

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Carlos Jiménez Gallego

El objeto de esta disertación es reseñar y comentar las cláusulas de contratos de préstamos y créditos hipotecarios que han sido judicialmente declaradas abusivas, así como otras que podrían serlo. Por razones de tiempo, no podemos comentar las cláusulas de otros tipos de contratos bancarios ni referirnos a la abusividad en la aplicación del contrato ni en la ejecución por incumplimiento del deudor.

Se examina en primer lugar la normativa de carácter general y después las principales sentencias recaídas hasta hoy que, con base en dicha normativa, han resuelto casos sobre la materia que nos ocupa. A continuación, otras cláusulas que podrían resultar abusivas, teniendo en cuenta lo anterior así como las normas de contenido mucho más específico que se han dado para aumentar la transparencia en la contratación y/o para prohibir determinadas cláusulas o prácticas, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Normativa de carácter general

Nos referimos en primer lugar a la normativa de protección –en general– de consumidores y usuarios y a la regulación de las condiciones generales de la contratación. Ambas están estrechamente unidas.

La protección de consumidores y usuarios

La protección de consumidores y usuarios tiene rango constitucional; en concreto, en el art. 51.1, situado en el capítulo de “principios rectores de la política social y económica”: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de

los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

La protección de consumidores está asimismo reconocida en la Unión Europea por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, promulgada para aproximar las normativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, entendiéndose por “consumidor” a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y por “profesional” a toda persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Esta Directiva sigue vigente y tan sólo ha experimentado una leve modificación por la Directiva 83/2011, de 25 de octubre, en una materia que ahora no interesa tratar.

De la Directiva 13/1993 destacamos lo siguiente:

Los conceptos de abuso y de condición general se dan por el art. 3: “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. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”

La apreciación de la abusividad se regula por el art. 4: “el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 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.”

La consecuencia de la apreciación de abusividad se da por el art. 6: “Los Estados miembros dispondrán....que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

Y por último el art. 7 dispone: “Los Estados miembros velarán para que ... existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

A nivel de legislación ordinaria interna española, el texto principal es la LGDCU, cuya redacción inicial fue la de la Ley de 19 de julio de 1984 y que

posteriormente se refundió con otras en lo que vino a ser el T.R. de la LGDCU, publicado por el R.D. legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, hoy vigente. Destacamos los artículos 82 a 90, que recogen el elenco de cláusulas abusivas –influido por la enumeración de cláusulas que hace la Directiva 13/1993– ya contenido en los antiguos artículos 10, 10 bis y la disposición adicional 1ª de la LGDCU de 1984. El art. 82 considera 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”. El carácter abusivo se apreciará, al igual que dispone la Directiva, 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. Y se desciende a un nivel de concreción mayor cuando se dice que en todo caso son abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas, le impongan indebidamente la carga de la prueba o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. En los arts. 85 a 90 la Ley enumera supuestos particulares de cláusulas, que ahora no viene al caso citar.

La consecuencia es que las cláusulas abusivas serán “nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas” según el art. 83, que añade: la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará conforme al 1258 CC (conforme a “las consecuencias que conforme a su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”) y al principio de buena fe objetiva. La integración la debe realizar el Juez que declare la nulidad. Se ha cuestionado por la jurisprudencia del TJUE que el Juez pueda realizar esta integración, como luego veremos.

En el campo de la seguridad jurídica preventiva, respecto de Notarios y Registradores, el art. 84 dice que “no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”. La LGDCU, como se ve, optó por el control judicial, no administrativo, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Europa, y tampoco encomendó a Notarios y Registradores esa tarea, que por lo demás los colocaría en la situación de un Juez. La función del Notario se refiere a la transparencia en la formación del contrato, como luego veremos, y al rechazo de las cláusulas que los Jueces hayan declarado nulas. Luego volveremos también sobre esto, que quizá precise alguna matización.

Visto el concepto de abuso y sus consecuencias sustantivas, pasamos a comentar la regulación de las condiciones generales de la contratación, que son el “suelo” sobre el que se edifican las cláusulas abusivas.

La Ley de condiciones generales de la contratación

Las condiciones generales de la contratación se regulan por la ley 7/1998, de 13 de julio y por el R.D. 1828/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Registro. La Ley incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 13/93, aunque el plazo máximo de transposición concluyó el 31 de diciembre de 1994. En todo caso, su ámbito de aplicación objetivo es mayor que el de la Directiva, ya que no sólo se refiere a contratos con consumidores. Fue levemente modificada por la LEC de 7 de enero de 2000 y por alguna otra: Ley 24/2001, de 27 de diciembre, Ley 39/2002 de 29 de diciembre, Ley 44/2006 de 29 de diciembre y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

El Reglamento hoy vigente es sólo una parte del que se promulgó. Fueron impugnados casi todos sus artículos. El TS resolvió las impugnaciones en sentencias de 12 de febrero de 2002 (en general, estimatoria) y 6 de junio de 2003 (desestimatoria). La primera de éstas declaró la nulidad de todo o parte de los artículos 2, 5, 9, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23 y 24.

Ambito de aplicación.

La Ley se aplica a contratos que contengan condiciones generales y hayan sido celebrados entre un profesional (“predisponente”) y cualquier persona física o jurídica (“adherente”). Es profesional toda persona física o jurídica que actúe “dentro del marco de su actividad profesional o empresarial”. Es adherente cualquier persona física o jurídica, tanto si actúa como si no actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial.

Se entiende por “condiciones generales” toda cláusula predispuesta, o sea, redactada previamente por una de las partes para una generalidad de contratos, cuya incorporación al contrato sea impuesta por quien la ha redactado.

La Ley se aplica (art. 3) a todos los contratos sujetos a la Ley española, y a los sujetos a Ley extranjera “cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual”. Tienen que darse por tanto los dos requisitos. Es decir, si el adherente no es consumidor, la Ley de condiciones generales no se aplica a contratos sujetos al Derecho extranjero en los que el adherente es no residente (ya sea español o extranjero), tanto si emiten su declaración de voluntad en España como en el extranjero.

Hay dos matizaciones: la primera es que la no aplicación se entiende sin perjuicio de lo establecido en tratados y convenios internacionales, y la segunda es que en los casos en que el adherente es consumidor, se aplicará la normativa de protección de consumidores conforme a lo dispuesto por ésta (la entonces vigente LGDCU). El art. 10.bis LGDCU remitía al art. 5 del Convenio de Roma. Hoy hay que estar a lo dispuesto por el art. 67 del R.D.Leg. 1/2007, que ahora citaremos. Entendemos que esta remisión a la normativa de protección de consumidores lo es también a las reglas que fijan su ámbito de aplicación, porque no se hace salvedad y porque la finalidad del citado art. 67 (antes, el conocido 10 bis) es que la normativa de consumidores se aplique a todos los casos en que la propia normativa pretende ser aplicada.

Por tanto, se hace necesaria una reseña de cuál es el ámbito de aplicación de la normativa de consumidores.

Sobre esto, hay que tener en cuenta que según el Derecho español, hoy representado por el R.D.Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” y es empresario “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional”. Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de defensa de consumidores y usuarios es también amplio, aunque no tan amplio como el de la Ley de condiciones generales. El concepto de “empresario” coincide con el “predisponente” de la Ley de condiciones generales, por lo que en esto no se plantearán disonancias. Pero el concepto de consumidor es más restringido, pues aunque se aplique a personas físicas y jurídicas, se exige que no actúen en ejercicio de su actividad.

En los supuestos de Derecho internacional, hay un punto importante a retener: la normativa de consumidores relativa a cláusulas abusivas (que está recogida en los arts. 82 a 91 del citado RDL) se aplica, según el art. 67 del citado R.D.L., a todo contrato “cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.”

Según esto, si el contrato tiene que cumplirse en España, aunque sea parcialmente, y se refiere a inmuebles en España, parece que se aplicará

la normativa española sobre cláusulas abusivas. Es decir, en materia de Derecho internacional privado, la eficacia de la normativa de protección de consumidores sobre cláusulas abusivas se extiende más que la normativa de condiciones generales.

Esto puede dar lugar a algún problema de determinación del Derecho aplicable:

La normativa sobre cláusulas abusivas contenida en la legislación española de consumidores contiene la prohibición dirigida a los Notarios, como hemos visto (art. 84 del TR de la LGDCU) de autorizar escrituras en las que se contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC. Esta norma es plausible pero su colocación en la normativa de consumidores plantea un problema en casos “internacionales”: la normativa de condiciones generales no se aplica a no residentes en casos en los que sí se les aplica la normativa de protección de consumidores. Habrá que entender que la norma forma parte de los dos bloques normativos (¡precisamente se introdujo en la normativa de consumidores por la Ley de condiciones generales!) y aplicarla siempre que haya un consumidor en cuanto sea necesario para aplicar la normativa española de protección de éste, aunque no procediera la aplicación de la normativa de condiciones generales. No parece que pueda defenderse que esta norma (el art. 84) sólo pertenece a la materia de “condiciones generales” y no a la de “consumo” pues uno de sus fines es la protección y no casa bien con ello que determinados contratos con consumidores, a los cuales se extiende la protección de la normativa de consumidores, queden excluidos.

En resumen: si el contrato lo celebra un consumidor, se aplica la normativa del R.D.L. 1/2007. Si el consumidor es no residente (español o extranjero) se aplica al menos la normativa sobre cláusulas abusivas si el contrato tiene algún vínculo estrecho con España o con cualquier otro país del EEE. Si ninguna de las partes es un consumidor, se aplica sólo la normativa de condiciones generales, que se aplica también a contratos regidos por Derecho extranjero si el adherente reside en España y ha emitido su declaración en España.

Contenido de la Ley.

La Ley contiene normas sobre la incorporación de las condiciones generales al contrato, sobre la exigencia de claridad en la redacción, alguna regla de interpretación como por ejemplo las que disponen que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales y que la interpretación de las cláusulas oscuras se realizará a favor del adherente, sobre el Registro de Condiciones Generales, y sobre procedimientos judiciales.

La incorporación es requisito imprescindible para su validez. Las condiciones generales sólo vinculan al adherente si pasan a formar parte del contrato. Esto se deduce del art. 5, aunque no está dicho con tanta claridad. El párrafo 1º dice “Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.” Parece que pueden constar físicamente en documento separado, pues el párrafo 2º exige, para que se entiendan aceptadas por el adherente, que el predisponente le haya informado expresamente de su existencia y le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Dado que la incorporación de las condiciones generales al contrato puede resultar en algunos casos dudosa, la Ley dice (art. 7) que no se entienden incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer “de manera completa al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas”, así como tampoco las “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” salvo que éstas últimas se ajusten a alguna normativa específica.

Los procedimientos judiciales regulados son cinco, según la finalidad pretendida: la declaración de no incorporación, la declaración de nulidad y la cesación, retractación o declaración de la naturaleza de condición general de una cláusula. Los dos primeros son acciones a ejercitar por el adherente y los tres últimos son acciones colectivas que pueden ser ejercitadas por ciertas entidades enumeradas en el art. 12 de la Ley.

La no incorporación pretende la constancia de que una/determinada/s cláusula/s no forma parte del contrato, ya sea por no haber podido ser conocida por el adherente de manera completa o por ser ilegible, ambigua, oscura o incomprensible.

La cesación pretende condenar al demandado a eliminar de sus condiciones generales las cláusulas nulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

La retractación pretende condenar al demandado a retractarse de la recomendación ya hecha de utilizar las condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa pretende el reconocimiento de que una cláusula es condición general de la contratación y que se inscriba en el Registro cuando sea obligatorio según el art. 11.2 de la Ley; o sea, cuando el Gobierno haya impuesto la inscripción obligatoria.

En materia de nulidad, la Ley se remite principalmente a la LGDCU. Es fundamental el art. 8: “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. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales las definidas en el art. 10 bis y disp. Adic. 1ª L. 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.” Hoy son los artículos del TR 1/2007 antes citados.

Por poco que nos fijemos, la eficacia de la Ley depende en gran medida de este artículo; o dicho de otra forma, la eficacia de la Ley depende de la normativa de consumidores, porque los casos de nulidad se van a dar principalmente por aplicación de ésta, ya que la Ley de condiciones generales no contiene en realidad causas de nulidad; lo que en realidad “añade” a la normativa de consumidores son los casos de no incorporación al contrato. Por ello, la aplicación de la Ley 7/1998 exige conocer la normativa de protección de consumidores.

Eficacia de las sentencias.

Las normas sobre esta materia las encontramos en la vigente LEC de 7 de enero de 2000, que derogó los artículos correspondientes de la Ley de condiciones generales. El art. 221.1º LEC dispone, en su redacción vigente, respecto de las acciones ejercitadas por asociaciones de consumidores o usuarios, que “la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”. Es decir, no deja en manos del Juez la eficacia de la sentencia, sino que obliga al Juez a atenerse a los efectos que disponga para cada tipo de acción la normativa de consumidores. Creemos que no debe cuestionarse que esta normativa se integra también por la Ley de condiciones generales, que es la que en realidad precisa la eficacia de las sentencias que declaren las nulidades por abuso.

Lo dicho no es aplicable a procedimientos no incoados por las citadas asociaciones, sin perjuicio de la inscripción registral de la sentencia, que no obstante da siempre a ésta una eficacia que va mucho más allá de las partes litigantes.

Y es que la sentencia recaída en cualquiera de los procedimientos, ya en ejercicio de acciones individuales o colectivas, o sea, nulidad, no incorporación, cesación, retractación y acción declarativa, tiene que inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de forma obligatoria (art. 22) y una vez inscrita, los Notarios no pueden autorizar escritura que contenga “cláusulas declaradas

nulas por abusivas. Es decir, literalmente, no cualquier nulidad, sino sólo la nulidad por “abusiva”. Esta frase es desafortunada, porque resulta chocante que Notarios y Registradores puedan autorizar e inscribir contratos con cláusulas declaradas judicialmente nulas –por causa distinta de abuso–. De todas formas, en la práctica el problema quedará diluido porque la nulidad se basará prácticamente siempre en el carácter abusivo.

También se plantea la cuestión, dado que las cláusulas que Notarios y Registradores no pueden aceptar, son las declaradas nulas por abusivas (e inscritas), es decir, aquellas que han sido declaradas nulas en aplicación de la normativa de consumidores, de qué ocurre cuando el deudor no tiene la calificación jurídica de consumidor. La respuesta no es sencilla. Tal como está redactada la norma, da la impresión de que se aplica con independencia de quién sea el deudor. Sin embargo, nos inclinamos por no rechazar estas cláusulas en estos supuestos, ya que rechazarlas implicaría aplicar la normativa de protección de consumidores a no consumidores.

Por otro lado, el art. 22 parece que se refiere a todos los casos en que reproduzca esa cláusula, ya sea por el mismo predisponente o por otro, siempre que sea idéntica. El problema aparece en los casos en que haya una sustancial identidad, aunque no se usen literalmente las mismas palabras, o más difícil todavía, en los casos en que se consiga el mismo o similar efecto aunque con una redacción distinta a la declarada nula. Esto, de todas formas, sólo puede irse resolviendo caso por caso.

El Registro de condiciones generales de la contratación.

El Registro es público y gratuito y puede ser conocido por cualquier persona. La Ley no puso ninguna limitación. El Reglamento estableció que la publicidad se haría por nota simple o por certificación, pero la STS de 12.02.2002 anuló esta norma por entender que limitaba el derecho a conocer el contenido del Registro. A consecuencia de esta sentencia, el contenido del Registro puede conocerse por cualquier persona, sin alegar ningún interés, sin ninguna otra limitación, de forma gratuita e inmediata y por Internet en la página www.registradores.org.

El Registro se configuró como una sección (la sexta) del Registro de bienes muebles. Ha tardado muchos años en llegar a existir realmente (hasta el año 2011).

Examinada la normativa de la LGDCU y de la Ley de condiciones generales, nos referimos a continuación a las resoluciones judiciales que, con base en dichas normas, han declarado la nulidad de determinadas cláusulas de contratos de préstamos y créditos hipotecarios.

Aplicación de la normativa general por los Tribunales

Cláusulas declaradas nulas por abusivas que ya han sido inscritas

Tras el examen realizado por consulta telemática en el Registro de condiciones generales, comentamos las sentencias que han sido inscritas. Nos referimos a las siguientes: una de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005 y otras dos, del TS; una es la conocida sentencia 792/2009 del TS de 16 de diciembre y otra es una sentencia de 29 de diciembre de 2010. La inscripción de las dos primeras sentencias es de fecha 12 de mayo de 2011. La inscripción de la tercera, el 27 de junio de 2011. La sentencia de la AP de Madrid es la que fue recurrida en casación, recurso que concluyó por la sentencia 792/2009 del TS; no obstante, la sentencia de la AP devino firme respecto de algunos pronunciamientos que no fueron recurridos en casación.

Las consultas al Registro han puesto de relieve algunos problemas.

Uno es la falta de seguridad que inspira –para una consulta por cualquier profesional en ejercicio de su actividad– el acceso al contenido del Registro. Otro es la falta de buenos índices del Registro, que obliga a buscar por titular o por conceptos aún más generales, no por algo que identifique el contenido de las cláusulas, con lo cual es fácil tener dudas sobre si lo que se ha consultado es “todo lo que hay” sobre esa materia. Otro, que se apreciará mejor al reseñar las cláusulas inscritas, es que hay casos en que los textos declarados nulos por la sentencia correspondiente no coinciden con la cláusula que el Registro publica, lo que obliga a buscar en la sentencia qué es exactamente lo que se declaró nulo (a veces, menos de lo publicado), pues lo que no ha sido judicialmente declarado nulo no se puede considerar nulo porque el Registro lo publique; y por tanto se plantea la cuestión: ¿verdaderamente puede decirse que tal cláusula nula ha sido inscrita en el Registro?

A continuación se transcriben las cláusulas inscritas (de contratos de préstamos/créditos hipotecarios), si bien no se puede garantizar por completo, debido a lo que acabamos de decir, que la reseña lo sea de toda la materia inscrita.

1. Imposición de ciertos gastos al cliente.

Se trata de una cláusula que impone al cliente todos los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato: “La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato.” El supuesto es la minuta del BBVA.

También se declaró nula la siguiente cláusula, de la minuta de BANKINTER: “Correrán por cuenta del prestatario los gastos derivados de los siguientes conceptos:.... Costas judiciales ocasionadas a Bankinter como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario.”

Y la siguiente cláusula, de la minuta de CAJAMADRID: “... en caso de incumplimiento satisfará las costas procesales que se originen, incluso las de cualquier tercería, y los honorarios y derechos de letrado y procurador que intervengan en los procedimientos correspondientes.”

La sentencia firme que confirmó la nulidad de todas estas cláusulas fue la de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005. Este punto del fallo no fue recurrido en casación por los Bancos demandados. La AP sentenció que el pacto es contrario al criterio objetivo que en materia de costas impone el art. 394 LEC, sustituye la aplicación que de este art. tiene que hacer el Tribunal por la aplicación que hace unilateralmente el Banco, y pretende impedir apreciar al Juez la posibilidad de que ninguna de las partes tenga que pagar las costas que se ocasionen si concurren serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición. La nulidad se predica, por la sentencia, respecto de la imposición de gastos judiciales, no de los gastos extrajudiciales. Obsérvese que esto no siempre consta en el asiento registral, ya que a veces ha transcrito todo el texto de la cláusula; sin embargo, la nulidad no puede entenderse referida a los gastos extrajudiciales.

Lo dicho no afecta a que la hipoteca garantice cantidades por costas judiciales y por gastos extrajudiciales. Esto fue expresamente declarado válido por la sentencia.

Todavía vemos, a día de hoy, minutas de algún Banco en que sigue apareciendo esta cláusula, lo que obliga al Notario a hacer que se corrija la redacción.

2. Imposición al cliente de fuero judicial.

Se han inscrito las siguientes cláusulas declaradas nulas:

“Las partes contratantes se someten a los Juzgados y Tribunales de, renunciando al fuero particular que pudiera corresponderles” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

“Los comparecientes, según actúan, se someten para el cumplimiento, interpretación, ejecución y para cuantas cuestiones se deriven de la presente escritura, a la competencia de los Juzgados y Tribunales correspondientes del partido en que radique la finca hipotecada” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“Las partes contratantes se someten al fuero de los Juzgados y Tribunales del último domicilio del/de los titular/es notificado, según Cláusula Cuarta, para cuantas acciones o reclamaciones puedan derivarse del contrato” (préstamo hipotecario de BBVA).

La sentencia firme que confirmó la nulidad de estas tres cláusulas fue la de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005. Tampoco fue recurrida en casación por los Bancos demandados. Frente a las alegaciones de Bankinter y BBVA en el sentido de que sus cláusulas respectivas no violaban ninguna norma imperativa, por acoger el fuero del lugar de situación de la finca o el del domicilio del deudor, la sentencia recuerda el art. 54.2 LEC: “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.” Se declara nula, por tanto, toda cláusula de sumisión a cualquier fuero, incluso al de situación de la finca hipotecada.

Todavía vemos, a día de hoy, minutas de algún Banco en que sigue apareciendo esta cláusula, aunque en menos supuestos que la cláusula de costas judiciales. También el Notario tiene obligación en este caso de hacer que se corrija la redacción.

3. Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones (accesorias).

Este apartado es uno de los más problemáticos. Hay inscritas cláusulas de cuatro Bancos, que se refieren a un grupo heterogéneo de supuestos:

“Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca o fincas, aun cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la Entidad Prestadora la facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismo efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción.” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID)

La sentencia de la AP de Madrid, confirmada por el TS, dice textualmente, respecto de esta cláusula: “sin perjuicio de que en casos concretos –en los que resulte notoriamente importante el incumplimiento contractual– pueda aceptarse el vencimiento anticipado por el incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, no ha lugar a declarar la validez de dicha cláusula en los términos genéricos que aparece redactada.”

¿Qué es exactamente lo que se ha declarado nulo? Parece claro que la frase “incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura” ha sido declarada nula, por los términos genéricos en que aparece redactada. Pero la duda subsiste respecto del resto de la cláusula: vencimiento anticipado por impago de una cuota de amortización, o de un impuesto que grave la finca o de una prima de seguro. La validez del vencimiento anticipado por impago de una cuota ha sido expresamente admitida por la propia STS 792/2009. Respecto de los otros dos casos, parece deducirse de la sentencia que podrían ser declarados nulos si se califican de prestación accesoria, pero la propia sentencia no hace esta calificación. Parece que la sentencia sólo declara la nulidad del vencimiento anticipado con base en términos genéricos, o sea, el inciso “Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura”, y que no se pronuncia (desafortunadamente) sobre el carácter accesorio de ningún supuesto. Por ello, la calificación de accesoriedad de supuestos concretos no puede entenderse que ha accedido al Registro de condiciones generales.

Otra cláusula inscrita es la siguiente:

“El Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los casos determinados en la Ley y disposiciones aplicables, y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las cláusulas 1º, 1ªbis, 2ª, 3ª, 3ªbis, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª y 12ª. La misma facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo tendrá el Banco cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura, y en el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados.” (préstamo hipotecario de BBVA).

La sentencia de la AP, confirmada por el TS, dice “procede declarar la nulidad de dicha cláusula genérica, insistimos, sin perjuicio de que en algún caso concreto procede el vencimiento anticipado”. La sentencia de primera instancia dijo: “la redacción genérica dada a dicha cláusula en la que no se concreta la obligación que se incumple y se hace extensiva a las accesorias, no es una causa suficientemente justificada ni objetivada”.

Aquí surge de nuevo la dificultad en delimitar qué inciso de la cláusula es lo que se ha declarado nulo. Parece que sólo lo siguiente: “y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las cláusulas 1ª, 1ª bis, 2ª, 3ª, 3ª bis, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª y 12ª.”

Pero ello no obstará a que el Banco pueda declarar el vencimiento anticipado por alguno de estos incumplimientos, ya que la nulidad se

predica de los términos genéricos de la cláusula. La situación creada por la sentencia (¿o por el Registro?) es, en este punto, como se ve, de una gran inseguridad jurídica.

Otras cláusulas inscritas son las siguientes:

“El incumplimiento por el prestatario del plan de amortización del capital o del pago de los intereses establecido en esta escritura y de cualquiera de las obligaciones de reembolso contraídas. El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante. El incumplimiento de cualquiera de las demás obligaciones que los deudores asumen en la presente escritura.” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“El incumplimiento por parte del titular de cualquiera de las amortizaciones establecidas o del pago de cualquier cantidad adeudada por intereses, comisiones o gastos en las fechas previstas en este contrato. El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante.” (préstamo personal de BANKINTER).

“El Banco podrá dar por vencida la operación y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada: cuando incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato.” (préstamo hipotecario de BANCO SANTANDER).

Si dejamos de lado el tema de la disminución de la solvencia, que se trata por separado, habrá que entender, por lo dicho respecto de las otras cláusulas comentadas, que lo declarado nulo son los incisos redactados en términos genéricos. En concreto, los siguientes:

“El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter”, “El incumplimiento de cualquiera de las demás obligaciones que los deudores asumen en la presente escritura”, “El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter” y la cláusula del Banco Santander.

La sentencia firme que confirmó la nulidad de todas estas cláusulas fue la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005, excepto la de Cajamadrid, cuya nulidad fue confirmada por la STS de 16 de diciembre de 2009.

En todos los casos de este apartado 3 se plantea en toda su crudeza el problema que más arriba comentábamos de que la inscripción registral ha

recogido más de los incisos declarados nulos, por lo que hay que acudir al texto de la sentencia para interpretar, o mejor, limitar la inscripción.

En nuestra opinión, no se ha declarado la nulidad de ninguna cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias concretas. Simplemente se ha dicho que el vencimiento anticipado no procede en caso de incumplimiento de prestaciones accesorias, pero como no se ha fijado ninguna en particular, el Notario no puede negarse a aceptar cláusulas que las determinen. Lo que no sería aceptable es la cláusula que permitiera el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, sin concretar éstas.

Nos basamos en que el fundamento del fallo es el siguiente:

“La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.

La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente –SS. 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008–, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio.”

En la práctica, los Bancos han corregido la redacción de sus minutas para eliminar la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, o al menos han precisado, cuando se dice que se podrá declarar el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones por el deudor, que tales obligaciones han de ser esenciales. En cambio, no han desaparecido de las minutas los supuestos de vencimiento anticipado por incumplir obligaciones específicas, como pago del IBI o de la prima del seguro de incendios. Por lo dicho antes, entendemos que el Notario no puede rechazar estas cláusulas, hasta tanto no se declaren nulas por los Tribunales.

4. Vencimiento anticipado por disminución de la solvencia del deudor.

Aparte de la anterior cláusula del BBVA, en lo que se refiere a “el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o

concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados” se han declarado nulas varias cláusulas similares de préstamos personales y también:

“El incumplimiento por parte del prestatario de cualquiera de las obligaciones contraídas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante, la iniciación de procedimientos judiciales o extrajudiciales que pudieran acarrear el embargo o subasta de sus bienes, la petición de quita y espera, la simple solicitud de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del prestatario por cualquier causa o procedimiento.” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

La sentencia firme que declaró la nulidad de todas estas cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. La AP de Madrid las había declarado válidas, pero el TS mantuvo criterio opuesto. Se basó el TS en que estas cláusulas dan al Banco una facultad resolutoria desproporcionada —obsérvese que no es por insolvencia propiamente dicha—, que podrían usar ante cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual.

El fundamento del fallo es el siguiente:

“El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda.

2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya “acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia”, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda

servir de excusa al profesional –predisponente– para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.”

Esta nulidad va a plantear el problema de “calificar” cláusulas que persiguen lo mismo pero emplean un texto diferente. En la práctica, las minutas de todas las entidades bancarias siguen incluyendo cláusulas de vencimiento anticipado por disminución de solvencia. Incluso podemos decir que en los dos últimos años han aumentado los supuestos, pero la redacción de estas cláusulas no es exactamente la misma que las cláusulas inscritas.

5. Vencimiento anticipado por imposibilidad de registrar la hipoteca por cualquier causa.

Constan inscritas las cláusulas de dos entidades, si bien de la sentencia resulta claramente que la nulidad de la cláusula es por no decir que la falta de inscripción sea imputable al deudor, lo que no resulta de la inscripción registral:

“Que la inscripción de la hipoteca objeto de este documento fuese denegada por el Registro de la Propiedad” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“La no inscripción de la presente escritura de préstamo en el Registro de la Propiedad, en el supuesto de que se aprecien en ella defectos subsanables o insubsanables y en todo caso y cualquiera que sea su causa en el plazo de seis meses a partir del presente otorgamiento” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

La nulidad de ambas cláusulas fue confirmada por la sentencia de la AP de Madrid de 11.05.2005. La de Cajamadrid, también por la STS 792/2009. La razón es que traslada al consumidor un riesgo de la entidad financiera. El fundamento del fallo es el siguiente:

“El motivo se desestima porque la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que “recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente”, y que no tiene en cuenta que es “suya (de la Entidad Financiera) la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo” (el préstamo). En definitiva “lo que se deduce de la cláusula es

que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes”, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.”

La práctica ha mostrado que los Bancos han adaptado sus minutas a lo dispuesto por la sentencia.

6. Vencimiento anticipado por arriendo de la finca hipotecada.

Constan inscritas las tres siguientes cláusulas:

La parte prestataria queda obligada “a no celebrar, sin consentimiento del Banco, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta anual neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años.” (BBVA). Hacemos notar que la inscripción es literalmente como acabamos de transcribir, es decir, con: “(...)”

“En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de Bankinter” (BANKINTER).

“(El préstamo se considerará vencido por) Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria” (CAJAMADRID).

La sentencia firme que declaró la nulidad de estas tres cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. La AP de Madrid las había declarado válidas, pero el TS mantuvo criterio opuesto.

Hay que examinar con cuidado qué es lo que se declaró nulo. Los arrendamientos que no son de vivienda están sometidos a purga en caso de ejecución de hipoteca, por lo que no afectan a ésta. El problema se plantea en los arrendamientos de vivienda, en los que no opera la purga, debido al plazo legal mínimo de 5 años de duración (a fecha de hoy este plazo se ha reducido por la Ley 4/2013). La STS declara la nulidad de la cláusula en cuanto se refieren a arrendamientos no de vivienda. Respecto de los arrendamientos de vivienda, exige que se concrete un baremo que corrija la disminución de valor que el arriendo puede ocasionar, si bien reconoce que no hay una regla única “para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso”. Expresamente afirma que la regla del 219 RH no puede considerarse per se desproporcionada.

Por tanto, no es nula la facultad resolutoria si el objeto de la hipoteca es una vivienda y se fija un baremo, y es nula en todos los demás casos.

La sentencia dice, entre otras cosas interesantes: “al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta. Esta minusvaloración del bien derivada del arrendamiento de vivienda disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU –imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido–. Y tras citar el art. 219 del Reglamento Hipotecario, que recoge una modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria, y algunas Resoluciones de la DGRN que han venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema, concluye: “En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse “per se” desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente. En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo –coeficiente– que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar.”

En la práctica, muchos bancos han limitado esta cláusula al supuesto en que la finca hipotecada sea vivienda, lo cual hace que la cláusula sea admisible. En los casos en que no sea así el Notario, para poder autorizar la escritura, debe hacer que se corrija la redacción, de forma que la cláusula quede limitada al supuesto de vivienda.

7. Renuncia del deudor a la notificación de la cesión del contrato.

Se trata de cláusulas relativas a la exoneración del deber del Banco de comunicar la cesión del préstamo a tercero:

“En caso de cesión del préstamo por la entidad, el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste” (préstamo hipotecario de BBVA).

Y: (la entidad podrá transferir) “todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

La sentencia firme que confirmó la nulidad de ambas cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. En ella se dice que “no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2006, 8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008, 30 de marzo de 2009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2003, 19 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2005, 29 de junio de 2006, 8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª –reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo–, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 –imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor–, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.”

No admite la sentencia que la cláusula citada se refiera a una cesión de crédito, en lugar de a una cesión de contrato, y añade: “La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.”

Finalmente, “El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que

sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

En la práctica, hemos visto que los Bancos han corregido sus minutas.

8. Compensación de saldos.

Se declaró nula la siguiente cláusula relativa al derecho del Banco a compensar los saldos deudores del cliente con cualquier otro saldo que a su favor mantuviera en la entidad el propio cliente o los cotitulares del propio contrato:

“Todas las cuentas o depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos” (BANCO SANTANDER).

La sentencia firme que confirmó la nulidad fue la STS de 16 de diciembre de 2009. Aquí también conviene precisar qué es lo declarado nulo, ya que no fue la compensación en sí, sino la falta de claridad que añade la palabra “indistinto”.

Téngase en cuenta que el TS declaró válidas, en la misma sentencia, las dos siguientes cláusulas:

“La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares” (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria).

“Las posiciones acreedores que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros” (Bankinter).

La razón de anular la del Banco Santander fue que “la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha

doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a “indistinto”.

9. Prohibición de enajenar el bien hipotecado.

Se ha declarado nula la siguiente cláusula: “La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

La sentencia firme que confirmó la nulidad fue la STS de 16 de diciembre de 2009. Lo que se declaró nulo fue la necesidad de que el Banco tuviera que dar la autorización para la enajenación en los casos de subrogación de deudor.

Es decir, se sancionó más bien una redacción lamentable y no el objetivo propuesto realmente por el Banco, que es mantener la libertad para autorizar o no la subrogación de deudor. Sostenemos esto porque el fundamento del fallo es el siguiente:

“No cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor –prestatario–. Solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero –que la asume– sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda –se insiste–, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente trascendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens”.

La amalgama de las dos partes de la cláusula crea confusión, en detrimento de la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa” que se exige en la materia (art. 10.1, a LGDCyU).”

Es decir, la cláusula empieza hablando de prohibición de enajenar y luego se mezcla el asunto de la subrogación. De ahí la confusión.

Como en la inscripción sólo aparece esta cláusula concreta, no puede decirse, por desgracia, que haya sido inscrita una cláusula relativa, en general, a la prohibición de enajenar la finca hipoteca sin consentimiento del Banco.

De pasada, diremos que es doctrina consolidada de la DGRN que la prohibición de disponer de la finca hipotecada sin consentimiento del Banco no es inscribible, sin perjuicio de que la obligación que asuma el hipotecante de no disponer pueda ser válida. Es decir, el art. 27 LH impide una eficacia frente a terceros de un pacto de no disposición, pero no regula nada más. En todo caso, podría discutirse la validez de la obligación personal de no disponer cuando el hipotecante sea consumidor. Parece que la sentencia se inclina por la invalidez. Pero no estamos en presencia de una cláusula nula inscrita en el RCGC.

10. Redondeo del interés al alza.

Esta es la cláusula inscrita en virtud de la STS de 29.12.2010, referida a una minuta de Caixa d'estalvis de Tarragona de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable; en concreto, al tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones.

Se declara nulo el inciso “redondeando por exceso al cuarto de punto superior”. Consta inscrito que también se declara nula “cualquier otra análoga que tenga el mismo efecto de redondear al alza el tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones del tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable.”

Esta sentencia recayó en un procedimiento de ejercicio de acción colectiva de cesación. Respecto de la declaración de nulidad de la cláusula, el TS aceptó plenamente, sin entrar de nuevo a fundamentarlo, el fallo de la STS de 4 de noviembre de 2010. Esta última confirmó la sentencia de la AP (de Jaén) que se basó en un apartado del art. 10bis de la entonces vigente LGDCU de 1984, igual a otro de la Directiva 13/1993: afirmó la AP que se trataba de una estipulación “no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Entendemos que se trata de los casos en que haya redondeo sólo al alza, no al alza o a la baja. De todas formas, hemos visto en la práctica que la aplicación de cualquier redondeo apenas se utiliza, ni en los casos en que sería válido, como por ejemplo: redondeo al alza o a la baja al cuarto (u octavo, u otros) de punto más próximo.

Una vez vistas las cláusulas inscritas, así como los problemas de interpretación que se derivan de las inscripciones, pasamos a referirnos al

caso más reciente de declaración firme de nulidad:

La cláusula “suelo” del interés variable: una cláusula declarada válida pero cuya redacción en los casos concretos enjuiciados ha sido declarada nula por sentencia firme.

La reciente STS de 9 de mayo de 2013 se ha pronunciado sobre las cláusulas suelo del interés variable. El supuesto de hecho eran varias cláusulas de minutas de varias escrituras de préstamo hipotecario y de novación de tres entidades: BBVA, Cajamar y NovaCaixaGalicia Banco. Para la adecuada comprensión del fallo haría falta leer las cláusulas enteras, que se copiaron en el texto de la sentencia, y que no podemos transcribir aquí. Sólo citaremos algún párrafo de alguna. En una de ellas se pactó un interés variable cada seis meses según el euribor a 6 meses más un diferencial de 1,25, y se añadió que el tipo de interés “no podrá ser en ningún caso superior al 12% ni inferior al 2,50% nominal anual”. En otras se dispuso que “aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuestos, determinará el tipo de interés vigente”.

En primera Instancia (Juzgado de lo mercantil nº 2 de Sevilla) se declaró la nulidad de tales cláusulas. La AP de Sevilla revocó dicha sentencia y las declaró válidas. El TS casó la sentencia de la Audiencia, pero no porque la cláusula suelo sea nula por sí misma, sino por falta de transparencia.

La fundamentación del fallo es larga. Comienza citando la jurisprudencia del TJUE que ha sentado el principio de que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, porque ha quedado demostrada de una forma clara y contundente, si bien si hay motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva se debe acordar la práctica de la prueba (06.10.2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, 14.06.2012 caso Banesto y 21.02.2103 caso Banif Plus Bank). A continuación, explica que una cláusula puede ser calificada como “condición general de la contratación” aunque se refiera al objeto principal del contrato, pues tales cláusulas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; también explica que el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la legislación sectorial tampoco excluyen que una cláusula tenga tal naturaleza. A continuación declara que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o debe renunciar a contratar (la AP había mantenido que cabía una negociación efectiva respecto de estas cláusulas suelo). La existencia de regulación normativa sobre contratos de préstamo hipotecario y transparencia y protección de los consumidores no

impide que la LGDCU sea aplicable a los contratos de préstamo. Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato y, por ello, como regla no cabe el control de su equilibrio, pero eso no quiere decir que el sistema no las someta a un doble control: el control de su inclusión en el contrato y el control de claridad exigible en su redacción o, dicho con otras palabras “el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. El primer control sí lo superan, pero el segundo no: el contrato, teóricamente a interés variable, “se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”. Entiende que no hay transparencia, pues: 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, no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que no se le oferta ninguna otra, y en algún caso, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

No obstante, señala que la imposición de condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud y que 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. Pero es necesario que el consumidor 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 interés a la baja probablemente no repercutirán o harán de forma imperceptible en su beneficio.” Por otro lado, dice que no hace falta que haya equidistancia entre el suelo y el techo y ni siquiera es preciso que la cláusula suelo coexista con una cláusula techo.

El fallo ordena a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, pero los contratos siguen en vigor en todo lo demás.

La sentencia no afecta a otros casos ya decididos por sentencia firme ni a los pagos realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia, pues la condena no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, “en cuyo caso procedería la nulidad sin más” sino en la falta de transparencia, y la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiencia de la información.

Es decir, la abusividad no se predica de la cláusula en sí. Por tanto, habrá que admitir las cláusulas suelo si van acompañadas de un suficiente suministro de información al deudor. Esta “suficiencia” consiste, según la sentencia, en que se la señale como perteneciente al objeto principal del contrato a interés variable (de forma que el préstamo se convierte en un préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza) y que cubra los siguientes puntos: redacción separada de la cláusula techo, información de varios ejemplos de evolución del tipo de interés, advertencia de que no se le oferta ninguna otra modalidad de préstamo, y no ubicar la cláusula suelo entre una abrumadora cantidad de datos que la hagan parecer “enmascarada”.

Todo esto, como se ve, provoca inseguridad: por un lado se dice que la cláusula suelo es válida, pero a continuación se dice que, según esté redactada, puede ser declarada nula. La inseguridad es mayor que la provocada por la disparidad de calificaciones registrales sobre inscripción de cláusulas de los préstamos hipotecarios, que provocó la reforma del art. 12 LH por la Ley 41/2007. Ello puede motivar que los Bancos prefieran eliminar de sus minutas la cláusula suelo, para evitar pleitos de resultado incierto. De hecho, es lo que está ocurriendo, aunque también ha influido la insistencia del Banco de España en su eliminación. La sentencia no considera suficiente que se hayan cumplido correctamente los deberes de transparencia impuestos al Banco en la fase de formación contractual (a que después nos referiremos). Se podría reflexionar sobre si seguir este camino jurisprudencial no es favorecer a los deudores de hoy a cambio de perjudicar a los de mañana. Téngase en cuenta que la inseguridad que provoca esta sentencia es muy difícil de atajar con normas, incluso legales, pues, aparte la dificultad de proponer o imponer una redacción legal de cláusula que evite dudas sobre la “suficiente claridad”, la alegación de falta de transparencia en la redacción podrá siempre alegarse al amparo de la Directiva de la UE.

A fecha de hoy, en pocos préstamos se sigue utilizando la cláusula suelo, si bien en los casos en que se hace, han modificado la redacción intentando seguir los criterios de la sentencia, lo que determina que la cláusula no deba ser rechazada por los Notarios ni por el Registro si se han cumplido, tanto en la redacción de la cláusula como en la información previa, los requisitos que enumera la sentencia.

¿Qué ocurre a la hora de formalizar contratos con cláusulas que han sido declaradas nulas por abusivas por sentencia firme pero todavía no inscrita en el RCGC?

La tardanza en la inscripción en el RCGC hace surgir esta pregunta.

Lo mejor hubiera sido que la norma de la LGDCU estableciera la imposibilidad de admitir estas cláusulas ya declaradas nulas desde el momento en que se hubiera recibido la notificación de la sentencia firme por el

órgano corporativo adecuado, o sea el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Ello no plantearía ninguna duda sobre el momento a quo, pues una vez recibida, el traslado a todos los Notarios o Registradores es inmediato, gracias a los medios telemáticos. Sería de desear una modificación de la Ley en este sentido.

Mientras tanto, se puede producir una situación incómoda, pues parece que la LGDCU impide rechazar la cláusula de la escritura. En este sentido, se puede sostener (y así lo hemos sostenido alguna vez en el pasado) que la actuación notarial tiene que ajustarse a las normas que la regulan: el ejercicio de la función es obligatorio, salvo las excepciones contempladas en las propias Leyes y reglamentos, y una de estas excepciones es el art. 84 del TR de la LGDCU, antes visto, que exige la inscripción. En todo caso, si se admite esta tesis, debería hacerse constar en el texto de la propia escritura una advertencia acerca de la nulidad declarada.

No obstante, creemos que la Directiva europea de 1993, antes reseñada, tal como ha sido interpretada por el TJUE impide sostener que la protección de los consumidores pueda quedar pendiente de un requisito como es la inscripción en el Registro de CGC una vez que hay una sentencia firme y el contenido de ésta puede ser conocido con seguridad. Por tanto, creo que una cláusula declarada nula por sentencia firme no debe ser admitida en ninguna escritura ni acceder al Registro. No es que haya que entender derogado el art. 84 del TR, sino que hay que entender que no contempla todos los supuestos en que debe rechazarse una cláusula abusiva.

Otras posibles cláusulas abusivas

Para valorar la abusividad y sus efectos hay que tener presente, además de los casos resueltos que acabamos de comentar, las normas que prevén supuestos específicos y algunas sentencias recientes del TJUE. Comenzamos por las primeras.

Normas que cuyo objeto es regular la transparencia en la contratación y/o impedir cláusulas abusivas en particular

Hasta aquí hemos comentado una serie de supuestos que han sido judicialmente declarados abusivos al amparo de las normas generales contenidas en la LGDCU y la Ley de condiciones generales de la contratación. Ahora nos referiremos a una serie de supuestos que han sido específicamente regulados, y cuya aplicación no necesita ninguna declaración judicial ni inscripción en el Registro citado.

Para ello, hay que referirse en primer lugar a la OM de 28 de octubre de 2011.

La principal norma que regula hoy la transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios es la OM de 28 de octubre de 2011, que derogó la OM de 5 de mayo de 1994 y la también muy conocida OM de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La OM de 1994 tuvo como principal finalidad la transparencia, pero también contenía algunas normas para evitar cláusulas abusivas, en especial en cuanto a la fijación del tipo de interés, para evitar influencias de la propia entidad acreedora en la formación de éste.

Esta normativa, como se ve, era y sigue siendo de rango normativo muy bajo, pero su legalidad ha estado siempre fuera de toda duda, por entroncar con el art. 51.1 de la Constitución y por tener apoyo en el art.48 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, y la OM vigente, además, en el art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que faculta al MEH para, en el plazo de seis meses, aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros. La regulación de los tipos de interés oficiales se basa en el art. 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Se aplica sólo a deudores que sean personas físicas, lo cual no casa bien con la definición legal de consumidor, que incluye a las personas jurídicas, y siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda o la finalidad del préstamo (o crédito) sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”. Por el contrario, tanto en la OM de 1994 como en la nueva OM da igual, en lo que se refiere a préstamos hipotecarios, que el prestatario actúe o no en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, lo que supone otra diferencia con el concepto legal de consumidor.

Ha desaparecido el límite cuantitativo de la OM de 1994 (25 millones de pesetas). La nueva OM se aplica con independencia de la cuantía. Esto es más acorde con la protección del consumidor y elimina las críticas que recibió la OM de 1994 por este motivo.

La OM se dedica principalmente a regular el proceso de formación contractual, con la finalidad de que se ofrezca al consumidor información suficiente y clara acerca de las condiciones financieras del contrato. Se trata de compensar la falta de información que tiene el deudor, en comparación con la que posee el acreedor. En esta actividad igualatoria tiene una función importante el Notario que va a autorizar la escritura.

El iter de la formación contractual se ha vuelto más complejo que bajo la OM de 1994:

El esquema en la OM de 1994 era: folleto informativo, oferta vinculante y regulación de las cláusulas financieras de las escrituras.

El esquema de la nueva OM es: Guía de acceso al préstamo hipotecario, FIPRE (ficha de información precontractual), FIPER (ficha de información personalizada), oferta vinculante y regulación de las cláusulas financieras de los contratos.

La guía de acceso es elaborada por el Banco de España con el fin de dar a los clientes “información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación”. Se tratará de un documento de contenido genérico. Estará disponible en la web del Banco de España, así como en la web de las entidades de crédito y (en papel) en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito. Su entrega es gratuita.

La FIPRE es más o menos lo que antes era el folleto informativo. Es información orientativa, gratuita y la entidad de crédito tiene que facilitarla a todos los clientes que la soliciten. Tiene que ajustar su contenido al Anexo I de la OM.

La FIPER es una información personalizada a la solicitud del cliente, una vez obtenida de éste toda la información necesaria. No es vinculante para la entidad que la entrega ni para el cliente que la recibe. Sólo tiene carácter informativo. Su entrega es gratuita. Pero debe ajustar su contenido al Anexo II de la OM, que regula prolijamente lo que también será después el contenido de las cláusulas financieras de la escritura. Los notarios tienen obligación (art. 30) de denegar su función cuando no se cumpla lo previsto en la OM; por ejemplo, cuando las cláusulas no contengan toda la información que debe aparecer en la FIPER. Y entre las advertencias finales que tienen que constar en la FIPER, según el modelo de dicho anexo II, aparece el derecho del cliente de examinar en la Notaría el proyecto de escritura durante al menos los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

La Oferta vinculante es un documento con el contenido de la FIPER, pero ha de ser suscrita por apoderado y tiene carácter vinculante para la entidad de crédito en un plazo que no podrá ser inferior a 14 días desde la fecha de entrega.

No corresponde ahora examinar esta materia. Lo que sí importa es reseñar que la OM también contiene normas destinadas a evitar cláusulas que podrían ser calificadas de abusivas:

- Hay regulación imperativa sobre los tipos de interés. Las instrucciones dicen que el tipo de interés variable y variable limitado “se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso”. Parece que no hay más posibilidades. En la OM del año 94 había un *numerus apertus*

de sistemas, “siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario y sea conforme a Derecho”.

- Se exige mencionar la “clase de tipo interés aplicable”. Aquí hay que tener en cuenta los artículos 26 y 27 de la nueva OM: sólo pueden usarse tipos que cumplan las dos siguientes condiciones: 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 que los datos que sirvan de base sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Estos requisitos ya se exigían por la OM de 1994, salvo lo relativo al cálculo a coste de mercado, que es novedad de la nueva OM decirlo expresamente.

- Se regulan los tipos de interés oficiales. A ello se dedica el art. 27. Tienen esta cualidad porque la forma de cálculo de los mismos se determinará mediante Circular del Banco de España. Hay tres tipos de interés cuyo uso ha sido hasta ahora muy frecuente, y que continúan teniendo la cualidad de tipos oficiales: el IRPH “conjunto de entidades”, el Euribor a 1 año y el Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. Hay dos tipos de interés que son nuevos como tipos oficiales: IRPH “conjunto de entidades de crédito en la zona euro” y el Interest Rate Swap (IRS) a plazo de 5 años. Se mantiene el MIBOR (a 1 año, hay que entender) para los préstamos formalizados antes del 1 de enero de 2000. Obsérvese que sólo para éstos. Desaparecen el IRPH de “bancos”, el IRPH “de cajas” y el “tipo activo de referencia de las cajas de ahorro”.

La entidad de crédito no está obligada a escoger uno de los tipos de interés oficiales. Puede escoger libremente cualquier otro, siempre que cumpla los requisitos antes reseñados del art. 26. La diferencia está en que si no utiliza uno de los tipos de interés oficiales, el Notario está obligado (por el art. 30.3.b) a advertir expresamente que “el tipo de interés de referencia pactado no es uno de los oficiales a los que se refiere el art. 27”. En la OM de 1994, la utilización de los tipos de referencia oficiales tenía además otra consecuencia: dispensaba a la entidad de crédito de notificar a cada cliente la variación del tipo de interés, siempre que además el sistema de cálculo del interés fuera el resultado de sumar un diferencial al tipo de referencia o fuera un cierto porcentaje de un tipo de referencia.

- Hay que especificar “de forma destacada” la existencia de límites a la baja o al alza del tipo de interés o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. En la FIPER la “forma destacada” consiste en “negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño”. No creo que esto sea aplicable a la escritura, aunque no habría problema en hacerlo así. Una de las advertencias finales de la FIPER es la siguiente: “Debe tener en

cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del límite mínimo.” Además, se impone al Notario la obligación de informar especialmente al deudor sobre las cláusulas suelo y techo y los efectos de éstas. Y finalmente se exige (art. 25) un anexo a la FIPER que recoja el tipo mínimo y máximo (si los hay) y la cuota de amortización mínima y máxima.

- El nuevo art. 29, en su inciso final, impone a la entidad de crédito la obligación de notificar siempre al cliente las variaciones del tipo de interés. Ha desaparecido en la nueva OM la dispensa de notificación de las variaciones que permitía el art. 6.3 de la OM derogada. Ya no parece posible, por tanto, una notificación no individualizada, por ejemplo, por medio de la publicación de los tipos oficiales en un periódico, que es lo que se decía en muchas minutas bancarias de fecha anterior a la OM vigente.

- Finalmente, y por otro lado, si el préstamo es en divisa, hay que informar sobre “la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste”.

Otra materia sobre la que se han dado normas para evitar abusos es la referida a comisiones.

Normativa sobre comisiones bancarias en préstamos y créditos

a) En general

La libertad en el cobro de comisiones fue establecida por una O.M. de 17 de enero de 1981, a la que sustituyó otra de 3 de marzo de 1987 (BOE 5 de marzo de 1987), que fue desarrollada por una Circular del Banco de España de 7 de mayo de 1987. En ellas no se establecía la necesidad de que las comisiones fueran pactadas de forma expresa. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, no obstante, entendió que ello no daba pie para que los Bancos pudieran aplicar libremente cualquier comisión a relaciones jurídicas ya nacidas o nacidas con posterioridad si no mediaba pacto expreso. En todo caso, la OM de 1987 exigía la entrega al cliente de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles en préstamos y créditos (y otras operaciones) cuyo importe fuera inferior a 10 millones de pesetas, y aunque se superara dicho límite, siempre que el cliente lo exigiera

Una OM de 16 de junio de 1988 exigió que en los contratos se recogiera de forma explícita y clara las comisiones y gastos que fueran de aplicación,

no siendo admisibles las remisiones genéricas a las tarifas. Esta OM entró en vigor el 1 de marzo de 1989.

A los pocos meses se dictó una OM más extensa, la conocida OM de 12 de diciembre de 1989, que se aplicaba a todas las entidades de crédito y no sólo a las entidades de depósito. Su cobertura legal se encontraba en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que facultó al Ministro de Economía y Hacienda para establecer obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre entidades y clientes, exigir la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regular determinados aspectos de su publicidad.

Esta OM reiteró, en su n° 5, que las comisiones serán fijadas libremente por la entidad de crédito, pero deberán hacer públicas, previo registro en el Banco de España, las tarifas de comisiones y gastos repercutibles, no pudiendo cargar cantidades superiores a las mismas o por conceptos no mencionados en ellas. Y añadió: “En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.” Y exigió, como medida de protección a la clientela (en su n° 7), que los contratos recogieran, entre otros extremos, “las comisiones o gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como en general cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden”. También exigió la mención de los derechos que contractualmente correspondieran a las entidades de crédito en cuanto a la modificación de tales comisiones y gastos y el procedimiento a que deberían ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberían ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación.

Esta OM fue desarrollada por la Circular 8/1990 del Banco de España, que dispuso en su norma 28ª que los criterios de dicha nueva normativa aplicables a comisiones y demás condiciones de las relaciones contractuales quedaran expresamente recogidos en los documentos contractuales, y señaló la fecha máxima del 1 de enero de 1993 para que las entidades pusieran a disposición de sus clientes un ejemplar del documento contractual adaptado a la nueva normativa, siempre que la relación contractual fuera de duración indeterminada.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha insistido con posterioridad en varias ocasiones que hay tres requisitos que deben

cumplirse siempre por las entidades para poder cobrar comisiones: la existencia de un servicio efectivo al cliente, que dicho servicio haya sido solicitado por el cliente o aceptado por éste en firme, y que el importe de la comisión no exceda del máximo que la entidad tenga incluido en su folleto de tarifas de comisiones debidamente comunicado al Banco de España.

También ha señalado reiteradamente que la libertad en la fijación de comisiones no permite que los máximos que el Banco haya fijado puedan aplicarse indiscriminadamente a todos los supuestos, sino que es de la particular responsabilidad de cada entidad aplicar las comisiones de forma que se adecuen al servicio efectivamente prestado y se apliquen en términos no automáticos, sino de equidad, de forma que se eviten desproporciones con el servicio remunerado.

La STS de 16 de diciembre de 2009 declaró nula la cláusula de un préstamo personal que, referida a comisiones, decía “cuya cuantía figurará en cada momento en el libro de tarifas y comisiones, y cualquier otra permitida por la ley vigente y también publicada en dicho libro”. El fundamento fue la falta de transparencia en la información.

La OM de 12 de diciembre de 1989 ha sido derogada por la OM de 28 de octubre de 2011.

Su art. 3 reitera la regla de libertad en la fijación de comisiones. La entidad tiene obligación de tener a disposición de los clientes (en cada establecimiento, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España) las comisiones percibidas por los servicios que prestan con más frecuencia, en formato unificado conforme determinará el Banco de España.

No se dice, aunque hubiera sido de agradecer: “En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.” De todas formas, creo que esto se deduce de principios generales y que la mención en la OM derogada era a los efectos de reforzar su aplicación.

La nueva OM sí exige que conste, dentro del contenido contractual (art 7.3.c) “las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos.” En cambio no aparece la frase “ No serán admisibles a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden”. Creo que no se dice porque está claro que no se admite tal remisión genérica: si no consta en el contrato, el

cobro de la comisión sólo será posible cuando el servicio haya sido solicitado por el cliente o aceptado por éste; y tampoco podrá entenderse, por aplicación de las reglas generales, que hay consentimiento del cliente si éste no ha aceptado el coste o al menos el sometimiento a las tarifas del Banco. Tampoco se exige ahora la mención de los derechos que contractualmente pudieran corresponder a las entidades de crédito en cuanto a la modificación de tales comisiones y gastos y el procedimiento a que deberían ajustarse tales modificaciones. Creo que la falta de mención se debe a que esto no se considera posible.

En todo caso, no parece posible que la aplicación de estas normas pueda excluirse cuando se trate de persona física que actúe en el ámbito de su actividad empresarial o profesional o cuando se trate de persona jurídica, a pesar de la dicción literal del art. 2 de la OM de 2011, que entiendo se refiere a la regulación de la información y contenido de los contratos, pero no a normas que afectan a la actuación de las entidades de créditos. La ejecución y concreción del art. 48.2 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito no creo que pueda limitarse sólo a personas físicas y excluirse respecto de personas jurídicas.

Estos retrocesos en la protección de la clientela merecerían mayor comentario, que no podemos realizar ahora.

b) Casos particulares

Hay regulación específica de las siguientes comisiones:

- Modificación de condiciones: no hay límite, salvo en el siguiente caso: el R.D. Ley 2/2003, de 25 de abril de 2003, de medidas de reforma económica, fijó un límite máximo del 0,10% de la cifra de capital pendiente de amortizar “en las novaciones modificativas que tengan por objeto la ampliación del plazo del préstamo”. Esta norma se contiene en un artículo (art. 10) que el citado R.D.Ley 2/2003 añadió al texto de la Ley 2/1994. Es aplicable a los préstamos hipotecarios vigentes a la entrada en vigor de esta norma, según la disposición transitoria única de este R.D. Ley.

- Pagos anticipados por el deudor y subrogación de acreedor: La conocida Ley 2/94 dispuso que la entidad acreedora inicial no podría percibir una comisión, en caso de subrogación de otro acreedor, superior al 1 por 100 y además dispuso, con carácter general, que no se podría cobrar una comisión superior al 1% por amortización anticipada no subrogatoria, aunque estuviese pactada una comisión mayor, en todos los casos de operaciones a interés variable, tanto si la fecha de formalización fue anterior o posterior a la Ley y si el deudor era persona física o jurídica o si era o no consumidor. No había regla, en cambio, sobre los préstamos concertados a interés fijo.

El R.D.Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica rebajó el límite del 1% al 0,50% para las subrogaciones de acreedor en “los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley”.

La Ley 41/21007, de 7 diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, estableció una regulación sobre comisiones a la que dio un ámbito de aplicación distinto que la Ley 2/1994, pues se aplicaba a todos los préstamos y créditos hipotecarios (aquí se dijo expresamente “créditos o préstamos”), pero sólo cuando la hipoteca recaía sobre vivienda y el deudor era persona física o persona jurídica que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el IS, y siempre que el contrato se hubiera celebrado con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 41/2007. Prohibió cobrar comisión por amortización anticipada total o parcial, pero permitió una comisión por desistimiento (que en realidad es lo mismo) con estos máximos: 0,50 en los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo y 0,25 a partir de dicho momento. Estos límites se aplicaban tanto a las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias y a cualquier amortización parcial.

Desde entonces no ha vuelto a haber normativa sobre este tipo de comisiones.

No hay regulación específica de prohibición ni limitación de las siguientes, si bien quedan sujetas a las reglas generales y, en su caso, al control judicial:

Comisión de apertura y comisión de gastos de estudio. Son libres y compatibles entre sí. Eran incompatibles bajo la OM de 5 de mayo de 1994, pero esta incompatibilidad ha desaparecido en la OM de 28 de octubre de 2011.

Comisión por resolución anticipada por incumplimiento por el prestatario de alguna de sus obligaciones. Es muy poco usual, en todo caso; sólo la hemos visto, en lo que se refiere a préstamos hipotecarios, en minutas que utilizaba hasta hace dos años el Banco de Santander.

Comisiones por preparación de escrituras de cancelación.

Comisión por emisión de certificado de débito pendiente.

Comisión de excedido en crédito.

A la comisión por reclamación de cuotas impagadas nos referimos más adelante.

Una norma reciente destinada a evitar algunas cláusulas abusivas:

Finalmente, hay que tener en cuenta algunas normas contenidas en la Ley 1/2013 de 14 de mayo “de medidas para reforzar la protección a los

deudores hipotecarios”, referidas a los casos en que el objeto de hipoteca es la vivienda habitual del deudor, mención ésta que se exige que conste en la escritura por las consecuencias favorables al deudor que tal declaración va a tener, como son las siguientes:

- Se ha puesto un límite máximo al interés de demora aplicable en préstamos o créditos para adquirir la vivienda habitual siempre que la hipoteca recaiga sobre la misma vivienda: tres veces el interés legal del dinero. Esto se aplica a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, pero también a los préstamos anteriores en cuanto a los intereses de demora que se devenguen desde el 15 de mayo de 2013 y también en cuanto a los intereses de demora que se hayan devengado antes pero que no hubieran sido satisfechos.

Además, se establece que sólo podrán devengarse sobre el capital pendiente de pago y se prohíbe su capitalización.

- El vencimiento anticipado por impago de cuotas exige un mínimo de 3 cuotas impagadas, en lugar de una sola cuota, como ha sido habitual reseñar en las minutas bancarias.

- El valor de subasta, a efectos de los procedimientos especiales judicial y extrajudicial de ejecución, no puede ser inferior al 75% del valor de tasación, lo cual es importante para el deudor pues en caso de ejecución la adjudicación a favor del acreedor ejecutante tiene que ser por un valor mínimo del 70% del valor de tasación.

Dado el interés de la materia se están realizando en los últimos meses propuestas de regulación futura por profesores, jueces y juristas de todo tipo, especialmente en materia de procedimiento. Citamos algunas: reconducir la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución para que el deudor disponga de un catálogo de motivos de oposición a la ejecución, atribución al Juez de de facultad para acordar moratorias de pago en circunstancias excepcionales (algo que ya permite el art. 11 de la Ley 28/1998 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles), revisión legal del concepto de fuerza mayor para permitir suspender el cumplimiento de obligaciones cuando el cambio de circunstancias impida al deudor el cumplimiento momentáneo por motivos ajenos a su voluntad, modificación del régimen de tasación de viviendas para que sean realizador por expertos independientes, elevación del porcentaje de adjudicación al acreedor del art. 671 LEC al 100% de una nueva tasación realizada por expertos independientes, establecer períodos de carencia de amortización, ampliación del plazo de amortización, reducción provisional del tipo de interés y quitas en determinadas circunstancias, centralización de subastas electrónicas por internet, regulación de un procedimiento concursal específico para personas

físicas que permitiera la paralización en determinadas circunstancias de ciertas ejecuciones, la mediación obligatoria en la ejecución hipotecaria...

Nada de esto se ha plasmado hoy por hoy en ningún proyecto normativo “en curso”.

Jurisprudencia del TJUE

Citaremos tres sentencias recientes referidas a la materia que comentamos.

Sentencia de 14 de junio de 2012 (caso “Banesto”): el juez nacional ha de poder examinar de oficio las posibles cláusulas abusivas y si entiende que lo son, las tiene que dejar sin aplicación sin darles redacción alternativa.

El punto de partida es un Auto recaído en un juicio monitorio, en el que el Juez, de oficio, declaró nula por abusiva la cláusula que fijaba los intereses moratorios en el 29% y los fijó en el 19%. Apelado este Auto, la AP de Barcelona planteó al TJUE varias cuestiones prejudiciales, entre ellas, si la normativa procesal española, que no permite a los jueces declarar de oficio la nulidad de cláusulas abusivas (para eso hay que instar un procedimiento declarativo) es contraria al Derecho comunitario y qué alcance tiene el art. 6 de la Directiva 13/1993 cuando dice que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. El TJUE resuelve que la normativa procesal española no es conforme al Derecho comunitario en cuanto impide o hace excesivamente difícil aplicar a los consumidores la protección que la Directiva 13/1993 les pretende conferir, de forma que el Juez ha de poder examinar de oficio la nulidad de una cláusula, si dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios. Recordamos que, sobre este punto, una Sentencia 4 de junio de 2009 había declarado que el art. 6.1 de la Directiva 13/93 debe interpretarse en el sentido de que no es necesario que el consumidor haya impugnado previamente la cláusula abusiva para que el Tribunal la enjuicie.

Y respecto de la segunda cuestión, resuelve que la Directiva 13/93 se opone a una norma como la del art. 83 del TR de la LGDCU antes citado, que atribuye al Juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula. El art. 6 de la Directiva, en su tenor literal, dispone que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma: el contrato debe subsistir sin otra modificación que la supresión de tal cláusula, en la medida en que tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. La razón de esto radica en el interés público en que descansa la protección que se pretende garantizar a los consumidores: la

facultad de integración judicial del contrato podría poner en peligro la consecución del objetivo previsto por la Directiva, pues elimina el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, que podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, declarada la nulidad, el contrato podría ser integrado por el Juez y quedaría así garantizado el interés de dichos profesionales.

Sentencia de 21.02.2103 (caso referido a la entidad húngara “Banif Plus Bank”), sobre el modo de proceder del Juez a la hora de enjuiciar una cláusula abusiva: no puede declarar la abusividad sin haber dado a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión.

Esta sentencia desarrolla la doctrina del caso Banesto: parte de que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, pero no es una actuación meramente pasiva, sino activa: debe examinar de oficio esta cuestión tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula contractual está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 13/93. Una vez comprobado el carácter abusivo de una cláusula debe extraer de ello todas las consecuencias, sin esperar a que el consumidor pida que se anule dicha cláusula. Pero esto tiene que cohererarse con el principio de tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE) que lleva implícito el principio de contradicción, que exige no sólo poder conocer los documentos y alegaciones de la parte contraria, sino también los elementos examinados de oficio por el Juez sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. Así, el Juez está obligado a informar a las partes y a instarles a que debatan de forma contradictoria sobre ello en la forma prevista por cada Derecho nacional. También resuelve que para apreciar la abusividad de una cláusula, el Juez debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato, sin limitarse a las cláusulas en las que se base la demanda.

Sentencia de 14 de marzo de 2013, caso Catalunya Caixa: los Derechos nacionales deben permitir que el deudor formule oposición –a la ejecución hipotecaria– basada en el carácter abusivo de la cláusula que fundamenta tal ejecución, ya sea en el propio procedimiento o bien en otro que permita al Juez adoptar medidas cautelares para asegurar la plena eficacia de su decisión final. Además, suministra criterios para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

El supuesto de hecho es el siguiente: el 19 de julio de 2007 un particular suscribió con Catalunya Caixa un préstamo hipotecario de importe 138.000 euros sobre su vivienda habitual, que había comprado el año 2003, por plazo de 33 años. Hay tres cláusulas que interesan especialmente: la

relativa al interés de demora, que se fijó en el 18,75%, aplicable de forma automática (cláusula 6^a), la posibilidad de vencimiento anticipado por impago de cualquiera de los plazos pactados (cláusula 6^abis), y la fijación del saldo reclamable por certificación expedida por la entidad acreedora (cláusula 15^a).

El deudor dejó de pagar las cuotas en mayo de 2008. El 11 de marzo de 2009 se inició un procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca. La acreedora se adjudicó el inmueble, ante la falta de postores, por el 50% de su valor y el 20 de enero de 2011 se produjo el lanzamiento del deudor.

El 11 de enero de 2011 el deudor interpuso demanda de juicio declarativo contra la Caja ante el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona pidiendo la nulidad, por abusiva, de la cláusula 15^a así como la nulidad de la ejecución de la hipoteca. El Juzgado suspendió el procedimiento y planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales:

1^a- Si el sistema de ejecución de los arts. 695 y ss LEC con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición a la ejecución, que impiden a un consumidor alegar que la ejecución se basa en una cláusula abusiva, no sería una limitación clara de la tutela del consumidor contraria a la normativa europea, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

2^a- Y además pidió al TJUE que diera contenido al concepto de “desproporción” acerca de: la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos a largo plazo por incumplimientos en un período muy limitado y concreto, la fijación de unos intereses de demora que en otros ámbitos de la contratación podrían entenderse abusivos, y la fijación de mecanismos de liquidación y de fijación de los intereses variables realizados unilateralmente por el acreedor vinculados a la ejecución hipotecaria que no permiten al deudor oponerse a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento de ejecución sino que le remiten a un nuevo procedimiento cuya sentencia recaerá cuando el deudor habrá perdido el bien hipotecado.

El TJUE resuelve, en cuanto a la 1^a cuestión, que los motivos de oposición admisibles en un procedimiento de ejecución de hipoteca y las facultades conferidas al Juez en un procedimiento declarativo, aunque pueden ser configurados por el Derecho de cada Estado, no pueden ser menos favorables que lo que rige en situaciones similares de carácter interno y no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio por los consumidores de los derechos que les confiere el Ordenamiento de la UE. Y que la Directiva 93/13/CEE se opone al Derecho español que, al tiempo que no permite en el procedimiento de ejecución formular oposición basada en el carácter abusivo de la cláusula que

fundamenta tal ejecución, tampoco permite que el Juez que conoce de un proceso declarativo pueda adoptar medidas cautelares para asegurar la plena eficacia de su decisión final (en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria). Entiende que el Derecho español hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores.

A la segunda cuestión el TJUE señala que, en general, para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe tenerse en cuenta:

- Las normas del Derecho nacional que resulten aplicables en defecto de pacto entre las partes

- Los medios jurídicos de que dispone el consumidor para que cese el uso de cláusulas abusivas

- Si el profesional podía razonablemente estimar que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual

- La naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en su celebración, al tiempo de ésta.

Y da al Juez nacional los siguientes criterios:

- Respecto del vencimiento anticipado: si el incumplimiento por el deudor se refiere a una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual, si el incumplimiento es suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, si la facultad de resolución es una excepción respecto de las normas aplicables a la materia y si el Derecho nacional ofrece al consumidor medios adecuados y eficaces para poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

- Respecto de la fijación de los intereses de demora: debe tener en cuenta las normas aplicables en defecto de pacto para contratos de ese tipo celebrados con consumidores y el tipo de interés legal. Con ello ha de verificar que el tipo es adecuado para “garantizar la realización de los objetivos que éste persigue” y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

- Respecto de la liquidación unilateral por el Banco: debe determinarse si, y en qué medida, esta cláusula supone una excepción a las normas aplicables en defecto de pacto, de manera que a la vista de los medios procesales de que el consumidor dispone, dificulta el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

Tras la sentencia y hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (lo que tuvo lugar el 15 de mayo) recayeron bastantes resoluciones que han paralizado y, en algún caso, impedido ejecuciones hipotecarias y han

declarado el carácter abusivo de intereses de demora. Sobre esto último, recordamos que la legislación de consumidores declara nula por abusiva la “indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones”. La abusividad de los intereses moratorios se venía declarando, no obstante, por muchas sentencias anteriores a marzo de 2013, rompiendo una tendencia que se fijaba más bien en lo que era habitual (en lo referente a interés de demora) para operaciones similares en el mercado, que había llevado a aceptar en algunas resoluciones judiciales un tipo del 25%.

En algún caso se ha rechazado la fijación del saldo realizada unilateralmente por el acreedor. Sin embargo, no conocemos resoluciones que se hayan pronunciado en este período de tiempo sobre abusividad de otros tipos de cláusulas.

Reseñamos algunas sentencias:

- Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Madrid de 15 de marzo de 2013: dispone la paralización de una ejecución hipotecaria que se estaba tramitando ante el Juzgado de 1ª instancia nº 4 de Alicante, por entender que hay una posible cláusula abusiva (cláusula multidivisa). Se trata de una suspensión cautelar, mientras se decide si la cláusula en cuestión es o no abusiva. Se considera que puede ser abusiva por implicar riesgos financieros superiores a los de un préstamo ordinario, y no se conoce a priori cuál fue la información suministrada al deudor, que tiene la condición de consumidor.

Nos parece una buena aplicación de la doctrina de la sentencia del TJUE.

- Sentencia de la AP de Baleares de 26 de marzo de 2013: declara abusivo el interés de demora del 20,50% que aplicó La Caixa. Fija los siguientes criterios a tener en cuenta: 1º Si ha habido o no garantías en el contrato, pues la hipoteca hace disminuir el riesgo de impago “lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese”. 2º Cuál es la relación entre el interés remuneratorio y el moratorio: si la el primero es contraprestación por la puesta a disposición al deudor de una cantidad de dinero y si el segundo es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para el prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. 3º Debe tenerse en cuenta otras referencias, como el tipo de interés interbancario, el interés legal del dinero o el euríbor, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese acarreado para la entidad crediticia reponer la cantidad que el deudor no ha devuelto. 4º Deben tenerse en cuenta los criterios de los tribunales en la apreciación del carácter abusivo. Concluye que el 20,50% es

abusivo porque hay garantía hipotecaria, el interés remuneratorio fijado vigente al ocurrir la demora era el 3,90%, el interés legal del dinero en el momento del incumplimiento era del 4%, el euribor el 3,30%. Y cita otras resoluciones de Audiencias estimatorias de la abusividad: 29,84% (La Coruña 14 septiembre 2012), 24% (Alicante, 7 septiembre 2012), cualquiera superior al 19% (Alicante, 26 julio 2012), 20,50% (Baleares, 28 noviembre 2012). Cita también el acuerdo de la Junta de Jueces de Valencia de 4 de diciembre de 2012 que fijó “con el fin de establecer una pauta orientativa” que procederá declarar la nulidad de oficio cuando establezcan intereses superiores al cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato.” Y un Auto de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012: admite un interés de demora de hasta 2,5 veces el TAE de la operación cuando no se supera el doble del interés legal del dinero; si ese TAE se sitúa entre el doble y el triple del interés legal del dinero, el interés moratorio no debería rebasar dos veces dicho TAE; si el TAE excede del triple del interés legal del dinero, no debería rebasar el 0,5% de ese TAE.

La declaración de nulidad de la cláusula se realiza sin fijar las consecuencias (¿se aplica el interés fijado por el 1108 CC? ¿Se devengan durante la mora sólo los intereses remuneratorios?).

En esta apelación, también se pidió la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota mensual cuando la duración del préstamo se fijó en 30 años. La AP lo rechaza. Cita la doctrina del TS favorable a la validez de dicha cláusula y los criterios de la sentencia del TJUE que acabamos de reseñar más arriba y concluye que la cláusula no se puede calificar de abusiva en abstracto, “dependiendo del uso que de la misma se haga por la entidad bancaria en cada caso concreto”.

- Sentencia de la AP de Alicante de 27 de marzo 2013: comienza señalando la diferencia entre interés remuneratorio y moratorio, pues éste tiene como fin la indemnización de los perjuicios causados por la defectuosa o imperfecta ejecución de la obligación principal, rechaza (frente a un cierto sector doctrinal) que a los intereses de demora no les pueda ser de aplicación la Ley de la usura de 23 de julio de 1908 y cita una sentencia de la AP de Madrid de 7 de febrero de 2005 que sostuvo la compatibilidad entre la legislación protectora de consumidores y la Ley de 1908, por entender que ésta sirve para interpretar aquélla. Fija como criterio 2,5 veces el interés legal del dinero que estableció para descubiertos en cuenta corriente la Ley de crédito al consumo de 1995, vigente al tiempo de celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del procedimiento.

- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Arrecife de 8 de abril de 2013: ante una cláusula de intereses moratorios (al 19%) que considera abusiva declara nulo todo el contrato préstamo hipotecario. Cita el art. 3 de

la Ley de la usura de 1903 y la STS de 22 febrero de 2013, que declaró la nulidad del préstamo por usurario y asimismo la nulidad de la garantía hipotecaria, por la accesoriedad de la hipoteca.

Sobre la cita de la STS debemos hacer una puntualización: esta STS declaró nulo un préstamo entre particulares, garantizado con hipoteca cambiaria, otorgado el 5 de mayo de 2008, por estipularse un interés remuneratorio notablemente superior al normal y desproporcionado y haberse otorgado en circunstancias de urgencia. El interés remuneratorio era un 10% semestral (o sea, un 20% anual), el moratorio el 22% anual y había dos comisiones por impago, una del 5% del capital y otra del 3%. El supuesto es distinto al de Arrecife, ya que éste ha declarado la nulidad de todo el préstamo por un interés moratorio, no remuneratorio, que considera desproporcionado.

Nos parece que la conclusión de esta sentencia de Arrecife es excesiva.

- Auto de la AP de Burgos de 10 de abril de 2013: revoca la decisión de 1ª instancia (Miranda de Ebro) que inadmitió a trámite una demanda ejecutiva hipotecaria por entender que había una cláusula suelo (3,5%) que reputaba abusiva. La AP declara que procede admitir la demanda, pues en otro caso se deja sin efectividad el procedimiento de ejecución hipotecaria desde su inicio, cuando ello no puede deducirse de la jurisprudencia comunitaria, si bien, tras las notificaciones preceptivas, se debe decidir por el Juez, previa audiencia de las partes y previo análisis del posible carácter abusivo de la cláusula suelo, sobre la suspensión cautelar del procedimiento, tanto si se formula oposición por el deudor como en caso contrario. Hoy el examen de la abusividad y la eventual suspensión han sido reguladas por la Ley 1/2013.

- Sentencia de la AP de Barcelona de 17 de abril de 2013: declara abusivo un interés de demora del 24%, tras compararlo con el interés remuneratorio que se aplicaba (3,50%) y con el interés legal del dinero en ese momento (4%) y admite que, aunque no lo permita el Derecho procesal español, el Juez de la ejecución hipotecaria debe examinar la conformidad de los intereses moratorios con las normas imperativas de protección a los consumidores. Declarada nula la cláusula contractual de intereses de demora, procede aplicar el interés legal del dinero conforme al art. 1108 CC.

- El Juzgado mercantil nº 3 de Barcelona (en el que se inició el procedimiento en que se planteó la cuestión al TJUE) dictó una sentencia el 2 de mayo de 2013 que declara nulas por abusivas tres cláusulas del préstamo hipotecario: la de vencimiento anticipado, la de intereses de demora y la cláusula de liquidez. La primera se basa en la desproporción de exigir el vencimiento anticipado por impago de cuatro cuotas mensuales

cuando el plazo inicial era de 396: dado el capital del préstamo y la duración inicial, los incumplimientos de pago no debían haberse considerado suficientemente graves cuando además eran previsibles (la entidad conocía, al dar el préstamo, la situación económica del deudor y las posibilidades de pago de la deuda en función del salario que percibía). La resolución por un solo incumplimiento (tal como disponía la cláusula del contrato) debe ser reputada como abusiva dado que no se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. La segunda se basa en que en el debate legislativo y judicial abierto tras la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 se ha considerado que un interés de demora superior a 2 o 3 veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo. La tercera se basa en que la concreta liquidación de la deuda, cuando se realiza aplicando cláusulas abusivas, hace que la fijación de saldo por el acreedor sea abusiva cuando habilita al acreedor a un procedimiento tan severo como el previsto en la LEC.

En general puede decirse que ha habido interpretaciones diferentes sobre la abusividad, distinto alcance a la ineficacia de una cláusula abusiva y diferentes consecuencias de la apreciación de oficio de la abusividad: unas veces inadmisión de la demanda de ejecución, otras veces suspensión directa del procedimiento por el propio juez y otras, suspensión de la ejecución adoptada como medida cautelar por el Juez de un procedimiento declarativo.

Tras la Ley 1/2013.

Desde el 14 de mayo también se han dictado muchas resoluciones sobre cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. La mayoría se refieren a la “cláusula suelo” del tipo de interés variable y a los intereses de demora; alguna, al vencimiento anticipado por impago.

Respecto de la cláusula suelo, en general se la califica de abusiva por razón de la falta de transparencia: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma, no existen simulaciones de escenarios diversos del tipo de interés y no hay información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad o advertencia de que a ese concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas (AP Córdoba 21 de mayo de 2013), crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable cuando en realidad es a tipo de interés mínimo con variaciones al alza. Se ha entendido que la nulidad de la cláusula suelo deja subsistente el resto del contrato (AP Cádiz 13 y 17 mayo 2013, AP Alicante 23 julio 2013).

Respecto de los intereses de demora se han seguido aplicando los

criterios anteriores a la Ley 1/2013, pues se trataba de supuestos de hecho anteriores.

Una sentencia de la AP de Ciudad Real de 16 de mayo de 2013 se ha referido al vencimiento anticipado por impago de cuotas, y se ha preguntado cuándo puede estimarse esencial el incumplimiento para que justifique el pacto de declarar vencido por anticipado el contrato. La parte apelante solicitó que se declarara indebido el vencimiento anticipado por impago de tres cuotas (al cláusula se redactó antes de la Ley 1/2013 y se refería al impago de una sola cuota). La AP dijo que la cláusula en abstracto no podía reputarse abusiva, pues se refería a incumplimiento de una obligación esencial del prestatario. A continuación se planteó si en ese supuesto concreto concurrían las circunstancias que permiten al prestamista dar por vencido anticipadamente el contrato. Dice que la situación de crisis debe ponderar la gravedad o esencialidad del incumplimiento, de forma que la imputación del mismo al deudor ha de realizarse no sólo por criterios objetivos sino también subjetivos. El adecuado uso de las cláusulas de vencimiento anticipado no debe basarse en el mero incumplimiento de una cuota, sino que hay que valorar si se frustra la finalidad contractual. En el caso concreto se estimó que se había producido la frustración de dicha finalidad, pues el deudor había impagado ya tres cuotas y no había hecho intento alguno de de pago.

Una sentencia de la AP de Barcelona de 13 de junio de 2013 se ha referido al vencimiento anticipado por impago y al interés moratorio abusivo en un préstamo personal. Declara que el vencimiento anticipado que tuvo lugar por impago de cuotas mensuales durante un año (faltando 6 años para el vencimiento final) no es abusivo. Respecto del interés abusivo, reitera que es nulo cuando, según la LGDCU impone “una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Señala que la abusividad no se determina por sí misma, sino que debe fijarse en atención a otros elementos del contrato, como el interés remuneratorio, al contexto económico (otros tipos de interés variable), sin perder de vista que el interés moratorio cumple una triple función: indemnizatoria de la pérdida de beneficio que el acreedor sufre por el incumplimiento del deudor, conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento). Respecto del interés moratorio acoge el criterio de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012, antes citada.

La posibilidad de que continúe la disparidad de criterios hizo surgir en seguida la **necesidad de concretar más qué cláusulas deben entenderse abusivas y las consecuencias de la abusividad**. Así han ido surgiendo criterios orientativos para la práctica. Destaca una jornada organizada por el propio CGPJ.

Jornada organizada por el CGPJ.

En esta Jornada, posterior a la sentencia del TJUE y a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se fijaron criterios orientativos como los siguientes:

- El Juez debe actuar de oficio en relación a las posibles cláusulas abusivas, sin esperar una actividad procesal del deudor. Sobre esto ya no cabe duda, pues ha sido dispuesto por la Ley 1/2013. Este control debe hacerse en la fase de admisión de la demanda, según el nuevo art. 552 LEC: no se trata de una decisión del Juez sin audiencia de las partes, sino una resolución tras ponerlo en conocimiento de las partes y de escuchar sus alegaciones.

- Respecto de los intereses moratorios: hay comparar el fijado en el caso concreto con el que se haya establecido por normas que regulen el interés de demora, en particular por el nuevo art. 114 LH. Parece que no se dijo nada sobre el tope de dos puntos sobre el interés remuneratorio que rige en los casos de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

También se trató el tema de los intereses remuneratorios y se dijo que en general las cláusulas sobre los mismos forman parte del precio y por tanto no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse los jueces al control de transparencia.

Es una solución respetuosa con la doctrina de la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013.

- Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado: en abstracto no son abusivas, sino que deben valorarse en el caso concreto. Respecto del supuesto de vencimiento anticipado por impago de cuotas se dijo: “aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC según la nueva redacción de la Ley 1/2013, no se apreciará el carácter abusivo”.

- Respecto de las consecuencias de la abusividad, se concluyó que el Juez no puede ni integrar ni moderar dicha cláusula, sino que tiene que limitarse a tenerla por no puesta, lo que llevará a decidir si hay que continuar la ejecución sin la misma o procede no despachar ejecución si esa cláusula formaba parte del objeto principal del contrato.

En concreto, se trató el problema de qué hacer ante la cláusula abusiva de intereses de demora y la de vencimiento anticipado por impago de cuotas. En cuanto a la primera, parece que se estuvo de acuerdo en aplicar normas legales relativas al interés de demora, pero no hubo acuerdo sobre si lo procedente era aplicar al art. 1108 CC o el nuevo art. 114 LH. En todo caso, no se mantuvo que no procedían intereses moratorios.

En cuanto a la segunda, hubo acuerdo en aplicar la doctrina jurisprudencial en materia de resolución ex art. 1124 CC: no procede despachar ejecución “hasta que el Juez haya apreciado el incumplimiento como relevante, lo que supondrá la frustración del contrato”.

A continuación damos nuestra opinión sobre el vencimiento anticipado por impago, la abusividad de los intereses de demora y otros supuestos

1. El vencimiento anticipado por impago de cuotas

El TS desestimó en la STS 792/2009 la pretensión de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado “cuanto se produzca el impago de una sola cuota del préstamo” y rechazó el argumento de falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (resolución del contrato) reiterando la doctrina de la propia Sala en sentencias de 12.12.2008, 04.07.2008 y 09.03.2001. De todas formas, una cosa es la nulidad de la cláusula y otra la suspensión de una ejecución basada en esa cláusula a la vista de las concretas circunstancias.

Quizá el TS español, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, decida revisar su doctrina sobre la validez de esta cláusula, al menos en lo que se refiere a contratación con consumidores, o la matice valorando la gravedad del incumplimiento en relación al tiempo del contrato.

No es que estemos incitando al cambio jurisprudencial; más bien a la ponderación adecuada de los hechos en cada procedimiento. Seguramente la solución para deudores que se han quedado sin recursos debe venir por otras vías y para ello hacen falta Leyes que protejan al deudor tras la ejecución. Pero eso es otro tema. Por ahora señalamos que si no se estima judicialmente la abusividad de ciertos vencimientos anticipados por impago y se retrasa así la posibilidad de ejecución, la suerte del deudor, por muchos remedios procesales que se le ofrezcan, cambiará muy poco a consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo ha regulado esta cuestión, como hemos dicho, exigiendo al menos tres cuotas impagadas, pero sólo en préstamos para adquirir vivienda habitual. Hay que entender que los tres impagos deben ser sucesivos. Creemos que este criterio debiera también aplicarse en todos los préstamos y créditos a consumidores. Es el único argumento legal al que agarrarnos. Pero aun así, apenas habrá diferencia entre la práctica anterior y la posterior a la sentencia del TJUE y a la Ley 1/2013, pues los Bancos no

estaban declarando el vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas. Por ello, podría pensarse que la Ley ha venido a perjudicar al consumidor. No obstante, resulta difícil aplicar el criterio del Juzgado mercantil de Barcelona tras la entrada en vigor de esta Ley. Si prescindimos del criterio legal de 3 cuotas, ¿cuál es el límite para poder declarar el vencimiento anticipado? ¿10 cuotas mensuales? ¿uno o varios años? ¿qué porcentaje del plazo total? Téngase en cuenta que al devengarse intereses de demora, la deuda se incrementará considerablemente con el paso del tiempo, con el consiguiente aumento de perjuicio al deudor. En los contratos entre particulares en los que se pacta condición resolutoria en garantía de un precio aplazado es usual convenir que el impago de pocas cuotas (una, a veces tres) determinará la resolución del contrato. La respuesta tiene que venir por otro lado: el vencimiento anticipado debe ser posible, siempre tras al menos tres cuotas mensuales impagadas, en el caso de que se aprecie una imposibilidad del deudor-consumidor para hacer frente a los pagos futuros. La ponderación de la duración y cuantía del préstamo, que exige la sentencia reseñada del TJUE, y que debe hacerse, no debiera impedir el vencimiento anticipado si desde un punto de vista objetivo se aprecia imposibilidad del deudor de seguir cumpliendo. La inseguridad que provocaría una libre valoración del vencimiento anticipado por los Jueces tendría graves consecuencias para el crédito hipotecario futuro. Los otros criterios del TJUE para evitar la abusividad no impedirían declarar el vencimiento anticipado, puesto que el incumplimiento del deudor se refiere a la prestación esencial, es grave si se aprecia una imposibilidad de seguir atendiendo regularmente los pagos y el deudor tiene (ahora) a su disposición remedios procesales para alegar una posible abusividad. La situación del deudor tras la ejecución exige ser atendida, pero eso es otra cuestión distinta de la que ahora tratamos. En todo caso, creemos que la normativa de protección de consumidores obliga a los Bancos a suscribir novaciones con sus deudores mientras haya alguna posibilidad de que el deudor pueda ir pagando alguna cantidad.

2. El interés de demora “excesivo”

La Ley 1/2013 ha fijado el tope del triple del interés legal del dinero, aunque sólo para los contratos que caen bajo su ámbito de aplicación. En estos supuestos, por tanto, no hay más remedio que atenerse a esta Ley.

La cuestión sigue abierta en los demás casos. Pero la Ley 1/2013 da una importante pauta: dado que regula el supuesto que se considera más digno de protección, a los préstamos que no entran en este supuesto no es lógico aplicarles un criterio más benigno.

Para los demás préstamos a consumidores que no caen en el ámbito de dicha Ley, creemos que la regla del nuevo art. 114 LH debe ser también el

criterio para valorar la abusividad, porque la analogía entre los supuestos es muy grande. Hacemos, no obstante, una matización: como no hay regla legal que obligue a atenerse a tal criterio, pueden (o quizá mejor, “deben”) valorarse otras circunstancias del caso concreto que puedan elevar (no rebajar) el tipo de interés moratorio o que permitan apreciar con más laxitud el concepto de desproporción; por ejemplo, que el interés remuneratorio sea alto (conocemos casos de préstamos referenciados al euribor a un año más 13 y más 14 puntos), o que el tipo interbancario o el euribor subieran mucho, o que en el caso concreto la función disuasoria del impago (o conminatoria del pago) que corresponde al tipo de interés moratorio destaque mucho sobre la función resarcitoria, tomar en cuenta los tipos de interés de demora que se aplican en el mercado para operaciones similares. En todo caso, el tipo de interés moratorio así fijado no debiera ser mucho más elevado que el fijado por el nuevo art. 114 LH.

Quizá, dada la situación actual de crisis, en los casos en que el impago se deba a causas que el deudor no ha podido prever o al menos evitar, podrían atemperarse las consecuencias del incumplimiento no permitiendo que se devenguen intereses de demora durante la ejecución. Pero creemos que para esto haría falta una norma legal.

En los casos de préstamos a no consumidores, en nuestra opinión, deberá respetarse el mínimo del nuevo art. 114 LH y podrán valorarse con más libertad las circunstancias del caso concreto, sin que necesariamente tenga que haber poca diferencia respecto del triplo del interés legal del dinero.

Es difícil fijar un límite máximo a efectos de la abusividad. Habrá que tener en cuenta la evolución de los intereses remuneratorios (llegaron a estar en el 19% hace unos cuantos años). A día de hoy parece abusivo un interés del 25% o del 30% o más. Pero el límite deberá ser apreciado en cada momento.

En todo caso, el criterio de la Ley 1/2013 de aplicar los intereses de demora sólo sobre cada cuota impagada a medida que venzan debiera extenderse, al menos, a todo préstamo hipotecario a consumidores.

3. Otros supuestos de vencimiento anticipado

Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias concretas

Esta cuestión tiene escaso interés práctico porque no se suele declarar la resolución anticipada, o al menos no conocemos casos, por impago del IBI, o de una prima del seguro, o de los gastos de comunidad, por poner ejemplos que vemos en muchas minutas bancarias. Esta cláusula es muy probable-

mente abusiva por la desproporción entre el incumplimiento y la consecuencia que se le asocia. No hay correspondencia entre el daño producido al Banco, que éste puede fácilmente remediar (y después exigir al deudor lo pagado) y los efectos que se producen para el deudor.

Vencimiento anticipado por disminución de la solvencia: entendemos que cualquier cláusula que consiga el mismo efecto que las cláusulas nulas inscritas, pero con diferente redacción, será también abusiva. Recordamos que las cláusulas nulas inscritas se refieren a embargo de bienes del deudor, incumplimiento por el deudor de obligaciones con terceros, protesto o declaración equivalente de cualquier efecto aceptado por el deudor, e inicio de procedimientos judiciales o extrajudiciales que puedan acarrear embargo o subasta de bienes del deudor.

Vencimiento anticipado por solicitud de declaración de concurso o por la declaración de éste.

El art. 61.3 de la Ley Concursal dispone “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

Como se ve, el efecto legal no necesita ninguna declaración judicial ni administrativa. Pero se refiere sólo a la declaración de concurso. Es lógico entender que si el efecto se predica de ésta, con mayor razón deberá predicarse de la solicitud de declaración de concurso, ya sea por el deudor o por terceros. Puede haber argumentos, no obstante, para defender la validez de esta cláusula, pero en la contratación hipotecaria con consumidores, en cuyo supuesto el Banco tiene la garantía de la hipoteca, que no se ve afectada por el concurso según la interpretación que ha prevalecido del art. 56 LC, parece que se está causando un desequilibrio importante. Entendemos, por tanto, que la cláusula de vencimiento anticipado por solicitud de concurso debe considerarse abusiva, aunque tal declaración parece que corresponde a los Jueces realizarla.

4. La prohibición de disponer

Si no se la configura como obligación personal de no disponer, o sea, como algo que el deudor, si lo hace, es válido (salvo mala fe del tercero) sin perjuicio de las consecuencias (obligacionales) en la relación deudor-acreedor, parece que se ve afectada por la prohibición del art. 27 de la Ley Hipotecaria. La obligación personal de no disponer, aunque no sería inscribible, parece en principio válida según el Derecho civil, pero imponerla a un consumidor parece abusivo, pues no afecta a la garantía hipotecaria; en caso de ejecución, el acreedor tendría que solicitar una notificación al tercer poseedor, pero parece excesivo considerar esto un perjuicio para el Banco que justifique

que el deudor se obligue a no transmitir. Es decir, se impone una grave limitación al deudor a cambio de prácticamente ningún beneficio para el Banco. No parece abusiva, en cambio, la cláusula que imponga al deudor una mera comunicación al Banco de la enajenación de la finca, aun anterior a ésta; algo que dijera “el hipotecante se obliga a no enajenar la finca hipotecada sin previa comunicación al Banco”.

No nos estamos refiriendo, claro está, a la subrogación de deudor, que exige el consentimiento del acreedor.

5. Comisiones

Son de dudosa validez las dos siguientes:

Comisiones de administración en los préstamos: estas comisiones no responden a ningún servicio específico prestado por el Banco. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha resuelto en varias ocasiones que la administración del préstamo es en interés propio de la entidad de crédito, no en interés del cliente, por lo que no puede repercutir su coste.

Comisiones por “reclamación de posiciones deudoras vencidas”: esta comisión aparece en prácticamente todos los préstamos y créditos, pero no se entiende bien qué tipo de servicio da el Banco aquí, pues esto forma parte de las gestiones ordinarias de administración del préstamo. No parece que pueda devengarse por el mero hecho del impago ni por el mero transcurso de un cierto número de días desde la fecha en que correspondía haber pagado la cuota, máxime si el Banco no ha hecho ninguna actividad para intentar cobrarla.

6. La fijación del saldo reclamable por certificación del acreedor

Esta cláusula se permitía sólo para la Banca por el art. 1435 de la LEC anterior a la LEC vigente (hoy una norma equivalente se recoge en el art. 572) y dio lugar a una conocida sentencia del TC de 10 de febrero de 1992, que estimó constitucional la norma, aunque el procedimiento de ejecución hipotecaria no permitía (no lo ha permitido hasta este año 2013) la oposición del deudor por error en el cálculo de la deuda. El TC declaró que no era un privilegio injustificado de la Banca, porque la fijación del saldo no se imponía sin más al Juez, sino que éste podía (o debía) examinarla antes de despachar ejecución, y el deudor siempre tenía la posibilidad de interponer juicio declarativo (aunque hasta este año 2013 el Juez que conociera de éste no podía paralizar la ejecución). La tesis mantenida por el TC tuvo una aceptación mayoritaria. Seguramente era una tesis correcta “en general”, ya

que el legislador puede configurar libremente la relación entre juicios sumarios y plenarios, pero debiera haberse matizado, respecto de consumidores, desde el momento en que fue de aplicación la Directiva 13/93. Quizá en esta materia se haya sido un poco insensible.

La vigente LEC extendió esta facultad a cualquier acreedor, ya sea persona física o jurídica.

La sentencia antes citada del Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona afirma, como antes hemos reseñado, que esta manera de fijar el saldo reclamable supone una excepción a las normas aplicables en defecto de pacto y dificulta el acceso a la justicia y el ejercicio del derecho de defensa por el consumidor. La sentencia del TJUE también ha tenido en cuenta la severidad del procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC española.

Tras la reforma introducida por la Ley 1/2013 parece que estos argumentos judiciales han perdido fuerza. También ha de tenerse en cuenta que la fijación del saldo por sólo el acreedor se ha convertido en una cláusula usual en préstamos entre particulares. Teniendo en cuenta esto, y dado que la fijación del saldo no puede llevar al despacho automático de ejecución, que el juez puede valorar en el propio procedimiento de ejecución, incluso de oficio, la abusividad de las cláusulas abusivas que fundamentan la ejecución, y que el deudor puede igualmente fundamentar oposición dentro del propio procedimiento de ejecución, entendemos que difícilmente puede ser considerada abusiva esta cláusula. Tampoco en caso de seguirse la tramitación notarial de venta de la finca hipotecada; es cierto que ni el Notario puede valorar la abusividad ni el deudor puede plantear oposición ante el Notario, pero desde la vigencia de la Ley 1/2013, el Notario debe indicar al deudor la posible abusividad de la cláusula que fundamenta la ejecución y el deudor puede plantear demanda ante el Juez y pedir que se ordene paralizar la actuación notarial.

¿Es posible un control no judicial de la abusividad?

El control de las cláusulas abusivas está encomendado en España a los Jueces y Tribunales, como decíamos al principio. Sin embargo, el art. 51 de la Constitución y la Directiva 13/93 parecen implicar a todos los poderes públicos. La medida de la actuación de cada uno vendrá dada por la configuración legal de su respectivo estatuto jurídico.

El control de la abusividad ha sido siempre, también, tarea notarial-registral, dentro del ámbito de actuación configurado por la Ley. Ocurre, sin embargo, que los límites de este ámbito han sido desde hace muchos años objeto de discusión.

En principio, el ámbito de la actividad notarial-registral aparece regulado por el art. 84 LGDCU (y 258 LH).

Todos nos hemos preguntado si estos artículos ponen un límite a la actuación notarial-registral, de forma que sólo puedan rechazarse las cláusulas que previamente hayan sido declaradas nulas por los Tribunales e inscrita tal nulidad en el Registro de CGC, o bien se trata sólo de un supuesto, entre otros, en el que deben rechazarse cláusulas presuntamente abusivas.

En principio, somos partidarios de defender la primera tesis si bien tenemos claro:

- Que la normativa de protección de consumidores, tal como debe ser interpretada a la luz de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, nos debe llevar a rechazar toda cláusula declarada judicialmente abusiva aunque no haya sido todavía inscrita en el Registro de CGC. Rectificamos así la posición mantenida en seminarios anteriores, ya que en éstos sólo nos habíamos fijado en la LGDCU pero no en el contexto normativo de la Directiva europea de 1993.

- Que la actuación notarial-registral también debe rechazar las cláusulas cuya nulidad resulte de contradicción directa con una norma legal que declare tal nulidad sin acudir a conceptos jurídicos indeterminados. Esto se deriva simplemente de la obligación de cumplimiento de las normas (no estamos aquí rectificando ni matizando ninguna postura previamente sostenida) aunque no desconocemos que incluso esto implica una valoración cuyos límites también son objeto de discusión. Creemos que esta discusión sólo debe tener lugar referida a supuestos concretos, no en general y en abstracto.

Por ahora, sólo diremos que hace algunos años se sostuvo (Gómez Gállego, en el libro colectivo “Los contratos bancarios” editado por el CER en 2007) que debían considerarse abusivas las siguientes cláusulas:

a) Por suponer desequilibrio contractual entre las partes: modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional como fijar el interés variable por referencia al interés preferencial de la propia entidad; la cláusula por la que se fijaban unilateralmente por el acreedor las obligaciones garantizadas.

b) Por suponer privación de derechos básicos del consumidor: imponer la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o obligar al consumidor a subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor.

c) Por superposición de garantías: imponer al consumidor, además de la garantía hipotecaria, una letra de cambio.

d) En el apartado “otras” del elenco de la LGDCU de 1984: imponer un contrato de seguro de vida con compañía vinculada al Banco, imponer un notario determinado, imponer arbitrajes distintos de los de consumo.

Creemos que estos supuestos son suficientemente objetivos para poder ser calificados (y rechazados) salvo el primer ejemplo del apartado d), pues para declarar la nulidad parece necesario haber oído, cuando menos, al deudor.

Pero es que por diversos Registradores de la Propiedad y Catedráticos se ha defendido un ámbito de calificación que en la práctica va más allá de la mera aplicación de normas, pues implica apreciar la abusividad por los criterios que de ésta da el art. 82 LGDCU, que son indeterminados: contrariedad a la buena fe, ruptura del justo equilibrio de prestaciones o perjuicio desproporcionado al deudor. No podemos compartir esta tesis en cuanto implica una valoración impuesta unilateralmente por el Registrador sin audiencia de las partes y sin “proceso”, que sólo puede desarrollarse ante un Juez.

Una resolución **de la DGRN de 19 de abril de 2006** revocó una calificación registral que había denegado la inscripción de muchas cláusulas que el Registrador consideró abusivas, como el interés de demora, el vencimiento anticipado por diversas causas, incluso cláusulas de contenido meramente obligacional, que en tal momento no debían quedar reflejadas en el asiento, como las relativas a comisiones, incluida la de apertura, o la asunción por el deudor de toda clase de gastos, la expedición de segundas copias ejecutivas, etc., y fijó la siguiente doctrina: está vedado al Registrador denegar el acceso al Registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios, porque el registrador no es un juez. Citó el art. 258. LH “el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio” y lo interpretó en el sentido de que no cabe la denegación de la inscripción en otros casos de posible abuso: la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula es requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso de esa cláusula abusiva. Alega a favor de esta interpretación “la simple lectura de la Ley 7/1998” y las sentencias del TS de 12 de febrero de 2002 por las que se anularon determinados preceptos del Reglamento del RCGC. Esta misma doctrina tiene que ser aplicable a los Notarios.

La reforma introducida por al Ley 41/2007 en el art. 12 LH pretendió unificar las disparidades que se daban en las calificaciones registrales de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y cambió la redacción del

artículo, que decía “las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado” por la siguiente “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

Como se ve, la redacción de la ley es bastante ambigua en cuanto a lo que debe ser calificado por el Registrador.

La resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008 declaró que la norma distingue entre las cláusulas que se inscriben, que son las de trascendencia real (art. 12.1) y las que meramente se transcriben como publicidad-noticia (art. 12.2: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras) debiendo ser objeto de calificación registral sólo las primeras, y de forma que las segundas sólo pueden acceder al Registro una vez se ha producido la calificación favorable de las primeras. Al Registrador le está vedado entrar a examinar si las cláusulas de vencimiento anticipado tienen o no trascendencia real, estando obligado a hacerlas constar en el asiento mediante transcripción. Con ello se pronunció contra la interpretación que defendía la inscripción (y por tanto, calificación) de todas las cláusulas financieras aunque carecieran de trascendencia real.

Se ha dicho que un cierto cambio se produjo con la resolución de **1 de octubre de 2010**, seguida por las de 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011 y **16 de agosto de 2011**. El cambio efectivamente se produjo en cuanto al objeto de la calificación, pues se entendió que las cláusulas financieras deben inscribirse (no transcribirse, o sea, copiarse) siempre y cuando “el Registrador haya calificado favorablemente aquellas que por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real.” El cambio, no obstante, debía producirse a causa de la STS de 16 de diciembre de 2009 (comentada en el seminario de marzo de 2010; vid. libro de los seminarios 2009-2010) que declaró nulas varias cláusulas de condiciones financieras, lo que obligaba en el futuro a examinar todos los clausulados de contenido financiero para rechazar las cláusulas declaradas nulas. Pero estas resoluciones también se pronunciaron sobre los criterios para calificar.

La primera resolución confirmó una nota de calificación que denegó el acceso al Registro de una prohibición de disponer de la finca hipotecada. Estas resoluciones citan la Directiva 13/93 y una sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984 (sentencia Von Colson, As. 14/83) que declaró que la consecución de los resultados previstos por las Directivas se impone a todas las autoridades del Estado, lo que da pie a la DGRN a afirmar que entre estas autoridades “deben incluirse tanto notarios como registradores”. El ámbito de la calificación aparece delimitado en los siguientes términos: el Registrador debe rechazar la inscripción de las cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias del supuesto concreto; la función calificadora “se limitará a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos”, es decir cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado objetivamente, sin actividad de ponderación y valoración.

Aunque en el caso concreto, se trataba de aplicar el art. 27 LH, que no da “efectos reales” a una prohibición de disponer en contratos onerosos. No era esencial aplicar la normativa de protección de consumidores.

Por tanto, el cambio en la postura de la DGRN se refiere más bien a las cláusulas objeto de calificación, no a la actividad calificadora en sí (ahora, igual que antes, no se puede entrar a valorar).

En todo caso, se trata de implicar a Notarios y Registradores a actuar dentro de los límites que permite su función. Por eso, entendemos que las cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado objetivamente, sin actividad de ponderación y valoración, sólo pueden ser las que aparezcan concretamente reguladas por alguna norma, ya sea el art. 27 LH, o la OM de 28.10.2011, o las normas reguladoras de comisiones, o la Ley 1/2013 o cualquier otra, y aquellas que tengan una redacción más genérica pero (como dijimos más arriba) que no usen conceptos indeterminados.

Ahora bien, ¿la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 obliga a cambiar estos criterios, de forma que se deba ahora rechazar todo supuesto en el que se detecte posible abusividad?

De entrada, diremos que la sentencia no puede obligar a alterar la naturaleza de la función notarial-registral, aunque sí va a llevarla “un poco al límite” en beneficio de los consumidores/usuarios: esforzarse en dar más información y más claridad y en examinar más concienzudamente las cláusulas de las minutas bancarias.

También diremos que la sentencia obliga, por si había alguna duda (que creemos que desde la STS de 16 de noviembre de 2009 quedaban pocas

dudas) a destruir lo que la reforma de 2007 del art. 12 LH pretendió, pues ratifica que la calificación de las cláusulas financieras debe hacerse y, por tanto, tal calificación por cada Registrador trae aparejada disparidad de criterios.

La resolución de la **DGRN de 13 de septiembre de 2013** ha tenido que pronunciarse sobre esta materia ya que resolvió un recurso contra la denegación por un Registrador de la inscripción de una cláusula suelo, por falta de equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, por dejar sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés (contrario a los arts. 82 y 87 LGDCU) y porque, ante la contradicción entre la cláusula de variabilidad y la cláusula suelo debe prevalecer la más beneficiosa para el consumidor.

La DGRN justifica el ámbito de la calificación del Registrador respecto de las cláusulas financieras del préstamo. Realmente este parece ser el objetivo de la resolución, aunque nos parece que esto ya estaba claro, especialmente desde la STS de 16 de diciembre de 2009. Cita en su apoyo diversas resoluciones, entre ellas las de 1 de octubre de 2010, seguida por las de 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011 y 16 de agosto de 2011 y diversas sentencias de Audiencias. Interpreta la reforma de 2007 en el sentido de que no excluye la calificación (hubiera sido mejor fundamentar esto en la legislación de consumidores, que estaba vigente antes y después de la Ley de 2007). Cita especialmente la STS de 16 de diciembre de 2009, que al determinar nulas y no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado lleva a la necesidad de proceder a calificarlas, pues sólo puede excluirse la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas. La resolución de 8 de junio de 2011 señaló que el Registrador ha de calificar la procedencia o no de inscribir las cláusulas de vencimiento anticipado conforme a los criterios de dicha sentencia “puntualizando las razones en que se funda su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas.” Añade que “no parece, en efecto, en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos y por tanto la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca –y por tanto del crédito garantizado– susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo”. También alega la jurisprudencia del TJUE que exige de todas las autoridades nacionales, no sólo de los jueces, interpretaciones conforme al Derecho comunitario, lo que excluye que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas requiera una previa declaración judicial. Igualmente cita la legislación de consumidores y la STS de 9 de mayo de 2013. Como conclusión, la interpretación del art. 12 LH no puede hacerse aisladamente sino mediante su coordinación con otras normas que

operan en el mismo mercado de productos financieros, y teniendo en cuenta la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en las diversas cláusulas de vencimiento anticipado.

Pero no dice nada más. En especial, no dice nada sobre la manera en que debe desarrollarse la calificación, pues se limita a decir que debe denegarse la inscripción de las cláusulas “cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador”, sin precisar en qué debe basarse tal apreciación. ¿Será porque se hace remisión a la propia doctrina anterior de la DGRN? ¿O será porque se quiere dejar la puerta abierta para calificar todo posible supuesto de abusividad y no sólo el que se podía deducir directamente de una norma con una mera subsunción? Algo de esto último nos parece que hay, porque a continuación la DGRN entra en el fondo del asunto, que es el examen de la posible abusividad de la cláusula suelo, aunque sea para decir que el TS las ha declarado válidas sin perjuicio de que pueden ser declaradas nulas por falta de transparencia.

La resolución no se refiere a la actuación notarial, aunque podría haberlo hecho. Reiteramos que el Notario tiene el deber inexcusable de examinar siempre todos los clausulados que vayan a formar parte de una escritura, de eso no ha debido haber nunca ninguna duda; sin perjuicio de que sólo deba rechazar las cláusulas cuya abusividad no exija la aplicación a un caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados (dicho de otra forma: valoración de las circunstancias del caso concreto).

Respecto del fondo del asunto, la resolución que comentamos rechaza el criterio del Registrador por entender, citando la STS de 13 de mayo de 2013, que la cláusula suelo es en principio válida, que no es preciso que exista equidistancia entre el tipo inicial fijado y el suelo y techo, y por entender que el suelo no desvirtúa la variabilidad del interés pues en ese caso concreto es más bajo que el inicial. A continuación, aunque parezca contradictorio con el examen de la cláusula que la propia DGRN acaba de hacer, dice reiterando la STS que no es posible controlar el equilibrio de prestaciones en una cláusula suelo. Y finalmente dice que cuestión distinta sería el control de la transparencia (aunque no se pronuncia sobre esto pues no ha sido objeto del recurso) y a este efecto “podría discutirse si, habida cuenta de las afirmaciones del notario autorizante de la escritura y los documentos a ella incorporados puede estimarse que dicha normativa (de transparencia) ha sido cumplida, especialmente a la vista de los artículos 30 y 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.”

Es decir, los criterios que aplica la resolución para calificar la abusividad de la cláusula suelo son los que el TS fijó en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Por ello, podría entenderse que ya no habría que atenerse sólo a la Ley

sino también a los criterios fijados en las sentencias de los Jueces. Pero en realidad, lo único que la resolución en el fondo dice es que el TS ha declarado válida tal cláusula. Para llegar a esta conclusión no hacía falta una fundamentación tan larga.

En definitiva,

Creemos que la calificación registral debe referirse a las cláusulas financieras que puedan tener alguna incidencia en la configuración del derecho de hipoteca y en la eventual ejecución de ésta (los Notarios deben examinar todas las cláusulas del contrato, sin excepción). Respecto de la valoración de las cláusulas, sólo debe hacerse teniendo en cuenta las nulidades decretadas judicialmente (aunque no estén inscritas en el RCGC, como antes hemos dicho) y las que deriven de la aplicación directa de una norma que no use conceptos jurídicos indeterminados o exijan una valoración del supuesto concreto. No podemos sostener, por tanto, que cualquier cláusula que pueda encuadrarse en la “lista negra” (arts. 85 a 90) del TR de la LGDCU debe ser rechazada.

Para finalizar, y partiendo de que en principio las mismas normas de actuación rigen para Notarios y Registradores, debe hacerse una matización para los casos en que haya argumentos de razonable consistencia para defender la validez de la cláusula. La negativa del Notario a incluir en la escritura una cláusula no deberá darse pues tiene como (drástica) consecuencia la no incorporación de ésta al contrato; la negativa procederá en casos en que no haya duda objetiva acerca de la invalidez. La negativa del Registrador a inscribir tiene una consecuencia mucho menor: la cláusula no tendrá la eficacia que le dé, en su caso, la inscripción; por ejemplo, no podrá usarse esa cláusula como fundamento de una ejecución por el procedimiento de los arts. 681 y ss LEC, pero en ningún caso, a consecuencia de la calificación, queda sin efecto esa cláusula en el ámbito obligacional.

Sugerencia de otros remedios

Concluimos.

El control judicial, en que se basa el sistema español de protección a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, de ser sin duda mantenido, pero parece insuficiente. Habría que promover medidas de otro tipo.

Entendemos que el Gobierno podría hacer algo con base en el art. 48.2 de la ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que permite “imponer alguna modalidad de control administrativo” a los modelos de contrato de las operaciones bancarias, aunque también dice “sin perjuicio de la libertad de contratación que en sus aspectos

sustantivos deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela”. Según unos, esta norma no limita la libertad de contratación. Según otros, permite dictar un régimen contractual. No estamos sugiriendo ninguna de las dos cosas, sino sólo la fijación de un elenco de cláusulas concretas que no podrían aparecer en los contratos, y que debería actualizarse periódicamente. Para la fijación habría que oír antes el parecer de la Banca, de las asociaciones de consumidores y, entre otros, de profesores universitarios y de los órganos corporativos de Notarios y Registradores.

En cambio, un procedimiento basado en el examen de cláusulas por “expertos” que emitan una opinión sobre su validez, suscita muchas dudas sobre la posibilidad de un correcto funcionamiento y nos parece mucho menos recomendable.

Palma, 21 octubre de 2013