

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS HIPOTECARIOS ACTUALES DE LOS CONSUMIDORES

**LA LABOR DE AICAR-ADICAE EN DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LOS HIPOTECADOS**



Zaragoza diciembre 2017.

Estudio financiado por el Ayuntamiento de Zaragoza a través de la OMIC.



Zaragoza
AYUNTAMIENTO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	Página 4
--------------------------	-----------------

EL PROBLEMA DE LAS “CLÁUSULAS SUELO” Y LA NULA EFICACIA DEL REAL DECRETO LEY 1/2017 SOBRE “PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO”	Página 5
---	-----------------

- Las ineficaces soluciones “extrajudiciales”	Página 9
- Observatorio de ADICAE sobre aplicación del Real Decreto ley 1/2017: las cifras en Zaragoza	Página 10
- Respuestas denegatorias de las entidades bancarias a los consumidores en aplicación del Real Decreto Ley 1/2017	Página 11
- Número de contestaciones denegatorias en Zaragoza por entidad a la solicitud de devolución de cantidades por aplicación del Real Decreto Ley 2017	Página 14

ANÁLISIS DE LA EFICACIA Y PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LOS “DECRETOS GUINDOS” ANTE SITUACIONES DE IMPAGOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

- La confusa e insuficiente normativa actual en España para abordar las situaciones de impago de préstamos	Página 15
- La labor en AICAR-ADICAE	Página 24

LA CLÁUSULA DE “GASTOS HIPOTECARIOS”

- Descripción jurídica del problema	Página 27
- Imposición al prestatario consumidor del pago de los gastos de notaría y registro generados por la constitución del derecho real de hipoteca.....	Página 29
- Imposición al consumidor del pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados.....	Página 30
- La cláusula que impone al prestatario consumidor el pago de gastos generados por un	

incumplimiento de sus obligaciones.....	Página 33
- La cláusula que impone al prestatario consumidor el abono de la prima del seguro de daños del bien inmueble objeto de garantía hipotecaria.....	Página 33
- Gastos de gestoría	Página 34
- La labor de Aicar-Adicae frente al abuso de las cláusulas de gastos Hipotecarios.....	Página 35

EL PROBLEMA DE LAS HIPOTECAS MULTIDIVISAS

- El problema de las “hipotecas multidivisas” en la jurisprudencia reciente.....	Página 36
- Actuaciones de Aicar-Adicae	Página 44

LA CLÁUSULA QUE INCLUYE COMO ÍNDICE DE REFERENCIA EL IRPH-ENTIDADES

- IRPH, concepto y evolución financiera.....	Página 44
- Problemática jurídica del IRPH a través de sentencias judiciales	Página 45
- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, sobre la cláusula IRPH	Página 71

LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO..... Página 74

LA CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA EN PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Página 76

PRESENTACIÓN

El objetivo de este estudio es trazar una breve panorámica sobre los problemas que en el último año han padecido los consumidores en los préstamos con garantía hipotecaria en Zaragoza, centrados, como tendremos ocasión de comprobar, en las consecuencias provocadas por inserción por parte de las entidades de numerosas cláusulas abusivas.

Estos problemas vienen de lejos y a ellos ha tratado de responder tanto el legislador y las numerosas sentencias dictadas al respecto. Todo ello será objeto de comentario, con especial referencia a las actuaciones que, en su caso, haya llevado a cabo Aicar-Adicae como organización de consumidores.

A este respecto, cabe resaltar los problemas originados por “cláusulas suelo” (tras la publicación del Real Decreto 1/2017), las cláusulas que imponen la totalidad de los “gastos hipotecarios” al consumidor, y las labores de mediaciones e información provocadas por situaciones de impago o ejecución de préstamos hipotecarios contratados por los consumidores.

Este trabajo ha contado con la colaboración del Ayuntamiento de Zaragoza, Área de Consumo.

EL PROBLEMA DE LAS “CLÁUSULAS SUELO” Y LA NULA EFICACIA DEL REAL DECRETO LEY 1/2017 SOBRE “PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES EN MATERIA DE CLÁUSULAS SUELO”

Las numerosas sentencias que en juzgados de primera y segunda instancia ya se habían pronunciado sobre la abusividad de las “cláusulas suelo” tuvieron como culminación la sentencia n.º 241/2013 de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, a la que siguieron otras (SSTS 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; y 222/2015, de 29 de abril).

Estas cláusulas “suelo”, insertas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo es variable, suponen una limitación a la bajada del índice al que se referencia su interés remuneratorio. De esta forma, en un contexto de continua bajada de tipos, como el que estamos asistiendo desde 2009, los consumidores que han firmado préstamos con estas condiciones no se benefician de los descensos y ven así congelados los tipos aplicables hasta el punto de que de hecho acaban convirtiéndose en hipotecas a tipo fijo, cuando la pretensión y riesgo que asumía el cliente al suscribir un préstamo con estas características era contratarlo en condiciones variables.

En general, estas sentencias vinieron a establecer que las cláusulas definitorias del objeto (elementos esenciales) no pueden ser objeto del control judicial de contenido en orden a apreciar la posible existencia de un desequilibrio de las contraprestaciones entre las partes (consumidor/entidad de crédito), pues la fijación del precio es libre (art. 4. 2 Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas). No obstante ello, sí están sujetas al “control de transparencia” con la finalidad de establecer si el consumidor ha podido conocer realmente, a partir de la información proporcionada por el banco (predisponente de las condiciones del contrato de adhesión), la carga económica y jurídica del contrato.

En particular, en su sentencia de 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo puso de manifiesto que, no obstante cumplir la cláusula mencionada en los préstamos analizados los requisitos formales necesario para su incorporación a los contratos de acuerdo a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, estas cláusulas no resultan ser claras y comprensibles para el consumidor. Y ello porque la forma en que están incluidas en el contrato, es decir en la escritura de préstamo con

garantía hipotecaria, no supera el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo del contrato. Como consecuencia fueron estimadas nulas.

No se trata de un simple “control de incorporación”, que resulta aplicable a todas las condiciones generales de la contratación, si no de que la transparencia se relaciona con el carácter abusivo en tanto en cuanto la cláusula que no supere el “control de transparencia” priva al consumidor de la posibilidad de conocer la trascendencia que la misma tiene en el contrato. Afecta por tanto al conocimiento subjetivo que tiene a su alcance el consumidor cuando contrata.

Esta “comprensibilidad real” significa que el consumidor debe adquirir un conocimiento preciso de la “carga”, tanto económica como jurídica, a la que se compromete mediante la suscripción del contrato; y de que, además, deba comprender que se trata de un tipo de cláusula que define el objeto principal del mismo.

La declaración de nulidad de las cláusulas suelo, como el de toda cláusula declarada nula, debería tener aparejada la obligación de las entidades bancarias, no sólo a suprimirlas de los contratos de préstamo, cesando así su utilización, sino a erradicar desde el inicio sus efectos, es decir, el cobro indebido de los intereses aplicados por la cláusula que, en virtud de ello habrían de ser devueltos al consumidor. Pese a ello, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 determinó que la nulidad declarada únicamente tendría efectos a partir de dicha fecha y ello por “razones de interés general” difícilmente sostenibles.

En efecto, con fecha 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que al dejar sin aplicación una cláusula abusiva que impone la devolución de cantidades indebidamente abonadas por el consumidor, el juez nacional tiene la obligación de reconocer el efecto restitutorio de todos los importes pagados en virtud de la aplicación de dicha cláusula.

Como consecuencia de ello, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo se vio obligado el 15 de febrero de 2017 (STS 123/2017) a adaptar su jurisprudencia a la citada sentencia, aceptando así la retroactividad total en los supuestos de nulidad de las “cláusulas suelo”. Asimismo, en la sentencia se contienen importantes pronunciamientos

en lo atinente a la inaplicación de la cosa juzgada

Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado posteriores resoluciones de todo tipo a la sentencia que nos ocupa, y que afectan a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Hacemos un breve resumen de ellas:

- Sentencia del Tribunal Supremo 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero y 57/2017, de 30 de enero, el Supremo, confirmando la doctrina sentada en STS 367/2016 de 3 de junio, establece la no aplicabilidad del “control de transparencia” (en los términos que hemos visto) a las relaciones jurídicas que se establecen entre empresarios y profesionales. En su caso, éstos sólo podrán alegar respecto a la inserción de una cláusula suelo en el supuesto de que la misma no supere el control de incorporación. Asimismo, pueden alegar declaración de nulidad conforme a la aplicación del principio de buena fe contractual (arts. 1255 y 1258 del Código Civil).

— Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017 dice que las resoluciones firmes de jueces nacionales que establecieron la falta de retroactividad de la cláusula suelo, por aplicación de la sentencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo, y dictadas con anterioridad a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) Europea de 21 de diciembre de 2016, no pueden ser anuladas con posterioridad a la misma. La propia sentencia del TJUE determina así que la protección del consumidor no es absoluta. El Derecho de la Unión no obliga a un Tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición.

- Sentencia Tribunal Supremo 558/2017 16 de octubre 2017

Esta sentencia resulta importante ya que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, desmiente uno de los argumentos más habituales de las entidades para denegar al consumidor afectado por “cláusulas suelo” la posibilidad de acogerse al Real Decreto Ley 1/2017.

Según esta sentencia del Supremo, en un primer instante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona consideró que Caja España incumplió su obligación de informar a los prestatarios de la existencia de la “cláusula suelo” pues no entregó la oferta vinculante

con la antelación necesaria. Consideró que esta falta de transparencia viciaba el consentimiento de los prestatarios, por error, y producía como efecto la anulabilidad del contrato por error. Por tal razón, “consideraba que conforme al art. 1208 del Código Civil , al haber negociado un nuevo suelo del 2,5% en noviembre de 2009, los demandantes sanaron el vicio inicial de la cláusula y la hicieron válida, aunque al tipo negociado del 2,5%”. Los demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y solicitaron que fuera estimada la pretensión principal de su demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso

En su sentencia 558/2017 el Tribunal Supremo consideró, no obstante, que al tratarse de una “nulidad de pleno derecho”, “impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). En consecuencia “la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato”

En este sentido, en el Fundamento de Derecho Sexto, números 6 a 10, el Tribunal Supremo afirma:

“6.- La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada.

7.- El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil , en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.- Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de

los negocios anulables.

9.- En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

10.- Lo expuesto determina que proceda estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimar la pretensión principal formulada en la demanda.”

Las ineficaces soluciones “extrajudiciales”

El 21 de enero de 2017 entró en vigor el Real Decreto ley 1/2017 sobre “protección de consumidores en materia de cláusulas suelo”, cuyo objetivo era el “establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”. El propósito era evitar un colapso en los juzgados que ya se estaba produciendo.

Asimismo se estableció en la Disposición final tercera de este Real Decreto ley una habilitación expresa al Gobierno para dictar disposiciones necesarias para regular la existencia de un órgano de seguimiento, control y evaluación de las reclamaciones efectuadas en el ámbito de aplicación de este real decreto-ley y su régimen jurídico.

Los datos aportados en la segunda reunión de este órgano, celebrada el pasado día 30 de noviembre de 2017, muestran el fracaso del Real Decreto Ley 1/2017, que no ha impedido que los consumidores afectados por cláusulas suelo acaben abocados a la vía judicial. La experiencia de ADICAE demuestra que únicamente el 10% de los consumidores acudirán a la vía judicial, dejando sin resolución a cientos de miles de afectados.

Los datos comunicados por las entidades bancarias y recogidos por el Banco de España indican que las entidades recibieron a fecha de 30 de septiembre un total de 1.052.789 solicitudes de devolución de cantidades. Esta cifra representa el 12,3% de las hipotecas vivas en España a 31 de diciembre de 2016. De las solicitudes recibidas, únicamente 395.135 han terminado con acuerdo con la entidad financiera.

Por último, el Consejo General del Poder Judicial aprobó en fecha 25 de mayo de 2017 un total de 54 nuevos juzgados de Primera Instancia que habrían de conocer desde el 1 de junio de controversias relacionadas de forma general con las condiciones generales incluidos en contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria, y cuyo prestatario tenga la condición de persona física, si bien de forma específica su función esencial está siendo la de atender los litigios provocados por la inclusión de las cláusulas suelo. En Zaragoza se puso en marcha el Juzgado de Primera Instancia 12.

Observatorio de ADICAE sobre aplicación del Real Decreto ley 1/2017: las cifras en Zaragoza

Ante este panorama Aicar-Adicae decidió poner en marcha un Observatorio de Seguimiento y Vigilancia en relación a la aplicación del mecanismo que recoge el Real Decreto Ley 1/2017, con el propósito de detectar y denunciar los incumplimientos que se podrían cometer en aplicación de aquel.

La base para el cálculo y análisis de estos datos se ha basado en las respuestas recibidas por los consumidores radicados en Zaragoza por parte de las entidades bancarias y que han sido puesto en conocimiento de Aicar por los propios afectados, bien presencialmente o por medios telemáticos. Así se han analizado 1191 contestaciones que negaban al consumidor afectado por cláusulas suelo la solicitud de devolución de cantidades en aplicación. Las entidades que más han denegado a los consumidores la devolución de cantidades cobradas por cláusula suelo han sido en Zaragoza, Ibercaja, Bantierra y EspañaDueño.

Según un reciente “Estudio sobre la aplicación del procedimiento extrajudicial habilitado

por el Real Decreto 1/2017 noviembre de 2017”¹, elaborado por ADICAE, establece que la reclamación extrajudicial habilitada por el Real Decreto 1/2017 no consiguió su objetivo. De hecho, los datos muestran claramente como los acuerdos alcanzados están muy por debajo de que sería deseable. Solamente algo menos de una cuarta parte de las reclamaciones extrajudiciales han resultado positivas para los consumidores. Uno de los principales objetivos declarados, al menos formalmente, era evitar el colapso de los juzgados ante la más que previsible avalancha de demandas como consecuencia de la sentencia del TJUE sobre las cláusulas suelo, dictada el 21 de diciembre del pasado 2016. Casi un año después puede afirmarse que ese objetivo no se ha logrado. De hecho, en los juzgados especializados para la resolución de estos casos, a fecha de 5 de noviembre de 2017 , recibieron 118.419 demandas, en cifras aportadas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Respuestas denegatorias de las entidades bancarias a los consumidores en aplicación del Real Decreto Ley 1/2017

1) Denegación de la solicitud de devolución porque el consumidor afectado estar incluido como demandante en un procedimiento civil.

A tenor de estas respuestas, las entidades que han dado esta respuesta consideran incompatible el hecho de figurar como demandantes en una demanda civil contra la entidad de crédito con el hecho de acogerse al mecanismo que establece el Real Decreto-Ley 1/2017.

Sin embargo, la Disposición transitoria única establece que los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor del real decreto-ley 1/2017 “*en los que se dirima una pretensión incluida en su ámbito, ejercida por uno o varios consumidores frente a una entidad de crédito (...) las partes de común acuerdo se podrán someter al procedimiento establecido en el artículo 3, solicitando la suspensión del proceso, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*”. Sin embargo, las repuestas no informan al consumidor prestatario de esta opción, ni dan siquiera opción a

¹ https://intranet.adicae.net/img-news/uploader1/Conclusiones_cl%C3%A1usulas_suelo-Segundo_informe_ADICAE_145.pdf

ello, por lo que entendemos supone un incumplimiento del espíritu del Real Decreto Ley.

2) Las entidades aprovechan para ofrecer una novación de condiciones y tratar de compensar la devolución de cantidades y eliminación de cláusulas suelo.

En estos supuestos, la mayoría de las entidades ofrecían al cliente de forma verbal, sin que se le hiciera entrega previa de un borrador del documento de la propuesta de acuerdo con las nuevas condiciones. Entre éstas figuraban un aumento del diferencial o la obligación de contratar con el banco otros productos financieros como condición previa necesaria al reconocimiento e ingreso de las cantidades indebidamente adeudadas en concepto de cláusula suelo.

Esta actuación contradice el Real Decreto Ley 1/2017 (artículos 1 y 3.2). Condicionar la devolución en su caso a la contratación de productos o al incremento de diferencial supone defraudar completamente el objetivo de la norma ya que la entidad financiera busca compensar la devolución.

3) Contestaciones denegatorias carentes de motivación o respuesta negativas estandarizadas.

En estos casos, las razones para fundamentar sus decisiones de denegación son insuficientes. El artículo 3.2 del Real Decreto ley 1/2017 establece que *“en el caso de que la entidad considere que la devolución no es procedente , comunicará las razones en que se motiva su decisión.”* El uso de respuestas tipo pone de manifiesto la inexistencia de un análisis de la situación por la entidad, cumpliendo las exigencias del Real Decreto Ley 1/2017.

4) Respuestas denegatorias en caso de préstamos vencidos

La explicación más común a la denegación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de aplicación de cláusulas suelo y de su eliminación a futuro, es considerar que *el préstamo se encuentra cancelado. Por ello, argumentan estas entidades, al haber quedado extinguido aquel contrato, no quepa pedir la nulidad de algo*

que ya no existe.”

El artículo 1 del Real Decreto Ley se refiere a “*cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.*” Asimismo el artículo 2.1 dice que “*las medidas previstas en este real decreto ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan una cláusula suelo cuyo prestatario sea consumidor.*” En ningún caso esta normativa se limita a aquellos supuestos en los que el préstamos aún esté en vigor a la fecha de la reclamación.

5) Denegación porque los prestatarios disponen de un nivel profesional o académico superior a la media.

Tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 como otras posteriores en ningún momento hacen referencia a este tipo de criterio para reconocer la abusividad de la cláusula.

6) La previa existencia de acuerdos entre la entidad bancaria y el consumidor afectado

Frente a ello, son abundantes las sentencias (entre ellas, las dictadas por la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de marzo de 2016, de 17 de noviembre de 2016 y de 22 de noviembre de 2016) que consideran la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor. Y ello, tanto por la vigencia del principio de que lo que es nulo no puede producir ningún efecto. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. El contenido de estas sentencias fueron ratificadas por la Sentencia Tribunal Supremo número 558/2017 16 de octubre 2017, como hemos visto.

7) Denegación por “información precontractual suficiente” por parte de la entidad al cliente

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2013 dice en su epígrafe 229 “*que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor.*”

Asimismo establece que “las cláusulas suelo” tienen la naturaleza de condiciones generales de la contratación y definen el objeto principal del contrato, en este caso el precio del préstamo, por lo que deben de someterse al doble control de transparencia.

Hay un primer control de la transparencia formal a los efectos de la incorporación en el contrato de dichas cláusulas (que determinan los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) y otro de cumplimiento de la normativa específica sobre transparencia y protección de la clientela bancaria (los requisitos formales que exige la Orden de transparencia de 2011)

Pero existe además un control de transparencia real, de “comprensibilidad real”, cuya finalidad es que el consumidor sea plenamente conocedor tanto de la carga económica que supone el contrato suscrito como las consecuencias jurídicas del mismo. Por tanto, se puede superar el primer control de incorporación, pero ello no significa que se supera el segundo.

Número de contestaciones denegatorias en Zaragoza por entidad a la solicitud de devolución de cantidades por aplicación del Real Decreto Ley 2017*

Entidad bancaria	Número
Ibercaja**	836
Bantierra	218
Caja España/Duero	71
Banco Popular	24
BBVA	24
Abanca	6
Banco Sabadell	6
Caja Rural de Teruel	2
Banco Mare Nostrum	2
CaixaBank	1
Caja Arquitectos	1
TOTAL	1191

*Periodo de muestra, abril -noviembre 2017.

En estos resultados cuantitativos se incluyen denegaciones que no hemos analizado específicamente, tales como:

- tratarse de personas jurídicas o no consumidoras (el Real Decreto Ley 1/2017 sólo se aplica a personas consumidoras);
- no tener en sus contratos cláusulas suelo;
- solicitud de devolución de intereses anteriores a la fecha en la que la entidad estima la cosa juzgada, etc.
- Por tener una sentencia ganada, para un caso particular concreto y se aplica a todos los consumidores afectados (Caja Rural de Teruel)

**Ibercaja tras la absorción de Caja 3 (formada por Caja Inmaculada (CAI) (Zaragoza), Caja Circulo (Burgos) y Caja de Badajoz) asumió los préstamos con cláusulas suelo de estas entidades.

ANÁLISIS DE LA EFICACIA Y PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LOS “DECRETOS GUINDOS” ANTE SITUACIONES DE IMPAGOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La confusa e insuficiente normativa actual en España

Desde el inicio de la crisis se han ido sucediendo diversas reformas de baja intensidad, cuando no de absoluta ineficacia, para intentar paliar los efectos en los consumidores de las ejecuciones hipotecarias. En orden cronológico, como hemos apuntado sucintamente en párrafos precedentes, las medidas legislativa más recientes adoptadas hasta ahora han sido las siguientes:

1) Real decreto ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

El Real Decreto Ley 6/2012 creó el Código de Buenas Prácticas de las entidades crediticias. Toda entidad que se adhiera “voluntariamente” a ese Código, diseñado por ese Real Decreto, está obligada a aplicar las prescripciones del Código si el deudor lo solicita.

Sin entrar en las modificaciones posteriores que veremos cuando se analice la ley 1/2013, este Código prevé la posibilidad de reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores mediante:

1º.- Una reestructuración de la deuda: ampliar plazo de amortización hasta 40 años, durante 4 años se nos permite no amortizar capital, sino sólo intereses, y los intereses que se pagan durante dicho período se reducen. Todo ello hace que la mensualidad de la hipoteca baje (en teoría, por lo menos), de modo que no supere el 60 % de los ingresos que perciba la unidad familiar.

2º.- Si no se logra reducir el esfuerzo hipotecario a tales límites, se puede conceder una

quita o perdón de parte del capital.

3º.- Si ninguna de las medidas anteriores consigue reducir dicho esfuerzo de modo que la cuota hipotecaria a pagar sigue siendo superior al 60 % de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, entonces es posible imponer al banco la dación en pago forzosa, de modo que extinga toda la deuda pendiente, sea cual sea el valor de mercado actual del inmueble y el importe de aquella deuda.

El problema es que el Código de Buenas Prácticas sólo se aplicó a un porcentaje muy reducido de deudores hipotecarios: los que estaban situados en el umbral de exclusión social que define en términos muy estrictos el propio RD – Ley 6/2012.

2) Real decreto ley 27/2012 de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

La pretensión de este real Decreto Ley era la suspensión durante 2 años del lanzamiento para permitir al consumidor seguir habitando en la vivienda, una vez adjudicada a la banca. Advertir en este sentido que lo que se suspendía con esta normativa eran los “lanzamientos”, es decir la última fase de un procedimiento ejecutivo. No se suspende el inicio del procedimiento de embargo, por lo que el consumidor afectado asume los costes del procedimiento (costas, intereses de demora, etc.).

Esas personas podrían continuar habitando del inmueble a título gratuito, sin pagar renta alguna, durante ese plazo. Se suponía que al término del mismo, se hayan recuperado económicamente y puedan acceder por sus medios a una vivienda en propiedad o en alquiler. Cosa que se ha demostrado inexacta.

Para acceder a esta posibilidad, el consumidor deudor solicitante debía cumplir una serie de requisitos acumulativos:

- Ser vivienda habitual y no disponer de una segunda vivienda.
- Supuestos de especial vulnerabilidad y circunstancias económicas muy concretas

En el caso de las circunstancias económicas, el consumidor afectado debía cumplir todas

ellas, lo cual restringía considerablemente el ámbito de aplicación subjetiva de esta medida.

3) Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

La ley establece cuatro niveles de reformas: suspensión de lanzamientos, medidas de “mejora” del mercado hipotecario, medidas de reforma del procedimiento hipotecario y cambios en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.. Analizaremos algunos aspectos de esta ley que nos interesan a efectos de esta ponencia.

a) Suspensión de lanzamientos

En el Capítulo I de esta ley apenas modifica el Real Decreto Ley 27/2012 de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Así, se articula la suspensión inmediata hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la presente le los desahucios de aquellas personas que se encuentren en un especial riesgo de exclusión y tengan iniciado un proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial. No se trata de un plazo fijo de dos años desde que se solicita sino que es desde que entra en vigor la ley, por lo que se van reduciendo esos plazos. Por tanto, es una medida absolutamente temporal que no supone una modificación de la legislación hipotecaria en profundidad.

El momento procesal en que opera es el “lanzamiento”, es decir cuando la familia ya ha perdido la vivienda. Por tanto, una “moratoria sobre desahucios” que sólo permite a una familia permanecer en la vivienda en precario durante un período de tiempo. La ampliación de la moratoria a todo el proceso de ejecución hipotecaria, desde el inicio o incluso en un momento anterior, comportaría unos beneficios mucho más prácticos que permitirían al deudor, si su situación económica mejora pasando el tiempo fijado, continuar con el pago de su hipoteca y conservar su vivienda habitual.

Consideramos así mismo que habría que adaptar el perfil del destinatario de la medida pudiendo entrar en el mismo todo deudor persona física de buena fe que por

circunstancias sobrevenidas no puede cumplir con su obligación de pago. De lo contrario, esta medida seguirá beneficiando únicamente a un sector muy pequeño de la población implicada en este problema. Mantener prácticamente los mismo requisitos que contemplaba el RD 27/2012 no puede llevar más que a fracasar de nuevo en el intento de solucionar la problemática de las familias.

b) Medidas de reforma del procedimiento hipotecario

En este capítulo la ley 1/2013 establece una serie de mínimos cambios en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

El artículo 7. Cinco modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo la posibilidad de que si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se podrá condonar parte del pago de la deuda remanente, siempre que se cumplan con ciertas obligaciones de pago.

Así, pagar en el plazo de cinco años el 65% de la deuda restante; o bien; pagar en el plazo de diez años el 80% de la deuda restante. También se prevé que en el caso de que en diez años el banco que se ha adjudicado la vivienda la vendiera, el 50% del beneficio obtenido por la venta puede ser restado de la deuda del consumidor. Esta medida constituye un burdo intento por sustituir un verdadero plan de pagos que debería de establecer el juez teniendo en cuenta las circunstancias personales del consumidor y, en todo caso, antes de la pérdida de la vivienda y no después.

Se introducen determinados cambios en el procedimiento de subasta, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Además, en caso de que la subasta concluyera sin postor alguno, el porcentaje de adjudicación será de del 60 por cien hasta un máximo del 70 por cien, siempre para los supuestos de vivienda habitual.

Por último, en el caso de que el resultado de ésta fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés.

c) Cambios en el Real Decreto-Ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recurso

La Ley 1/2013 modifica los requisitos del umbral de exclusión para poder acogerse a la posibilidad de reestructurar la deuda, aligerar la carga hipotecaria o entregar la vivienda como pago en última instancia. Las modificaciones apenas inciden en un cambio hacia una solución justa y adecuada al problema de cientos de miles de consumidores hipotecados en riesgo de perder su vivienda.

En cuanto a los avalistas, la ley 1/2013 establece que los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrá exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión. Exige que los avalistas estén en la misma situación que el acreedor principal para poder solicitar este “beneficio de excusión”. Ahora bien, esto no impide que una vez agotado el procedimiento de ejecución frente al deudor principal, si queda deuda pendiente pueda irse contra los bienes de los avalistas que quedan desprotegidos.

4) Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Esta ley regula cuestiones de muy diversa índole (entre ellas, modificaciones a la normativa que hemos señalado anteriormente) pero las que interesan se refieren a la reforma de la ley Concursal 22/2003, entre las que destacan la exoneración de deudas y el acuerdo extrajudicial de pagos

Para poder acceder a la “exoneración de deudas” es necesario que el solicitante se haya declarado en concurso de acreedores y concluya éste por liquidación o insuficiencia de la masa activa. Asimismo, se exige que sea un deudor “de buena fe”. El consumidor, para considerarse que ha actuado así, debe de cumplir una serie muy amplia de exigencias. Sin ánimo de exhaustividad, se considera buena fe.

- si en el concurso no haya sido declarado culpable o engaño del deudor. Ahora bien,

si el concurso hubiera sido declarado culpable el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor.

- Que el deudor haya celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos;
- Que haya satisfecho en su integridad créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados.
- En aquellos casos en los que el consumidor inmerso en este proceso no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, se le exige además de haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y créditos concursales privilegiados lo anterior, que paguen un 25% de los créditos ordinarios. En estos casos, la exoneración de deuda pendiente sólo se aplicaría lógicamente al resto de deudas pendientes.

Alternativamente a estos requisitos (por no poder pagar los créditos descritos), se considera que ha actuado de buena fe una larga lista de criterios entre los que figuran aspectos tan ambiguos como que no hubiera rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad. Los deudores que se encuentran en esta última situación, se beneficiarán de una exoneración del pasivo insatisfecho:

- Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso (excepto hacienda, pensión por alimentos, etc...)
- La parte de las deudas de los créditos del artículo artículo 90.1 (créditos con privilegio especial como créditos garantizados con hipoteca) que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía “salvo que quedara incluida (entiendo que la garantía) en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.” Por tanto, solo en este caso será posible liquidar créditos privilegiados, por ejemplo entregar la vivienda a cambio de pagar la deuda. Sería la dación en pago.

Los acreedores cuyos créditos se extinguen no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de la deuda. Pero se mantienen los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente, avalistas, etc...

El problema se plantea con la revocación de la exoneración de deudas, por lo que la

exoneración de deudas es provisional hasta que no trascorra ese plazo. En este caso, el Juez, a instancia de cualquiera de los acreedores concursales podrá revocar la exoneración de deudas cuando en el plazo de 5 años siguientes a su concesión si:

- se constata la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos.
- Incumpliera obligación de pago de las deudas no exoneradas, conforme resulte del plan de pagos. No obstante, el juez, atendiendo a las circunstancias podrá declarar exonerada de forma definitiva la deuda pendiente aun cuando se incumpla del plan de pagos, siempre que hubiese destinado al pago de las mismas la mitad al menos de los ingresos percibidos en esos 5 años. Es demasiada la discrecionalidad que se le da al juez (“atendiendo a las circunstancias”) y la concreción sólo se hace respecto de las obligaciones de pago cumplidas, no por las necesidades del deudor.
- Mejorase sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso por lo que podrán volver a reclamar sus deudas

Concluido este plazo de 5 años, el deudor puede solicitar al juez auto que declare la exoneración definitiva. Hay que criticar que no sea de aplicación de oficio, que deba solicitarse.

En cuanto al “Acuerdo extrajudicial de pagos”, éste se realiza al margen siempre del procedimiento concursal. El consumidor (la ley dice “persona natural”) que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

Dentro del Proceso Extrajudicial de pagos, se nombrará un “mediador concursal”, que cuando se trate de personas “naturales no empresarios” (consumidores) la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos se hará ante el notario del domicilio del deudor (entendemos lógicamente que a decisión de éste, aunque la ley no dice nada). El notario

actuará como “mediador” será el que analice la documentación presentada, comunique la apertura de las negociaciones al juzgado competente e impulsará las negociaciones entre acreedores y deudor, salvo que el consumidor designase un mediador concursal. Uno de los problemas de esta normativa es el coste. Cuando el notario actúe como “mediador concursal”, cobrará como tal. Reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador.

Mientras se negocia, el plazo de suspensión de las ejecuciones hipotecarias de la vivienda habitual se paraliza durante tres meses. Si al término del plazo el notario o, en su caso el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, debe instar el concurso del deudor en los diez días siguientes.

Contenido de las propuesta de acuerdo extrajudicial (para personas físicas)

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años.
- b) Quitas.
- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.
- d) La propuesta incluirá un plan de pagos y un plan de viabilidad.

Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, son necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo:

- a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60% del pasivo, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a esperas con un plazo no superior a cinco años, y a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos.
- b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75% del pasivo, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo entre cinco o como máximo diez años y a quitas superiores al 25% del importe de los créditos.

Los acreedores (bancos) con garantía real (hipoteca), por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía (de la vivienda habitual), únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo. Ahora bien, en estos casos

quedarán igualmente vinculados si las medidas incluidas en el acuerdo han sido acordadas “con el alcance que se convenga”, por las siguientes mayorías

- a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del párrafo anterior.
- b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del párrafo anterior.

Lo que queda claro de la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos, es el gran poder de decisión de la banca, ya que como acreedores privilegiados (préstamos hipotecarios) el peso en el pasivo de la deuda hipotecaria es sustancialmente el mayoritario. Además, a ello se añade con el término “con el alcance que se convenga” da un gran poder negociador que puede desvirtuar los acuerdos e imponer condiciones poco beneficiosas al consumidor.

Los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos mantienen sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquellos. Esto desvirtúa completamente el acuerdo extrajudicial. Ello porque deja la posibilidad de reclamar a los avalistas, bastando para ello mostrar disconformidad. Es decir, porque aunque se le haga extensivo el acuerdo al acreedor, bastaría con que éste pusiese de manifiesto su disconformidad con el mismo para poder reclamar la deuda pendiente a los avalistas.

Hay que decir como conclusión a esta breve panorámica sobre las normas en vigor en nuestro ordenamiento para paliar situaciones de impago y riesgo de pérdida de vivienda, así como para afrontar situaciones de sobreendeudamiento, que se han aprobado en poco tiempo y se han visto enmendadas continuamente por normativa posterior o incluso por sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta precipitación y, sobre todo, su pobre eficacia y escaso papel protector de los consumidores, exigen una reforma que unifique y clarifique tales cuerpos normativos y, asimismo, refuerce los derechos de los afectados o potencialmente en riesgo de estarlo que, en nuestro país, son millones de consumidores.

La labor en AICAR-ADICAE

En lo que llevamos de año hemos realizado 26 mediaciones entre consumidores con problemas actuales o inminentes de pago respecto a sus préstamos hipotecarios.

En 14 de estos casos los consumidores tras periodos largos de dificultad económica y, en ocasiones, tras la realización ya de carencias en el pago de sus hipotecas, han intentado acordar con la entidad la entrega de la vivienda a cambio de la condonación total o, en algunos casos, parcial de su deuda. En tres ocasiones se ha resuelto ya de forma satisfactoria mientras que en el resto se encuentran en proceso de negociación.

En el resto de mediaciones hemos solicitado a las entidades la realización de un carencia o reestructuración hipotecaria que le permita a los consumidores atender las cuotas e impedir situaciones de impago o incluso de pérdida de la vivienda por parte de los afectados.

Además de los anteriores casos, a otros socios y consumidores en general que cumplieran claramente los requisitos recogidos en el Código de Buenas Prácticas se les ha orientado sobre la documentación a presentar en sus entidades y sobre la obligación de cumplimiento por parte de estas de las medidas recogidas en esta norma así como los plazos de aplicación previstos. En estos casos al resultar evidente el cumplimiento de los requisitos previstos en el Código por parte de los consumidores no hemos llevado a mediar con la entidad sino que hemos orientado y apoyado a los consumidores en el proceso de presentación y solicitud de acogimiento a las medidas de este Real Decreto.

Desde el año 2010 hemos realizado 1427 mediciones directas por impago hipotecario a consumidores de Zaragoza, además de las miles de consultas y orientaciones que se han realizado a lo largo de estos años. En Abril de 2012 fue aprobado el Real Decreto 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecados sin recursos que bajo la denominación de "Código de Buenas Prácticas" obligaba a los bancos, que voluntariamente quisieran, a tomar una serie de medidas frente a un muy reducido sector de hipotecados.

La gran mayoría de bancos se adhirieron a este código, sabiendo que el compromiso que adquirirían era mínimo ya que los requisitos para que un hipotecado pudiera acogerse a estas soluciones eran tan estrictos que suponían prácticamente su inaplicabilidad general.

La Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar a los deudores hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social recogió una ampliación del Código para la entidades que, nuevamente de forma voluntaria, quieran acogerse a esta modificación. Pero prácticamente el resultado fue el mismo debido a que los requisitos de acceso a las medidas del código prácticamente no se modificaron. Si bien es cierto que el requisito de tener que estar toda la unidad familiar en desempleo y sin derecho a prestación se modificó por el de que las rentas de la familia no superaran el límite de tres veces el IPREM. Pero el hecho de que este requisito no tuviera en cuenta el número de miembros que componían la unidad familiar y el hecho de que algunas entidades, como fue el caso de Caja3, no se adhirieran desde el comienzo a la nueva actualización del Código supuso que los consumidores no tuvieran una mejor situación de protección.

Ni siquiera un 10% de los hipotecados con dificultades graves de pago que acudían a nuestras sedes cumplía con los requisitos del Código o de su ampliación. Si el consumidor tenía un avalista, aunque se encontrara con los mismos problemas de pago respecto a su hipoteca que él, el banco consideraba que había bienes suficientes y no aceptaba la aplicación del Código.

Si el préstamo se había ampliado en algún momento (incluso para refinanciar la deuda) tampoco se cumplían.

Estas limitaciones y la actitud de las entidades hicieron que fuera prácticamente imposible acogerse al Código de Buenas Prácticas o a su ampliación y convirtió a esta norma en una simple declaración de buenas intenciones.

Durante estos años, han sido frecuentes las dilaciones de plazos y las trabas continuas en la solicitud de documentación por parte de los bancos para evitar o, al menos, retrasar lo máximo posible la aplicación del Código.

Tras la modificación de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar a los deudores hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social, en 2015 vuelve a modificarse y ampliar sus requisitos de acceso en 2015, por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de segunda oportunidad y, en el presente año, por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo.

Esta última modificación, preve la posibilidad del consumidor de alquilar la vivienda al menos durante cinco años tras la ejecución por una renta anual máxima del 3 por cien de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado. Por otra parte, preve que los avalistas y fiadores

que se encuentren en el umbral de exclusión, establecido por la norma, podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Por su parte, las condiciones de acceso prácticamente no se han modificado desde 2013. Además, la complejidad de esta regulación, los cambios constantes en sus requisitos y la dificultad de los consumidores de recabar la documentación necesaria sigue haciendo que su aplicación sea mínima y no suponga una verdadera protección para los consumidores que se encuentran en situación de riesgo de impago o pérdida de vivienda.

A continuación analizaremos la normativa actual en España sobre medidas tendentes a paliar los efectos de aquellas situaciones en las que el consumidor está en riesgo de impago de su préstamo hipotecario o bien se ha procedido a la ejecución de su vivienda habitual dada en garantía del préstamo como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

LA CLÁUSULA DE “GASTOS HIPOTECARIOS”

Descripción jurídica del problema

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, conviene aclarar que por “gastos hipotecarios” nos referimos a todos aquellos que se producen con ocasión de un proceso de concesión, gestión y registro de un contrato de escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

De forma resumida, estos “gastos hipotecarios” son los siguientes:

- a) los originados por el otorgamiento ante notario de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.
- b) los derivados de la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad.
- c) el gasto fiscal del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD).
- d) Tasación del inmueble objeto de garantía hipotecaria.
- e) los gastos producidos por las gestiones desarrolladas por las operaciones de liquidación del IAJD tramitación de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, etc.

Pues bien, en relación a los mismos, la Sentencia de fecha 23 de diciembre del 2015 dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), declaró el carácter abusivo y por tanto la cláusula del préstamo hipotecario de BBVA que atribuía al prestatario la totalidad de los gastos derivados de la formalización de la hipoteca. Asimismo, declaró nulas otras cláusulas respecto de las cuales no vamos a pronunciarnos.

Si bien la sentencia mencionada se refería a la tipología formal de contrato de préstamo de BBVA, este clausulado es común entre las entidades de crédito y figura por tanto en la práctica totalidad de los modelos de préstamos hipotecarios de las mismas.

Dicha cláusula atribuía al consumidor *“todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución del contrato”*. El Tribunal Supremo consideró nula

por abusiva dicha cláusula por cargar al cliente de forma indiscriminada todos y cada uno de los costes derivados del préstamo, de gestión, tributación, judiciales, etc. No obstante, la contundencia con que esta Sentencia del Tribunal Supremo declaró la nulidad de esta cláusula contrasta con la oscuridad a la hora de aclarar a quién corresponde cada gasto.

El fundamento de esta resolución se basó en lo previsto en el artículo 89.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007 LGDCU): son abusivas las cláusulas que supongan *“la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”* (art. 89.3.2º LGDCU) así como *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* (art. 89.3.3º LGDCU).

En particular, en el supuesto de que se trate de compraventa de viviendas, se reputa abusiva la *“estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario”* (art. 89.3.3º letra a) LGDCU); *“la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”* (art. 89.3.3º letra c) LGDCU); las cláusulas que tienen por objeto *“la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”* (art. 89.3.4º LGDCU); y *“los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”* (art. 89.3.5º LGDCU). El Tribunal Supremo entiende que la utilización de estos preceptos referidos a compraventa de vivienda es aplicable a préstamos con garantía hipotecaria.

Más recientemente, diversas Sentencias de otros juzgados en toda España, tales como el Juzgado núm. 6 de Granollers, o las Audiencias Provinciales de Valencia, Pontevedra y Zaragoza, en aplicación de la anterior doctrina han declarado ya también igualmente nulas por abusivas este tipo de cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario que imponen, con claro desequilibrio para el prestatario, el tener que soportar indiscriminadamente todos los costes relacionados con la concertación del préstamo hipotecario.

Vamos a analizar por separado cada uno de estos gastos y su consideración en concreto de abusivos :

Imposición al prestatario consumidor del pago de los gastos de notaría y registro generados por la constitución del derecho real de hipoteca.

Según el Real Decreto 1426/1989, que regula el Arancel notarial en su norma Sexta del Anexo II; y el Real Decreto 1427/1989 que establece el arancel de los registradores de la propiedad (norma 8ª del Anexo II), la obligación de pago en la aplicación del arancel notarial corresponde a *“los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales”*. En el supuesto de pago de arancel registral, su pago corresponde a a quienes *“a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación”*.

En el supuesto de constitución del derecho real de garantía hipotecas con entidades de crédito, es corresponde dichas entidades la adquisición del mencionado derecho real, ya que es en su favor en el que se inscribe el derecho y resulta ser la entidad la que tiene el interés en que la hipoteca, en tanto garantía del préstamo se inscriba. Es de esta forma como adquiere un título ejecutivo que le habilita a ejecutar, en el supuesto de impago.

Por consiguiente, el principal interesado en la inscripción del contrato de préstamo hipotecario es la entidad financiera ya que de esta forma *“obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (art.1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art.685 LEC)”*. Sin embargo, en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, el Supremo establece que la normativa descrita permitiría una distribución equitativa de los gastos notariales y registrales, ya que si bien *“la garantía se adopta en beneficio del prestamista”, también “el beneficiado por el préstamo es el cliente”*. El Tribunal Supremo no concreta cómo proceder para dicha *“distribución equitativa”*.

Pero sin duda la cuestión más controvertida es la imposición al consumidor del pago del impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Como ya hemos visto, según el artículo 89.3 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, que recoge el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, considera abusiva la cláusula que imponga al consumidor o usuario el pago de tributos en los que el sujeto pasivo sea el empresario o profesional, aunque viene referido al caso de operaciones de compraventa de vivienda.

Al margen de ello, y haciendo extensiva esta interpretación a quien contrata un préstamo, la letra c) del art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto del Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, determina al establecer el sujeto pasivo del impuesto, que en el caso de la constitución de derechos reales el sujeto pasivo es el adquirente del derecho. Por su parte, la letra d) regula que en el caso de constitución de préstamos de cualquier clase, el sujeto pasivo es el prestatario.

Por otra parte, el artículo 15.1 del Texto Refundido afirma que la constitución del derecho real de hipoteca tributará “*en concepto de préstamo*”, cuya cuota corresponde al prestatario, frente a cualquier otra constitución de derechos reales (como por ejemplo usufructo) en los que el sujeto pasivo es el adquirente del derecho, tal y como establece la letra c) del artículo 8.

Para declarar abusiva la cláusula, la sentencia se apoya en los artículos 27 y 28 del Texto Refundido del Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, recogiendo el art. 29 que será sujeto pasivo del impuesto el “*adquirente*” del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

El hecho imponible objeto de gravamen por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados lo constituye la emisión de las primeras copias que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, según determinan los artículos 28 y 31.2 del Texto Refundido. Lo que resulta inscribible en dicho Registro es el derecho real de garantía, no así el préstamo que obtiene el consumidor, el cual no precisa escrituración en

documento público ni tiene acceso al Registro. El sujeto que recibe la primera copia de la escritura pública de constitución de la hipoteca es la entidad bancaria en cuanto acreedor, y por tanto el sujeto pasivo del mencionado impuesto. En definitiva, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados no se devenga en virtud de la constitución de un préstamo, sino cuando se emite la primera escritura pública de constitución de la hipoteca. Quien “adquiere” precisamente un derecho de ejecución sobre el importe de responsabilidad de la hipoteca es el banco prestamista en cuanto acreedor garantizado.

En resumen, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentales se aplica por cuanto los documentos notariales (escrituras, actas y testimonios notariales) están sujetos a gravamen por el mismo. En cuanto a la determinación de la persona obligada al pago, el art. 29 establece que “será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”. En aplicación de dicho precepto, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo establece que la entidad de crédito “será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho (de hipoteca) y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese”, declarando la nulidad de la cláusula que impone o repercute el pago íntegro de los mismos al consumidor, no solo por contravenir la imperativa disposición legal reseñada, sino también por su flagrante carácter abusivo del artículo. 89.3 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007 (Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), que atribuye automáticamente la condición de abusiva a la cláusula o estipulación que “imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”. La entidad bancaria también queda obligada al abono de parte del impuesto sobre actos jurídicos documentados: *“la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse”*.

Esta cuestión sin embargo es controvertida. Así la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia en una sentencia reciente de finales de noviembre ha señalado que *“Con independencia de que la sentencia de 23/12/2015 del Tribunal Supremo no tiene por objeto ni ha dispuesto fijar la atribución del sujeto pasivo de tal impuesto en la prestamista, conforme a la normativa específica tributaria (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Real*

Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) y resoluciones judiciales que la han interpretado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, resulta fijado que el sujeto pasivo es el prestatario; razón por la cual, colocados los actores al momento de la contratación, ellos debían abonar el mentado impuesto."

Las razones que han fundamentado esta conclusión, y han servido de razonamiento a otras muchas sentencias, las resumimos a continuación.

La argumentación seguida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 para considerar abusiva esta cláusula, choca con la establecida por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del propio Tribunal Supremo, siguiendo a la doctrina administrativa, plasmada, entre otras por la Consulta Vinculante 0009/00 de 12 de enero de 2000 de la Dirección General de Tributos: *"Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario"*.

Así, la Sentencia 159/2.004 del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2.004, establece que, si bien el art. 29 del (texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) determina que será sujeto pasivo "el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan", tal precepto ha sido objeto de desarrollo por el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el cual señala que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". De esta manera, entiende la Sala Tercera que el sujeto pasivo de dicho impuesto ha de ser en todo caso el prestatario, en aplicación del principio de especialidad (o "ley especial deroga ley general").

Por otra parte, remarca esta misma sentencia que el art. 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados no incurre en una extralimitación del artículo legal que lo habilita (el artículo 29 del Texto Refundido), por cuanto se limita a desarrollar la aplicación del mismo, no contradiciéndolo. La constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en sendos autos de 18 de enero y 24 de mayo de 2.005, en cuanto a su adecuación al

principio de capacidad económica exigido en el art. 31 de la Constitución. Por tanto, la hipoteca no se adquiere, ni se transmite, sino que se constituye como garantía de la obligación principal.

Pese a ello, hay otras sentencias que reconocen la abusividad de esta cláusula de imposición en exclusiva del impuesto al prestamista, basándose, entre otras argumentaciones en virtud del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que los jueces y tribunales “no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.”

Lo que resulta evidente en todo caso es la necesidad de una reforma que clarifique esta cuestión.

Respecto a la cláusula que impone al prestatario consumidor el pago de gastos generados por un incumplimiento de sus obligaciones, el Supremo la reputa como abusiva, en tanto impone a aquel el abono en todo caso de gastos de tipo procesales o incluso pre procesales, consecuencia de dicho incumplimiento. La razón es que los gastos procesales se establece de conformidad a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (procesos declarativos) y artículo 559 y 561 de la mencionada norma (para procesos de ejecución). En cuanto a la imposición de costas al ejecutado, corresponderá al Juez su imposición la imposición de las mismas “*cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto*” (artículo 559.2 LEC); o bien cuando “*estime algún motivo de oposición respecto del fondo*” (artículo 561.2 LEC). En los casos de estimación parcial, cada parte afrontará las costas devengadas.

Con relación a la imposición al consumidor prestatario de gastos de abogado y procurador en aquellos procedimientos cuya intervención no sea preceptiva, el Supremo determina en su sentencia que dicha cláusula es contraria al artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La cláusula que impone al prestatario consumidor el abono de la prima del seguro de daños del bien inmueble objeto de garantía hipotecaria.

Es una práctica habitual por parte de las entidades de crédito que la comercialización de préstamos con garantía hipotecaria (o incluso otro tipo de crédito), se imponga a los consumidores obligaciones de contratar, en particular, determinadas pólizas de seguro como el de daños, pero también otros como el de amortización.

En el caso de seguro de daños, el Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015 no reputa abusiva esta cláusula por venir establecida dicha obligación en el artículo 8 de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario: *“Los bienes hipotecados habrán de estar asegurados contra daños por el valor de tasación, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.”*

No obstante, ni el mencionado artículo 8 de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario, ni el art. 10 del R. D. 716/2009 que desarrolla la Ley del Mercado Hipotecario, que efectivamente establecen que los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria “deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos”, en ningún caso afirman que tal obligación corresponda al deudor hipotecario.

En efecto, este seguro de daños se exige legalmente ya que el inmueble actúa como garantía de cobro para el prestamista (banco); de tal forma que si se destruyese, la garantía desaparecería, por lo que la existencia de un seguro de daños sobre el bien evita la desaparición de la garantía (la vivienda). Por tanto es un seguro que beneficia al banco para dar respaldo a los títulos hipotecarios que en su caso emita y es al banco, a la entidad prestataria a la que se le obliga tenerlo, no al cliente que es al que se le impone esta obligación de manera contractual. Es el consumidor quien paga el aseguramiento de los bienes que sirven de garantía a las emisiones de bonos o cédulas hipotecarias. Este beneficio es doble si tenemos en cuenta que, en muchas ocasiones, es la compañía de seguros perteneciente al mismo grupo de la entidad de crédito y no se limita a un mero seguro de incendios, sino que se amplía a un seguro de hogar, cuyas coberturas y coste para el consumidor es mayor.

Respecto de otro de los gastos habituales que soportan los consumidores, como son los de gestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, no se refiere a ella.

Sí existen sentencias de juzgados menores. Así, el Juzgado de lo Mercantil de San

Sebastián, resolvió en fecha 23 de diciembre de 2015 que la estipulación que impone los gastos por gestoría al consumidor prestatario por gestiones dirigidas a la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad y el pago de AJD, carece de abusividad porque *“tratándose de actuaciones necesarias para el otorgamiento del préstamo hipotecario solicitado por el consumidor, no se aprecia desequilibrio por el hecho de que sea él quien asuma los gastos de gestoría”*.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, en su sentencia de 9 de diciembre de 2016, establece la necesidad de distinguir el objeto de la gestión. De tal forma que la cláusula resultaría abusiva *“cuando se refiere a la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y Notaría”*; sin embargo, esta sentencia estima que no se reputa abusiva los gastos de gestoría relativos a la liquidación del gravamen del impuesto de actos jurídicos documentados ante la administración liquidadora de dicho impuesto, y ello por que entiende que corresponde el pago de dicho tributo al deudor hipotecario.

La labor de Adicae en defensa de los consumidores en materia de gastos hipotecarios

Las entidades han respondido de forma negativa a estas reclamaciones extrajudiciales previas, por lo que el planteamiento por parte de ADICAE es la interposición de demandas colectivas o agrupadas frente a cada una de las entidades financieras para la reclamación de estos gastos.

Por ello, a lo largo del año 2017 hemos recogido 1472 expedientes de consumidores de Zaragoza que quieren reclamar la devolución de los gastos de constitución de sus hipotecas.

EL PROBLEMA DE LAS “HIPOTECAS MULTIDIVISAS”

Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con

garantía hipotecaria a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles (yenes, francos suizos...), a elección del consumidor prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor (en general suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate)).

El “atractivo” de este tipo de préstamos radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario.

En este tipo de préstamos, al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

El problema de las “hipotecas multdivisas” en la jurisprudencia reciente

En un principio, el núcleo del problema fundamental se centraba en la consideración de esta tipología de préstamo con garantía hipotecaria como “instrumento financiero”, por su particular complejidad, y por tanto susceptible de especial aplicación de la normativa que resulta propia en el mercado de valores en cuanto a su comercialización a consumidores.

En este sentido, la Sentencia 323/2015, de 30 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la que se calificó una hipoteca multdivisa de Kutxabank como instrumento financiero, y

“Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley . La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/ CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto”. (Fundamento Jurídico Séptimo, número 6).

En este sentido, “el empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.” (Fundamento Jurídico Séptimo, número 4.)

La consecuencia de ello para el Tribunal Supremo en esta Sentencia es que

“En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores , en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.” (Fundamento Jurídico Séptimo, número 9).

Sobre esta controversia, que recoge expresamente el Fundamento Jurídico antecitado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 3 de diciembre de 2015, (asunto C-312/2014) estableció por contra que un préstamo al consumo referenciado en

divisas no debe ser considerado instrumento financiero.

53 En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39.

54 Conforme a esta disposición, constituyen servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I de esta Directiva en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del mismo anexo.

55 Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A.

56 En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago).

57 Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa.

(...)

67 Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva.

(...)

69 Según su acepción habitual en Derecho financiero, el contrato de futuros es un tipo de contrato de derivados mediante el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado

«subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato.

70 Pues bien, un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato.

71 En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero.

*72 Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.
(...)*

75 De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.”

Por tanto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que los préstamos referenciados a divisas no resultan ser actividades propias de inversión. Como señala el punto 57 reseñado, *“el cambio de divisas no tiene “otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario”.*

Siguiendo esta línea, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia 12/2016, de 19 de enero de 2016, concluye en su fundamento de derecho Tercero que

“lo que se ha venido en llamar coloquialmente “ hipoteca multidivisa ” no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de

inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el " préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo."

Añadiendo el fundamento de derecho Cuarto

"Ahora bien sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE hemos de destacar que aún cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, por su parte corresponda a Banco Popular acreditar que dio a los prestatarios información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la " hipoteca multidivisa " en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado.

(...)

Pues bien en nuestro caso de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la cláusula multidivisa e incontrovertido que se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de los prestatarios y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no podemos concluir ni que su redacción fuese clara ni comprensible a fin de que los consumidores pudiesen conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa (...)

Y si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, la forma en que pueden hacerlo los prestatario en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro), la cláusula es ambigua y contradictoria."

Ello le lleva a concluir en el fundamento de Derecho Quinto que

"En nuestro caso y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que los prestatarios- consumidores dispusieran de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance de la relación del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección. Y ello a fin de poder evaluar el consumidor (la actora y otro prestatario) las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo a su cago de modo

comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles. No se trata en puridad de falta de información en cuanto al funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa escogida por otra, ni tampoco de la propia elección de la moneda, ni de la fluctuación, en cuanto la divisa escogida por los prestatarios como inherente al funcionamiento de la modalidad multidivisa. La cuestión estriba en determinar si los contratantes- consumidores tuvieron completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas que les competían en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Eso es si los contratantes tuvieron completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo.”

“En definitiva, el déficit de información ofrecida por la demandada a los prestatarios resulta palmaria y evidente en nuestro caso. Por ello, incumplió Banco Popular la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida más en concreto en cuanto a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Partiendo de todo ello, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial (...) En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros.” (Fundamento de Derecho Sexto)

La cuestión se ha venido a resolver con la recientemente el Tribunal Supremo ha dictado su Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre sobre “Hipotecas multidivisas”. El supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente:

Con fecha 31 de julio de 2008 dos consumidores concertaron un préstamo con garantía hipotecaria con Barclays Bank S.A. con una duración de 28 años. La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays.

El préstamo se calificó como “préstamo multimoneda con garantía hipotecaria” y se concedió para refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que los prestatarios habían concertado con anterioridad en euros. Una pequeña parte del importe prestado se destinó a cubrir los gastos originados por la concesión del nuevo préstamo.

Como importe del préstamo se declaró la cantidad de 44.346.603 yenes japoneses (JPY). El contravalor en euros (260.755 euros), que expresamente se fijaba en la cláusula de la escritura en la que se indicaba la cuantía objeto del préstamo, fue ingresado en la cuenta corriente de los demandantes y se destinó a cancelar los dos préstamos anteriores. La deuda también se tenía que devolver en yenes.

En un principio el tipo de referencia del yen (el LIBOR) era inferior al del euro, pero el yen se empezó a revalorizar y tanto la deuda inicial como la cuota equivalente en euros aumentó, llegando a la situación de que en agosto de 2012, esto es, cuando los prestatarios ya habían abonado las cuotas de amortización del préstamo durante casi cuatro años, su deuda ascendía a 404.323,04 euros, siendo de 260.755 euros el préstamo que habían pedido.

En ella, resuelve, por tanto, un caso concreto y establece una serie de criterios y pautas para definir este tipo de préstamos hipotecarios.

Así, la sentencia establece que no se trate de un derivado financiero, aunque reconoce su complejidad, lo cual exige de la entidad prestamista una explicación muy clara y precisa: *“Las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria”*. (FD 5º.8)”

En este sentido, *“las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa (...) son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores”*. (FD 8º.10).

Por tanto, dice la Sentencia, el hecho de *“que la normativa MiFID no sea aplicable a*

estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos". (FD 8º.16).

A mayor abundamiento, queda acreditado que "lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés (...)" (FD 8º.25) (...) Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago (...)"(FD 8º.26).

Es importante reseñar en este sentido que, tal y como establece la sentencia, "la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia." (FD 8º.37). Habida cuenta, además, de que "Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante". (FD 8º.38).

Considera asimismo el Tribunal Supremo que la información no proporcionada por la entidad al consumidor resultaba "fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes (...)".

Como consecuencia, "las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia (...) porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. (FD 8º.51). Y por tanto, "se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato de préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar (...) (FD 8º.53).

Actuaciones de Aicar-Adicae

Las atenciones que hemos realizado a consumidores con problemas con las contratación de este tipo de hipotecas han sido escasas. En este año sólo hemos realizado una reclamación por este motivo. Y desde que comenzamos con nuestra plataforma hipotecaria sólo hemos realizado cuatro reclamaciones directamente, aunque si hemos atendido consultas presenciales y a distancia sobre la cuestión.

LA CLÁUSULA QUE INCLUYE COMO ÍNDICE DE REFERENCIA EL IRPH-ENTIDADES

IRPH, concepto y evolución financiera.

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios es uno de los tipos usados para remunerar los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por las entidades de crédito en España. Su denominación técnica es la de “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre”. Hasta el 1 de noviembre de 2013 existían tres tipos de IRPH :

- 1.IRPH bancos
- 2.IRPH cajas
- 3.IRPH entidades conjunto de entidades (un promedio de ambos)

Desde el 1 de noviembre dejó de publicarse por el Banco de España el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, sustituidos en los préstamos referenciados a cualquiera de estos tipos, como veremos, por el IRPH de Entidades de Crédito más un diferencial. Se calcula que en torno al 10 ó 15% de los préstamos hipotecarios firmados en España tienen estos índices.

Una de las características de este índice es que ha sido siempre más elevado que el

Euribor, índice más comúnmente empleado para referenciar la remuneración en las hipotecas. Nótese cómo a partir de 2009 esta diferencia es cada vez mayor, con especial atención a 2012 y 2013.

Año	Euribor*	IRPH Bancos**	IRPH Cajas**	IRPH Conjunto de entidades
2006	2,833	3,52	3,65	3,591
2007	4,064	4,78	4,84	4,811
2008	4,498	5,6	5,63	5,611
2009	2,622	4,68	5,2	4,983
2010	1,232	2,487	3,025	2,810
2011	1,550	2,68	3,14	2,918
2012	1,837	3,63	3,79	3,716
2013**	0,575	3,09	3,57	3,216

- * Índice de enero de cada año
- ** Desde el 1 de noviembre dejó de publicarse por el Banco de España IRPH Bancos e IRPH Cajas, se sigue publicando IRPH de Entidades como vemos en el cuadro siguiente.

Año	Euribor*	IRPH de Entidades**
2014	0,562	3,274
2015	0,298	2,44
2016	0,042	2,01
2017	-0,1	1,928%

- * Índice de enero de cada año
- ** Según la disposición adicional 15ª de la ley 14/2013 este índice (IRPH Entidades) sustituye tanto al IRPH Bancos como al IRPH Cajas más un diferencial, como tendremos ocasión de comprobar.

Problemática jurídica del IRPH a través de sentencias judiciales

La anulación del IRPH incorporado en las escrituras de préstamos hipotecario se ha llevado a cabo por los tribunales respecto de sus modalidades previas su sustitución en 2013, en particular IRPH de Cajas e IRPH de conjunto de entidades.

Para analizar las cuestiones planteadas sobre la anulación del IRPH por las sentencias analizadas, vamos a dividir las cuestiones en diversos apartados:

a) Sobre la “manipulabilidad” *de las entidades de crédito* del índice IRPH

Ya hemos visto cómo se calcula el índice IRPH en todas sus variantes, en particular el IRPH Cajas, así como su evolución jurídica hasta la situación actual de tipos sustitutivos establecida por la ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta. Vamos a analizar ahora esta cuestión desde las sentencias dictadas por los tribunales que se han ocupado de enjuiciar la nulidad del mencionado índice.

Antes de comentar en detalle las sentencias analizar, es menester aclarar algunos aspectos sobre la naturaleza de los tipos de interés a aplicar en general en préstamos referenciados a índices variables.

Así, según el artículo Artículo 26.1 de la Orden 2899/2011, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) *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.*

b) *Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.*

Hasta la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, el 29 de abril de 2011, operaba la Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que en su artículo 6.2 establecía un criterio similar: “*En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito*

únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.”

Sin embargo, tanto el IRPH de Cajas/Bancos como el IRPH de entidades, así como el que posteriormente sustituyó a los dos primeros, se calculan a partir de datos facilitados por las propias entidades. Como reconoce en su punto 4 la Norma Decimosexta de la Circular del Banco de España 5/2012:

“Los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes (o en el primer día hábil posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese inhábil), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario.

Por tanto, y como recogen algunas sentencias, la conclusión es que el IRPH, tanto en su versión bancos y Cajas, como en su versión como tipo sustitutivo (“conjunto de entidades”) no son tipos objetivos al ser fácilmente manipulables por las propias entidades.

La primera de las sentencias que recoge esta cuestión de la “manipulabilidad del IRPH” es la dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en su sentencia nº156/14 de 29 de abril de 2014. Según la misma, su Fundamento de Derecho Quinto, dice lo siguiente:

La mayor insistencia de la parte actora se centra en lo manipulable del IRPH Cajas, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. Se acogerá la alegación de la parte demandada que en el hecho segundo de su contestación explica que ".... para la elaboración del IRPH Cajas no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo ... ", Esto supone que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". No tiene porqué haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus clientes, el IRPH Cajas habría subido. En el reciente proceso de concentración de estas entidades han ido desapareciendo muchas de ellas, con lo que tal posibilidad (de la que no hay constancia en autos), se habría incrementado para las que subsistieron. En definitiva, algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", lo que resulta indudable es que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la 'previsión del art 6.1 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, (...) que prevé el IRPH Cajas como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden.

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

La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art 1256 CCv, y el art 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art 6.3 CCv acarrearía su nulidad.

Además los demandantes ostentan la condición de consumidores, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Están amparados, en consecuencia, por las previsiones del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de

la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, ya vigente al suscribirse el contrato el 13 de diciembre de ese año 2007, cuyo art 3 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada.

El art. 8 de tal norma establecía en la redacción que existía al momento de suscribirse, que era derecho básico de los consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art 18 TRLGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A su vez el art. 60.1 decía que "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, veinticinco años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto.

Como vemos, la sentencia reconoce que *"algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque (...) lo que resulta indudable es que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.* No obstante, el juez también constata que de tal posibilidad *"no hay constancia en autos"*

Por otra parte, el hecho de que este índice sea publicado por una normativa, no significa que necesariamente el consumidor lo deba de conocer. *"No hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la 'previsión del art 6.1 CCv."* La consecuencia de ello, es que *"en aplicación del art 6.3 CCv acarrearía su nulidad."* El fallo de esta primera sentencia declaró la nulidad de la cláusula que incorporaba en IRPH, entre otras consideraciones.

Recurrida esta sentencia, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, se pronunció sobre esta cuestión de la "manipulabilidad" en sentencia de 23 de enero de 2015 (nº19/2015) en los siguientes términos:

"Ciertamente, se señala por el Juez a quo, como una de las razones para apreciar la nulidad de la cláusula financiera tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 13 de Diciembre de 2.007, que la propia entidad demandante puede influir en la determinación del interés aplicable, con lo que queda comprometido lo dispuesto en el art.

1.256 del Código Civil, lo cual ha derivado en una diferencia sustancial con otro tipo de interés oficial, como es el Euribor y ha perjudicado a los prestatarios.

(...)

Sin embargo tales alegaciones no pueden ser aceptadas, por cuanto que el índice de referencia cuestionado se elabora (...) realizando el cálculo de "a media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna", sin que se haya justificado en modo alguno en los autos que sea factible dicha posibilidad de manipulación del referido índice. En efecto, y aún cuando se señala en la sentencia de instancia que en la determinación del mencionado índice puede influir la entidad demandada, sin embargo es lo cierto que no ha quedado dicho extremo justificado en las actuaciones, aún cuando pueda tener cierta incidencia, teniendo en cuenta la forma en que el mismo se determina, la fórmula utilizada y el cálculo verificado, mediante la elaboración de una media de los tipos de interés, con los datos ofrecidos por todas las Cajas de Ahorro, en atención a las operaciones realizadas, y ello en la misma forma que se elaboran el resto de los índices de referencia, entre ellos el Euribor, en cuya determinación participan igualmente varias entidades bancarias, dándose la circunstancia, en relación a este, de que, si bien es cierto que se ha justificado que el mismo mantuvo en los últimos años de vigencia del interés controvertido un nivel más bajo, sin embargo ha de tomarse en consideración la circunstancia de que no se han aportado a las actuaciones los datos relativos al nivel que presentaba el mismo en la fecha de la firma del contrato, época en relación a la cual ha de analizarse si, en comparación con él, el IRPH Cajas resultaba perjudicial para los contratantes, tal y como los mismos han pretendido y se ha estimado por el Juzgador de instancia." (Fundamento de Derecho Quinto)

La Audiencia en esta sentencia revocó la nulidad dictada por el juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia (Sentencia 156/14)

Esta parte de la sentencia ha sido posteriormente citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava. Sección Primera nº85/16, de 10 de marzo de 2016. Y asimismo, por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 15 de julio de 2015:

"El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (...) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor (...). El equilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él."

No obstante, existen asimismo sentencias donde se viene a reconocer el carácter influenciable del índice IRPH por las entidades. Así, la sentencia número 79 del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva, de 12 de abril de 2016 dice textualmente en su fundamento de derecho segundo:

"Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España obrante en autos, cabe afirmar que se elabora a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una. Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora directamente esa media simple que determina la cuantía del IRPH, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y

comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes. De esta manera, las entidades financieras, inflúan en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice.”

Hay que destacar, a diferencia de las sentencias previas comentadas, que en este caso el juez cuenta como prueba el informe solicitado al Banco de España para que explique cómo se forma el índice IRPH, en el sentido que hemos visto en un apartado anterior de este informe. No obstante, la declaración de nulidad por abusiva de esta cláusula no se fundamenta directamente en la “manipulación” o mejor dicho la influencia de las entidades en la configuración del IRPH, sino que partiendo de este hecho, afecta a la comprensibilidad y claridad de la cláusula, fallando en este caso concreto los dos controles de transparencia, el de inclusión y el posterior de comprensibilidad: “*el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad.*”

Esta relación entre el carácter “influenciable” del IRPH y su conexión con la falta de transparencia de la cláusula que incluye el IRPH, se hace más evidente en sendas sentencias del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 y 66-2015 de fecha 16 de marzo de 2015 ambas. Asimismo, tales sentencias al admitir la influencia de las entidades en la configuración del IRPH, ello supone vulnerar normas de naturaleza administrativa o incluso el propio Código Civil, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía ya su nulidad.

En la primera de las sentencias mencionadas, 65-2015, el fundamento jurídico séptimo (que toma parte de su argumentación del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia, en su sentencia nº156/14 de 29 de abril de 2014) dice así:

“El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que analizarse si cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore; cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

(...)

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el impone del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. (...) La Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. (...)

La entidad demandada admite que el índice e elabora con los datos que ella misma, y facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el IRPH Entidades, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv. y el art. 2 de la Ley 2/2009 de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia.

(...)

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse (...) No se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores información (...) en concreto sobre la influencia que podía tener la propia entidad prestamista en la determinación del tipo de interés.

(...)

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor (...) El índice IRPH cajas se ha situado siempre por encima del Euribor, y ha implicado que los consumidores paguen una mayor cantidad de intereses que en el caso de que se hubiese aplicado el índice Euribor."

Esta sentencia del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 declara la nulidad de la cláusula que incluye el IRPH en la escritura no sólo como consecuencia del control de transparencia, es decir, de comprensibilidad real del significado de la cláusula IRPH, sino que reconoce la manipulabilidad de este índice, cuya consecuencia es su nulidad:

“La referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expuestas, de naturaleza imperativa, es decir, el artículo 1256 CCv, el art. 60.1 del TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada (...) Apareciéndose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH.”

En idéntico sentido se expresa la sentencia número 66-2015 del mismo juzgado y la sentencia del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, número 270/15 de 18 de noviembre de 2015, que expresamente se apoya en aquella en su fundamento de derecho quinto y que sentencia asimismo la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH.

Como conclusión a este punto, para determinar la influencia de las propias entidades en la configuración del IRPH es esencial que, más allá de meras opiniones, exigen pruebas que así lo acrediten. Acreditas éstas como hemos visto en algunas sentencias (juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, por ejemplo), tal carácter influenciado puede abocar a la anulación de la cláusula que incorpora el IRPH a tenor del artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas administrativas que definen la naturaleza de los “tipos oficiales” aplicables en los préstamos a interés variable, así como la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del CCv). No obstante las sentencias, demostrada la manipulación del índice de referencia, abordan en particular la cuestión de la falta de transparencia en el conocimiento y naturaleza de este índice o bien su carácter desequilibrante de los derechos y obligaciones respectivas de las partes en la relación.

B) Sobre la consideración de abusiva de la cláusula que incluye el índice IRPH en los préstamos con garantía hipotecaria

La mayoría de las sentencias analizadas declaran la abusividad de las cláusulas financieras que incluyen al IRPH como índice de referencia en las escrituras de préstamo hipotecario. Hay que hacer notar que para tales fallos, los juzgadores utilizan los mismos argumentos jurídicos expuestos por el Tribunal Supremo para juzgar las “cláusulas suelo”, reproduciendo en particular partes de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

En este sentido, la sección segunda del juzgado de lo mercantil de Murcia, en su sentencia 248/2015 de 20 de octubre de 2015 dice en su fundamento jurídico segundo

que al ser la fluctuación del IRPH “*muy limitada en cuanto a la variabilidad del interés, y por tanto realiza una función parecida desde el punto de vista económico para las entidades de crédito a la que realiza la cláusula suelo, es decir deja el interés muy lejos del que se fija mediante el euribor, y es casi fijo, de tal forma que entiendo que es aplicable la doctrina de la cláusula suelo a esta materia.*”

En razón de ello, para analizar la abusividad de la cláusula que incorpora el índice IRPH, vamos a establecer las siguientes partes:

1. La naturaleza de “condición general” de la cláusula que incluye el índice IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario.

Como paso previo a declarar la nulidad por abusiva de esta cláusula financiera, es necesario verificar si nos encontramos ante una condición general ya que en general las entidades de mandadas niegan el carácter de condición general a esta cláusula, aduciendo que se negocia de forma particular con el consumidor, al objeto de evitar aplicar la ley de condiciones generales de la contratación y sus consecuencias.

Por todas las sentencias previas, baste citar la del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona, número 65-2015 y 66-2015 de fecha 16 de marzo de 2015 ambas.

La primera de ellas, en su fundamento jurídico quinto dice:

“La referida cláusula es una condición general de la contratación en atención a las siguientes circunstancias.

a) Es una cláusula contractual, no derivando su inserción en el contrato del cumplimiento de una norma imperativa que impusiese su inclusión.

b) La cláusula ha sido prerredactada por la entidad bancaria, limitándose los consumidores a adherirse en el préstamo hipotecario mediante escritura de 29 de Agosto de 2005, sin que hayan participado en la negociación de la cláusula referida.

No aporta la demandada, elemento probatorio alguno que certifique que se produjo una negociación individualizada de la cláusula tercera bis relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios

No consta intercambio de carta, mails o correos electrónicos, ofertas o contraofertas en los que por las partes se propusiesen otros índices alternativos al IRPH. Ninguna prueba se realiza al respecto salvo una mera afirmación imprecisa de la demandada.

e) La cláusula la objeto de litis ha sido impuesta por una de las partes, en este caso la entidad

bancaria. No se aporta elemento probatorio que certifique una redacción conjunta de la misma, ni una negociación previa.

La documental obrante en autos asevera que la entidad bancaria impuso la cláusula contractual en litis y redactó el contenido de la misma, limitándose los demandantes a adherirse a las cláusulas establecidas en la escritura de préstamo hipotecario concedido.

Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tenía opción alguna de influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma. Las alegaciones de a demandada equiparando conocimiento de la existencia de la cláusula con negociación individual, resulta desde cualquier punto de vista improcedentes.

d) La cláusula cuya nulidad, es una cláusula general orientada conforme a la práctica bancaria a ser incorporada a una pluralidad de contratos concertados por la entidad financiera.

Es por ello, que no cabe si no calificar a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario, como una condición general de la contratación.”

Estos criterios son también adoptados por el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, en su sentencia número 270/15 de 18 de noviembre de 2015.

No obstante, para tratar de acreditar que no estamos ante una condición general de la contratación, las entidades alegan que no hay predisposición de la cláusula ni imposición, ni generalidad, tres elementos que configuran la definición de condición general.

En este sentido, la sentencia 227/2015 de 29 de junio de 2015, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia expone una buena síntesis argumentativa para desbaratar estas pretensiones de las entidades demandadas:

“Puede concluirse sobre tal predisposición porque basta revisar la redacción de la cláusula primera relativa al tipo de interés, para constatar que resulta altamente improbable que un profano en actividades financieras o jurídicas pudiera haberlo expresado en semejantes términos.

(...)

Se niega también su imposición. Dice la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, FJ 9º.9, que “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. (...) No hay rastro documental (...) que permita apreciar la oferta de alguna opción para acogerse a otros índices también oficiales. Ante tal falta de prueba, lo que se concluye (...) es que a la cliente se le ofreció el préstamo referenciado al IRPH, pudiendo ésta sencillamente aceptarlo o rechazarlo.

Finalmente se caracteriza por su generalidad, es decir, su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que propicia que se discipline de manera uniforme una determinada fórmula o producto. Esta característica también concurre en la fijación del índice IRPH CAJA, pues no se incluye en préstamos con garantía hipotecaria de modo excepcional o aislado, sino de forma muy extendida y generalizada entre los que se constituyeron con Kutxa. No lo niega la demandada frente a la alegación al respecto por la actora en el hecho segundo de la demanda, sino que sus extensas explicaciones al respecto ratifican tal impresión, por lo que conforme al art. 405.2 LEC puede tenerse por acreditada.

Cabe concluir, en definitiva, que en el caso de la cláusula de este contrato nos hallamos ante una condición general de la contratación.”

Como conclusión de este punto, cabe resumir que el hecho de que las cláusulas de un contrato definan el objeto principal del contrato en el que están insertadas no es óbice para que una cláusula contractual pueda llegar a ser calificada como condición general de la contratación. Éstas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. No basta con incluir una cláusula en un contrato para que se entienda negociada, sino que es necesario que consten unos tractos una negociación que quienes imponen dicha cláusula deben probar.

En este sentido, es importante constatar que no excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por las entidades de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial bancaria (órdenes de “transparencia” de 1994 o 2011, en su caso). Ni tampoco puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales. Las sentencias comentadas reconocen que hubo una información precontractual, pero ello no significa automáticamente que existió una negociación individualizada.

2. El índice IRPH como elemento definidor del objeto principal del contrato

Una vez queda claro que las sentencias comentadas declaran como “condición general” la cláusula contractual que incluye el IRPH como índice de referencia, es necesario analizar si las entidades de crédito analizadas cumplieron con su obligación de informar de manera pormenorizada a los respectivos consumidores del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato o, si en su caso, existe desequilibrio contractual entre derechos y obligaciones respectivas de las partes.

Ello exige analizar previamente la naturaleza jurídica de la cláusula que define el índice de referencia IRPH (o sus sustitutivos) en orden a comprobar si se trata de una condición que describe el objeto principal del contrato, con las consecuencias que de ello se derivan, tal y como estableció el Tribunal Supremo mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, referidas a cláusulas suelo.

Las entidades demandadas, en sus alegaciones plantean en general la imposibilidad de conocer el fondo de la cuestión, es decir, el control judicial del índice IRPH, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito. Lo que buscan los consumidores con sus demandas, exponen las demandadas, es modificar el precio del contrato, es decir, el precio que se abona por el mismo, cuestión sobre la que no puede pronunciarse el juez.

Sobre la cuestión del índice IRPH como parte del precio, la cuestión es compleja. Hay tribunales que consideran que como tipo de interés, el IRPH no constituye parte del objeto principal del mismo y, por tanto, cabe entrar como juzgadores en el fondo de la cuestión, es decir, en la abusividad intrínseca de la cláusula por provocar, en su caso, desequilibrio entre las partes. Así lo reconoce la sentencia 227/2015 de 29 de junio de 2015, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia, fundamento jurídico cuarto:

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

Para concluir ha de añadirse un último argumento. Cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquéllos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado ". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, el interés no es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil, ni puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés. El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Cajas, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de

préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/113/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom -), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al 'método de cálculo' o 'modalidades de modificación del precio', doctrina reiterada en STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

De ahí que las objeciones que opone Kutxabank S.A. no puedan acogerse y haya de analizarse la cuestión planteada."

En los mismos términos, la sentencia 32/2015 de 09_02_2015 del mismo tribunal, (fundamento jurídico tercero); la sentencias número 156/2014, de 29 de abril, fundamento jurídico cuarto (revocada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección segunda número 19/2015); la sentencia del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, en su sentencia número 270/2015, de 18 de noviembre; las sentencias números 65/2015 y 66/2015 del juzgado mercantil número 7 de Barcelona, en sus sentencias de 16 de marzo. En estas sentencias, no obstante, no se aborda el desequilibrio interno que la cláusula pueda provocar entre las partes, sino que la anulación de la misma se deriva de la falta de control de incorporación y transparencia.

Abunda por último en la consideración de elemento no principal del contrato del índice IRPH y por tanto de su posibilidad de control de contenido por el juez, la sentencia 103/2015, de 07 de abril, fundamento jurídico tercero letra b, del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia en estos términos:

"Siguiendo la interpretación del TJUE, máximo intérprete de la normativa de la Unión Europea, cabe por lo tanto llevar a cabo el control de abusividad. Además, lo cierto es que en aplicación del principio de interpretación estricta, en el presente caso la cláusula objeto de discusión no puede ser incluida en la categoría de "objeto principal del contrato" .

Si nos fijamos en el hecho de que el Código Civil configura el contrato de préstamo como un contrato esencialmente gratuito (art.1740) no necesariamente retribuido mediante intereses (artículo 1.755) y en el que las prestaciones de las partes serían la entrega del dinero y la devolución de la misma cantidad (art.1740), no cabe sino concluir que la cláusula relativa, no ya solo a la previsión de intereses, sino más concretamente, al tipo de referencia que se va a tener en consideración para calcularlos, no puede calificarse de elemento esencial del contrato, sino un elemento accesorio que no puede incluirse dentro del ámbito de exclusión del artículo 4.2. de la Directiva

(...)

Por lo tanto, la cláusula tercera bis entra dentro del ámbito de control de abusividad de la

Hay sentencias, por otro lado, que aun considerando que la cláusula IRPH “(...) *defina el objeto principal del contrato no impide el control de abusividad por la normativa española como señalan las SSTs de 2 de marzo de 2011 y 9 de mayo de 2013 y la muy reciente de 29 de abril de 2015*” (...) y por tanto “*la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato*”. Así lo pone de manifiesto la sentencia 13/2016, de 15 de enero de 2016 del juzgado de lo mercantil número 2 de Bilbao en su fundamento jurídico segundo punto 5.

No obstante esta jurisprudencia menor, sentencias posteriores discrepan de esta consideración de los intereses como elemento no principal del contrato y por tanto de la consiguiente posibilidad de control de contenido o abusividad por parte del juez.

Así, las sentencias de la sección primera de la Audiencia provincial de Álava, número 85/2016 y 188/2016, de 10 de marzo de 2016 y 31 de mayo de 2016 respectivamente, exponen en idénticos términos lo siguiente (ambas en su fundamento jurídico tercero):

“La sentencia de instancia (se refiere a la sentencia 158/2015 de 15 de junio de 2015 del juzgado de lo mercantil número 1 de Vitoria-Gasteiz) declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo sino que es “una cláusula que pese a lo frecuente, sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado”. Concluye que es una cláusula accesoria porque el contrato de préstamo es por naturaleza un contrato gratuito ex art. 1.775 y ss CC, una parte entrega dinero u otro bien que deberá ser devuelto, el interés o precio pactado es un elemento accesorio que depende de las partes.

El recurrente defiende lo contrario, que el interés es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo. la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación que las entidades crédito formalizan con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades la causa del contrato. Siendo un elemento esencial del contrato, la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional por su carácter abusivo, cuestión que la parte apelada no comparte.

Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo 188 indica: ‘En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato’ y a ‘la definición del objeto principal del contrato’ sin distinguir entre ‘elementos esenciales’ y ‘no esenciales’ del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom- sino a si son ‘descriptivas’ o ‘definitorias’ del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al ‘método de cálculo’ o ‘modalidades de modificación del precio’.

‘189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del

precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial'.

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

(...)

Entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2.012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2.010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2.013 aclara el problema planteado en este motivo de recurso, transcribimos todos sus párrafos para que no haya dudas:

(...)

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre. RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.'

El subrayado es nuestro, queremos distinguir estas conclusiones en cuanto que resuelven el problema planteado por el recurrente. La sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.

En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancada por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa."

Hemos omitido, por su extensión la exposición completa que de esta espinosa cuestión realiza en ambas sentencias el fundamento jurídico tercero, pero baste como prueba para

poner de relieve la complejidad de una cuestión que no parece resuelta.

En cualquier caso, y como conclusión a este apartado, estas sentencias de las Audiencias manifiestan claramente que los intereses forman parte del objeto principal del contrato y por tanto, el juez no puede entrar a valorar la abusividad intrínseca de la cláusula, en nuestro caso la que incorpora al contrato el IRPH, mediante el ejercicio del control de contenido en orden a comprobar si producen desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Para ello utiliza como sustento de la argumentación, como hemos visto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sentencia sobre las “cláusulas suelo”.

3. Control de incorporación y de transparencia de la cláusula del IRPH

Ahora bien, que el índice IRPH sea elemento esencial del contrato como parece que se inclinan a considerar las sentencias de las Audiencias provinciales analizadas en el punto anterior, no excluye la aplicación del doble control formal, de inclusión y de transparencia o comprensibilidad real de la cláusula del IRPH en cuestión.

La sentencia 65/2015 del juzgado mercantil número 7 de Barcelona, en su fundamento jurídico séptimo, dice al respecto:

“Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que 'los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas', y el artículo 5 dispone que 'en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible'.

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)*
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido'.*

Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación (...) El control de transparencia (...) cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es

decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.”

Esta misma conclusión acoge la sentencia número 270/2015 del juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia, de fecha 18 de noviembre de 2015, en su fundamento quinto.

La sentencia del juzgado de lo mercantil sección segunda de Murcia, también acoge en su esencia la resolución del juzgado mercantil número 7 de Barcelona. Así, en su sentencia 248/2015, de fecha 20 de octubre dice:

“Aun reconociendo que la cláusula en cuestión se refiere a un elemento principal del contrato y cumple una función definitoria y descriptiva esencial, al referirse al precio del mismo, la STS concluye que ello no elimina la posibilidad de controlar judicialmente si su contenido es abusivo, debiendo someterse al doble control de transparencia que seguidamente describe.

En ese control la STS (se refiere a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo) parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994 que 'comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja' y considera que dicha normativa "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor." Por lo que llega a la conclusión de que "Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos (...)

Pero superado es primer filtro, considera la STS que ello no impide eludir el control de abusividad de una cláusula en contratos con consumidores en los que la transparencia de las cláusulas no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU

(...)

SEXTO

Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento, pues como se dijo en anteriores fundamentos, la función que realiza la cláusula de interés IRPH de cajas de ahorro es similar, pues supone un interés mucho más alto que el derivado del euribor, en cuanto no oscila con tanta facilidad y es más bien un interés casi fijo. Y del análisis de la escritura de préstamo

hipotecario de fecha 9 de mayo de 2006, se desprende que las cláusulas de índice de referencia IRPH de cajas de ahorro allí referida, no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad. (...)

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

(...)

No hay prueba que se le explicara de forma íntegra la misma. Y aunque existe oferta vinculante al respecto, hay que decir que la misma no es clara (...) En definitiva, y a la vista de la prueba obrante en autos, con carácter previo no se le hizo una información cumplida y completa de la extensión de dicha cláusula de referencia al interés IRPH de cajas de ahorro, de tal forma que el conocimiento no es un conocimiento completo que hacen que dicha cláusula no sea transparente al actor y por ende nula.

En base a lo anterior, y siendo que la cláusula impugnada en el presente procedimiento, no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, de conformidad con los artículos 80.1 , 82 y 83 del RDL 1/2007 , LGDCU, la nulidad y eliminación de la cláusula tal y como se solicita, resultando el contrato válido y obligatorio para ambas partes pero sin la cláusula impugnada."

Por su parte, la reciente sentencia del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva, número 79/2016 de 12 de abril de 2016 hace una exposición de la cuestión en similares términos:

"En este caso, el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad, habiendo distinguido el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de mayo de 2013 , reiterada en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015) dos niveles en el control de transparencia.

El primer filtro del control de transparencia afecta a la fórmula de incorporación al contrato conforme a los siguientes preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): artículo 5.5 (...) y artículo 7 (...). Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba su inclusión en el contrato. Si no superara la cláusula este segundo control, podrá entrarse en el examen de su abusividad. Pues bien, en relación con el primer control de transparencia, además de los preceptos citados de la LCGC, el artículo 80.1.a) TRLGDCU dispone:

"1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa , sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual."
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido . En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al

milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

TERCERO.- A entender de la actora, dichas cláusulas son nulas por los siguientes motivos: Por falta de transparencia al no haberle informado la entidad bancaria al consumidor de cómo se calculaban esos índices (...) Se debe recordar que la cuestión básica se centra en la carga de la prueba, sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC) es quien está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente.

El actor aduce un desconocimiento total de las cláusulas, y no existe otro medio probatorio que lo desvirtúe que el testimonio del empleado que no arroja luz alguna sobre los extremos de negociación afirmados por la demandada. Por el contrario, el demandante niega expresamente toda negociación, así como incide en que no se le ofrecieron otras alternativas, ni se realizaron simulaciones, ni se le entregó oferta vinculante. Examinadas las referidas cláusulas, se debe considerar que no supera siquiera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa; no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto. Por lo tanto, no puede considerarse que la demandada diera al demandante la posibilidad real de conocer, siquiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión.

Para concluir con la jurisprudencia menor, la sentencia 13/2016, de 15 de enero de 2016 del juzgado de lo mercantil número 2 de Bilbao, en su fundamento jurídico segundo punto 6, declara incluso que

“La cláusula controvertida (se refiere a la que incorpora el IRPH) no supera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa. En efecto, no solo no incluye la cláusula la definición íntegra del IRPH en cuestión, como se advierte si se compara el texto de la escritura pública con el del Anexo VIII referido (se refiere al que figura en la Circular 8/1990 del Banco de España) sino que tan siquiera se menciona en la misma la Circular que lo define ni el BOE en el que ésta fue publicada (...)

A esto hemos de añadir que no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto, no conteniéndose tal información, como pretende, en el documento de oferta vinculante, documento que, además, no está ni fechado ni firmado, no pudiendo considerarse recibido. Por lo tanto, no puede considerarse que la demanda diera a los demandantes la posibilidad real de conocer, si quiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar; la escritura pública no dice que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes (TAE) declarados al Banco de España, limitándose a decir que el IRPH es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años. Y el carácter oficial del índice no puede rebajar la obligación de la entidad de informar y de redactar las condiciones generales en términos que su alcance pueda ser conocido en su integridad, tal y como exige la LCGC, pues en tal caso no prohibiría el artículo 80.1 TRLGDCYU la remisión a textos o documentos no facilitados, que, en este caso, tampoco existe.

Por lo tanto, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión debe estimarse nula de pleno derecho y expulsarse del contrato (artículo 8.1 LCGC), no resultando necesario el examen de transparencia y abusividad.”

Nótese en esta sentencia la importancia que adquiere la documentación probatoria para el examen por parte del juez del primer control de inclusión. Y asimismo, advertimos que la comprensión de la cláusula, en este caso la *“definición completa del índice controvertido”* (artículo 7 de la ley de condiciones generales de la contratación) lo debe ser al menos *“de forma teórica”*, no precisando por tanto de una comprensión real y en profundidad de la cláusula, en este caso concreto de cómo funciona y opera el índice IRPH. Hay que recordar en este sentido que el Artículo 7 de la ley de condiciones generales de la contratación dice que *“no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...) y b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”* En este último caso añade, *“salvo que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”*

Visto ésto, continuamos con nuestro análisis de los controles de incorporación y transparencia. Las sentencias de las Audiencias provinciales también inciden en esta cuestión y resuelven declarando la nulidad en base a la no superación de estos controles formales, en particular en el transparencia o comprensibilidad real del IRPH por parte del consumidor y su significación económica en el contrato.

La Audiencia provincial de Álava, número 85/2016 de 10 de marzo de 2016, respecto de la cual, como veremos posteriormente se pronunciará el Tribunal Supremo, se expresa en los siguientes términos:

“La primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (...) En relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. La cláusula sobre el tipo de interés variable se conoció por el actor, Kutxabank le dio la suficiente información. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones antes de proceder a la firma de la escritura, ya lo hemos explicado en los fundamentos anteriores.

Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente.

(...)

Descendiendo a nuestro caso resulta que la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al Sr. ... y se depositó en la Notaría donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al Sr. ... que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a este índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis.

(...)

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado.

(...)

Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su 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. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato.

Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia.

En similares términos resuelve la Audiencia provincial en su sentencia 188/2016, de 31 de mayo de 2016)

Como conclusión a esta parte hay que decir que la anulación de las cláusulas que incluyen el índice IRPH se basa fundamentalmente en el doble control de incorporación y transparencia, entendido este último como de comprensibilidad real del consumidor de los términos de la cláusula predispuesta.

Lo que de forma práctica se entiende por “comprensibilidad real” debe acreditarse por la entidad en base al cumplimiento de una serie de requisitos, sin que la mera información precontractual u oferta vinculante sirva para cumplir esta exigencia, si bien pueda servir

en ocasiones para superar el primer filtro de control: el de inclusión de la cláusula en el contrato.

Así, se entiende por “comprensibilidad real” explicación fehaciente alguna por parte de la entidad al cliente sobre cómo se halla el IRPH, cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años (como la presentación de gráficos), la diferencia con otros índices oficiales. Las sentencias reconocen que cuando un consumidor contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Las sentencias de las Audiencias provinciales reconocen que si las entidades hubiesen explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el consumidor demandante habría optado por el Euribor más un diferencial. Es aquí, precisamente, en el control de comprensibilidad real, donde se incluye la influencia que la entidad ejerce sobre el IRPH, cuya ausencia de explicación de este hecho constituye un elemento más que determina la falta total de transparencia.

4. Condenas y consecuencias de la anulación de la cláusula en su caso

Una vez analizadas las argumentaciones y criterios empleados por diversos tribunales para enjuiciar la posible abusividad de las cláusulas que incorporan a las escrituras de préstamo hipotecario el índice IRPH, es menester comentar las condenas que en sus casos acuerdan en los respectivos fallos. Es importante dar un apartado específico ya que afloran varias cuestiones.

Tratándose de la anulación de una cláusula y, como consecuencia según el artículo 1303 de CCv, de su eliminación desde el inicio del contrato, cabe plantearse si el juez establece un tipo sustitutivo en lugar del eliminado. Asimismo, es interesante conocer cómo los diferentes tribunales que se han ocupado de esta cuestión han acogido la doctrina del Tribunal Supremo recogida en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en cuanto a la “irretroactividad” de las devoluciones de las cantidades cobradas indebidamente en virtud de las cláusulas de IRPH declaradas nulas en su caso.

En el Anexo a este documento extraigo los fallos de cada una de las sentencias

comentadas en este informe.

En cuanto a la sustitución del tipo anulado y irretroactividad en su caso de la reintegración de cantidades consecuencia de la nulidad, condenadas a eliminar la cláusula, el juez procede a sustituir el índice IRPH declarado nulo por otros índices.

Así, la sentencia número 79 del juzgado de primera instancia número 3 de Huelva lo sustituye por el referenciado en la escritura. Y dice:

“La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.” Siendo un contrato de préstamo con expreso pacto de intereses que previamente convinieron las partes, se impone la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia. Y habiéndose dejado de publicar (desde el 1 de noviembre de 2013 -Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) los tipos sustitutivos previstos en la escritura, la integración deberá hacerse con el tipo de referencia, el Euribor, al que se adicionará 4,25 puntos de diferencial previsto en la escritura.”

Hay que advertir que esta sentencia acoge el criterio de la irretroactividad sentado por STS y limitar sus efectos a 9 de mayo de 2013, argumentando *“que sobre esto hay ya doctrina uniforme del mismo Tribunal Supremo, fijada en pleno en sentencia de 25 de marzo de 2015”*

Por su parte, el juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia en su sentencia número 240/2015 de 18 de noviembre de 2015 se manifiesta en estos términos.

“Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procedería dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo menor y se le devuelvan “los intereses cobrados de más” en lugar de solicitar la devolución íntegra de los intereses cobrados a razón de una cláusula abusiva, (...) Así mismo procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.”

En este caso, los demandantes solicitaron expresamente en su demanda que el índice anulado se sustituyera por uno menor devolviéndose los intereses cobrados de más. EL argumento que utiliza en este caso el tribunal es que *a fin de garantizar el principio de*

congruencia en las resoluciones y de conformidad con la STJUE de fecha 30 de Mayo de 2013 (TJCE 2013, 145) (Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), (El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello), procede condenar a la demandada a devolver los intereses cobrados de más.

El juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia en su sentencia número 156/20114 de 29 de abril de 2014 sostiene en su fundamento de derecho Sexto “Sobre las consecuencias de la nulidad”:

“En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, 10 que visto el art 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Cajas, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el Índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis. Aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, puede considerarse equivalente su desaparición a la declaración de nulidad que se ha hecho conforme a lo dispuesto en el anterior ordinal.

Por lo tanto desde que opera la previsión contractual de aplicación del IRPH Cajas, es decir, a partir del segundo año del contrato que es enero de 2011, habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre 10 que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio.”

Nótese como el juez, al reconocer que no procede aplicarse ya el IRPH Cajas en virtud de su anulación, impone la previsión contractual que dispone como supletorio el Índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis. Y añade que aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, considera equivalente su desaparición a su anulación.

En parecidos términos se expresa la sentencia del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia (sentencia 103/2015) cuyo fundamento de derecho sexto, “Consecuencias de la nulidad”, recoge expresamente que:

“Los efectos de la declaración de nulidad de una condición general de la contratación, como es el caso, se someten a las normas generales en materia de obligaciones y contratos (artículos 9.2 y 10 de la LCGC), lo que hace que resulte de aplicación el artículo 1.303 del CC, que obliga a las partes contratantes a la recíproca restitución de las prestaciones (Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes). La nulidad afecta solamente a la cláusula discutida, subsistiendo la eficacia del contrato en lo demás por no afectar a sus elementos esenciales (art.10 de la LCGC, en este mismo sentido párrafo 267 de la STS 241/2013).

En el presente caso se ha declarado la nulidad de la cláusula por la que se establece como índice de referencia para el cálculo del interés variable el IRPH CAJAS. Suprimido este, la parte demandante solicita su sustitución conforme a la previsión contractual (EURIBOR incrementado en un punto porcentual), lo cual se ha producido, y la restitución del importe abonado en concepto de intereses por la aplicación del IRPH CAJAS.”

Una interpretación completamente distinta aplica la sentencia 65/2015 del juzgado de lo mercantil número 7 de Barcelona (y en idéntico sentido la sentencia 66/2015 del mismo tribunal), en cuyo fundamento de derecho Octavo, *“Consecuencias de la nulidad de índice IRPH en relación al Interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 29 de Agosto de 2005”* dice:

“En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. JO LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción. lo que visto el ano 1303 CCv. obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes se restituyan el precio con sus intereses (...). Eso supone que al no poderse aplicar el IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al ano 1733 CCv, habrá de reintegrarse a lo demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda (...)

Así pues, del tenor literal del apartado del citado artículo 6 (se refiere a la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas) resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

(...)

Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas (...) contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores.”

En el mismo sentido, la sentencia 32/2015 9 de febrero de 2015 del juzgado de lo mercantil número 1 de Donostia, aunque en este caso argumenta que al considerar el contrato de préstamo como naturalmente gratuito, no establece tipo de sustitución.

“QUINTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC.”

La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, sobre la cláusula IRPH

Por último, mención especial merece la reciente sentencia del Tribunal Supremo 669/2017. En esta sentencia el Alto Tribunal falla a favor de Kutxabank, entidad a la que la Audiencia Provincial de Álava anuló el IRPH de un consumidor. En general, el Tribunal Supremo asegura que las cláusulas de los contratos hipotecarios en las que se establecía el IRPH como índice de referencia son perfectamente entendibles para el consumidor medio.

En efecto, la sentencia establece en primer lugar que una cláusula que recoge el interés remuneratorio de un préstamo puede considerarse condición general de la contratación, como es el caso concreto que se enjuicia, ya que dicha cláusula no fue negociada individualmente.

En segundo lugar, el Supremo aclara que los préstamos a interés variable, se refieren a un índice (Euribor, IRPH) más un diferencial que se suma, o en ocasiones según el

Tribunal, resta a dicho índice de referencia. En el supuesto enjuiciado, el préstamo se referenció al IRPH Entidades, que se encuentra definido legalmente (tal y como hemos visto en líneas precedentes), por lo que, según el Tribunal *“no corresponde al control de la jurisdicción civil conocer si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración”*. La conclusión es que el IRPH, en cuanto índice, no puede ser objeto de control de transparencia. Y ello porque tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998 como la Directiva 93/13 de la que deriva, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas.

Continúa el Tribunal Supremo su razonamiento afirmando que para comprobar la transparencia de la condición que incorpora el IRPH-Entidades habrá que determinar *“si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable”*.

En este sentido, concluye el Tribunal Supremo que

“dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia.”

En su sentencia, el Tribunal Supremo estima que la Audiencia en su sentencia, de la que trae causa el recurso ante el Supremo

“acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible. Por eso, el Tribunal Supremo puntualiza que si se siguiera la argumentación de la Audiencia para declarar nula la referencia al IRPH, también habría que declarar nulas las referencias al Euribor en otros préstamos si en cualquier etapa de su vigencia la evolución del Euribor hubiera

sido menos favorable para el consumidor.”

Es menester destacar, en esta sentencia el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña al que se adhiere el magistrado Francisco Javier Arroyo, los cuales ponen de manifiesto la discrepancia existente en el tribunal y la necesidad de avanzar hacia una norma que regule el control de transparencia. Orduña defiende que el IRPH *“presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace ‘idóneo’ como elemento o componente susceptible del control de transparencia”*.

En particular, en el expositivo segundo de su voto particular (punto 1) dice:

“Esta dificultad o complejidad no se mide de acuerdo con parámetros concretos o subjetivos relativos al «grado de comprensión» que en cada caso concreto pueda presentar el consumidor afectado, conforme a su nivel de formación o especialización, sino que atiende, por la propia naturaleza del control de transparencia, a un parámetro «abstracto» de compresibilidad referenciado, necesariamente, en la posición del «consumidor medio» que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia”.

Añade en el punto 2.3 del expositivo Segundo de su voto particular que

“el consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor.”

Todo ello, le lleva a concluir en su expositivo Tercero que

“la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente litis y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de diciembre, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor”

LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

En la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, el Supremo analizó los límites a la abusividad de esta cláusula. De esta forma, las cláusulas de este tipo se reputarían válidas (de conformidad al artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la ley 19/2015), pero en los casos en los que concurra justa causa, es decir, una manifiesta y verdadera dejación del cumplimiento de las obligaciones por el prestatario de carácter esencial.

No obstante, de acuerdo con lo contenido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/2011) tales cláusulas se considerarían abusivas si la facultad de dar anticipadamente por vencido el préstamo existe aunque el incumplimiento no sea esencial y grave, si la cláusula se aparta de las reglas generales o si el consumidor no tiene posibilidad de poner remedio a dicha facultad, es decir en este último caso, posibilidad de enervar el vencimiento anticipado.

Siguiendo con la doctrina Europea, TJUE, el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/2013), determinó que si un juez declara abusiva esta cláusula de vencimiento anticipado, aun no habiéndose aplicado, ello significaría su eliminación del contrato, imposibilitando por consiguiente todo vencimiento anticipado. Ahora bien, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como hemos visto, permite “reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago”. En estos casos, si la erradicación del contrato de dicha cláusula conlleva la nulidad de todo el contrato en perjuicio del consumidor, cabría aplicar supletoriamente el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es el único supuesto en el que el Tribunal Europeo permite aplicar de forma supletoria la legislación al objeto de moderar la cláusula abusiva. En este sentido, el Tribunal Supremo añade que el artículo 693.3 prevé precisamente la enervación del deudor con el pago (párrafos segundo y tercero).

No obstante es menester añadir que tanto esta sentencia 705/2015, como la posterior

79/2016 de 18 de febrero, recibieron voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña que consideró que la aplicación supletoria del art. 693.2 de la ley de enjuiciamiento civil contraviene la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues la solución adecuada sería la de impedir que continuase el procedimiento ejecutivo inaplicando la cláusula de vencimiento anticipado.

Este criterio del magistrado Orduña se vio reflejado en una sentencia posterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/2014) al negar que un juez nacional pueda aplicar de forma supletoria el mencionado artículo 693.2 LEC e impedir la paralización del proceso ejecutivo.

Para aclarar esta cuestión, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha 8 de febrero de 2017 algunas cuestiones prejudiciales al respecto de lo comentado. En particular, si un Tribunal nacional tiene facultades para, declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, aplicar supletoriamente el derecho nacional, aunque ello determine el inicio o mantenimiento de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, si tal aplicación supletoria es más ventajosa para dicho consumidor que sobreseer dicho proceso y quedar expedita la vía a un proceso de ejecución ordinaria, una vez obtenida por el prestamista una sentencia firme en un juicio declarativo, que no contiene normas tan protectoras para el consumidor como las del artículo 693.3 de la ley de enjuiciamiento civil.

Mientras, el legislador trata de resolver esta cuestión, de forma poco adecuada al consumidor, a través del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Según el actual artículo 22:

Artículo 22. Vencimiento anticipado.

1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
i. Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses.
ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.
La cláusula de intereses de demora en préstamos con garantía hipotecaria.

Comentar al respecto de este artículo que esta versión del anteproyecto corresponde a septiembre de 2017, en ella vemos que las cuantías de las cuotas vencidas y no satisfechas deben equivaler al menos al 2% y al 4% en la primera y segunda mitad de la vida del préstamo respectivamente. Pues bien, en la versión del anteproyecto de marzo de 2017, esos porcentajes eran más amplios, del 3% para la primera mitad de vida del préstamo y del 5% para la segunda mitad. Una reducción de un punto que hace más accesible que se origine esta situación.

LA CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA EN PRÉSTAMOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Sobre esta cuestión, los intereses remuneratorios fijados en los préstamos con garantía hipotecaria pueden estar controlados por medio de la Ley de Represión de la Usura (ley Azcárate de 1908) así como ser declarados abusivos en los supuestos en los que, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/2013, la cláusula que los establezca no resulte transparente al consumidor respecto de la capacidad del mismo para conocer su alcance económico y jurídico como elemento esencial del contrato (que fija en este caso el precio).

Sin embargo, los intereses de demora no pueden ser controlados de acuerdo con la Ley de Represión de la Usura, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio. Si bien, con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo dictó la sentencia 389/2014 de 2 de diciembre de 2014 contradijo dicha sentencia de 2012 y estableció que la exclusión de *“los intereses de demora del ámbito de aplicación de la Ley de usura contradice los criterios de unidad y sistematización que deben presidir la interpretación y aplicación de esta normativa”*. Pese a todo, posteriores sentencias del Supremo mantiene la exclusiva sujeción de los intereses de demora al control de abusividad, manteniendo así lo dictaminado en 2012.

El control de la cláusula que establece los intereses de demora corresponde al ámbito del control de contenido, en tanto en cuanto el tipo incluido en el contrato de préstamo pudiese dar lugar a una desproporcionada indemnización, una vez puesto en relación el daño que dicho incumplimiento genera al acreedor, con el incumplimiento del prestatario (art. 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007). Dicha desproporción no se dará en los supuestos en los que el tipo de interés de demora venga previsto normativamente (a modo de ejemplo, el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determina el interés de mora procesal en el interés legal del dinero incrementado en 2 puntos).

En este sentido, el Decreto-Ley 6/2012 sobre medidas urgentes de protección a deudores hipotecarios sin recursos, admite una moderación de los intereses moratorios para aquellos consumidores que entran dentro del ámbito de aplicación de dicha norma. En particular, en los que el tipo aplicable no supere del interés remuneratorio aumentado en 2 puntos.

Por su parte, el art. 114 LH, en su párrafo III recoge la modificación introducida por la Ley 1/2013 que establece un límite máximo al interés de demora a aplicar a los préstamos con garantía hipotecaria contratados para adquirir una vivienda habitual. En estos casos, el que el tipo pactado del interés moratorio no ha de superar 3 veces al interés legal del dinero.

En general, sobre los límites a los intereses de demora en operaciones de préstamo y crédito no ha sido una cuestión pacífica. Así, en los descubierto en cuenta corriente, de

acuerdo al artículo 20 Ley de Crédito al Consumo, se determina un límite a dicho interés que no puede dar lugar a una TAE superior 2,5 veces al interés legal del dinero. Si la ley no acota los límites, el interés de demora se pactará de conformidad al acuerdo de voluntades de las partes, según el artículo 1108 del Código Civil. Ahora bien, carece de sentido pretender esto último cuando la naturaleza jurídica de los contratos donde se plasman operaciones de préstamo con garantía hipotecaria son contratos de adhesión, donde la capacidad de negociación queda extraordinariamente limitada al consumidor.

Es por ello que, las sentencias de las distintas Audiencias Provinciales establecían criterios diferentes a la hora de calibrar la abusividad de la cláusula que contenía el interés de demora. Así, la Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha de 27 septiembre 2013, lo fijó en 3 veces el tipo de interés legal del dinero. Por su parte, la Sala de Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de fecha 7 de junio de 2013, lo estimó en 3 veces el interés remuneratorio, o bien en un 20 %, etc.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre (y la posterior 79/2016 de 18 de febrero) estableció que una vez sea declarada la nulidad por abusiva la cláusula que recoge el interés moratorio, se seguirán aplicando los intereses remuneratorios. Hay que recordar que en este caso, el recurrente solicitaba que, declarada nula la cláusula que contenía el interés moratorio, fuese de aplicación el límite del art. 114. 3 LH anteriormente comentado. Sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/2013, C-484/2013, C-485/2013 y C-487/2013), desestimó la petición de que una vez declarada la abusividad de una cláusula que regula el interés de demora, se deba aplicar el art. 114 Ley Hipotecaria. Según esta sentencia del Tribunal Supremo, se debe proceder a eliminar la cláusula de interés de demora inserta en el contrato. Sólo es posible moderación de dicha cláusula en el supuesto de que la supresión de la misma trajese como consecuencia la nulidad del contrato, en razón de que el mismo no pudiese subsistir sin dicha cláusula y esto origine mayor perjuicio al consumidor. Eliminar el interés de demora no afecta a los intereses remuneratorios, ya que la nulidad afectará al exceso de los intereses de demora respecto a los remuneratorios.

A diferencia de la sentencia 265/2015 de 22 de abril, dictada en el ámbito de los créditos

personales, que había fijado el límite de 2 puntos por encima del interés remuneratorio, la Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre (referida a préstamos hipotecarios) no estableció el tipo máximo aplicable a los intereses de demora abusivos. Sólo se mantenía el límite legal del 114.3 de la Ley Hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual. Ahora bien, los intereses de demora así calculados que superen el límite del 114 de la Ley Hipotecaria resultarían ilegales, pero no abusivos. En este sentido, el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2016, estableció que aunque no superasen estos límites del artículo 114 LH, el interés de demora pactado podría reputarse abusivo si resultase desproporcionado.

Por último, la sentencia 364/2016 de 3 de junio del Tribunal Supremo, se manifestó sobre el límite del tipo de interés de demora para los préstamos hipotecarios, el cual sería de 2 puntos por encima del tipo de interés remuneratorio, el mismo determinado en el Decreto-Ley 6/2012 de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para los préstamos que se hallan dentro de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, de prosperar el proyecto de ley de regulación de contratos de crédito inmobiliario, se estaría contraviniendo esta limitación establecida por el Supremo y cuya interpretación favorece a los consumidores. En efecto, según el artículo 23.1 de dicho Proyecto de ley:

“1. En el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el triple del interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquel resulte exigible.”

Por lo tanto, se estaría dando carta de naturaleza legal a una cuestión resuelta judicialmente ya que, como venimos diciendo, establece que las cláusulas sobre intereses moratorios en un préstamo con garantía hipotecaria, se reputarían nulas en cuanto superasen más de 2 puntos el interés remuneratorio establecido en el préstamo.