras y su eventual conexión con una posible declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que la contiene, siempre y cuando tal vinculación se acredite de lo actuado, en cuyo caso se debe concluir la nulidad de la cláusula, por aplicación de la genérica disposición contenida en el artículo 6.3 del Código Civil, al constar vulnerada la norma -administrativa- que define la naturaleza de los tipos de referencia oficiales que resultan de aplicación a los préstamos hipotecarios con interés variable, y también por contravención del principio de igualdad de los contratantes formulado en el artículo 1256 del Código Civil.

Abusividad de la cláusula que incorpora el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores

Reflexión acerca de que el tipo de interés constituye un elemento integrante del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, formando parte del precio de éste y, en consecuencia, no puede quedar sometido al control de abusividad.

296 SJM n.º 7 de Barcelona, n.º 66/2015, de 16 de marzo. ROJ: SJM B 3828/2015- ECLI: ES:JMB:2015:3828.

297 SJM n.º 3 de Valencia, n.º 270/2015, de 18 de noviembre. ROJ: SJM V 4011/2015 - ECLI: ES:JMV:2015:4011.

En el punto que nos ocupa debe principiarse por señalar que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, dispone lo siguiente: *“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”*.

Ciertamente, cuando la Directiva se refiere a la *“definición del objeto principal del contrato”* alude a los elementos del mismo que de manera esencial lo caracterizan, en el sentido de lo declarado en la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26, caso Arpad Káster). Con referencia al contenido de la mencionada norma de la Directiva en alguna resolución se declara que el interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato, de manera que es posible el control de su abusividad sobre su contenido, afirmándose también que, de conformidad con el artículo 1755 del Código Civil, el interés no es la causa del contrato de préstamo ya que el mismo admite ser configurado como gratuito, de manera que el objeto principal del contrato no se diluye a pesar de que no concurre pacto sobre el interés²⁹⁸.

La anterior afirmación no resulta atinada, ni parece corresponderse con el criterio que se contiene en la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013 en la que se declara que la cláusula suelo integra de manera inescindible el precio que ha de abonar el prestatario, por lo que forma parte del objeto principal del contrato. En todo caso, tratándose de un pacto expreso sobre el devengo de interés, parece evidente que la cláusula que dispone un inte-

298 SAP de Álava, Sección 1ª, nº 85/2016, de 10 de marzo. ROJ: SAP VI 12/2016- ECLI: ES:APVI:2016:12. Ponente: Ilma. Sra. María Mercedes Guerrero Romeo, a la que me referiré por extenso más adelante.

rés variable es una estipulación que forma parte del precio a abonar por el prestatario y, por tanto, define el objeto del contrato, resultando al respecto suficientemente declarado por la jurisprudencia que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no se encuentran sometidas al control de abusividad atinente al precio del préstamo, si bien cabe someterlas al filtro del doble control de transparencia.

Sentado cuanto antecede en algún supuesto por el juzgador se analiza la cláusula por la que se dispone la remuneración que el prestatario consumidor debe abonar a la entidad financiera y se indica que la misma admite su calificación como estipulación que define el objeto principal del contrato, por lo que únicamente cabe aplicar sobre ella el control de transparencia, comprensivo del de inclusión, esto es, el referido al análisis de la información proporcionada al consumidor, así como el control de comprensibilidad, es decir, el relativo a la circunstancia de si el cliente llegó a comprender el contenido de la estipulación, su significado y su trascendencia²⁹⁹.

En cualquier caso, e incluso de llegar a considerarse que el índice IRPH, ahora analizado, no integra el objeto principal del contrato³⁰⁰, tal circunstancia no impediría su control de abusividad de conformidad con el Derecho nacional, tal y como se declara en las SSTs de 2 de marzo de 2011 y de 9 de mayo de 2013³⁰¹.

299 Cfr. la referida SAP de Álava, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2016.

300 Cfr., en este sentido SSJM nº 1 de Donostia, nº 156/2014, de 29 de abril, nº 32/2015, de 9 de febrero, nº 103/2015, de 7 de abril y nº 227/2015, de 29 de junio. En los mismos términos se manifiestan las SSJM nº 7 de Barcelona, nº 65/2015 y 66/2015, ambas de 16 de marzo, y la del JM nº 3 de Valencia, nº 270/2015, de 18 de noviembre.

301 Cfr. En este sentido, la SJM nº 13/2016, de 15 de enero, y las SSAP de Álava, Sección 1ª, nº 85/2016 y 188/2016, de 10 de marzo y 31 de mayo respectivamente. En concreto y al respecto, la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013- ECLI:ES:TS:2013:1916. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) declara lo siguiente: “194. Esta

Consideración en torno a la imposibilidad de ejercitar acción de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo (arts. 1.256 CC y 13.1 TRLGDCU).

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que tiene por objeto la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como regulación en las condiciones generales de la contratación en su artículo 4, párrafo 2º, dispone lo siguiente: “*Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o admi-*

posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual “los artículos 2, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2 y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice 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”, y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE, añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que “(...) hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración”. En aplicación de tal doctrina las SSTs 401/2010, de 1 de Julio, 663/2010, de 4 de noviembre y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos obiter dicta (dicho de paso) la posibilidad de control de contenido de condiciones generales de cláusulas referidas al objeto principal del contrato”.

nistrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". En el mismo sentido, la Directiva 93/13/CEE en su artículo 1.2 declara lo que sigue: *"Las 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 sometidas a las disposiciones de la presente Directiva"*³⁰².

En el caso del índice IRPH, si bien la vía para su determinación se encuentra regulada normativamente, lo cierto es que la estipulación por la que el mismo se incorpora al contrato carece de específica regulación legal o administrativa. Por tal circunstancia en la SAP de Álava, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2016³⁰³, se concluye que la estipulación no se encuentra excluida del control a que se refiere la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La resolución de instancia cuyo recurso resuelve la precedentemente mencionada acoge la tesis de la parte actora, considerando que en las disposiciones normativas no concurre ni un solo precepto que constriña a la entidad financiera a aplicar el tipo de referencia IRPH, pues si bien el mismo se encuentra regulado, en ningún caso su incorporación al contrato se determina por una disposición de naturaleza imperativa. En este sentido, la Sentencia de instancia vierte una extensa crítica respecto

302 Según consta declarado en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, *"la exclusión objetiva del ámbito de la citada norma atiende a ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley"*. De lo que resulta que el fundamento de exclusión de la posibilidad de control de las condiciones generales de la contratación se localiza en la alienidad de la idea de predisposición contractual, por tratarse de condiciones generales impuestas por disposiciones legales o administrativas de carácter general y aplicación obligatoria.

303 SAP de Álava, Sección 1ª, nº 85/2016, de 10 de marzo. ROJ: SAP VI 12/2016- ECLI: ES:APVI:2016:12. Ponente: Ilma. Sra. María Mercedes Guerrero Romeo.

de la circunstancia de que el Banco de España elabore el índice IRPH a partir de la media simple de los tipos de interés ponderado, así como también en relación con los datos empleados para su cálculo, considerando que, a pesar de tratarse de un índice oficial, las entidades prestamistas inciden en su determinación pues son las entidades financieras las que proporcionan los datos necesarios para su cálculo que resulta variable en función de que los préstamos concedidos se concierten a un interés superior o inferior, en clara vulneración de la previsión contenida en el artículo 1256 del Código Civil, toda vez que en el caso de que todas las entidades financieras –en el caso de la Sentencia, Cajas- hubieran convenido la elevación de los tipos de interés de sus préstamos la resultante sería que el índice IRPH en cuestión habría subido. En contra, por la entidad financiera se interesa la validez de la cláusula pues se dice que el índice en cuestión se encuentra normado en determinadas Circulares del Banco de España³⁰⁴, y de manera legal e imperativa, lo que determina la necesidad de que se aplique la previsión exclusiva contenida en los artículos 4, párrafo 2º, de la Ley 7/1998 y 1.2º de la Directiva 93/13/CEE, ya citados precedentemente. Y la AP de Álava considera que estas cuestiones, relativas a la determinación del índice IRPH, resultan ajenas a la voluntad de la entidad bancaria, por encontrarse reguladas por disposiciones normativas, de manera que en ningún caso puede concluirse que sea la entidad bancaria la que haya fijado las pautas a los efectos de decidir el IRPH a aplicar en cada tramo o período.

No obstante, al criterio de la declarada manipulabilidad del índice de referencia IRPH se le objeta que las Circulares del Banco de España a las que se hace referencia (Circulares del Banco de España 8/1990 y 5/2012) reconocen al IRPH el carácter de índice oficial, y que la aplicación de índices de referencia se encuentra actualmente extendida en los usos del tráfi-

304 Cfr. Circulares 8/1990 y 5/2012 del Banco de España.

co con el propósito de servir a la determinación de precios y prestaciones en productos y en contratos (vgr. IPC)³⁰⁵. A pesar de ello no cabe descuidar la circunstancia de que en los índices oficiales de referencia diversos al ahora considerado los datos sobre los que asienta su base de cálculo no resultan ofrecidos por las propias entidades financieras.

Sobre la naturaleza de condición general de la contratación del índice IRPH

Antes de declarar la nulidad por abusiva de la considerada cláusula financiera, resulta preciso comprobar si nos hallamos ante una condición general de la contratación, toda vez que de ordinario las entidades demandadas rechazan la naturaleza de condición general de esta cláusula, manifestando a su respecto que la misma se viene a negociar individualizadamente con el consumidor, al objeto de evitar aplicar la ley de condiciones generales de la contratación y sus consecuencias. En este sentido, como ya indiqué, la primera de las resoluciones que planteó el tema de la abusividad de la cláusula financiera que incorpora como índice el IRPH, fue dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en concreto se trata de la Sentencia nº156/2014, de 29 de abril (cfr., en el mismo sentido, la sentencia 32/2015, del mismo juzgado)³⁰⁶. Por su parte, la SAP de

305 También en el ámbito de la UE se aplican los índices oficiales de referencia. Así, en España los tipos de interés de referencia oficiales son los que resultan dispuestos en el artículo 27 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre, y se encuentran definidos en la Norma Décimocuarta y anexo 8 de la Circular del Banco de España 5/2012 (a saber: referencia interbancaria a un año –euribor–, tipo interbancario a un año –mibor–, tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública, tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años para la adquisición de vivienda libre concedidos por la entidades de crédito en la zona euro, y permuta de intereses/intereses rate swap –IRS– al plazo de cinco años).

306 SJM nº 1 de Donostia, nº 154/2014, de 29 de abril, ROJ: SJM SS 71/2014-ECLI:ES: JMSS:2014:71. En esta resolución se declara lo siguiente: “*Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art.1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS*

Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 19/2015, de 19 de febrero³⁰⁷, no se pronunció sobre la cuestión relativa a la consideración de condición general, pero revocó la sentencia que declaraba la abusividad de esta cláusula en primera instancia. En este ámbito, resultan más extensas las argumentaciones ofrecidas por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en su Sentencia nº 85/2016, de 10 de marzo³⁰⁸, ya mencionada, concluyendo lo siguiente: *“abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de*

9 mayo 2013, rec. 485/2012 aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron “cláusulas suelo”. Dice el art. 8.1 LCGC “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en e/las se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Cajas sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv, el art 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible” (F.Jco. 5º).

307 SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 19/2015, de 19 de febrero. ROJ: SAP SS 119/2015-ECLI:ES: APSS:2015:11. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Yolanda Domeño Nieto.

308 SAP Álava, Sección 1ª, nº 85/2016, de 10 de marzo. ROJ: SAP VI 12/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:12. Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Mercedes Guerrero Romeo.

otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. (...) Fue la entidad quien redactó la cláusula tercera bis en este contrato, cláusula idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera queda constancia de que Kutxabank le permitiese elegir entre varias ofertas, el actor únicamente pudo expresar su consentimiento a la firma del contrato de préstamo. En suma, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancada sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada con el Sr. ...(...). El motivo no puede prosperar” (F. Jco 2º). Y en los mismos términos se manifiestan la Sentencia nº 13/2016, de 15 de enero, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao³⁰⁹, y la SAP de Álava, Sección 1ª, nº 188/2016, de 31 de mayo³¹⁰, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo, se concluye lo que sigue: “la cláusula cuestionada en el presente litigio constituye una condición General de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporada a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contie-

309 SJM nº 2 de Bilbao, nº 13/2016, de 15 de enero. ROJ: SJM BI 109/2016-ECLI:ES: JMBI:2016:109.

310 SAP de Álava, Sección 1ª, nº 188/2016, de 31 de mayo. ROJ: SAP VI 341/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:341. Ponente: Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia.

ne se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada (...) la cláusula de interés fue predispuesta, aunque lo fuera sobre la base de operaciones, pues tal hecho no acredita que el interés finalmente aceptado fuera efectivamente negociado”.

Con precisa referencia a la cuestión relativa a que la información precontractual no determina una negociación individualizada, la misma resulta afrontada en profundidad por las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, número nº 65/2015 y 66/2015, ambas de idéntica fecha 16 de marzo de 2015³¹¹.

311 La SJM nº 7 de Barcelona nº 65/2015, de 16 de marzo (ROJ: SJM B 3828/2015- ECLI: ES:JMB:2015:3828), declara lo que sigue: “*La referida cláusula es una condición general de la contratación en atención a las siguientes circunstancias. a) Es una cláusula contractual, no derivando su inserción en el contrato del cumplimiento de una norma imperativa que impusiese su inclusión. b) La cláusula ha sido preredactada por la entidad bancaria, limitándose los consumidores a adherirse en el préstamo hipotecario mediante escritura de 29 de agosto de 2005, sin que hayan participado en la negociación de la cláusula referida. No aporta la demandada, elemento probatorio alguno que certifique que se produjo una negociación individualizada de la cláusula tercera bis relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios. No consta intercambio de carta, mails o correos electrónicos, ofertas o contraofertas en los que por las partes se propusiesen otros índices alternativos al IRPH. Ninguna prueba se realiza al respecto salvo una mera afirmación imprecisa de la demandada. c) La cláusula la objeto de litis ha sido impuesta por una de las partes, en este caso la entidad bancaria. No se aporta elemento probatorio que certifique una redacción conjunta de la misma, ni una negociación previa. La documental obrante en autos asevera que la entidad bancaria impuso la cláusula contractual en litis y redactó el contenido de la misma, limitándose los demandantes a adherirse a las cláusulas establecidas en la escritura de préstamo hipotecario concedido. Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tenía opción alguna de*

Y los mismos criterios resultan acogidos por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, en su Sentencia nº 270/2015, de 18 de noviembre³¹²; argumentación que este mismo juzgado aplica en la Sentencia nº 66/2015, con la peculiaridad de que en este último caso se trata de una subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, con posterior novación, referido al aumento de capital, modificación de tipo de interés y plazo de amortización y, a pesar de que se trata de un supuesto en el que los consumidores han renegociado ciertas condiciones del préstamo, igualmente aquí se considera la cláusula que incorpora el índice IRPH como una condición general que los prestatarios no tuvieron ocasión de negociar. A este respecto se declara lo que seguidamente consta expuesto: *“En la propia escritura (...) se establece una remisión a la escritura de préstamo hipotecario original en relación a los intereses pactados bajo la modalidad de interés variable. No consta ni se infiere negociación alguna en relación a dicha cláusula de interés. Debe destacarse que la cláusula no aparece inserta en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de 29 de diciembre de 2000 ni en la ampliación de capital, modificación de tipo de interés y amortización. No aporta la demandada prueba alguna que acredite siquiera que se le dio traslado a los actores de la escritura de préstamo original en la cual se incluía la cláusula relativa al IRPH. Sin dicho traslado difícilmente pudo producirse una negociación individualizada res-*

influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma. Las alegaciones de la demandada equiparando conocimiento de la existencia de la cláusula con negociación individual, resulta desde cualquier punto de vista improcedentes. d) La cláusula cuya nulidad, es una cláusula general orientada conforme a la práctica bancaria a ser incorporada a una pluralidad de contratos concertados por la entidad financiera. Es por ello, que no cabe si no calificar a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario, como una condición general de la contratación”.

312 SJM nº 3 de Valencia, nº 270/2015, de 18 de noviembre. ROJ: SJM V 4011/2015- ECLI: ES:JMV:2015:4011.

pecto a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario”.

Con carácter general, con el propósito de acreditar que no nos encontramos ante una condición general de la contratación, las entidades alegan que no hay predisposición de la cláusula por no concurrir ni imposición, ni generalidad, en definitiva, los elementos que configuran la definición de condición general. En este sentido, la Sentencia nº 227/2015, de 29 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia³¹³, recoge una destacada síntesis argumentativa para desmontar estas pretensiones de las entidades demandadas, y a este respecto se declara lo que sigue: *“Puede concluirse sobre tal predisposición porque basta revisar la redacción de la cláusula primera relativa al tipo de interés, para constatar que resulta altamente improbable que un profano en actividades financieras o jurídicas pudiera haberlo expresado en semejantes términos. (...). Se niega también su imposición. Dice la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, FJ 9º.9, que “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. (...) No hay rastro documental (...) que permita apreciar la oferta de alguna opción para acogerse a otros índices también oficiales.*

313 SJM nº 1 de Donostia, nº 227/2015, de 29 de junio. ROJ: SJM SS 3498/2015- ECLI: ES:JMSS:2015:3498.

Ante tal falta de prueba, lo que se concluye (...) es que a la cliente se le ofreció el préstamo referenciado al IRPH, pudiendo ésta sencillamente aceptarlo o rechazarlo. Finalmente se caracteriza por su generalidad, es decir, su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que propicia que se discipline de manera uniforme una determinada fórmula o producto. Esta característica también concurre en la fijación del índice IRPH CAJA, pues no se incluye en préstamos con garantía hipotecaria de modo excepcional o aislado, sino de forma muy extendida y generalizada entre los que se constituyeron con Kutxa. No lo niega la demandada frente a la alegación al respecto por la actora en el hecho segundo de la demanda, sino que sus extensas explicaciones al respecto ratifican tal impresión, por lo que conforme al art. 405.2 LEC puede tenerse por acreditada. Cabe concluir, en definitiva, que en el caso de la cláusula de este contrato nos hallamos ante una condición general de la contratación”.

En definitiva, puede concluirse que la circunstancia de que las estipulaciones de un contrato definan el objeto principal del contrato en el que están insertadas no constituye obstáculo alguno para que una cláusula contractual pueda considerarse como condición general de la contratación, resultando que no resulta suficiente con insertar una cláusula en un contrato para que la misma deba entenderse negociada, sino que resulta preciso que de lo actuado se deduzca la acreditación por parte del predisponente de la existencia de unos tratos que justifiquen la prueba de una negociación. Y, en tal sentido, resulta relevante constatar que la naturaleza de condición general no se excluye del cumplimiento por parte de las entidades bancarias de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial bancaria. Por otra parte, tampoco cabe equiparar la existencia de negociación con la acreditada posibilidad de optar entre una pluralidad de ofertas de contrato si todas ellas se encuentran so-

medidas a condiciones generales. En suma, la constancia de que hubo una información precontractual, en modo alguno permite suponer indubitadamente que existió una negociación individualizada.

Acerca de los controles de incorporación y transparencia

Conviene significar que la circunstancia de que el índice IRPH se integre como elemento esencial del contrato, según resulta de una significativa parte de la doctrina jurisprudencial, no excluye la aplicación del doble control formal, de inclusión y de transparencia o comprensibilidad real, de la cláusula del IRPH en cuestión. Al respecto, la Sentencia nº 65/2015 del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona, ya citada, declara lo que sigue: *“Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que ‘los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas’, y el artículo 5 dispone que ‘en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible’. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...) b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato*

sobre su existencia y contenido'. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación (...) El control de transparencia (...) 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 realmente 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. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato" (F.Jco 7º).

La anterior consideración resulta asimismo recogida en la Sentencia nº 270/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 2015, ya mencionada. Y también algunas sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia se acoge, en su esencia, la argumentación contenida en las resoluciones del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona; en concreto, en la Sentencia nº 248/2015, de fecha 20 de octubre³¹⁴. Por su parte, la Sentencia del JPI nº 3 de Huelva, nº

314 SJM nº 2 de Murcia, nº 248/2015, de fecha 20 de octubre. ROJ: SJM MU 754/2015- ECLI: ES: JMMU:2015:754.

79/2016, de 12 de abril, ofrece una exposición de la cuestión en términos muy semejantes. Finalmente, la Sentencia nº 13/2016, de 15 de enero, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao³¹⁵, declara incluso que *“la cláusula controvertida (se refiere a la que incorpora el IRPH) no supera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa. En efecto, no solo no incluye la cláusula la definición íntegra del IRPH en cuestión, como se advierte si se compara el texto de la escritura pública con el del Anexo VIII referido (se refiere al que figura en la Circular 8/1990 del Banco de España) sino que tan siquiera se menciona en la misma la Circular que lo define ni el BOE en el que ésta fue publicada (...). A esto hemos de añadir que no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto, no conteniéndose tal información, como pretende, en el documento de oferta vinculante, documento que, además, no está ni fechado ni firmado, no pudiendo considerarse recibido. Por lo tanto, no puede considerarse que la demanda diera a los demandantes la posibilidad real de conocer, si quiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar; la escritura pública no dice que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes (TAE) declarados al Banco de España, limitándose a decir que el IRPH es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años. Y el carácter oficial del índice no puede rebajar la obligación de la entidad de informar y de redactar las condiciones generales en términos que su alcance pueda ser conocido en su integridad, tal y como exige la LCGC, pues en tal caso no prohibiría el artículo 80.1 TRLGDCYU la remi-*

315 SJM nº 2 de Bilbao, nº 13/2016, de 15 de enero. ROJ: SJM BI 109/2016-ECLI: ES: JMBI:2016:109.

sión a textos o documentos no facilitados, que, en este caso, tampoco existe. Por lo tanto, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión debe estimarse nula de pleno derecho y expulsarse del contrato (artículo 8.1 LCGC), no resultando necesario el examen de transparencia y abusividad” (F.Jco 2º, punto 6). Es de destacar en la última de las resoluciones citadas la importancia que se otorga a la documentación probatoria para el examen por parte del juzgador del primero de los controles, el de inclusión. Se adviere igualmente en la resolución que la comprensión de la cláusula, en este caso la “definición completa del índice controvertido” (art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre CGC) lo debe ser cuanto menos “de forma teórica”, de tal manera que no resulta necesaria la concurrencia de una comprensión real y en profundidad de la estipulación.

Por cuanto se refiere a las resoluciones emanadas de las Audiencias Provinciales en relación con los controles de incorporación y transparencia, las sentencias existentes también abordan esta cuestión, declarando la nulidad de la estipulación con fundamento en la no superación de estos controles formales, en particular del control de transparencia o comprensibilidad real del IRPH por parte del consumidor y su significación económica en el contrato. Así, por todas, la SAP de Álava, nº 85/2016, de 10 de marzo de 2016, tantas veces citada, declara al respecto lo siguiente: *“La primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (...) En relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la obser-*

vancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. La cláusula sobre el tipo de interés variable se conoció por el actor; Kutxabank le dio la suficiente información. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones antes de proceder a la firma de la escritura, ya lo hemos explicado en los fundamentos anteriores. Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente. (...) Descendiendo a nuestro caso resulta que la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al Sr. ... y se depositó en la Notaría donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al Sr. ... que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a este índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis. (...) Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado (...) Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su trans-

parencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato. Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia”. Y en parecidos términos se pronuncia la misma Sala en su Sentencia nº 188/2016, de 31 de mayo de 2016.

En definitiva, cabe concluir que la declaración de nulidad de las estipulaciones que incluyen el índice IRPH se fundamenta, en esencia, en el doble control de incorporación y transparencia, entendido este último como de comprensibilidad real del consumidor de los términos de la cláusula predispuesta, si bien aquello que de forma práctica se entiende por “*comprensibilidad real*” debe acreditarse por la entidad financiera con fundamento en el cumplimiento de una serie de requisitos, sin que la mera aportación de información precontractual u oferta vinculante sirva para cumplir esta exigencia, aunque pueda resultar útil en ocasiones a los efectos de considerar superado el pri-

mero de los filtros de control: el de inclusión de la cláusula en el contrato. De esta manera se entiende por “*comprendibilidad real*” la realidad acreditada de una exposición al cliente acerca de la obtención del IRPH, de su evolución, así como de su comparativa con otros índices oficiales. Al respecto no cabe desatender a circunstancia de que cuando un consumidor contrata un préstamo hipotecario –usualmente de elevada cuantía– su pretensión es, obviamente, la de abonar el más reducido interés posible. Por ello resulta lógico suponer que si las entidades bancarias hubieran explicado adecuadamente al consumidor la diferencia existente entre los diversos índices oficiales vigentes, mediante incluso la exhibición de gráficos en relación con la evolución del regulado del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir libremente el prestatario entre cualquiera de los índices referenciales posibles a la vista de las explicaciones recibidas, el consumidor siempre habría optado por el Euribor más un diferencial. Sin duda, en este control de transparencia real es donde se localiza la influencia que la entidad bancaria ejerce sobre el IRPH, cuya carencia de explicación de tal circunstancia integra un elemento más determinante de la absoluta falta de transparencia.

La existencia de vicio del consentimiento

Ciertamente, la inmensa mayoría de las resoluciones que aprecian la nulidad por abusiva de la cláusula por la que se incorpora al contrato de préstamo la aplicación del IRPH estiman la invocada pretensión con fundamento en la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad bancaria de los deberes de información que le incumben respecto de su cliente, apreciando una falta de transparencia. No obstante lo cual, en contadas ocasiones, a mi juicio erradamente, el órgano judicial confunde esta circunstancia con la consecuencia que a la misma anuda, atinente a la existencia de un vicio en el consenti-

miento, significativamente error y/o dolo. Es lo que se desprende de la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 79/2015, de 31 de marzo³¹⁶, en la que al respecto se declara lo siguiente: “...*esta Sala considera ajustada a derecho la conclusión que alcanza el Juzgador de instancia en su resolución, tras valorar la prueba practicada en el curso del procedimiento, en el sentido de que no sólo la entidad Kutxabank, S.A. no ofreció a los demandantes ... la oportuna información sobre la novación que pretendía, evidenciando el incumplimiento de su deber de informar a sus clientes y, en definitiva, determinante del error que provocó en ellos e invalidante del contrato concertado, sino que, además, ocultó los términos de una parte de la referida novación, en concreto el extremo relativo a que el índice de referencia, para el interés variable, iba a ser el IRPH entidades, que fue finalmente establecido en el nuevo contrato concertado*” (F.Jco. 5º). En el mismo sentido se fundamenta la SJPI nº 3 de Huelva, nº 79/2016, de 12 de abril, también ya mencionada, en que se indica: “*En el presente caso, la parte actora denuncia la falta de transparencia por información insuficiente provocando un vicio en el consentimiento del consumidor, y no consta que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y a corto plazo; la cláusula suelo aparece regulada en un párrafo cuya lectura aislada es comprensible, pero aparece enmascarado dentro de la redacción global del contrato, sin estar situada ni redactada con la importancia que tiene en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria, no pudiendo derivarse hacia el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir al Banco, y que aquél no está obligado a suplir*” (F.Jco. 4º). Es de observar que en tales razo-

316 SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, nº 79/2015, de 31 de marzo. ROJ: SAP SS 216/2015- ECLI: ES:APSS:2015:216. Ponente: Ilma. Sra. Dña. Yolanda Domeño Nieto.

namientos parece deducirse que la falta de transparencia determina la existencia de un vicio en el consentimiento del prestatario y, si bien es cierto que de ordinario la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Alto Tribunal atinente a la protección de los consumidores en la contratación bancaria se ha venido fundando de manera esencial en la existencia de un vicio en el consentimiento, básicamente como he indicado error y/o dolo, sin duda el cumplimiento de la adecuada protección que las leyes y los poderes públicos deben brindar al prestatario consumidor encuentra una referencia más sólida -por suponer un planteamiento de su responsabilidad basado en parámetros de índole objetiva- en la constatación de que por parte de la entidad financiera se han incumplido los deberes y obligaciones objetivas de información que le incumbían, contraviniendo de esta manera la normativa sectorial que, en todo caso, le afecta y de cuyo cumplimiento no puede prescindir en el ejercicio de su actividad, de conformidad con las exigencias de la buena fe que inspira la recta práctica bancaria³¹⁷.

La abusividad de la cláusula que incluye el índice IRPH en el ámbito de la ejecución hipotecaria

En este punto únicamente deseo puntualizar que la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula por la que se incorpora el índice de referencia IRPH a los contratos de préstamo hipotecario no sólo se localiza en resoluciones dictadas en el seno de un procedimiento declarativo sino que también ha resultado práctica frecuente en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias al sustanciarse el incidente de oposición por abusividad. Las resoluciones dictadas en este sentido resultan incontables, pero baste citar como buena muestra de las mismas, por su extensa y razonada argumentación, el Auto dictado

317 Cfr., en este sentido, SSJM nº 7 de Barcelona, nº 65/2015 y 66/2015, de 16 de marzo y, en el mismo sentido, SJM nº 3 de Valencia, nº 270/2015, de 18 de noviembre, todas ellas ya mencionadas.

por el JPI nº 8 de Almería, nº 207/2014, de 7 de abril, en el que, como fundamento de la nulidad acordada -y acogiendo parte de los argumentos que se contienen en la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013-, se declara lo siguiente: *“el índice establecido para los prestatarios en el contrato que sirve de título ejecutivo (se refiere al IRPH del Conjunto de Entidades), resulta claramente perjudicial para aquellos, frente al más objetivo del Euribor, porque al tratarse de un índice basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios que conceden Bancos y Cajas de Ahorro, y desvinculado al precio del dinero, resulta palmario que es mucho más gravoso para los consumidores que si se hubiera establecido la referencia al Euribor”*.

Efectos de la declaración de nulidad

Con precisa referencia a los efectos de la declaración de nulidad, conviene destacar que el Tribunal de Luxemburgo, en interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, reiteradamente tiene declarado que los jueces nacionales están obligados a dejar sin efecto la cláusula contractual declarada nula por abusiva, con el propósito de que la estipulación deje de producir efectos vinculantes para el consumidor, no obstante lo cual el órgano judicial nacional no se encuentra facultado para integrar el contenido de la cláusula que ha resultado tachada de abusividad. Desde la anterior consideración por el TJUE se concluye que el contrato en principio debe seguir en vigor sin otra modificación que la que se deriva de la eliminación de las estipulaciones abusivas, en la medida en que, por aplicación de las normas del Derecho interno, esa subsistencia del contrato resulte jurídicamente admisible. Estas declaraciones se contienen, entre otras, en las SSTJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65), de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57) y 21 de enero de 2015 (asun-

tos acumulados C 482/13, C 484/13, C485/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28). En definitiva, la apuntada conclusión no es sino la consecuencia necesaria de la previsión contenida en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, vinculado con su vigésimo cuarto considerando, previsión por la que que consta impuesta a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de prever medios adecuados y eficaces para conseguir la cesación del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En este sentido se considera que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las estipulaciones abusivas incorporadas contractualmente, esta posibilidad de actuación judicial podría arriesgar el propósito que a largo plazo se pretende conseguir mediante la referida norma.

En todo caso, la declaración de nulidad, por aplicación de la disposición que se contiene en el artículo 1303 del Código Civil, determina la consecuencia de la recíproca restitución entre las partes de las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con todos sus frutos, así como el precio de los intereses.

Finalmente, por cuanto se refiere a los efectos que genera la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, atendida la impuesta obligación legal de restitución recíproca de las prestaciones entre las partes contratantes (*ex art.* 1303 del CC), resultando impedida la aplicación del índice IRPH, y toda vez que el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 del CC), en estos supuestos procederá el reintegro a los prestatarios del importe total de la cantidad que éstos hayan abonado indebidamente a la entidad financiera en concepto de interés desde el momento de la perfección del contrato, cantidad que, en todo caso, devengará el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda, resultando, además, de aplicación la regla general que prevé el devengo del interés legal incrementado en dos

puntos desde la fecha de la sentencia y hasta el completo pago al demandante de la cantidad a la que ha sido condenada la entidad prestamista (art. 576.1 de la LECiv).

CONSIDERACIÓN FINAL

Sin duda, la cláusula que incorpora como índice de referencia el IRPH en los contratos de préstamo garantizados mediante hipoteca es una condición general de la contratación, toda vez que la misma debe entenderse como estipulación predispuesta por las entidades de crédito, incorporada a los contratos seriadados que se utilizan en la oferta vinculante ofrecida a los clientes que carecen al respecto de capacidad de negociación.

En todo caso, y aún presuponiendo como posible que se pueda producir, la manipulación de este índice por parte de las entidades de crédito constituye una cuestión controvertida que demanda su acreditación, de conformidad con las reglas sobre la carga de la prueba, resultando que, una vez acreditada, cabe invocar la nulidad de la cláusula con fundamento bien en la contravención de la normativa sobre cumplimiento de los deberes de información cuyo cumplimiento incumbe a las entidades financieras (art. 6.3 del Cc), o bien por no superar la estipulación considerada el doble control formal, de inclusión y transparencia, tal y como considera la mayor parte de la doctrina jurisprudencial, toda vez que, tratándose de un elemento esencial del contrato –en cuanto que el IRPH determina el interés remuneratorio–, resulta esencial que el consumidor alcance a conocer con precisión cuáles son las consecuencias económicas y jurídicas de la aplicación de la cláusula (cfr. STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013)³¹⁸.

318 Así se manifiestan los más recientes pronunciamientos judiciales. Cfr., por todos, SAP de Madrid, Sección 13ª, nº 214/2017, de 4 de mayo. ROJ: SAP M 3818/2017- ECLI:ES: APM:2017:3818. Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros.

De cualquier manera, y aunque el ejercicio de una acción colectiva de cesación –y consiguiente resarcimiento- ya se ha materializado³¹⁹, sin duda su posibilidad se encontraba articulada en interés de dos posibles grupos de consumidores, a saber: aquellos a quienes se les viene aplicando el IRPH Entidades como índice de referencia sustitutivo bien desde la perfección de su contrato de préstamo hipotecario o bien posteriormente y, en todo caso, hasta la supresión del índice (tal y como ha quedado indicado, desde el 1 de noviembre de 2013); y aquellos prestatarios que, si bien en la actualidad tienen sus préstamos hipotecarios referenciados con otro índice oficial diverso del IRPH Entidades, se les vino aplicando el IRPH desde la perfección de sus contratos de préstamo hipotecario y hasta la supresión del índice (como ya indiqué, desde la fecha del 1 de noviembre de 2013).

En la vista pública que tuvo lugar en fecha 25 de febrero de 2019 ante los quince jueces de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), presidida por el belga Koen Lenaerts, cuya ponente es la croata Sinisa Rodin, se contrastaron las dos tesis enfrentadas. Y en el debate se analizó si los índices hipotecarios oficiales deben someterse al control de transparencia y qué tipo de información hay que ofrecer al consumidor. La referida vista es la consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por el titular del Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona. En este ámbito el magistrado consideró que la decisión del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2017, validando el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) porque gozaba de transparencia y no era abusivo, vulneraba, de hecho, la legislación comunitaria en materia de protección de consumi-

319 Así, recientemente, consta difundido por la prensa que Asufin ha interpuesto la primera demanda colectiva contra Bankia por la aplicación del IRPH, comprendiendo la reclamación todas las entidades que han sido absorbidas por Bankia y siguiendo la pauta de las demandas ya planteadas contra BBVA y Caixabank.

dores en productos financieros. Y la Comisión Europea, en su informe de observaciones escritas al TJUE del 17 de septiembre del 2018, se alineó a favor de los clientes afectados por el IRPH, que en España pasan del millón, situándose en sentido contrario a la sentencia del Tribunal Supremo. El dictado de la definitiva resolución del TJUE se espera que recaiga en el plazo de los seis meses siguientes al de la celebración de la referida vista, antes de la cual, el abogado general designado, el polaco Maciej Szpunar, hará públicas sus conclusiones.

d.7) Otras cláusulas predisuestas a considerar.

Sin propósito alguno de exhaustividad, me sucintamente refiero a las siguientes.

CLÁUSULA QUE FACULTA AL ACREEDOR HIPOTECARIO A ACUDIR A LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL SUPUESTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La referida cláusula ha sido considerada por el TS como no abusiva si, al tiempo de presentación de la demanda interesando la nulidad de la misma, la ejecución extrajudicial ya estaba iniciada y el actor no manifestó que otras estipulaciones del préstamo podían haber sido declaradas abusivas, razón por la cual perdió la oportunidad al optar por ejercitar su acción a través del cauce procedimental de la ejecución extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria³²⁰.

320 Cfr. STS, Sala 1ª, nº 483/2016, de 14 de julio (ROJ: STS 3412/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3412. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo) y, en el mismo sentido, STS, Sala 1ª, nº 251/2017, de 25 de abril (ROJ: STS 1631/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1631. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo). Concretamente, la primera de las resoluciones referenciadas declara lo siguiente: “Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y por lo tanto no pudiera acudirse a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que en su caso se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces (...) Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir o haya impedido impugnar y, en su caso, suspender

PAGARÉ EN BLANCO

A este respecto, la STS, Sala 1ª, nº 466/2014, de 12 de septiembre³²¹, al resolver un recurso de casación en interés casacional en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: “La condición general de los contratos de préstamo concertados con los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquél, en el que el importe por el que se presentará a demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria”.

CLÁUSULA PENAL LIQUIDATORIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS

En relación con la cláusula predispuesta que permite al vendedor retener todo o parte del precio abonado por el consumidor comprador en caso de resolución contractual por incumplimiento de éste último, la misma puede resultar no abusiva si presenta una justificación razonable en el marco de las consecuencias del incumplimiento, lo cual se proyecta en una diversa cuantificación de los daños y perjuicios generados al predispo-

la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean sólo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11ª justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer (...) Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real”.

321 STS, Sala 1ª, nº 466/2014, de 12 de septiembre (ROJ: STS 3892/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3892. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).

nente en el supuesto de que sea el comprador el incumplidor. Con precisa referencia a este supuesto, la STS, Sala 1ª, nº 214/2014, de 15 de abril³²², considerando el carácter abusivo de la estipulación, declara lo que sigue: “Las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario en caso de resolución del contrato por causa imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente a favor del consumidor para el caso de que el empresario sea el que incumpla, facilitan efectivamente al disponente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, sin que el consumidor pueda contar con tal facilidad, pues a falta de acuerdo con el predisponente, habrá de acreditar los concretos daños y perjuicios que ha sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario predisponente y su cuantía. Por ello, puede suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contrario a las exigencias de la buena fe (...). Sin embargo, esta diferencia de trato puede superar el control de abusividad con base en la cláusula general indicada, si está justificada de un modo razonable y su aplicación se ajusta a los parámetros que a continuación se indicarán. (...) El artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como actualmente el art. 82.3 del texto refundido, prevén que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. (...) La justificación razonable de la estipulación que establece la cláusula penal favorable al predisponente, que le permite hacer suyas las cantidades entregadas por el comprador en caso de resolución por incumplimiento imputable a éste, si que exista una cláusula correlativa a favor del consumidor, exige que las consecuencias que el incumpli-

322 STS, Sala 1ª, nº 214/2014, de 15 de abril (ROJ: STS 2388/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2388. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena).

miento del contrato celebrado traigan consigo para una y otra parte sean de diferente naturaleza y, por tanto, sean también diferentes los daños y perjuicios que para una y otra se deriven del incumplimiento. (...) Es más, el simple hecho de que exista una cláusula correlativa a favor del comprador para el caso de incumplimiento del vendedor no garantiza por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. De hecho, una condición general que estableciera una indemnización desproporcionada a favor del consumidor no podría quedar justificada mediante la inclusión de una cláusula “espejo” en la que se estableciera una indemnización equivalente a favor del consumidor, cuando el incumplimiento del predisponente fuera improbable, porque se trataría de un equilibrio sólo aparente que encubriría una cláusula gravemente perjudicial para el consumidor. (...) En el caso enjuiciado, el incumplimiento resolutorio previsto afecta a la consumación del contrato de compraventa ya perfeccionado y cuya ejecución ha sido iniciada. Se observa que mientras que para el predisponente, el incumplimiento del comprador que no acude a otorgar la escritura de compraventa, recibir la vivienda y pagar el precio pendiente, provoca un quebranto patrimonial relativamente homogéneo, sea quien sea el consumidor incumplidor, pues consiste en la pérdida de la comisión pagada al mediador en la compraventa que no ha llegado a consumarse, el pago de gastos de comunidad e intereses del préstamo hipotecario y, si el mercado hipotecario está en declive, la venta un precio inferior al fijado en el contrato incumplido, para los compradores las consecuencias pueden ser distintas, no sólo respecto del vendedor, sino también entre los distintos compradores entre sí, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada comprador, pues pueden ir desde el coste de oportunidad por haber desechado la adquisición de otra vivienda que se adecuara a sus deseos al decidirse por la vivienda que finalmente no va a serle entregada, hasta la necesidad de pagar el alquiler de una vivienda mientras

se consigue adquirir otra si no se tiene vivienda propia o se ha enajenado previamente la que se tenía, el pago del coste de la financiación si se hubiera contratado antes de la consumación de la compraventa o, si el mercado inmobiliario está en auge, el incremento del precio si se adquiere una vivienda de similares características a la que fue objeto del contrato incumplido. Varios de estos elementos pueden variar sustancialmente de un comprador a otro, lo que dificulta la estandarización de la indemnización por incumplimiento del vendedor mediante una cláusula penal predispuesta (...) Por tanto, la diferencia en el tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener una cierta justificación”.

CLÁUSULA DEL DESTINO PROFESIONAL O EMPRESARIAL DEL BIEN HIPOTECADO

La cláusula por la que se obliga a la parte prestataria a destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda a que se refiere, que constituye su residencia habitual, con declaración de la parte prestataria acerca de que el bien hipotecado no se encuentra afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin autorización expresa y comunicada por escrito del Banco, ha sido declarada abusiva por la STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre³²³.

323 STS, Sala 1ª, nº 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:561. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), en la que en la cuestión que ahora nos interesa, se argumenta lo que sigue: “Nuevamente nos encontramos ante una condición general que por su falta de precisión y su indeterminación deja al completo arbitrio del prestamista su interpretación. Por ejemplo, nada prevé respecto de situaciones más que posibles en que un profesional desempeñe su actividad en el mismo inmueble donde tiene su domicilio. Por tanto, aunque una determinación razonable de los casos en que esta prohibición pudiera tener fundamento (como se argumenta en el recurso de casación) posibilitaría la validez de la correspondiente cláusula o cláusulas que contemplaran tales supuestos, la generalidad e indeterminación con que está redactada la cláusula impugnada no puede conducir más que a su declaración de abusividad, como correctamente concluye la sentencia recurrida, a tenor de los arts. 82.1, 85 y 88.1 TRLGDCU (...) Es más, llevada a sus últimas consecuencias, la cláusula incluso impediría al prestatario un cambio de residencia, en contravención de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución”.

PENA CONVENCIONAL COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE MANTENIMIENTO DE ASCENSORES

Para estos casos la STS, Sala 1ª, nº 152/2014, de 11 de mayo³²⁴, tiene declarado que “la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso de desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada”.

PLUSVALÍA

Por el Tribunal Supremo se ha declarado abusiva la cláusula que en un contrato de compraventa predispone que el pago del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana se impute al comprador consumidor. Al respecto, la STS, Sala 1ª, nº 180/2016, de 17 de marzo³²⁵, asumiendo la doctrina contenida en la STS, Sala 1ª de 25 de noviembre de 2011, tiene declarado lo siguiente: “Es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana -que es tributo directo que grava el incremento de valor que experimentan los terrenos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título (arts. 105 Ley Reguladora de las Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, vigente hasta el 10 de mar-

324 STS, Sala 1ª, nº 152/2014, de 11 de mayo (ROJ: STS 1484/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1484. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno).

325 STS, Sala 1ª, nº 180/2016, de 17 de marzo (ROJ: STS 1292/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1292. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier O’Callaghan Muñoz).

zo de 2004; art. 104 del Texto Refundido de la Ley Reguladora aprobado por RD. Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) el sujeto pasivo (arts, 35.1 y 36.1 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre) es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor “mayor valor adquirido por el inmueble” y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor. Por consiguiente, al tratarse de una estipulación no negociada individualmente que limita los derechos de los consumidores recibe la sanción de la nulidad que le impone el art. 0 bis de la Ley 26/1984 y que convierte en debido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata (SS. 30 de marzo de 2002, núm. 277; 3 de noviembre de 2006, núm. 1079); que en el caso se refiere al Impuesto de Plusvalía”.

4. PREVENTIVO CONTROL NOTARIAL Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Por cuanto se refiere al preventivo control notarial y consiguiente calificación registral de las cláusulas abusivas, conviene apuntar que si bien todos los poderes públicos se encuentran vinculados a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 de la CE) resulta evidente entender que esta función tuitiva constitucionalmente consagrada no se limite en exclusiva al control judicial de la abusividad sino que, especialmente por cuanto a la vertiente preventiva se refiere, todos los poderes públicos deban entenderse implicados en la tarea de evitar la incorporación en los contratos de estipulaciones abusivas en perjuicio de los consumidores.

Desde el contexto señalado, resulta esencial la tarea a desarrollar tanto por los depositarios de la fe pública notarial³²⁶, en

326 Cfr., al respecto, GOMÁ LANZÓN, F., *Reflexiones a propósito del órgano notarial de*

el desempeño de su función de asesoramiento jurídico, como por los registradores de la propiedad, al verificar el control de legalidad previo que mediante su función calificadora realizan tanto en relación con los contratos en masa como con relación a aquéllos individualmente negociados que demandan su ingreso registral y relevancia tabular; todo ello en el ámbito delimitado por el marco legal vigente en cada momento.³²⁷.

En relación con la apuntada *función notarial*, de entrada, resulta de interés destacar que el artículo 147 del Reglamento Notarial dispone la obligación de los notarios de comprobar que el documento intervenido no contiene condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales, debiendo velar igualmente por el

control de cláusulas abusivas (OCCA), en “Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid”, nº 51, septiembre-octubre de 2013.

327 Anticipando aspectos que posteriormente resultarán convenientemente desarrollados, entiendo que la actuación de los notarios y de los registradores de la propiedad en el ámbito de las cláusulas abusivas se ha examinado de manera habitual atendiendo a dos contextos. A saber: 1) Uno genérico, que parte del artículo 10 bis de la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984, de 19 de julio–, con fundamento en el cual se vino entendiendo que el notario –y, por extensión, el registrador– no podía calificar el carácter abusivo de una cláusula si ésta previamente no había sido declarada nula judicialmente por tener tal carácter; en la actualidad la norma se contiene en el artículo 84 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que, además, exige la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (cfr. Res. de la DGRN de 10 de octubre de 1991, 1 y 4 de junio de 1992 y 19 de abril de 2006). 2) Otro más particular, que se refiere a la extensión de la calificación registral sobre las cláusulas obligacionales –sean o no abusivas–. Y es que la posibilidad de que los registradores de la propiedad calificaran las cláusulas carentes de trascendencia real resultó erradicada de nuestro sistema tras la reforma operada en el artículo 12 de la LH en la redacción dada por el artículo 11 de 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. Ciertamente, la aplicación del artículo 12 de la LH por el Centro Directivo fue literal durante la etapa indicada en reiteradas resoluciones (vgr., Res. de 24 de julio de 2008), resultando matizada posteriormente (cfr. Res. de la DGRN de 1 de octubre de 2010, con la que se conviene que se inicia el cambio de criterio). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modifica el artículo 129 de la LH permitiendo a los notarios, en el ámbito de la ejecución extrajudicial, valorar el posible carácter abusivo de una cláusula, pero únicamente a los efectos de poder informar a los interesados, aguardando a la solución definitiva que, en todo caso, viene dada por la resolución judicial.

respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Ciertamente, hasta la Ley 1/2013 el procedimiento de ejecución hipotecaria no ofrecía al ejecutado la posibilidad de oponerse con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no obstante lo cual, si bien esta limitación constreñía sustancialmente el ejercicio de los derechos de los consumidores, no es menos cierto que los contratos de préstamo hipotecario celebrados con las entidades de crédito en los que con carácter general se venían incorporando esta categoría de cláusulas, al menos en teoría se beneficiaban del control notarial impuesto por su necesaria vehiculación a través del instrumento público intervenido por el fedatario, que servía de medio imprescindible para el acceso al Registro de la Propiedad del tipo contractual y consiguiente inscripción como requisito ineludible de constitución de la garantía real de que se trataba. En definitiva, los referidos contratos resultaban elevados a escritura pública, u originariamente plasmados en ella, y el deber de los notarios –no siempre eficaz ni escrupulosamente cumplido, dicho sea de paso– se concretaba en efectuar un control de la conformidad a Derecho del contenido contractual, además de informar a las partes del contenido de las proyectadas estipulaciones y sus repercusiones jurídicas. A los efectos de alcanzar la necesaria efectividad de la función notarialmente encomendada, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dispuso en su artículo 3, que modifica el apartado 2 del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, la obligación de los notarios de informar de forma pormenorizada tanto de las condiciones del préstamo como de los riesgos que las mismas podrían implicar. En el mismo sentido, los notarios quedan facultados para acordar la suspensión de la venta extrajudicial si cualquiera de las partes consigue acreditar haber presentado una demanda ante el juez competente cuestionando el carácter abusivo de alguna cláusula de las contenidas en el préstamo en cuestión, toda vez que la competencia para declarar el carácter

abusivo de una cláusula corresponde a órganos jurisdiccionales y las cláusulas tachadas con el indicado atributo resultan inscritas en el Registro de Condiciones Generales. Curiosamente, y tras la incidencia de la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, a su vez propiciada por la Sentencia del TJUE de 14 de marzo del mismo año, los notarios, en clara manifestación de su intención de asumir eficazmente el deber que les incumbe de garantizar a los consumidores la prevenida tutela de sus derechos, en junio de 2013 inauguraron el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA)³²⁸, dependiente de la Comisión de Consumidores del Consejo General del Notariado y conformado por notarios y expertos en la materia³²⁹, desarrollando, a su vez, un archivo informático con vocación de contener todas las sentencias judiciales firmes en las que haya sido declarada abusiva alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario.

Con precisa referencia a la *función calificadora de oficio de las cláusulas abusivas por parte de los registradores de la propiedad*, es de obligada mención la previsión contenida en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, resultando de especial interés la Resolución de la DGRN de 11 de enero de 2011 (en la línea ya manifestada por las Resoluciones de 1 de octubre de 2010 y 4 de noviembre de 2010), que analiza el contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria tras su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, así como el artículo 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios

328 Cfr. http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column3&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027

329 Al respecto, puede consultarse GOMÁ LANZÓN, F., *Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas (OCCA)*, en “El notario del siglo XXI”, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, nº 51, septiembre-octubre de 2013.

y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y a través de la cual el Centro Directivo, apartándose del criterio mantenido en su Resolución de 19 de abril de 2006, declara que dentro de los límites inherentes a la actividad registral el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos supuestos en los que se pretenda el acceso al Registro de la Propiedad de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Tal posibilidad determina que la función calificadora del registrador quede constreñida de manera exclusiva a la sola verificación de la subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición legal específicamente determinada en términos claros y concretos. En definitiva, en atención a tales parámetros, la calificación registral en el ámbito del control de la abusividad queda limitada a las cláusulas que conlleven una causa de nulidad objetivamente apreciable, por resultar así expresamente de una norma, sin poder acceder al análisis de aquellas otras cláusulas que únicamente puedan ser declaradas abusivas por resolución judicial al demandar su revisión necesariamente la valoración de conceptos jurídicos indeterminados o inciertos –total o parcialmente– en el ámbito de la abusividad³³⁰.

330 Lo cual considero que en modo alguno lacera el principio constitucionalmente consagrado de seguridad jurídica sino que más propiamente lo promueve, toda vez que nuestro ordenamiento pretende, como derivación del carácter consustancial a la misma naturaleza sumaria y expeditiva que cualifica la ejecución de una garantía real, el propósito de que de ordinario las causas de nulidad deban alegarse preferentemente por vía declarativa –y no en el procedimiento ejecutivo–, sin que la sentencia de ejecución tenga efecto de cosa juzgada. Es por lo que, al margen del supuesto en el

Asimismo, al control registral de la abusividad se refieren las Resoluciones de la DGRN de 3 de octubre de 2014³³¹. Ciertamente, mediante las antedichas Resoluciones, la Dirección General de los Registros y del Notariado corrobora la posibilidad de actuación de los registradores de la propiedad en el momento de la calificación de las cláusulas abusivas antes de su inscripción, confirmando la posición del calificador en orden al rechazo del ingreso tabular de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado integradas en un contrato de préstamo hipotecario, en concreto, de un contrato suscrito en el marco del

que una cláusula de vencimiento anticipado u otra posible abusiva en un préstamo bancario resulte palmariamente contraria a una norma imperativa expresa, o bien ya haya sido tachada de nulidad por quien realmente corresponde –ni más ni menos que el órgano jurisdiccional–, el registrador debería tener impedida la posibilidad de verificar cualquier otro eventual enjuiciamiento sobre la validez y consiguiente inscribibilidad de las referidas estipulaciones incorporadas a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

³³¹ Resolución de 3 de octubre de 2014 sobre la calificación negativa realizada por el Registro de la Propiedad núm. 1 de Rubí y Resolución de 3 de octubre de 2014 sobre la calificación negativa realizada por el Registro de la Propiedad núm. 1 de Tarrassa BOE, núm. 264, de 31 de octubre de 2014). Con inminente posterioridad a las mismas, el Centro Directivo volvió a pronunciarse en la Resolución de 6 de octubre de 2014 sobre la calificación negativa realizada por el Registro de la Propiedad de Cebreros, en la Resolución de 9 de octubre de 2014 sobre la calificación negativa realizada por el Registro de la Propiedad de Figueres, y en la Resolución de 24 de octubre de 2014 sobre la calificación negativa realizada por el Registro de la Propiedad de Puigcerdá. La Escritura de Hipoteca cuya inscripción suscitó la nota de calificación negativa y, en última instancia, el recurso y las referidas Resoluciones últimamente citadas fue asimismo presentada para su ingreso tabular en otros Registros de la Propiedad, donde sí quedó inscrita -vgr., Registro de la Propiedad de Mollet del Vallès-. Para consultar una revisión detallada del contenido de estas resoluciones, *vid.* BALLUGERA GÓMEZ, C., *Calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Reseña de las resoluciones de 3 de octubre de 2014)*, en www.notariosyregistradores.com.

proceso de refinanciación de la deuda bancaria de una sociedad inmobiliaria. En el supuesto de referencia, mediante un acuerdo, las distintas entidades acreedoras, así como la Sareb, otorgan un crédito sindicado a una empresa, en el que participan todas las financieras por los importes y porcentajes especificados en el convenio, resultando, además, que el crédito resulta garantizado mediante una hipoteca de máximo flotante. En el referido contexto, el registrador, en su calificación, determinó como no inscribibles varias causas de vencimiento anticipado, en tanto que las entidades recurrentes alegaron que éste se habría extralimitado en el ejercicio de su función calificadora. A lo anterior se adiciona, según la entidad bancaria, que las estipulaciones y pactos cuestionados por el registrador “son perfectamente válidos e inscribibles”. Pues bien, en sus Resoluciones, antes apuntadas, el Centro Directivo se posiciona de parte del registrador con fundamento esencial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, más precisamente, en la Sentencia de 13 de septiembre de 2013 en la que se determina que la Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, se refiere en su artículo 18 a que los notarios y registradores tienen el deber de denegar la inscripción de las escrituras públicas de este tipo cuando no cumplan la legalidad vigente, a lo que se añade, que “las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea contienen una llamada al elemento sistemático de interpretación”. Igualmente sirve de apoyo al Centro Directivo en su fundamentación la jurisprudencia del TJUE, en concreto, las Sentencias de 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 y 3 de julio de 2014, que de manera singular “han inspirado las modificaciones legales introducidas en nuestro ordenamiento jurídico” en materia de contratación hipotecaria. Con fundamento en lo indicado, considera la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador de la propiedad ha respetado los límites

de su función en su calificación, toda vez que el calificador puede negarse a inscribir “en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto”.

En definitiva, en las revisadas Resoluciones el Centro Directivo viene a pronunciarse nuevamente en relación con el ya consolidado debate en torno a la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria sobre el alcance de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras en los contratos de financiación con garantía hipotecaria suscritos por las entidades del mercado hipotecario, abundando en la interpretación que ya venía dando últimamente al artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Al respecto, resulta de interés significar que este último criterio hermenéutico es el tercero de los propuestos por la DGRN desde la modificación vigente del referido precepto, operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se reforma la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria³³².

332 En efecto, desde su esencial reforma operada el 9 de diciembre de 2007 a través de la citada Ley 41/2007, la vigente redacción del artículo 12 de la LH ha generado una cambiante trayectoria doctrinal de la Dirección General de los Registros y del Notariado, toda vez que a pesar de que inicialmente el Centro Directivo inequívocamente apuntó a la solución de la mera transcripción de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, la postura actual, recién expuesta en las Resoluciones citadas, justifica la posibilidad de calificación de dichas cláusulas por parte de los registradores, lo que determina la consiguiente eventualidad de su no inscripción en su caso, siempre partiendo del presupuesto de la apreciación por parte del registrador de la propiedad de su nulidad en sentido amplio, su abusividad e incluso su posible carencia de trascendencia real. Al res-

Con posterioridad a las Resoluciones emitidas en octubre de 2014 y sobre la cuestión que ahora nos ocupa, la Dirección General de los Registros y del Notariado publicó la Resolución de 28 de abril de 2015, partiendo de un supuesto de hecho semejante –al menos por cuanto se refiere a los intervinientes–, en la que el Centro Directivo no parece distanciarse del criterio adoptado en las resoluciones precedentes que, en consecuencia, hay que entender que sigue siendo el vigente, si bien esta última Resolución recaída plantea un interés adicional que se localiza en la precisión vertida respecto de la aplicación de la normativa relativa a consumidores y usuarios al tema que nos ocupa, en la determinación del contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca y también en la relevancia de la trascendencia jurídico-real inmobiliaria de las cláusulas hipotecarias, tanto de manera general, como específicamente respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras. Y es que ciertamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 28 de abril de 2015 realiza una plausible tarea de investigación y determinación de la regulación en materia de consumidores y usuarios aplicable a la cuestión que ahora consideramos. Así, después de mencionar la sucesiva normativa reguladora de la materia y de precisar las conexiones entre sus ámbitos de aplicación subjetivos y objetivos el Centro Directivo concluye que “al margen de los supues-

pecto de la apuntada evolución doctrinal verificada por parte de la DGRN, cfr. AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C., *Cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras y registro de la propiedad: consideraciones sobre la RDGRN de 24 de octubre de 2014*, en *Diario La Ley*, Nº 8622, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2015, pp. 9-22. También, con precisa referencia al acceso registral de las cláusulas del contrato de préstamo garantizado con garantía real hipotecaria, *vid.*, SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007*, *Diario La Ley*, Nº 6950, Sección Doctrina, 21 de mayo de 2008, en 10 págs.

tos de especial aplicación a los préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario —intereses moratorios del art. 114 de la Ley Hipotecaria, y reglas especiales de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del Real Decreto-ley 6/2012—, la normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de protección de los consumidores de este tipo de productos financieros es aplicable en los siguientes supuestos: a) préstamos y créditos hipotecarios que recaigan sobre una vivienda, aunque ésta no tenga el carácter de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física, aunque el propietario —que también se considera cliente— no sea el prestatario que puede ser una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, es decir, aunque sea de tipo mercantil; b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Y, además, las normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno, en su caso, a su actividad empresarial o profesional” (F. D. 3.º). Singular tarea de estudio y determinación que, tal y como el propio Centro Directivo expresamente reconoce, deja al margen el propio supuesto de hecho de la Resolución de 28 de abril de 2015, ahora considerada.

Por cuanto se refiere al ámbito integrante de la inscripción del derecho real de hipoteca, la Resolución de 28 de abril de 2015, sigue el criterio ya recogido en la de 30 de marzo de 2015 al declarar que el contenido del asiento de inscripción de la hipoteca comprende “la extensión propia del derecho real de

hipoteca —extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria—; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), en tercer lugar, aun cuando el art. 12 de la Ley Hipotecaria no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca —arts. 129 de la Ley Hipotecaria, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes—. Es decir, lo que se inscribe es únicamente el derecho real de hipoteca, pero el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción en sus propios términos, no como tal crédito o préstamo en sí mismo considerado, sino en cuanto delimita el propio contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesoriadad” (F. D 4.º). Por lo que necesariamente deberán alcanzar constancia tabular aquellas estipulaciones que contribuyan a delimitar o configurar el derecho de hipoteca y en sus propios términos. A pesar de lo cual, y en tanto en cuanto el Centro Directivo se manifiesta con precisa relación respecto de qué cláusulas conforman propiamente el derecho real de hipoteca y, por el contrario, aquéllas que no lo configuran, incurre nuevamente en una fundamentación reiterativa al declarar que “el registrador debe deslindar con precisión si estamos ante una cláusula de este tipo o bien, como señala el recurrente, ante cláusulas financieras, cláusulas de vencimiento anticipado o cláusulas que pueden contribuir a delimitar la obligación garantizada”, atribuyéndose de esta manera el Centro Directivo la función de determinar el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, retomando la clásica distinción entre cláusulas con trascendencia real y cláusulas que no la tienen, aunque verificando un análisis diferente del apuntado carácter en función de que la cláusula en cuestión configure o no el contenido de la inscripción del derecho de hipoteca.

Así, respecto de las cláusulas que no conforman el contenido del derecho real de hipoteca, dichas estipulaciones carecen “*per se*” de trascendencia real y en ningún caso accederán al Registro de la Propiedad, declarándose a su respecto que “existen otras cláusulas que no conforman en modo alguno el contenido del asiento de inscripción de hipoteca y que, por tanto, no pueden tener acceso al Registro de la Propiedad simplemente por carecer de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, como, por ejemplo, los apoderamientos, las fianzas u otros pactos de carácter personal” (F. D 4.º). En definitiva, se trata de “cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligaciones y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de trascendencia real (art. 98 de la Ley Hipotecaria)” (F. D 5.º). Y en tanto en cuanto dichas estipulaciones adolecen de manera intrínseca de la referida cualidad, la alegación por el registrador de falta de trascendencia real es motivación suficiente para denegar su inscripción, pues “existe otro grupo de cláusulas respecto de las que cuales la simple alegación, como motivo de la denegación, de “la carencia de trascendencia jurídico real inmobiliaria”, en los términos que se han expuesto anteriormente, sí debe considerarse suficiente” (F. D 9.º). Diversamente, respecto de las estipulaciones que sí integran el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, la alegación de falta de trascendencia real no es para la Dirección General de los Registros y del Notariado fundamento suficiente para denegar su inscripción, si bien el Centro Directivo parece realizar una ulterior especificación entre: a) cláusulas de vencimiento anticipado, en las que su carácter real aparece determinado por su efectivo acceso al Registro de la Propiedad, declarando al respecto que “dichas cláusulas ten-

drán o no trascendencia real según se inscriban o no, es decir, su falta de trascendencia real es efecto, no causa, de su falta de inscripción” (F D 10.º); y b) el resto de las estipulaciones que configuran el contenido de la inscripción, que de entrada gozan de trascendencia real, señalando a tal efecto que “las indicadas definiciones de Cuenta de Rentas, Cuenta de Reserva, Contratos de Garantía, Documentos Financieros y Garante, Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda y Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado, no sólo contribuyen a perfilar la obligación garantizada, sino que permiten aclarar supuesto de vencimiento anticipado y presupuestos para la disposición o entrega del préstamo (condiciones suspensivas). Consecuentemente, su exclusión de la inscripción no estaría justificada simplemente por “carecer de trascendencia jurídica real inmobiliaria” ya que si la tienen, al contribuir a la identificación de la obligación garantizada y constituir causas de vencimiento anticipado y condiciones suspensivas de su disponibilidad” (F. D 7.º), a lo que se añade que “el cálculo y la prueba de la deuda son cuestiones de gran importancia desde el punto de vista del procedimiento de ejecución, por lo que su trascendencia jurídico-real inmobiliaria está fuera de toda duda” (F. D 13.º).

VIII. CONSIDERACIÓN FINAL. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y LAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS. HACIA UNA AXIOLOGÍA JURÍDICA DE LOS MERCADOS FINANCIEROS.

Revisado el panorama anterior debe asimismo señalarse que, ciertamente, la tensión dialéctica surgida entre la situación fáctica determinada por la crisis económica y los valores sociales³³³ ha venido a provocar una respuesta por parte del legislador, exteriorizada me-

333 En definitiva, las exigencias derivadas del Estado social de Derecho proclamado por el artículo 1 de la CE y la protección de los consumidores consagrada en el artículo 51 de la CE.

dian­te la aproba­ción de nu­me­rosas re­for­mas legisla­ti­vas, al­gunas de ellas im­pues­tas por la jurispru­dencia del TJUE a su vez im­pulsada por las cues­tiones pre­judiciales plan­teadas por los tri­bunales espa­ñoles. Y así, nos en­con­tra­mos, una vez más, con la norma jurí­dica que emerge como con­se­cuencia de ese debate entre los hechos y los valo­res con­curren­tes en la vida social.

En este con­texto es po­si­ble apre­ciar como, en prin­cipo, la re­gula­ción de la ma­te­ria apun­ta­ba a una cierta flexi­bi­liza­ción del mer­ca­do hi­po­te­ca­rio, pro­du­cién­dose un cam­bio sus­tan­cial en la po­lí­tica legisla­ti­va espe­cial­mente a partir del año 2011, con el claro pro­pó­sito de re­for­zar la publi­ci­dad y trans­pa­rencia y pro­te­ger al deudor en el pro­ce­di­miento de eje­cu­ción hi­po­te­ca­ria, lle­gan­do in­cluso a sus­pen­der los lan­za­mien­tos de la vi­vienda ha­bi­tual en los su­pues­tos de deudores sin re­cursos.

Pro­ce­do a re­ali­zar un su­cin­to re­paso nor­ma­ti­vo, en el que desta­ca la re­fe­rencia a las leyes si­guientes que, no ob­stan­te, ya han sido con­si­de­radas, con mayor o menor re­lieve, en otras partes espe­cí­ficas de este tra­ba­jo.

-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 y otras nor­mas del sis­te­ma hi­po­te­ca­rio y finan­ciero, de re­gula­ción de las hi­po­te­cas in­ver­sas y el se­guro de de­pen­dencia y por la que se es­ta­blece deter­mi­nada norma tri­bu­ta­ria. En lo que ahora in­te­resa esta dis­po­si­ción nor­ma­ti­va pre­ten­de como ob­je­ti­vo bá­si­co mo­de­rni­zar el ré­gi­men de pro­tección me­diante la bús­que­da de una trans­pa­rencia más efec­ti­va, que per­mita a los pre­sta­ta­rios tomar sus de­ci­siones en fun­ción del ries­go real de los pro­duc­tos. Ade­más, se dis­pone una re­fe­rencia ex­p­li­cita a la in­for­ma­ción pre­con­tra­c­tual, que las en­ti­dades de cré­di­to de­ban poner a dis­po­si­ción de sus clien­tes a fin de ase­gurar que éstos, a la hora de con­tra­tar los di­fe­ren­tes pro­duc­tos ban­ca­rios, dis­pon­gan de los da­tos más re­le­van­tes sobre sus ca­rac­te­rís­ti­cas para for­marse una opi­ni­ón fun­dada sobre ellos y fo­men­tar la in­de­pen­den­

cia de las entidades de tasación mediante el establecimiento de un régimen que garantice su independencia y la ausencia de conflictos de interés respecto de las entidades de crédito que finalmente conceden los préstamos hipotecarios.

-Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda, modificado por el Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero. En su capítulo II, se regulan las condiciones -concernientes a los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al 1 de septiembre de 2008, por importe inferior a 170.000 euros y exclusivamente para la adquisición de vivienda habitual- para que las personas desempleadas, y los autónomos que hayan visto significativamente mermados sus ingresos como consecuencia de la crisis, puedan acceder a una moratoria temporal y parcial en el pago de sus hipotecas. De este modo, se pretende facilitar que los destinatarios de la medida no se vean obligados a perder sus viviendas, así como a contener la morosidad.

-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. Esta disposición normativa no es de aplicación cuando sean prestadas por entidades de crédito sujetas a la supervisión del Banco de España o sus agentes, ni a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Su ámbito aplicativo se limita a las empresas distintas a las entidades de crédito y a los supuestos de concesión de créditos o préstamos hipotecarios y de prestación de servicios de intermediación financiera, en el marco de la legislación general de protección de los consumidores, sin perjuicio de la normativa específica de determinados productos como el crédito al consumo o la venta a plazos de bienes muebles. En la norma se establece la regulación de las obligaciones a las que se deben ajustar las empresas

que realizan la actividad de concesión de créditos o préstamos hipotecarios en las comunicaciones comerciales, así como en la publicidad, que deberá mencionar la tasa anual equivalente mediante un ejemplo representativo y ello siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo o crédito. Y se les exige que entreguen a los consumidores un folleto informativo y gratuito con un contenido mínimo. Respecto de la información previa al contrato, se establecen la que se debe facilitar al consumidor, con una antelación mínima de cinco días a la firma del contrato, sobre la propia empresa, sobre el producto o servicio ofrecido y sobre el contrato, con descripción de sus principales características y el precio total que debe pagar el consumidor. También vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor, con un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega o, en su caso, a notificarle la denegación del mismo.

-Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En el contexto de esta norma resulta de singular relevancia su artículo 29, en el que se dispone la obligación de las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, de evaluar la solvencia del potencial prestatario –préstamo responsable-, sobre la base de una información suficiente. Igualmente facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago. En esta disposición se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas neces-

rias para promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos.

-Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que deroga la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Esta norma se dictó en ejecución de la autorización conferida en la precedente Ley de Economía Sostenible y trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario y aborda, en su capítulo II, arts. 19 y siguientes, el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior de 1994.

-Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El objeto de esta norma se localiza en disponer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria. Estas medidas se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión. También se moderan los intereses moratorios que no pueden ser superiores en dos puntos a los retributivos. Y se instaura el Código de Buenas Prácticas de adhesión voluntaria por las entidades de crédito, en el que se dispone, en las circunstancias que se exponen, que la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

-Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidades en la concesión de préstamos.

-Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. El objeto esencial de esta norma es la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, se impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

-Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En su capítulo primero, se prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias, que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. En el ámbito de las modificaciones que dicha disposición general dispone resulta especialmente relevante el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, circunstancia que deberá constar expresamente en la escritura de préstamo hipotecario (art. 21.3 de la LH), los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito no pueden ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y además, se prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses (art. 114, III de la LH) y se establece que, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés (art. 654.3 de la LECiv). Además, se refuerza la independencia de las sociedades de tasación respecto de las entidades de crédito modificando el artículo 3 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, sometidas a los requisitos de homologación previa, independencia y secreto que se establezcan reglamentariamente. En el ámbito de

la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Por otra parte, como medida tuitiva se dispone la posibilidad de que, si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago (art. 579.2 de la LECiv). Y se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada. Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores, de modo que, por ejemplo, se disminuye el aval necesario para pujar del 20 al 5 por cien del valor de tasación de los bienes (art. 647.1. 3º de la LECiv). Y se duplica, en idéntico sentido, el plazo de tiempo para que el rematante de una subasta consigne el precio de la adjudicación de 20 a 40 días (art. 670.1 de la LECiv). En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva (art. 575.1 bis de la LECiv). También se incorporan determinadas mejoras en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el precio tipo de la misma no podrá ser inferior al 75 % del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo (art. 682. 2. 1º de la LECiv). Por otra parte, en el supuesto de que la subasta concluyera sin postor alguno, se incrementan los porcentajes de adjudicación del bien; en concreto, se elevaría del 60 % hasta un máximo del 70 %, siempre para los supuestos de vivienda habitual (art. 671 de la LECiv). Resulta significativa la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judi-

cial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquellas consideradas abusivas (arts. 552.2, 557.1. 7ª, 561.1.3ª y 695 de la LECiv). Esta variación se adoptó como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Y el artículo 6 dispone que, en la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

-Ley 8/2013 de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Su Disposición Final 4ª modifica nuevamente los artículos 552 y 695 de la LECiv sobre tramitación del incidente de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas: Y, en la Disposición Final 14ª, se modifican los artículos 2 y 3 bis del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Por su parte en la Disposición Final 17ª se modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

-Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Mediante esta norma se establece el régimen de transición para la desaparición de determinados índices o tipos de interés de referencia aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios, de conformidad con la legislación vigente, que el Banco de España dejará de publicar con efecto 1 de noviembre de 2013 (D.A 15ª).

-Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto re-

fundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Esta ley resulta especialmente relevante por cuanto que, entre otras reformas protectoras de los derechos de los consumidores -así, las relativas a la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles- otorga nueva redacción al artículo 83 del TRLGDCU, con el claro propósito de cumplir con el mandato contenido en la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 *Banco Español de Crédito*, que considera contraria al Derecho de la Unión la facultad que se atribuía al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, que podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse inclinados a utilizar cláusulas abusivas al conocer que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios. Asimismo, se modifica el artículo 53 del TRLGDCU a los efectos de regular las acumulaciones de acciones en el caso de ejercicio de la acción de cesación.

-Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. La relevancia de esta norma se localiza, según se manifiesta en su Exposición de Motivos, en la necesidad de que la actividad bancaria se encuentre sujeta a normas que concilien la necesaria capacidad de las entidades de crédito para el desarrollo de sus fines en el contexto de una economía de mercado, con la debida ordenación y disciplina sobre aquellos aspectos que pueden ocasionar, como ya ha su-

cedido en ocasiones anteriores, graves perjuicios a la economía.

-Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Esta disposición normativa se dicta a consecuencia de que el Gobierno, en el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2013, aprobó el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, en la que se analizó, como una de las medidas a adoptar, la creación en la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de un Portal Electrónico de Subastas para su celebración. Y con tal finalidad se modifica la LECiv, regulando la subasta electrónica en los procedimientos judiciales. Asimismo, en la Disposición Final 3ª se concede una nueva redacción al artículo 129.2 letras a) y f) de la Ley Hipotecaria.

-Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, se enmarca de manera muy especial en la llamada legislación sobre segunda oportunidad. El objetivo de la norma radica en que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer, amén de evitar que permanezca en el ámbito de la economía sumergida. Por otra parte, esta norma resulta igualmente relevante, por cuanto que modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dando una nueva redacción a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 1 de la misma, prorrogando la suspensión del lanzamiento hasta transcurridos cuatro años desde su entrada en vigor.

-Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. La norma se propone flexibilizar los acuerdos extrajudiciales de pagos y prever un verdadero mecanismo de segunda oportunidad. Por otra parte, se mejora también el “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, introducido por el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Por último, se amplía por un plazo adicional de dos años la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como el colectivo que puede beneficiarse de esta medida.

-Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. La norma se promulga con la finalidad de alcanzar acuerdos extrajudiciales para hacer efectiva la STJUE de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C- 308/15, mediante el establecimiento de un sistema de reclamación previa a las entidades de créditos antes de interposición de demandas judiciales con carácter voluntario.

-Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Por la inminencia de su publicación y la relevante incidencia en la materia que nos ocupa, esta norma, última de las revisadas, merece una consideración más detenida, que se sintetiza en los aspectos que a continuación expongo.

Con fecha 16 de marzo de 2019 se publicó en el BOE la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Se trata de una norma clave, toda vez que no sólo traspone la Directi-

va 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores, sino que también incorpora a nuestro ordenamiento los criterios que en materia de cláusulas abusivas han establecido la jurisprudencia del TS y del TJUE. De singular complejidad técnica, la norma no sólo introduce importantes cambios en las condiciones de los contratos de hipoteca y en las prácticas bancarias de comercialización, sino que también establece toda una serie de nuevas obligaciones de información y asesoramiento, no solo para las entidades de crédito, sino también para notarios y registradores. Básicamente, el siguiente podría ser el resumen su contenido. Sus aspectos más relevantes podrían sintetizarse en los siguientes.

· *Transposición parcial de la Directiva 2014/17/UE.* La Ley 5/2019 traspone, parcialmente, a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La fecha límite de trasposición establecida en la Directiva era el 21 de marzo de 2016 (D.F. 14.^a). Se remite la completa trasposición de la Directiva al desarrollo reglamentario, en el plazo de seis meses, de determinadas materias que “*requieren de un instrumento normativo más flexible*” (D.F. 15.^a).

· *Objetivos de la norma (Preámbulo, II y art. 1).* La Ley 5/2019 tiene como objetivos esenciales los siguientes: *a) Potenciar la seguridad jurídica en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario*, a cuyos efectos regula determinados aspectos del régimen jurídico de la contratación hipotecaria con el objetivo de evitar dudas interpretativas y de adaptar la normativa a los pronunciamientos de la jurisprudencia nacional y europea; *b) Aumentar la transparencia y comprensión de los contratos y de sus cláusulas*, y el justo equilibrio entre las partes, atendida la “*asimétrica posición que ocupan en la relación*

contractual el prestamista y el prestatario, que no queda salvada por el simple hecho de proporcionar al cliente información y advertencias”; c) *Favorecer una actuación responsable por parte de los participantes en el mercado*, localizando “una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos”, y comportamientos que pueden “socavar los cimientos del sistema financiero (...) y tener graves consecuencias sociales y económicas” (cfr. Considerandos 3 y 4 de la Directiva 2014/17/UE).

· *Ámbito de aplicación de la Ley*. Según se dispone en su artículo 2: “*La Ley es de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física*”. Concretamente, se aplicará a los contratos que tengan por objeto uno de los siguientes: a) *La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial*; b) *La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor*. Salvo en este segundo supuesto, la Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. La Ley es de aplicación tanto a la concesión profesional de préstamos como a la intermediación profesional.

· *Regulación de la fase precontractual*. La Ley establece una detallada regulación de la fase precontractual, dirigida, por un lado, a evaluar la solvencia del potencial prestatario, y por otro, a facilitar a éste la información necesaria para que pueda comprender la carga económica y jurídica del préstamo. Dos son, pues, los aspectos a considerar en este ámbito. a) *Evalua-*

ción de la solvencia del potencial prestatario (arts. 11 y 12; D.A. 12.^a y D.F. 7.^o). La Ley establece la obligación para los prestamistas de evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante, con el objetivo de verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato. Para cumplir este objetivo los prestamistas, por un lado, solicitarán de forma clara al potencial prestatario la información necesaria, y por otro, deberán consultar el historial crediticio del cliente acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia. En ambos casos, con los requisitos y garantías previstos en la legislación de protección de datos. Únicamente podrá concederse el préstamo si el resultado de la evaluación de solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato se cumplan. *b) Acta notarial de información previa* (arts. 10, 14, 15, y D.T. 4.^a, Anexo I). Con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, el prestamista deberá entregar al prestatario la documentación necesaria para que éste pueda comprender la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Entre otros documentos, esta documentación incluye la ficha FEIN (información personalizada que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad); y la ficha FIAE, que informará de la existencia de cláusulas relevantes; o la referencia a diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Esta documentación, se remitirá al notario elegido por el prestatario, que verificará la correcta entrega de la documentación por parte de la entidad, y asesorará presencialmente al prestatario sobre el contenido y las cláusulas del contrato. El notario extenderá el acta, como tarde el día anterior al del otorgamiento de la escritura pública de concesión del préstamo, dejando constancia de las comprobaciones y explicaciones dadas al prestatario, y del test realizado al prestatario. Esta acta “*hará prueba del*

asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material”; y se alza como requisito imprescindible para el otorgamiento de la escritura. *c) Tasación.* Podrá realizarse por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito y/o profesional homologado independiente del prestamista (art. 13 y D.A 10.^a).

· *Nulidad de las cláusulas por falta de transparencia.* Tanto en la reforma introducida en el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, como en el artículo 83 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU, se establece expresamente la sanción de nulidad de las cláusulas no transparentes: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*” (D.F. 4.^a y D.F. 8.^a).

· *Condiciones de los contratos* (ya revisadas en otra parte de este trabajo). *a) Gastos:* los gastos de tasación correspondrán al prestamista, y el resto de gastos (gestoría, notariales, registro, ITPAJD) correspondrán al prestatario (art. 14.1.e). *b) Comisión de apertura:* si se pacta comisión de apertura, ésta se devengará una sola vez, e incluirá todos los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo (art. 14.4). *c) Intereses de demora:* el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales. Se aplica únicamente sobre el principal vencido y pendiente de pago. No se admitirá pacto en contrario (art. 25). *d) Interés remuneratorio:* no podrá ser negativo (art. 21.4). *e) Variaciones en el tipo de interés:* el tipo de interés no podrá modificarse en perjuicio del prestatario, salvo acuerdo de las partes (art. 21). *f) Cláusulas suelo:* quedan expresamente prohibidas por la Ley (art. 21.3). *g) Préstamo en*

moneda extranjera: el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo denominado en moneda extranjera a la moneda en la que reciba sus ingresos o a la del Estado miembro en que resida (art. 20). *h) Seguros*: en caso de que el prestamista exija al prestatario la suscripción de un seguro que garantice el cumplimiento del contrato, así como un seguro de daños, deberá aceptar pólizas alternativas (art. 17.3). *i) Reembolso anticipado*: el prestatario tendrá derecho a reembolsar todo o parte del préstamo sin tener que soportar comisiones. Únicamente se satisfará al prestamista la pérdida financiera, estableciéndose unos porcentajes máximos, distintos en función de que estemos ante un contrato a tipo fijo o a tipo variable (art. 23): el caso de préstamos a tipo variable, el 0,15% durante los 5 primeros años de vigencia del contrato, y el 0,25 durante los tres primeros años; en el caso de préstamos a tipo fijo, el 2% durante los 10 primeros años del contrato, y el 1,5 % si el reembolso se produce transcurridos los 10 primeros años y durante el resto de vida del préstamo. *j) Subrogación del acreedor*: no será necesario el consentimiento de la entidad acreedora para la subrogación a otra entidad financiera. La entidad acreedora podrá ofrecer al prestatario una modificación de las condiciones del préstamo, pero la decisión final corresponderá al deudor (D.F.3.^a). *k) Vencimiento anticipado*: sólo podrá tener lugar cuando el incumplimiento del deudor sea suficientemente significativo en atención al préstamo: el 3% del capital concedido o 12 mensualidades dentro de la primera mitad de duración del préstamo; el 7% del capital concedido o 15 mensualidades durante la segunda mitad de vida del préstamo. Este régimen de vencimiento anticipado se aplicará a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, salvo que el deudor alegue que el régimen de vencimiento contenido en el contrato le resulta más beneficioso. No será de aplicación, sin embargo, a los contratos cuyo vencimiento anticipado ya se haya producido (art. 24 y D.T. 1.^a 4).

·*Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad.* Deberán inscribirse obligatoriamente en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación: las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación (art. 7.1); los formularios de los créditos y préstamos hipotecarios antes de empezar su comercialización (D.F. 4.^a, modificadora de la LCGC); también habrán de remitirse obligatoriamente al Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas (D.F. 4.^a, modificadora de la LCGC y D.F. 5.^a, modificadora de la LECiv). *Registro de la Propiedad:* el registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (D.F. 1.^a, cinco, modificadora de la LH). Los registradores de la propiedad remitirán gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación (D.A 8.^a).

·*Otras obligaciones de información y transparencia.* Además de la documentación entregada en la fase precontractual, de la intervención del notario, y de la publicación de las condiciones generales de la contratación en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, la Ley establece a lo largo de su articulado toda una serie de *obligaciones de información* y asesoramiento para los prestamistas con el objetivo de favorecer la transparencia en la contratación: a) *Se detalla la información básica* que deberá figurar en la publicidad de los presta-

mos inmobiliarios. Esta información, se precisará además a través de un ejemplo representativo, cuyos criterios habrán de ser determinados por el Ministerio de Economía (art. 6). *b) Las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación estarán disponibles en la página web de los prestamistas o gratuitamente en sus establecimientos abiertos al público (art. 7.2). c) En todo momento los prestamistas deberán facilitar información general, clara y comprensible sobre los contratos de crédito, en soporte papel o cualquier otro soporte duradero o en soporte electrónico (art. 9). d) El asesoramiento realizado por los notarios, no exige a los prestamistas de dar al prestatario todas las explicaciones y aclaraciones que sean necesarias, en relación a la documentación precontractual, sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo (arts. 14.2 y 15.9). e) Los prestatarios deberán conservar los documentos que integran la información precontractual durante un plazo mínimo de 6 años desde el momento de finalización de los efectos del contrato (D.A. 4.^a).*

· Régimen especial para los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. En la D.T. 3.^a se establece un régimen especial en los procesos de ejecución en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, para dar cumplimiento a las SSTJUE de 29 de octubre de 2015 y de 26 de enero de 2017. Con ello se otorga a los deudores hipotecarios contemplados en la disposición transitoria cuarta de la citada Ley un nuevo plazo de diez días para formular oposición sobre la base de la posible existencia de cláusulas abusivas cuando se den determinadas circunstancias. Este nuevo plazo se contará a partir de la notificación al deudor de su posibilidad de plantear la oposición. Dicha notificación deberá realizarse en el plazo de 15 días naturales a contar desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019. Se establecen

determinadas circunstancias que excluyen el otorgamiento de este nuevo plazo, justificándolas en razones de seguridad jurídica y coherencia.

·*Comercialización de los préstamos inmobiliarios.* La Ley establece una serie de normas de conducta que deben cumplir los prestamistas en el proceso de promoción, comercialización y contratación de los préstamos: se exigirán determinados requisitos de capacitación al personal que evalúe la solvencia y comercialice los préstamos (art. 16); se prohíben con carácter general las ventas vinculadas, salvo los casos que autorice la autoridad competente, si bien se establece como excepción a esta prohibición, la posibilidad de que el prestamista exija al prestatario la suscripción de una póliza de seguro (art. 17); y se imponen límites a la política retributiva del personal, para evitar incentivos adversos que favorezcan una contratación excesiva (art. 18).

·*Régimen de sanciones (Capítulo IV).* Las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina. La Ley realiza una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves y remite al régimen sancionador establecido en la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. El artículo 44.3 de la Ley establece la nulidad de pleno derecho de cualquier pacto entre el prestatario y los prestamistas, intermediarios de crédito o sus representantes designados cuya finalidad, o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma la protección otorgada por la Ley.

·*Intermediarios, representantes designados y prestamistas inmobiliarios (Capítulo III).* La Ley 5/2019 se aplicará tanto a la concesión profesional de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles de uso residencial y préstamos para la adquisición de inmuebles de uso residencial como a la interme-

diación profesional en alguna de las dos actividades anteriores. A estos efectos, el Capítulo III de la Ley regula su régimen jurídico, previendo su inscripción en registros territoriales, en función de su ámbito geográfico de actuación. Los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados, y los prestamistas inmobiliarios, que realicen las actividades regulas en la Ley 5/2019 a la entrada en vigor de la Ley, deberán solicitar su reconocimiento en el plazo de seis meses conforme a lo dispuesto en los artículos 27, 39 y 42.

· *Autoridad independiente de protección del consumidor financiero.* La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, previó en su D.A. 1.^a la creación de una entidad de resolución de litigios de consumo en el sector financiero. Esta entidad estaría regulada en la Ley cuyo proyecto debía haber remitido el Gobierno a las Cortes, en el plazo de 8 meses tras la entrada en vigor de la Ley 7/2017. La nueva Ley 5/2019 se refiere a esta Autoridad independiente en su D.A. 1.^a señalando que será la encargada de resolver las quejas y reclamaciones presentadas por los prestatarios que se deriven del incumplimiento de esta Ley y sus normas de desarrollo. En tanto esta entidad sea creada, estas quejas y reclamaciones serán atendidas por el servicio de reclamaciones del Banco de España (D.T. 5.^a).

· *Código de Buenas Prácticas.* Se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos con el fin de convertir el Código de Buenas Prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas. Las medidas previstas en este Real Decreto Ley se aplicarán, no solo a los contratos que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, sino también a

los que se hayan suscrito con posterioridad. (D.F. 10^a). Se concede el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, para que las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas soliciten a la Secretaría General del Tesoro mantenerse en el ámbito de aplicación de la versión del Real Decreto Ley que corresponda (D.A.11.^a).

·*Entrada en vigor y desarrollo reglamentario.* La Ley 5/2019 entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (disp. final 16.^a). A lo largo del articulado de la norma, y en su D.A. 15.^a se dispone toda una serie de materias que habrán de desarrollarse reglamentariamente. Entre otras cuestiones, se remiten a desarrollo reglamentario las siguientes: la información precontractual y obligaciones de comunicación, información y documentación; las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario; el contenido específico de la Ficha de Información Normalizada (FEIN) y de la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE); la consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable; el sistema telemático por el que habrá de comunicarse la documentación precontractual. Según la D.F. 15^a, el Gobierno con carácter urgente, antes de seis meses, procederá a la adopción de las disposiciones reglamentarias y administrativas pertinentes para la incorporación completa de la Directiva al ordenamiento nacional.

Sin duda, el ordenamiento debe configurarse con un mínimo soporte ético y, desde luego, el Derecho ha de comprender un básico contenido moral, con el que, no obstante, no puede, al menos íntegramente, equipararse, pues siempre concurrirán en la vida cotidiana normas jurídicas reguladoras de algunas de nuestras acciones y comportamientos que se mantienen ajenas a consideraciones estrictamente morales, imponiendo pautas necesariamente alejadas de las mismas (vgr., mínimos de dis-

tancia a observar en la configuración de una servidumbre, número de miembros que integran un tribunal colegiado, o determinación del límite máximo de velocidad para circular por una autovía). Pese a ello, nunca el ser humano puede ser concebido como ser amoral, atendida la vital exigencia, a la que permanentemente se encuentra expuesto, de adoptar decisiones, por lo que resulta evidente que la Moral no puede desenvolverse con absoluto desconocimiento del Derecho, valorado éste como consecución esencial de la propia civilización humana³³⁴.

Aplicada la anterior reflexión al contexto económico y financiero, cabría concluir que la finalidad de los mercados financieros y de las entidades que en su ámbito desenvuelven su actividad no sería única y exclusivamente la obtención del más alto grado de beneficio económico, con el que alcanzar las previsiones de ganancia pretendidas por accionistas e inversores. Y así, después de la última crisis económica, esta pretensión necesariamente aparece mediatizada por otros factores y circunstancias, y de manera igualmente ineludible se impone la aplicación de concretas exigencias éticas al ámbito de lo financiero, que resultan asumidas de manera más o menos voluntaria por los operadores económicos y jurídicos que se desenvuelven en dicho ámbito, actuando como auténticos mecanismos de autorregulación, que en un buen número de ocasiones acaban por incorporarse a las normas jurídicas alcanzando el poder de coerción necesario para hacerlas exigibles³³⁵. De esta manera la

334 En este sentido GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de bioética*, Ed. Eudema, Madrid, 1989, p. 595, explica cómo la Constitución expresa concretos valores éticos, pudiéndose hablar en este sentido de una ética constitucional.

335 Pues si bien la Moral es autónoma el Derecho no es sino “la ordenación heterónoma y coercible de la conducta humana” (cfr. REALE, M., *Introducción al Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1976, p. 51). Acreditada esta irrefutable realidad, como poder normativo autónomo distinto del propio y oficial del Estado, señala ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 120-123, que constituye un verdadero autismo no ser capaz “de recibir el extraordinario incremento de poder que se produce extramuros del Estado, en una sociedad que se ha fortalecido, entre otros modos, a través de rigurosos procesos de autorregulación . . . Son segmentos de la sociedad los

autorregulación ha adquirido una sustancial relevancia mediante la elaboración de los denominados códigos de conducta, que en ocasiones llegan incluso a relativizar la función de las leyes, conformándose como meras recomendaciones que incorporan valores éticos de actuación, no vinculantes, pero objeto de una cierta sanción difusa o indirecta, derivada de la aplicación del principio “cumple o explica” (art. 540.4 g) de la Ley de Sociedades de Capital) y de la publicación de los informes de gobierno corporativo. Y en numerosas ocasiones, estos principios o reglas éticas integran manifestaciones del denominado “*soft law*” por su tendencia natural a incorporarse a las normas jurídicas (“*hard law*”), resultando que tal interrelación a veces es valorada como un conflicto entre ley y autorregulación, autoridad y libertad, si bien la misma no deja de ser un estadio previo a la juridificación de los principios éticos que devienen en disposiciones imperativas³³⁶. En efecto, la apuntada normativiza-

que generan esos procesos de autorregulación siempre sectoriales, sectores que se conocen como sistemas autorreferenciales y que se configuran en torno a un espacio, objeto o actividad determinada como puede ser el sistema financiero, de la industria, de la publicidad, de las telecomunicaciones, de la técnica, de la energía, del arte, del deporte, de internet, de la medicina, de los servicios públicos ..., etc”. Más específicamente, CAZORLA PRIETO, L.M., *La ética en el Derecho de los mercados financieros*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, p. 84, pone de manifiesto la específica incidencia que en los mercados financieros desempeñan los denominados en la jerga “*proxy advisors*”, entidades que prestan servicios a inversores -principalmente institucionales- de asesoramiento en relación con el ejercicio del derecho de voto derivado de la titularidad de acciones en sociedades cotizadas, las cuales formulan sus consejos tomando como pauta la observancia o no de las reglas de gobierno corporativo.

336 Cfr. al respecto, vgr. la Ley de Sociedades de Capital que atribuye valor al principio ético de “cumplir o explicar”, obligando a las sociedades cotizadas españolas a consignar, en su informe anual de gobierno corporativo, el grado de seguimiento de las recomendaciones de tal naturaleza o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de las mismas (art. 540.4 g) de la LSC). En el mismo sentido, la D.A. 7ª del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, introduce el informe anual de gobierno corporativo en entidades cotizadas sin forma de sociedad anónima. Sin duda, expresión específica del principio de autorregulación sectorial es el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y aprobado por su Consejo el 18 de febrero de 2015, en cuya Introducción se señala lo siguiente: “En los últimos años hemos asistido a una proliferación de iniciativas relacionadas con las buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, cuya intensidad se ha multiplicado a partir del inicio de la crisis financiera internacional, por el convencimiento generalizado de la importancia que tiene que las sociedades cotizadas sean gestionadas de manera adecuada y transparente como factor esencial para la generación

ción de los principios se ha verificado mediante la incorporación de concretas normas de contenido ético autorregulador a nuestro ordenamiento, tal y como sucede, entre otras, con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que, en su Disposición Final 5ª, modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introduciendo en el artículo 61 ter el informe anual sobre remuneraciones de los consejeros de sociedades cotizadas, al que actualmente se refiere el artículo 541 de la Ley de Sociedades de Capital, concretando determinados aspectos de su contenido. También la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que igualmente incorpora normas contenidas hasta entonces en Códigos de tal naturaleza.

En conclusión, actualmente resulta que el natural objetivo de las empresas por obtener el más alto nivel de beneficio posible no puede proyectarse al margen de los principios éticos ni desvinculado del interés social. Desde la anterior consideración se impone como exigencia ineludible la elaboración de concretas condiciones generales de los contratos que transiten desde una exclusiva pretensión defensiva de los intereses de la empresa predisponente, con quiebra ocasional de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, a la incorporación de principios éticos de autolimitación en la actuación de dichas entidades en el mercado y, por consiguiente, en sus relaciones con los adherentes³³⁷.

de valor en las empresas, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores”.

337 Pero es que, además, la crisis económica sufrida también ha evidenciado que determinados miembros de los consejos de administración de las grandes sociedades, no sólo han quebrantado de manera manifiesta la ética de las profesiones financieras, sino que con su conducta también han incurrido en el ámbito de la responsabilidad penal, estimulando actuaciones propias de la jurisdicción criminal, en la que ya constan dictadas numerosas resoluciones que han alcanzado firmeza.

Probablemente mi inicial augurio acerca del deceso de la garantía hipotecaria -al menos como medio de aseguramiento a la obtención de liquidez por parte del consumidor- resultara excesivo³³⁸. No obstante lo cual, considero que, a pesar de los pretendidos avances legislativos -precedentemente revisados- se precisa la adopción de ulteriores reformas que permitan depurarla de condiciones generales de la contratación abusivas, a la vez que se norma adecuadamente la necesaria protección del acreedor hipotecario al que no se le puede desprobeer de la cobertura especial que le confiere la titularidad del derecho real de garantía hipotecaria, con pleno respeto en todo caso al principio de la transparencia³³⁹.

En el ámbito de los instrumentos alternativos de protección de los consumidores cabría mencionar la dación de pago³⁴⁰, como procedimiento que libera al deudor al ceder al acreedor el bien hipotecado, de tal modo que, mediante esta transmisión *pro soluto*, resulta extinguida la deuda garantizada, sin posibilidad de una ulterior agresión al resto del patrimonio del deudor

338 CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, cit., p. 19.

339 Cfr., al respecto, MATO PACÍN, M.N., *Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español*, en “Revista Boliviana de Derecho”, nº 27, enero 2019, pp. 188-219.

340 No siempre valorada positivamente por la doctrina. Al respecto, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., *Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 402, mantiene un criterio contrario a su implantación, precisamente por sus consecuencias negativas previsibles: restricción y encarecimiento del crédito hipotecario por las limitaciones de las garantías del acreedor, propiciaría la especulación inmobiliaria por la utilización de la “insolvencia estratégica” por prestatarios inversores cuando el precio del bien hipotecado en el mercado fuera inferior a la deuda pendiente, y, por último, por el riesgo de la reducción de titulaciones sobre los activos hipotecarios españoles para la financiación exterior de las entidades españolas.

Igualmente, como figura sustitutiva de la hipoteca, se ha acudido a los fideicomisos de garantía, entendiendo por tales aquéllos negocios jurídicos, en los que el fideicomitente, normalmente el deudor, transmite los bienes fideicomitados a la entidad fiduciaria, con la finalidad de garantizar con ello la devolución de un préstamo concedido por el fideicomisario

(art. 1922 del CC)³⁴¹. Por su parte, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial³⁴², por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 113, permite a los Estados miembros incorporarla a sus ordenamientos jurídicos, como recientemente lo ha hecho Portugal. En nuestro ordenamiento la dación de pago liberatoria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, como excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, recogido en los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1911 del Código Civil, puede ser objeto de pacto en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria, de manera que la obligación garantizada únicamente se haga efectiva sobre los bienes hipotecados, situación en la que la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor (art. 140 LH)³⁴³.

También como figura alternativa a la hipoteca, se conside-

341 La dación de pago, con efecto solutorio absoluto, tan sólo se encuentra normativamente implantada en once estados de los EEUU, si bien limitada a los préstamos hipotecarios residenciales relativos a vivienda habitual. Y en el contexto de los países iberoamericanos resulta regulada en la Ley Orgánica para la regulación de los créditos para vivienda y vehículos, de 26 de junio de 2012, de Ecuador.

342 Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E., *El crédito inmobiliario en la Directiva 2104/17/UE*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, coordinado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, Ed, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 335-370.

343 Si bien, como manifestación normativa, resulta recogida en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, específicamente en su anexo relativo a Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, apartado 3 intitulado “medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual”, disponiéndose al respecto que “la dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda”.

ran los fideicomisos de garantía³⁴⁴, entendiéndose por tales aquellos negocios jurídicos, en los que el fideicomitente, normalmente el deudor, transmite los bienes fideicomitidos a la entidad fiduciaria, con la finalidad de garantizar con ello la devolución de un préstamo concedido por el fideicomisario acreedor, de manera tal que, si no es satisfecho, el fiduciario procede a la venta privada extrajudicial de dichos bienes, para cancelar con su importe el crédito concedido³⁴⁵.

Por su parte, otra fórmula alternativa de garantía podrían ser los seguros de crédito o caución, en cuya consideración no entro para no extender en exceso las presentes consideraciones.

En definitiva, de lo expuesto se concluye la urgente necesidad de rescatar la confianza en el mercado hipotecario, y conseguir que el mismo vuelva a activarse en plenitud como fiel reflejo del más genuino instrumento idóneo de financiación. En este sentido, en la búsqueda del necesario equilibrio de intere-

344 Cfr., al respecto, VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho Civil común español: estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

345 El contrato de fiducia se utiliza como garantía, cuando el deudor o la persona interesada en realizar operaciones de crédito, donde ocupará el papel de deudor, transfiere a una fiduciaria un bien mueble o inmueble con la finalidad que, en el evento de resultar impaga la obligación, proceda a la venta del bien, previo avalúo y para que, con el producto de la misma, proceda al pago de las obligaciones contraídas. Esta figura alcanzó un importante desarrollo en Argentina -si bien la Ley nº 24.441, de 22 de diciembre de 1994, promulgada en fecha 9 de enero de 1995, que la regulaba, resultó parcialmente derogada en relación con esta institución, por la Ley nº 26.994, de 1 de octubre de 2014, por la que se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación- y ha adquirido una sustancial relevancia en Brasil -por su implantación mediante Ley nº 9.514, de 20 de noviembre de 1997, sobre Sistema de Financiamiento Inmobiliario, que regula la enajenación fiduciaria de bien inmueble. En España Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, en su artículo 6.1 dispone lo siguiente: “Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho”, en tanto que el 11.1 viene a declarar que: “Se considera como supuesto de ejecución un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía; o que produce la aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente si tal cláusula estuviera prevista por el acuerdo de garantía”.

ses la recuperación de la garantía real hipotecaria como mecanismo básico para la obtención de crédito inmobiliario resulta esencial³⁴⁶, pues la figura de la hipoteca, a partir de la promulgación de nuestra primera Ley Hipotecaria, ya ha demostrado sobradamente su eficacia, al permitir el acceso de las familias a la propiedad de las viviendas³⁴⁷, si bien el señalado rescate debe plantearse necesariamente desde la consideración elemental de que este mercado ya no se va a poder rehabilitar partiendo exclusivamente de la consideración de los intereses del acreedor, pues los avances legislativos y, muy significativamente, los criterios jurisdiccionales consolidados desde la última crisis económica resultan ya irreversibles y, en su virtud, la transparencia se erige en valor de innegable exigencia tanto en el ámbito precontractual como contractual, en los que la intervención de los notarios se presenta como esencial, como primer filtro preventivo, seguido del verificado por los registradores de la propiedad, constituyendo el judicial el eslabón final de esta cadena tutiva del consumidor.

La crisis económica ha puesto de manifiesto los defectos de la etapa pasada cuyo análisis ahora debe ser aprovechado como lección para el futuro, reforzándose la consideración de que el Derecho, al que nada de lo humano le resulta indiferente, conformado por la norma y la interacción de la jurisprudencia, siempre se deberá proyectar

346 Como al respecto muy atinadamente señala DIAZ FRAILE, J.M³, *Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)*, en “Cuadernos de Derecho Transnacional”, dirigidos por el Prof. Alfonso L. Calvo Caravaca, Vol. 12, n° 2 de 2019, *cit.*: “La regulación hipotecaria debe garantizar al tiempo la defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y el derecho del acreedor al cobro de lo debido. En definitiva, se debe lograr un sistema equilibrado en el que no exista indefensión por parte del consumidor, ni tampoco una regulación que garantice el derecho de defensa de éste a costa de hacer insegura la garantía hipotecaria”.

347 *Vid.* GARCÍA MONTALVO, J., *Hipotecas “made in Spain”: pasado, presente y futuro*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, coordinado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, Ed, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 241-284.

como resultado provechoso de esa tensión dialéctica suscitada entre los hechos sociales y los valores imperantes.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTÍZ, A., *Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!*, en «Blog Cesco» (<http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>), 12 de junio de 2015.
- Efectos y alcance de la nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación*, en «Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, nº 2/2017.
- ALMENAR BELENGUER, M., *El control de oficio de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución. Problemas sustantivos y procesales*, en “Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ”, nº 33 de 2016, sobre “Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria”, pp. 38 y ss.
- ÁLVAREZ BARBEITO, P. y MAMBRILLA LORENZO, B., *Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados*, Análisis GA&P, febrero de 2017, en 10 págs.
- ARROYO AMAYUELAS, E., *El crédito inmobiliario en la Directiva 2104/17/UE*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, coordinado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, Ed, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 335-370.
- AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C., *Cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras y registro de la propiedad: consideraciones sobre la RDGRN de 24 de octubre de 2014*, en Diario La Ley, Nº 8622, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2015, pp. 9-22.

- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980, Ed. Montecorvo.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., *Calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Reseña de las resoluciones de 3 de octubre de 2014)*, en www.notariosyregistradores.com.
- BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, México, 2004.
- BELUCHE RINCÓN, I., *El fiador hipotecario*, Valencia, 2002.
- BLANCO SARALEGUI, J.M., *Análisis práctico de la jurisprudencia del TS y del TJUE en derecho del consumidor y ejecución hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018
- BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., *Gastos e impuestos repercutibles al consumidor; Reclamaciones de consumo*, Ed. Aranzadi, S.A.U, noviembre de 2010.
- CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia* (1960), Chile, 2016, Ed. Ara Editores.
- CARBALLO FIDALGO, M. *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Ed. Bosch, 2013.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Pamplona, 2017.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 6ª ed., Madrid, 2008.
- CASERO BARRÓN, R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. nº 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentados en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios*, en «Quincena Fiscal», núm. 20/2004.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *Eficacia de las normas jurídicas (II). Nulidad de los actos contra ley, fraude de ley, exclusión voluntaria de ley aplicable y renuncia de derechos*, en «Introducción al Derecho Civil español» de Enrique Lalaguna Domínguez, Valencia, 1990, pp. 315-339.

- Prelación de créditos*, en “Revista General de Derecho”, nº 582, marzo 1993, pp. 1279-1317.
 - Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona, 1999. Ed. Aranzadi.
 - El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del CC y 34 de la LH*, en Diario La Ley, nº 7080, 2008.
 - Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Valencia, 2016, Ed. Tirant Lo Blanch.
 - La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Valencia, 2018. Ed. Tirant Lo Blanch.
 - El derecho del prestatario a recuperar la parte de la cuota gradual del IAJD devengado por la escritura de préstamo hipotecario y la abusividad de la cláusula que impone el pago del impuesto al prestatario. Comentario crítico a la STS, Sala 1ª, 148/2018, de 15 de marzo*, en “Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana”, enero de 2019.
 - *La protección del deudor hipotecario frente a la cesión y titulación del crédito hipotecario*, en “Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura”, dirigido por Carolina del Carmen Castillo Martínez y coordinado por José Luis Fortea Gorbe, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 117-150.
- CAZORLA PRIETO, L.M., *La ética en el Derecho de los mercados financieros*, Ed. Civitas, Madrid, 2015.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *El hipotecante no deudor: ¿Un “fiador real”, cobijado por la analogía en el régimen de la fianza*, en “Anuario de Derecho Civil”, núm. LIX-4, octubre 2006.
- El hipotecante por deuda ajena no es un fiador real*, en “Ejecución hipotecaria, solución a tiempos de conflicto”, Navarra, 2012.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los con-*

- tratos y la eficacia de las Leyes*, segunda edición, reimpresión 2016, Cuadernos Civitas. La primera edición del discurso fue en 1975, la segunda en 1985 y la primera reimpresión en 1987.
- DE CASTRO VÍTORES, G., *Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», nº 746, 2014.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Tratado de la nulidad de los contratos*, Zaragoza, 2003.
- DÍAZ FRAILE, J. M^a, *Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, en www.notariosyregistradores.org, 8 de abril de 2018.
- *Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)*, en “Cuadernos de Derecho Transnacional”, dirigidos por el Prof. Alfonso L. Calvo Caravaca, Vol. 12, nº 2 de 2019.
- DIAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.M., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003.
- *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Madrid, 2014, Ed. Civitas.
- *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*, Madrid (1979), Madrid, 2016, Ed. Civitas.
- DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

- GALGANO, F., *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, en “Contratto e Impresa”, vol 1º, nº 1º, 1985, pp. 29-48.
- GARCÍA MANRIQUE, R., *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid, 2012, Ed. Iustel.
- GARCÍA MONTALVO, J., *Hipotecas “made in Spain”: pasado, presente y futuro*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, coordinado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez Pomar, Ed, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 241-284.
- GARCÍA VALDECASAS DORREGO, Mª J., *Diálogo entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE. Estudio sobre el papel que los Jueces españoles han desempeñado en la implementación de la Directiva 93/13/CEE, y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2018.
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- GOMÁ LANZÓN, F., *Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas (OCCA)*, en “El notario del siglo XXI”, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, nº 51, septiembre-octubre de 2013.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E., *El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978*, en “La Constitución española y las fuentes del Derecho”, vol. II, pp. 976-977.
- GONZALEZ PACANOWSCA, I., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Navarra, 2009.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., *La obediencia al Derecho*, en “Estudios de filosofía del Derecho”, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1979.
- GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de bioética*, Ed. Eudema, Madrid, 1989.

- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a D., *El consumidor vulnerable*, Madrid, 2015, Ed. Reus.
- JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Lectión inaugural del curso académico 2018-2019, Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones, Burgos, 2018.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México 1986.
- MAGRO SERVET, V., ¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable del contrato?, en «El Derecho. Revista de Jurisprudencia», Madrid, 22 de diciembre de 2011.
- MARÍN CASTÁN, F., *Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil*, Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, en 16 de abril de 2015, cuya reseña puede localizarse en “El Notario del siglo XXI”, n^o 62 publicada en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, tomo LV, separata.
- MARTÍN FABÁ, J.M^a., *Sobre la fuerza ejecutiva de la escritura pública y el nuevo sistema de expedición de copias: cuestiones surgidas en la jurisprudencia actual*, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), 11 de octubre de 2016, en 9 páginas.
- *STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario*, en CESCO, Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha, 5 de abril de 2019, en 23 páginas.
- MATO PACÍN, M.N., *Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español*, en “Revista Boliviana de Derecho”, n^o 27, enero 2019, pp. 188-219.
- MONTERO AROCA, J., *El Derecho Procesal en el siglo XX*, Valencia, 2000, Ed. Tirant Lo Blanch.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Pamplona, 1999.

- NAVAS NAVARRO, S., *Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia*, en “Revista CESCO de Derecho de consumo”, www.centrodeestudiosdeconsumo.com, nº 14, 2015, pp. 133 y ss.
- *Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia. Comentario a la STS de 15 de noviembre de 2017*, en “Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil”, nº 106, 2018, pp. 433 y ss.
- ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Ed. Bosch, L’Hospitalet de Llobregat, 2014.
- ORDUÑA MORENO, F.J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLEN CATALÁN, R., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo. Concreción técnica de la figura y doctrina jurisprudencial aplicable en el ámbito de la contratación*, Pamplona, 2018, Ed. Thomson Reuters Aranzadi.
- ORTEGA, E. y PEÑALOSA, J., *Claves de la crisis económica española y retos para crecer en la UEM*, en “Documentos Ocasionales” nº 1201, BANCO DE ESPAÑA, Madrid, 2012.
- OST, F., *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*, trad. de I. Lifante, Doxa, en “Cuadernos de Filosofía del Derecho”, núm. 14, Alicante, 1993, pp. 169 y ss.
- PASCUAU LIAÑO, M., *La acción de nulidad sí prescribe*, Ponencia del autor publicada en Internet, y localizable en la siguiente dirección: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288&format=print>, en 15 páginas.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, Ed. Colex.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Pamplona, 2004.
- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, 1974.
- REALE, M., *Introducción al Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1976.

- ROCA SASTRE, R. M^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, IV-2º, 7ª, ed., Barcelona, 1979.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Un nuevo espaldarazo a la tributación ambiental autonómica: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 julio 2001*, en “Jurisprudencia Tributaria Aranzadi”, núm. 7/2002.
- SAAVEDRA Y FAJARDO, D., *Idea de un príncipe político cristiano, representada en cien empresas (1640)*, Madrid, 1959, 4 vols., edición a cargo de Vicente García de Diego.
- SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007*, Diario La Ley, Nº 6950, Sección Doctrina, 21 de mayo de 2008, en 10 págs.
- SAINZ-ROZAS, F., *El obligado tributario en el impuesto de actos jurídicos documentados, ¿prestamista o prestatario?*, Diario La Ley, Nº 9210, Sección Tribuna, 4 de junio de 2018.
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *La tutela procesal de consumidores y usuarios*, en Manuales de Formación Continuada del CGPG, monográfico: “Hacia un código del consumidor”, nº 34 (2005).
- SIMÓN ACOSTA, E., *El préstamo hipotecario en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 379, 1999.
- SOLÍS HERNÁNDEZ, G., *Los préstamos hipotecarios multidivisa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en “Revista Aranzadi Doctrinal”, nº 11, 2017, pp. 4 y ss.
- VALERO FERNÁNDEZ REYES, A., *Las últimas reformas legislativas en materia de préstamos hipotecarios y su repercusión en el futuro de la hipoteca en España*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 355-420.
- La crisis de la hipoteca en España: especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y al ámbito de la calificación registral de las mismas*, en “Boletín del Colegio de Registradores de España”, año LI, nº 29, mayo de 2016.

- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, E. Taurus.
- VARONA ALABERN, J.V., Razones constitucionales para la rehabilitación y la necesaria reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, en “Revista Quincena Fiscal”, núm. 16/2014.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *La venta en garantía en el Derecho Civil común español: estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.
- XIOL RÍOS, J.A., *Crisis y protección constitucional de los derechos sociales*, en “Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as”, dirigido por Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia y Miguel Olmedo Cardente, Madrid, 2015.
- ZEJALBO MARTÍN, J. *Jurisprudencia de la Sala Tercera del TS y del TC sobre el sujeto pasivo en AJD de los préstamos hipotecarios*, en www.notariosyregistradores.com, publicación del 7 de febrero de 2017.

CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO EN LA RAVJL DE LA ILUSTRÍSIMA SEÑORA DOÑA CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ

Excelentísima Señora Presidenta de la RAVJL y Decana del ICAV, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, académicos, juristas, señoras y señores: el discurso de ingreso en la RAVJL que acabamos de escuchar justificaría por sí solo y sobradamente la elección de la académica recipiendaria, D^a Carolina del Carmen Castillo Martínez; pero, tal discurso no se puede imaginar sino como el resultado, por el momento, de un historial de densa, constante y brillante realización de una inequívoca vocación jurídica que objetiva más allá de toda duda las razones de su admisión en esta Casa.

Glosar todo su extenso currículum conllevaría un tiempo excesivo para esta sesión con lo que me limitaré a expresar, lo que, según mi modesto entender, resulta mas sobresaliente.

CURRICULUM

Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia con el mejor expediente de la promoción 1981-1986. Premio Extraordinario de licenciatura, la especialidad Derecho privado con 24 matrículas de honor y 5 sobresalientes sobre un total de 29 asignaturas que componen la Licenciatura, según el Plan de Estudios de 1965, entonces vigente. Doctora en Derecho por la Universitat de València, con la calificación de sobresaliente “*cum laude*” por unanimidad de los miembros del Tribunal calificador, con la Tesis Doctoral que llevó por título “*Responsabilidad del deudor y responsabilidad del sujeto pasivo de la hipoteca*”, leída en 18 de septiembre de 1993 y juzgada por un Tribunal integrado exclusivamente por Catedráticos de Derecho Civil.

Profesora titular de Derecho Civil excedente; profesora asociada de Derecho civil en la Universitat de València ininterrumpidamente desde el 17 de mayo de 2010, contando con casi treinta y cuatro años efectivos e ininterrumpidos de docencia en la Universidad de Valencia, habiendo impartido sin excepción todas y cada una de las materias integrantes de su amplísima disciplina; asimismo, ha sido docente en otras Universidades como la Universidad Cardenal Herrera-CEU, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Pontificio Instituto Juan Pablo II, hoy Universidad Católica de Valencia. Ha ostentado diversos cargos académicos y de gestión docente, como el de Secretaria del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València desde el 1 de febrero de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1993. Es miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Civil desde 1995.

Magistrado Suplente, con funciones en la Audiencia Provincial de Valencia, desde el año 1997 y durante casi ocho años, habiendo desempeñado su cargo esencialmente en la Sección Sexta (Civil) del referido órgano jurisdiccional en la que, durante sucesivos años judiciales, desarrolló la función de Magistrado Suplente con adscripción permanente a la Sala, con un total de más de quinientas resoluciones dictadas (entre autos y sentencias) desde su nombramiento inicial hasta la fecha de su renuncia.

Desde que superara las pruebas de acceso a la carrera judicial por el turno de juristas de reconocida competencia con la mejor puntuación de entre los aspirantes que se presentaron al concurso convocado por Acuerdo del CGPJ de 28 de junio de 2008 ha servido como magistrado de carrera en los destinos siguientes:

-Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 2 de Denia, con funciones compartidas de Registro civil, desde mayo de 2010 hasta diciembre de 2016.

-Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón desde diciembre de 2016 hasta la fecha.

Ha sido galardonada con el Premio “Savis en Dret”, d’estudis i divulgació sobre el Dret Civil i Foral Valencià, en su modalidad de estudios de Derecho positivo, 1ª Edición (2012), por la obra “*El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana*”, de la que es coautora, concedido por la Generalitat Valenciana y la Cátedra de Derecho foral valenciano.

-Ha sido galardonada, como integrante del grupo de trabajo “Administración de Justicia-Registradores de la Propiedad” con el Premio a la Calidad de la Justicia, concedido por el Consejo General del Poder Judicial, en su edición de 2018, en la modalidad “Justicia accesible”.

Es preparadora de opositores-aspirantes a la carrera judicial-fiscal desde el año 2016, profesora en múltiples programas de doctorado, másters, diplomaturas y también tutora de jueces en prácticas, tras haber superado el curso de capacitación dispuesto por el Consejo General del Poder Judicial desde el año 2016.

Ha participado y participa en numerosos Proyectos I+D, en Tribunales de investigación, en Tribunales de trabajos de fin de master, en Tribunales de lectura de tesis doctorales, en Tribunales de oposición a Titularidad de Universidad. Ha dirigido trabajos de investigación, ha asistido y participado como ponente a múltiples congresos, jornadas y seminarios, ha participado en numerosas obras colectivas e impartido gran número de conferencias.

Tiene reconocidos cuatro sexenios de investigación y ha publicado 7 monografías, 74 artículos de revista, 43 colaboraciones en obras colectivas, lo que hace un total de 124 publicaciones (más unas 12 en prensa). Cabe destacar las siguientes

monografías: “Responsabilidad personal y garantía hipotecaria”; “Derecho Privado y gestión urbanística (aspectos sustantivos y registrales)”; “Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria”. “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca”; “La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores” y así hasta 7 monografías que suman casi 3000 páginas de publicaciones monográficas.

Ha publicado y continúa publicando sus artículos en revistas tan prestigiosas como la Revista General de Derecho, Arbor Revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Actualidad Civil, la Revista de Derecho Privado, Cuadernos jurídicos Asociación Valenciana Juristas Católicos, la Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, el Diario La Ley, la extinta revista de asuntos registrales Lunes 4’30, Actualidad Administrativa, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Revista del Poder Judicial, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Revista Jurídica del Notariado.

Ha participado, y continúa haciéndolo, en cursos organizados por el CGPJ, tanto de ámbito nacional como autonómico, sobre diversas materias como las relativas a contratación bancaria, protección de consumidores, procesos de ejecución, etc...

Es coordinadora de la Sección de Derechos Reales e Hipotecario de la Revista “Actualidad Civil”, dirigida por Xavier O’Callaghan Muñoz, Catedrático de Derecho Civil y Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Es miembro del comité científico de la Revista Acta Judicial, elaborada por el Consejo Nacional del Secretariado, desde el inicio de su formación. Desde 2015 colabora trimestralmente con el Boletín del Colegio de Registradores de Madrid, con una sección

selectiva de resoluciones judiciales con transcendencia registral en la que tiene ya realizadas más de seiscientas aportaciones.

Todo este extenso expediente como jurista no agota, ni mucho menos, las horas y los días de nuestra nueva compañera en la Academia a la que sobra tiempo para cultivar sus aficiones como lectora simultánea de varias obras ajenas a lo jurídico, pintora de obras que estoy seguro algún día nos expondrá y que capturan el entorno con realismo detallista y espléndido manejo de los colores, experta cocinera de buen paladar y sagaz conocedora de los paladares de sus amigos y como una mente sana no cabe sino en un cuerpo sano, como dijo Juvenal, todavía encuentra tiempo para allanar a buen ritmo el cauce del río con sus zapatillas de deporte o pedaleando con su inseparable bicicleta. Pero lo que está por encima de toda esta actividad es el cuidado de su madre, la atención y el cariño que le dispensa en cualquier situación. Así pues, estamos ante una jurista brillante y consagrada, ante una excelente amiga de sus amigos, ante una maestra muy bien valorada por sus discípulos y ante una muy buena hija. Esta es nuestra nueva compañera de Academia Carolina del Carmen Castillo Martínez.

Quedan pues suficientemente objetivadas las razones que llevaron a la admisión de Carolina del Carmen Castillo Martínez en la RAVJL en la que ocupará el sillón “Carles Ros i Hebrera” notario, como su padre y su abuelo, profesión que no llegó a ejercer (tras los Decretos de abolición de los Furs la mayoría de los notarios ante el desembarco del Derecho castellano en nuestras tierras pasaron a ejercer su función en Cataluña que mantuvo su Derecho tan similar al que nos fue abolido a los valencianos). No ejerciendo su profesión, Carles Ros se dedicó al estudio de la filología y lexicografía valencianas siendo, por ello, un pilar fundamental de la Renaixença valenciana.

Objetivadas las razones que llevaron a la admisión de Carolina del Carmen Castillo Martínez en la RAVJL, procede ahora, según la tradición de las Reales Academias, glosar y valorar los contenidos científicos de su discurso de ingreso.

A la hora de acometer esta segunda parte de mi contestación, tres circunstancias la han condicionado: la primera, la extensión del discurso escrito, 374 páginas de texto y 8 de bibliografía, su carácter exhaustivo que le convierte en completa guía de la problemática cuestión entre los préstamos hipotecarios y los consumidores (completa aunque provisional pues, entre otras razones, todavía hay cuestiones pendientes de resolver por el TJUE sin contar con el necesario proceso de maduración doctrinal de sus pronunciamientos) ; la segunda, la “enorme repercusión económica y social” del tema tratado: y la tercera, la forma en que el tema es tratado por la académica recipiendaria con rigor, profundidad, fundamento y toma de partido. En efecto, Carolina Castillo no sólo analiza, razona y motiva, sino que, como consecuencia de todo ello, toma partido por unas soluciones frente a otras.

Cuando alguien asume el compromiso de contestar, glosar, un discurso de estas características no puede por menos que agudizar vigorosamente la atención y la concentración en su lectura y extremar un espíritu de humilde autocrítica para aprender de ella y rectificar o matizar sus ideas o confirmar las que ya tenía reforzadas por tan enriquecedora lectura porque “la verdad, como decía Montaigne, debería ser la causa común de ambos”, de la académica recipiendaria y de este honrado encargado de contestar su discurso y a buen seguro que así es.

CONTESTACIÓN

En las tres primeras páginas de su discurso de ingreso en nuestra RAVJL la académica beneficiaria manifiesta su pesimismo respecto a la hipoteca: “Hace ya algunos años, me atreví a afirmar que la hipoteca había “muerto” “, “hoy por hoy no podemos eludir que asistimos a un momento de decadencia de la que ha sido la garantía real más genuina de entre las destinadas a la obtención de un préstamo por parte de un consumidor”, “anunciando indefectiblemente su inminente deceso”, “de la cuestionada eficacia de la garantía hipotecaria”, concluyendo la expresión de su falta de fe en “nuestra antaño intocable y hoy letalmente cuestionada garantía hipotecaria y su privilegiada vía procedimental de ejecución.”. Inquietante conclusión si tenemos en cuenta que entre la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, hasta la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo se han dictado un total de 11 leyes, 4 Reales Decretos ley un Real Decreto, una Orden y una Circular, en total 18 normas que inciden sobre esta materia; sin olvidar las 36 sentencias dictadas por el TJUE sobre interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores consecuencia de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles al amparo del art. 267 del TFUE no siempre entendibles a la luz de los arts 123 CE y 1. 6 TPCC. Ni la terapia legislativa, ni la jurisprudencial han servido, a criterio de la académica beneficiaria, para recuperar la hipoteca; como dije, inquietante conclusión que es necesario, “in extremis” contrastar con la realidad que se recoge en la Estadística Registral Inmobiliaria publicada por el Colegio de Registradores en su Anuario de 2018 y referida a ese año. De esta estadística resulta que el número de hipotecas sobre vivienda registrado en 2018 ha sido de 346.366 incrementándose un 11,50% respecto a 2017 y un 74% respecto al número mínimo que se produjo en el año 2013. La vivienda ha seguido incrementando su destacado peso en el destino de la

nueva financiación hipotecaria alcanzando el 83,35% de la cuota de mercado en 2018, lo que supone un máximo de la serie histórica de resultados. Parece pues que la hipoteca no está del todo muerta al menos por lo que al momento de su otorgamiento se refiere, aunque justo es reconocer que la afectan poderosas turbulencias en el momento de su ejecución. Veamos la situación de esas turbulencias, su intensidad actual y su previsible, y lo digo con toda la modestia de la que soy capaz, evolución seleccionando, del amplio repertorio de cuestiones afectadas por aquéllas tres: las tres de gran impacto social y económico: una resuelta totalmente, otra por resolver y otra medio resuelta.

Empecemos por esta última que no es otra que la relativa a la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado cuya solución ha de asumir el TS mediante la oportuna sentencia que esperemos no se haga de esperar estando muy atento a las consideraciones que ha formulado el TJUE en su reciente sentencia del pasado 26 de marzo.

LA SENTENCIA DEL TJUE DE 26 DE MARZO DE 2019

Nos dice la académica recipiendaria que la ansiada sentencia, la de 26 de marzo de 2019, del TJUE, no es, ni por asomo, mínimamente clara en la exposición de sus argumentos y que no va a ser una resolución fácil de interpretar. La predicción sugiere las siguientes reflexiones:

1ª.- las sentencias del TJUE no siempre adoptan un lenguaje claro, preciso y directo, no siempre superarían ellas mismas un control de transparencia y comprensión lo que puede que tenga su explicación, en el caso de que la norma aplicable sea una Directiva, en la propia esencia de ésta que por definición es abierta y llena de conceptos jurídicos indeterminados que se concretarán en las respectivas normas nacionales de incorpora-

ción que concurrirán con ella. A modo de humilde sugerencia, ocurrencia diría yo, quizá fuera mejor que los Estados fueran mucho más diligentes en la incorporación de las Directivas y que la adecuación entre éstas y las leyes nacionales de incorporación fuera fiscalizada por un Organismo europeo antes de su entrada en vigor. De las 36 sentencias dictadas por el TJUE sobre interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, 26 han respondido a cuestiones formuladas por jueces españoles, 5 se dictaron durante los primeros 20 años de vigencia de la Directiva de 1993 antes de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz), y nada menos que 20 en los últimos 5 años después de dicha sentencia. No todas estas sentencias han motivado la misma desconfianza en cuanto a los resultados de su interpretación cuando todas ellas difícilmente superarían el test de transparencia material con sus constantes circunloquios y proposiciones negativas. Por lo que luego veremos ya no va a ser fácil que el TJUE admita más cuestiones prejudiciales elevadas por juzgados y tribunales españoles en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios

2^a.- la segunda reflexión es que entiendo que el tema resuelto es de tal relevancia, no es el último que va a resolver el TJUE en sede de hipotecas con tanto calado, que merece un esfuerzo interpretativo, si menester fuera, que encuentre la verdadera “ratio decidendi” de la sentencia y que tal sentido último de la sentencia sirva para desatascar nuestros juzgados de ejecuciones pendientes y para ayudar a devolver a la sociedad y a los operadores económicos un instrumento de financiación como la hipoteca en condiciones de utilidad social

Las conclusiones de la sentencia del TJUE de 26 de marzo del 2019, recaída en el marco de las cuestiones prejudiciales C-70/17 y C-179/17, se pueden concretar, desdoblando las dos

partes de la declaración final o fallo y los dos importantes asertos contenidos en sus apartados 60 y 63, del siguiente modo: **1^a**- Rechazo de la reducción conservadora de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por impago de una cuota. No significa ello que el TJUE rechace en general la aplicación del “blue pencil test” en el marco de la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13, sino que lo rechaza para la concreta cuestión prejudicial que le planteó el TS pues en ella la aplicación de la mencionada regla implicaba una reducción conservadora prohibida por el art. 6 de la Directiva en la medida en que la supresión planteada afectaba al contenido de la cláusula y modificaba su esencia, no suponiendo simplemente un “trazo de rotulador” que prescindiera sin más de la parte abusiva y mantuviera la parte no abusiva de la cláusula sin afectar al contenido y esencia del resto que no fuera abusivo.

2^a- Admisión de la sustitución de la cláusula declarada abusiva por la disposición legal que sustituya a aquella disposición que inspiró tal cláusula, siempre que se cumpla los requisitos que se señalan a juicio del Juez nacional:

2^a. A)) la extinción del contrato de préstamo hipotecario (que no podría subsistir con eficacia orgánica). A tal efecto hemos de tener en cuenta que, según el artículo 1858 CC, s también de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor. Por otro lado, según el artículo 552.3 de la LEC, una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución. Por lo tanto, las ejecuciones sobreseídas o las que puedan archivarse como consecuencia de la STJUE determina-

rán que el acreedor no pueda instar una nueva demanda ejecutiva sobre el mismo título lo que es tanto como decir que del inicial contrato de préstamo hipotecario desaparece la figura de la hipoteca al desaparecer su causa, la ejecución, que es, según el art. 1261. 3 CC un elemento esencial de cualquier contrato.

2ª. B)) y el beneficio para el consumidor en la continuación de la ejecución hipotecaria. Este extremo también, como el anterior, ha de ser apreciado por el Juez nacional por aplicación del principio de autonomía procesal de los Ordenamientos nacionales frente al europeo. Al respecto nuestro TS tiene declarado que esos beneficios o ventajas del prestatario en la ejecución hipotecaria se concretan, fundamentalmente, cuando la finca gravada fuera la vivienda habitual del deudor, en: a) la posibilidad de rehabilitar la hipoteca, sucesivamente siempre que medien 3 años de diferencia entre cada rehabilitación, consignando únicamente la cantidad ya vencida, sus intereses y las costas proporcionales (art. 693.3 LEC); b) la condonación del 35% o del 20% de la deuda pendiente tras la subasta y adjudicación de la finca hipotecada, si el deudor paga la cantidad restante de la misma en 5 o en 10 años respectivamente (art. 579.2.a) LEC); y c) el derecho a participar en el 50% de la plusvalía que obtuviere el acreedor adjudicatario y si vendiere la finca adjudicada en el plazo de 10 años, si hubiere deuda remanente (art. 579.1.b) LEC). La única ventaja que se contempla en la vía alternativa de acudir a la resolución del contrato por la vía declarativa del artículo 1124 del Código Civil, la ganancia de tiempo por parte del deudor, que retrasa el desalojo de la vivienda, queda neutralizada, partiendo del incumplimiento grave, por el aumento de costes que supone para el deudor, como señala el propio Tribunal Supremo al plantear su cuestión prejudicial; y porque, según el artículo 1 del Real Decreto-Ley 1/2013, de 14 de mayo (en la redacción dada por el RD-L 5/2017 de 17 de marzo), el lanzamiento de los prestatarios aco-

gidos a su ámbito de aplicación, que hoy es bastante extenso, de su vivienda habitual ha quedado suspendido hasta mayo del año 2020.

3^a.- La obligación que se impone al juez nacional de adoptar un enfoque objetivo a la hora de valorar si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir. Este enfoque objetivo que la sentencia de 26 de marzo de 2019 impone al Juez nacional a al hora de valorar la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado junto con la valoración del eventual decaimiento o perjuicio de la situación procesal del consumidor que pueda traer causa de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado son las dos novedades fundamentales de la sentencia que comentamos. A la hora de concretar el significado y alcance de este enfoque objetivo, el TJUE se remite, por vez primera desde que la dictó, a la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C453/10, EU:C:2012:144, apartado 32. Si antes nos referíamos, en el sub apartado 2. A)), a la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario como tal sin la hipoteca en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico; ahora vamos a considerar, sobre la indicación del TJUE, esa misma subsistencia desde el punto de vista de la voluntad de los contratantes, es decir, desde, el punto de vista del consentimiento de los mismos que es, según el art. 1261. 1. CC otro de los elementos esenciales del contrato. El TJUE apela a la seguridad jurídica como razón para la aplicación de tal enfoque y a la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales y, por remisión a la sentencia Pereničová y Perenič nos dice: “Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no sólo no fomentar dicha confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo; decisivos otros factores como por

ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición”. La “doctrina Kásler-Abanca”– ha quedado precisada, si no modificada calladamente, para decir, como propone el profesor Pantaleón que procederá integrar el contrato, sustituyendo la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, siempre que, de no hacerlo así, la permanencia en vigor del contrato provoque a cualquiera de las partes consecuencias tan especialmente perjudiciales, un sacrificio o penalización tan desproporcionados, que no quepa concebir que, actuando ambas leal y honradamente, hubieran celebrado un contrato como el restante, atendida la finalidad o la naturaleza jurídica del tipo contractual de que se trate. Y es que la Directiva no tiene como objetivo esencial una función preventiva o disuasoria de la predisposición de condiciones generales abusivas, esa función puede y debe razonablemente dejarse, ante todo y sobre todo, al Derecho público sancionador sin alterar el objetivo propio del Derecho privado de las condiciones generales que es el de lograr el reequilibrio de la relación contractual a favor del consumidor adherente, de manera que el profesional predisponente “no quede mejor” por el hecho de haber predisposto una condición general abusiva (por eso, está sin duda prohibida por la Directiva la llamada “reducción con-

servadora de la validez”); y no, hacer que la relación contractual venga a quedar desequilibrada en el sentido contrario, en contra del profesional predisponente, a fin de que este “quede necesariamente peor” por haber actuado así. Y cuando merezca ser castigado, al objeto de disuadirlo que sea el Derecho administrativo sancionador el que lo haga y las políticas sociales del Estado las que eviten las peores consecuencias para los consumidores. En el sentido apuntado, el pasado 29 de marzo, la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea envió a las Delegaciones una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mejor cumplimiento y modernización de las normas europeas de protección de los consumidores, que, entre otras, modificará la Directiva 93/13 para incorporar a ésta un nuevo artículo 8b, que obligará a los Estados Miembros a establecer y asegurar que se imponen sanciones (“*penalties*”) efectivas, proporcionadas y disuasorias para las vulneraciones de las normas nacionales implementadoras de dicha Directiva lo que, sin duda, llevará a los tribunales a abandonar la vía de disuadir la predisposición de cláusulas abusivas desequilibrando las relaciones contractuales en contra de los predisponentes de tales cláusulas y a aplicar tales sanciones.

4ª.- Si se valora que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir, cosa realmente difícil por carecer el contrato a valorar de consentimiento y de causa actuales, antes de sobreseer la ejecución hipotecaria, debe solicitarse el consentimiento del consumidor y remitir al deudor a un inevitable juicio declarativo de la existencia de la deuda a su cargo (ascendente con toda probabilidad a la totalidad de la misma con sus intereses) y a la subsiguiente ejecución de la sentencia, ya no de la escritura de préstamo hipotecario, sobre cualesquiera bienes de su patrimonio. Pero, ante la aparición de un contrato sin consentimiento ni causa, es decir, ante la consecuencia por la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado de la aparición

de un contrato nulo según el juez nacional éste debe proceder a su integración en la forma vista, es decir, a la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado declarada nula por abusiva por el art. 693. 2 sea en su redacción dada por la disposición final quinta de la ley 5/2019 de 15 de marzo o sea en la redacción anterior. En la sentencia de 26 de marzo de 2019 el TJUE rechaza que el prestatario pueda decidir acerca la anulación del contrato, cualesquiera que sean las consecuencias para él, renunciando a las posibles ventajas de la ejecución hipotecaria, si el juez ha valorado la aplicación sustitutiva de la norma posterior por entender que el contrato no puede subsistir y que esas ventajas existen y la razón de ello no es otra que, de un lado, la prohibición del “non liquet” al Juez y de otro que lo que el Juez persigue es precisamente la pervivencia del consentimiento que vinculó inicialmente a ambas partes contratantes en la situación nueva creada por la declaración de nulidad por abusiva de la causa de vencimiento anticipado en el seno de un marco procesal más favorable para el prestatario consumidor.

EL IRPH

Si el tema de las cláusulas de vencimiento anticipado es de gran calado jurídico, económico y social para nosotros no lo es menos el del IRPH otro de los puntos de los que se ocupa la académica recipiendaria: el relativo al de la validez o nulidad de la cláusula referida al IRPH o “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre” que funciona en los préstamos como índice de referencia sobre el que se añadirá un diferencial para determinar el interés del préstamo que deberá satisfacer el prestatario.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 declaró que IRPH es un índice de referencia válido ya que al venir recogido en el artículo 27 de la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia

y protección del cliente de servicios bancarios, y publicarse todos los meses en el BOE, es una disposición legal o reglamentaria imperativa de manera que en ningún caso puede concluirse que sea la entidad bancaria la que haya fijado las pautas a los efectos de decidir el IRPH a aplicar en cada tramo o período de lo que resultaría que no está sometida a la Directiva 93/13 por lo que no puede ser objeto de control de transparencia. Además, el Supremo consideró que todo consumidor medio debe saber cómo se calcula el interés variable de un préstamo hipotecario y que él mismo puede comparar las condiciones ofrecidas por diferentes bancos y esto es lo que a fin de cuentas y en la práctica interesa y es comprensible por la inmensa mayoría de los consumidores, no cómo se calcula el IRPH (procedimiento realmente complejo y difícilmente comprensible como evidencia la fórmula que incorporan los magistrados discrepantes a su voto particular), dificultad que no puede excluir por sí misma su utilización en los préstamos hipotecarios, sino si ese índice de referencia cuya cuantía es perfectamente cognoscible y su evolución, en los dilatados períodos de amortización de los préstamos hipotecarios, tan impredecible como la del Euribor más el diferencial, que suele ser más bajo cuando se adiciona al IRPH que cuando lo hace al Euribor, determinan un tipo de interés mayor o menor que el que puedan ofertar las demás entidades de crédito sobre cuya comparación pueda el consumidor tomar una decisión. Finalmente, el TS entendió que tampoco se podía analizar el contenido de la cláusula que contenía el IRPH porque afecta al objeto principal del contrato, como dice el artículo 4.2., aunque tal artículo de la Directiva no se haya incorporado a nuestro Derecho interno con la intención de mejorar la protección del consumidor. El reproche de manipulabilidad, pues al fin y a la postre depende de los tipos de interés que las propias entidades de crédito apliquen, hay que demostrarlo pese a que el proceso de concentración de entidades haga más verosímil tal reproche.

En la vista pública que tuvo lugar en fecha 25 de febrero de 2019 ante los quince jueces de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), presidida por el belga Koen Lenaerts, cuya ponente fue la croata Sinisa Rodin, se contrastaron las dos tesis enfrentadas, la expuesta sostenida por el TS y por los representantes del Estado y de la entidad acreedora y su opuesta contenida en los votos particulares de los magistrados Orduña Moreno y Arroyo Fiestas, el representante de la Comisión y los abogados de los afectados quienes sostienen que la declaración de nulidad de las estipulaciones que incluyen el índice IRPH se fundamenta, en esencia, en el doble control de incorporación y transparencia, entendido este último como de comprensibilidad real del consumidor de los términos de la cláusula predispuesta, “*comprensibilidad real*” debe acreditarse por la entidad financiera.

El próximo 24 de junio el abogado general designado, el polaco Maciej Szpunar, hará públicas sus conclusiones y posteriormente la Gran Sala del TJUE con sus quince magistrados dictará la sentencia, una sentencia que, sin duda y con independencia de su contenido, será controvertida y de una enorme trascendencia. El día 9 del pasado mes de mayo el presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Sebastián Albella, reconoció en declaraciones a la prensa que el asunto de la solución del IRPH estaba abierto y cabía cualquier solución. Esperemos que la sentencia que se dicte por el TJUE sobre la abusividad o no abusividad de la cláusula del IRPH en los préstamos hipotecarios sea muy clara y aceptada racionalmente por los operadores jurídicos y/o que residencie en el Juez nacional las decisiones oportunas que resuelvan el problema mediante la jurisprudencia del TS porque la Banca española y los prestatarios consumidores se juegan mucho dinero en este lance.

EL SUJETO PASIVO EN EL IAJD EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Como también se lo jugaron unos y otros en la cuestión de quién debía soportar el pago del IAJD que grava la constitución de los préstamos hipotecarios, del que se ocupa minuciosa y rigurosamente la académica recipiendaria, que estuvo de rabiosa actualidad los pasados meses de octubre y que se resolvió para los préstamos otorgados a partir del día 10 noviembre inclusive por R.D.-ley 17/2018, de 8 de noviembre, imputando su pago al prestamista y para los préstamos hipotecarios otorgados antes de esa fecha quedando a cargo del prestatario según decidieron tres sentencias del Pleno de la Sala Tercera del TS de 27 de noviembre de 2018, las números 1669, 1670 y 1671.

El R.D.-ley 17/2018, de 8 de noviembre dice en su Exposición de Motivos que su solución es una excepción a la regla contenida en el párrafo primero del art. 29 del TR de la Ley del ITP y AJD. El art. 29 citado nos dice «1.Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. 2.Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista». De donde resulta que el hecho imponible por el IAJD no es la hipoteca, sino el “préstamo con garantía hipotecaria” cuyo adquirente es el prestatario desde la consagrada visión civil de la hipoteca como accesoria del préstamo por más importante que ésta sea para la concesión del préstamo. Que el Derecho tributario sea al Derecho lo que la música militar a la música es algo irreprochable para el legislador como lo demuestra la citada reforma del art. 29 del T.R. de la Ley reguladora del ITP y AJD llevada a cabo por el R.D.-ley 17/2018.

La tensión que se produjo en sede judicial sobre el tema

brevemente consistió en que la Sala Primera del TS anuló por abusiva la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos. La sección segunda de la Sala tercera del TS modificando la doctrina jurisprudencial tradicional sobre la materia resolvió que el sujeto pasivo del IAJD en la constitución de préstamos hipotecarios era el prestamista sobre la base de considerar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario sino la hipoteca posición que, como acabamos de ver, desautoriza el propio R.D.-ley 17/2018 siguiendo a la doctrina tradicional civil e hipotecaria que no otra cosa debe hacer la Administración tributaria y los Tribunales de Justicia por exigencias del art. 2. 1. del T.R. de la Ley del ITP y AJD que consagra el principio de calificación cuando nos dice que: “El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia.”; principio de calificación que no evidencia otra cosa que el carácter subordinado al Derecho civil de la normativa de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados, sucesiones y donaciones. La unidad del hecho imponible formada por el negocio complejo préstamo hipotecario y la accesoriedad que en el mismo corresponde a la hipoteca que no podría existir sin aquél y no al revés resulta de artículos cardinales en la materia tanto del CC, art. 1857, como de la L.H., art. 105, y de la doctrina de la DGRyN de la que valga como muestra el FD 4 de la resolución de 28 de abril de 2015 por no extender más a estas alturas de mi contestación tal fundamentación desbordando el sentido de la misma.

Sólo añadir, para concluir esta reflexión sobre el tema del IAJD en la constitución de préstamos hipotecarios que, desde el punto de vista político, pero no, insisto, como acabamos de ver, por exigencias del principio de calificación, desde el que-

hacer administrativo y judicial, conviene recordar que el Pleno del [Tribunal](#) Constitucional en el Auto 24/2005, de 18 de enero, resolvió la posible inconstitucionalidad del ya derogado por sentencia de la sección segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo artículo 68 y dijo que su solución de declarar al prestatario como sujeto pasivo de la modalidad cuota variable del IAJD era una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional y al ser opcional por cumplir con todos los parámetros de constitucionalidad del sistema tributario, básicamente que sujete manifestaciones de riqueza como signos de capacidad contributiva, tan válida es esta solución, como la contraria decidida por el R.D.-ley 17/2018, de 8 de noviembre excepcionando la regla general del párrafo primero del art. 29 adhiriéndose de esta manera a la doctrina del Pleno de la Sala Tercera del TS para los préstamos hipotecarios otorgados antes del 10 de noviembre de 2018.

CONSIDERACIÓN FINAL

En la consideración final de su discurso la académica recipiendaria nos dice: “Probablemente mi inicial augurio acerca del deceso de la garantía hipotecaria -al menos como medio de aseguramiento a la obtención de liquidez por parte del consumidor- resultara excesivo”. “No obstante lo cual se precisa la adopción de ulteriores reformas que permitan depurarla de condiciones generales de la contratación abusivas, a la vez que se norma adecuadamente la necesaria protección del acreedor hipotecario al que no se le puede desproveer de la cobertura especial que le confiere la titularidad del derecho real de garantía hipotecaria, con pleno respeto en todo caso al principio de la transparencia” y conjuntamente, cabría añadir con la segura aquiescencia de mi compañera, con la transparencia y la protección al consumidor con respeto a los demás principios esenciales de la contratación en el campo del Derecho privado y

contando con los demás resortes de los que dispone el Estado de Derecho para incentivar la no abusividad y la transparencia y atender las situaciones de exclusión que, no obstante ello, pudieran producirse; con la buena fe de todos los implicados, la elaboración e interpretación de normas que sigan el método de “atenta observación de la realidad” que con sabia prudencia, valga la redundancia, propuso el maestro Broseta y el cumplimiento por parte de notarios y registradores de la función preventiva que en esta materia les confía la Ley 5/2019, que la aplicación equilibrada, racional y fundada de nuestro Ordenamiento entero es el compromiso y el deber de los profesionales, de la administración y de los tribunales y sólo es una opción, dentro del marco de la Constitución, pero sólo para el poder ejecutivo como antes vimos al reflexionar sobre el caso del IAJD.

Muchas gracias por su atención.

VICENTE DOMÍNGUEZ CALATAYUD
Académico de número de la RAVJL
(sillón Bienvenido Oliver)

