



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Facultad de Derecho

TESIS DOCTORAL

**“LAS OBLIGACIONES DEL
PRESTAMISTA EN LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS”**

Autor: Jesús Martín Fuster

Director-Tutor: José Manuel Ruiz-Rico Ruiz

Málaga, DICIEMBRE 2019



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Jesús Martín Fuster

 <http://orcid.org/0000-0003-1426-2266>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



Vicerrectorado Estudios de Posgrado
Servicio de Posgrado y Escuela de Doctorado

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña JESÚS MARTÍN FUSTER

Estudiante del programa de doctorado EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: "LAS OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS"

Realizada bajo la tutorización de JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ y dirección de JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 17 de DICIEMBRE de 2019

Fdo.: JESÚS MARTÍN FUSTER

UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



EFQM AENOR



Edificio Pabellón de Gobierno. Campus El Ejido.
29071
Tel.: 952 13 10 28 / 952 13 14 61 / 952 13 71 10
E-mail: doctorado@uma.es

ÍNDICE

<u>Introducción</u>	5
<u>Capítulo I.- Obligaciones del prestamista previas a la celebración del contrato</u>	15
I.-La publicidad de los préstamos hipotecarios.....	15
a) La publicidad y su regulación.....	15
b) Consecuencias del incumplimiento.....	21
II.-El deber de información y documentación previa.....	27
a) Información y documentación preceptiva.....	27
b) La intervención notarial.....	41
c) Consecuencias del incumplimiento.....	47
III.-Contenido obligatorio del contrato.....	77
a) Respecto a las condiciones generales de la contratación.....	77
b) Contenido obligatorio del contrato.....	80
c) Consecuencias del incumplimiento.....	105
III.1.- Especial referencia a la fijación del tipo de interés.....	108
a) Requisitos para establecer un interés fijo o variable.....	108
b) Documentación e información previa en los casos de interés variable.....	119
c) Contenido del contrato respecto a la variabilidad de los intereses.....	121
d) La cuestión del IRPH.....	125
e) La desaparición del índice pactado.....	139
III.2.-Especial referencia a la amortización anticipada y su compensación.....	148
a) Introducción.....	149

b) Regulación de la compensación.....	152
c) Abusividad y jurisprudencia.....	159
d) El deber de información.....	166
e) ANEXO: Metodología de cálculo.....	167
III.3.-El control de cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias.....	169
a) Introducción.....	170
b) Regulación.....	171
c) Supuestos concretos.....	180
d) Situación ante una cláusula que refleje una disposición legal o reglamentaria imperativa.....	191
IV.- La obligación de evaluar la solvencia del prestatario.....	195
a) Introducción.....	195
b) Contenido de la Ley 5/2019.....	198
c) Consecuencias del incumplimiento.....	216
d) Alegación del incumplimiento en la vía judicial.....	253

Capítulo II.- Obligaciones del prestamista durante la vigencia del préstamo hipotecario.....261

I.- Obligaciones durante el contrato.....	261
a) Entrega del dinero y mantenimiento del préstamo en las condiciones pactadas.	262
b) Cumplimiento de la normativa de los servicios asociados al préstamo.....	263
c) Obligación de atender las quejas y reclamaciones.....	267
d) Obligación de subsanar los errores.....	269

e) Obligaciones de información acerca de los intereses durante la vida del préstamo.....	271
f) Información en caso de préstamos en moneda extranjera.....	276
g) Información en amortización anticipada.....	276
h) Obligación de comunicar la cesión del préstamo hipotecario.....	277
i) Información en supuestos de novación y transacción.....	279
j) Ejecución de los derechos reconocidos por los seguros de vida vinculados.....	291
k) Obligación de cumplimiento del Código de buenas prácticas del Real Decreto-ley 6/2012.....	294
II.- Las obligaciones del prestamista respecto al código de buenas prácticas del real decreto-ley 6/2012.....	294
a) Introducción.....	295
b) Regulación.....	297
c) Obligaciones de información y aplicación de medidas.....	301
d) Consecuencias del incumplimiento.....	305
III.- La "exceptio non (rite) adimpleti contractus" en los préstamos hipotecarios.....	337
a) Introducción.....	338
b) La exceptio non adimpleti contractus.....	339
c) Requisitos de la exceptio: análisis en el presente caso.....	345
d) El uso de la exceptio en otras obligaciones del prestamista.....	362
e) Exceptio en la ejecución hipotecaria.....	366

Capítulo III.- Obligaciones del prestamista tras la finalización del contrato de préstamo hipotecario.....

I.- Obligaciones tras la finalización del contrato.....	373

a) Obligación a emitir el certificado de cancelación gratuitamente.....	373
b) Obligación de cancelar los seguros vinculados al préstamo.....	373
c) Obligación de conservar la documentación contractual.....	374
d) Obligación de atender las consultas, quejas y reclamaciones.....	377
II.- Especial referencia a la atención de reclamaciones y petición de nulidad.....	378
a) Cancelación del contrato y retraso desleal.....	378
b) Prescripción de la acción.....	381
c) Caducidad de la acción.....	393
 <u>Resumen y conclusiones</u>	407
<u>Jurisprudencia citada</u>	452
<u>Bibliografía</u>	463

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales temas de actualidad es el préstamo hipotecario. Esta figura se ha configurado como un negocio jurídico básico para el desarrollo de las personas, a través de los cuales se puede acceder a algo tan elemental, en nuestro desarrollo vital, como es una vivienda en donde constituir el domicilio familiar¹.

Por ello, en el presente trabajo nos vamos a centrar principalmente en el ámbito del préstamo hipotecario concedido por una entidad de crédito a un consumidor, para la adquisición de un inmueble con el fin de destinarlo a su vivienda habitual, sin perjuicio de que se trate también otros supuestos distintos. Este es uno de los casos más habituales y numerosos que se dan en la práctica, y del que han devenido numerosos problemas y suscitado diversas cuestiones, que han sido objeto de debate a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo².

Ha sido común encontrarnos frecuentemente con noticias relacionados con el préstamo hipotecario, se han ido dictando resoluciones judiciales que han mantenido la atención de la población, y se ha comprobado cómo no siempre se ha resuelto con la debida eficacia, surgiendo resoluciones contradictorias con frecuencia, lo que ha conllevado una situación de enorme inseguridad jurídica.

Fruto de todo ello es una numerosa jurisprudencia tanto nacional como europea, que ha intentado poner coto y seguridad a estas cuestiones, que se han ido perfilando con el paso de los tiempos, evolucionando hacia una mayor protección de los consumidores, y declarado abusivas ciertas prácticas que venían siendo habituales en la contratación bancaria.

Consecuencia de estos cambios, y con el objeto de poner fin a algunas de estas

¹ Ya se señaló en el Libro Verde de la Comisión Europea (COM(2005) 327 final) que la “*dimensión social y humana vinculada a la vivienda y al crédito es inmensa. (...) Para la mayoría de los ciudadanos de la UE la compra de su vivienda representa la mayor compra realizada a lo largo de su vida. (...) Es muy probable que esta deuda sea el compromiso financiero en curso más significativo para la mayoría de las familias de la UE.*”

² Un análisis crítico de las últimas reformas acontecidas estos últimos años en el ámbito de los préstamos hipotecarios puede verse en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN “*Garantía hipotecaria, mercado y crisis económica: bases para su reformulación.*” *Revista de Derecho Patrimonial* num.35/2014 parte Artículos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014; Acerca de la dispersión y complejidad de la normativa aplicable, véase ORDÁS ALONSO, MARTA. “La complejidad normativa en la contratación del crédito inmobiliario y la inexistente voluntad de poner fin a la misma” *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N°. 4, 2019.

controversias, ha sido la nueva regulación existente en la materia, plasmada a través de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, así como su normativa de desarrollo, por la que se traspone la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*. No obstante, la situación no está exenta de controversias y de complejidades, ya que, aún con la nuevas medidas y reformas normativas, está lejos de quedar resueltas.

Con el propósito de ofrecer una perspectiva más novedosa, así como profundizar y ofrecer un panorama más completo de este asunto, hemos decidido centrarnos en este trabajo en las obligaciones que corresponden al prestamista hipotecario. Siempre que se ha tratado el contrato de préstamo, ha existido la consideración de que sólo surgen obligaciones para el prestatario, siendo ésta una concepción lejana de la realidad actual de los contratos de préstamos hipotecarios concertados por entidades crediticias, donde tanto la doctrina y jurisprudencia más moderna vienen a reconocer su carácter bilateral, pudiendo observarse cómo existen multitud de normas que determinan obligaciones y deberes del prestamista, determinan su conducta, o establecen imposiciones o limitaciones en su ámbito de actuación.

Acerca de esta naturaleza como contrato unilateral o bilateral, el Código Civil, en su artículo 1.740, se limita a señalar que por el contrato de préstamo una parte entrega a la otra una cantidad de dinero, y la otra se compromete a devolverlo, pudiendo o no establecerse el pago de intereses —1740 párr.3º Cc; 311 y 312 CdC—.

Tradicionalmente, el préstamo hipotecario ha sido definido como real, unilateral y oneroso —en el caso de que se paguen intereses—. Y ello es así debido al origen de la institución del préstamo y la consideración que tenía en épocas pretéritas, que en nada se asemeja a la que nos encontramos hoy día, especialmente en el ámbito bancario. Así, como expone PRATS ALBENTOSA³, la doctrina antigua calificó el contrato de préstamo como de beneficencia o de gracia, motivado por razones altruistas, buscando que el prestatario se beneficiara satisfaciendo sus necesidades alimentarias o para-alimentarias, fundada en un comportamiento ético de solidaridad, y garantizada por la prohibición de recibir algo por el uso —usura— del bien prestado. Esto fue posteriormente modulado y revisado con los postulados liberales, por el que se permitía que el prestamista recibiese un interés a cambio del préstamo.

Señala este autor que el Código Civil tiende a la conservación del patrimonio,

³ PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "El contrato de préstamo", en ORDUÑA MORENO, TOMILLO URBINA (Dirección), *Contratación Bancaria*, 2 tomos, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2001.

por lo que, si el acto no conlleva una contraprestación, mayor es la tutela a la libertad del que puede dar. De este modo, indica que, entendiendo en origen como un contrato de beneficencia, el mutuo *“como contrato gratuito recibiría interpretativamente el mismo carácter que la donación: Del mismo modo que no cabe que el donante se obligue a donar, pues la donación sólo tiene lugar cuando el donante da, tampoco cabe entender que el prestamista se obligue a prestar, el contrato sólo tiene existencia a partir del momento de la entrega”*

Pero esto que podía tener su justificación en su origen, se encuentra alejado de la realidad social en que vivimos, que, como acertadamente señala PRATS⁴, es la que debe regir la interpretación de las normas según el artículo 3.1 del Código Civil, en donde lo normal actualmente es que el préstamo se realice de manera onerosa, siendo además, en el caso de las entidades bancarias, uno de los objetos que componen su negocio y del que obtienen beneficios, por lo que esa idea de mera liberalidad y de compromiso ético queda desterrada en el ámbito que estamos analizando de los préstamos hipotecarios.

Por ello, la consideración del contrato como consensual es la más acertada con esta realidad a la que nos referimos, especialmente en el ámbito del préstamo hipotecario, en donde la entidad prestamista se obliga a la entrega del dinero con la firma del contrato, e incluso en un momento anterior con la emisión de la oferta vinculante, que le obliga a cumplir con los términos pactados en dicha oferta una vez aceptada.

Igualmente, frente a la perspectiva clásica de un contrato unilateral, buena parte de la doctrina moderna se decanta por considerarlo un contrato bilateral. De este modo, y más concretamente respecto al préstamo bancario, BASOZABAL⁵ lo entiende como un contrato consensual, bilateral y sinalagmático. Distingue este autor, en sentido similar a lo expuesto anteriormente, los contratos clásicos de préstamos que serían reales, unilaterales y gratuitos, al que denomina mutuo, del contrato en el que existen

⁴ PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "El contrato de préstamo" (*op. Cit.*): *“Esta es la interpretación que entiendo coherente y respetuosa con los principios de nuestro Derecho codificado. La interpretación que parte de la calificación del préstamo como contrato real y, en consecuencia, exige la entrega de la cosa para la perfección del contrato no sólo no es conforme con la Ley sino tampoco con la realidad del tiempo presente, a cuya luz deben interpretarse las normas (art. 3.1 CC).*

Una excepción a la regla general de perfección de los contratos solo consenso precisa una norma que expresamente la establezca, y esta no se encuentra ni en el CC, pues el art. 1.740 CC no se contiene disposición alguna referida a la perfección del contrato, ni en C. de c., que no contiene disposición paralela al art. 1.740.”

⁵ BASOZABAL ARRUE, XAVIER. *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Tirant lo Blanch. 2004.

intereses, denominándose préstamo, al suponer la existencia de estos intereses una modificación esencial en la configuración del contrato, convirtiéndolo en una figura afín al arrendamiento⁶.

Señala este autor en su obra cómo LACRUZ, en base a una antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de octubre de 1915, considera el préstamo un contrato sinalagmático porque "la prestación de dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses". Por tanto, sí que podríamos considerar el contrato de préstamo hipotecario como bilateral, en la que una parte entrega una suma de dinero, a cambio de su devolución con un interés, que constituye el precio o contraprestación —esto visto desde una perspectiva genérica, ya que, como veremos en este trabajo, surgen más obligaciones para las partes—.

Por ello, parece claro que el contrato de préstamo hipotecario, prescindiendo de la eterna polémica de si es civil o mercantil⁷, es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, y bilateral, surgiendo obligaciones para ambas partes.

De este modo ha sido reconocido, respecto a los contratos de financiación o préstamos de finalidad⁸, en el ordenamiento italiano por la Corte di Cassazione, entre

⁶ El cambio de contrato "real" a "consensual", entiende BASOZABAL en la citada obra, se debe a que cuando es gratuito, la entrega justifica la causa o forma sustancial de trascendencia jurídica, porque al no existir en nuestro ordenamiento la exigibilidad en los casos de dar a título gratuito, la entrega viene a darle carácter contractual y vinculante. Esto no ocurriría cuando es oneroso, rigiendo la regla general de los contratos consensuales.

⁷ No nos vamos a centrar en esta discusión, que consideramos que no es determinante para el estudio del presente trabajo. Sí mencionar lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (Versión 2018 Tecnos) sobre esta distinción: *“Así, es el momento de terminar con la distinción entre contratos civiles y mercantiles que, si en su día pudo tener alguna justificación de oportunidad, constituye actualmente un falso dilema, que conviene superar mediante una regulación unitaria, cuya parte general, junto con la de los principales contratos típicos, así como los contratos de consumo, quede recogida en su sede natural, que es el Código Civil. (...) En el siglo XIX la distinción entre contratación general y contratación mercantil tenía sentido, pero, como ya se ha dicho en la Presentación de esta Propuesta, esa distinción ha perdido sentido. La división del derecho de la contratación entre el Derecho civil y el mercantil no se da en todos los países europeos y no ha quedado recogida en los modelos europeos antes mencionados de soft law. Sea como fuere, lo que parece evidente es que hoy día en la contratación general hay que incluir, junto a la contratación entre particulares, la contratación profesional y la contratación mixta.”*

⁸ Préstamos de finalidad o destino a los que igualmente el TS en la STS de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015) reconoce la existencia de bilateralidad permitiendo la aplicación del art. 1124Cc, aunque no exista pago de intereses: *“si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos (...) Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante*

otras, en la sentencia de 3 de diciembre de 2007, n.25180, en donde a diferencia del simple préstamo o mutuo del Cc, reconoce que *“la entrega de una cantidad específica de dinero es el objeto de una obligación del prestamista, más que un elemento constitutivo del contrato. En otras palabras, la característica de este contrato se encuentra en el hecho de que con la concurrencia de consentimientos de las partes se perfecciona el contrato consensual de financiación, pero no se transfiere al financiado las cantidades objeto de la financiación, ocurriendo esto por el elemento posterior de la “traditio” de las mismas sumas.*⁹” Postura adoptada igualmente por autores italianos como SERENA COSENTINO¹⁰.

Igual ocurre en otros países, como en los Países Bajos, donde MICHAEL MILO¹¹, al estudiar el impacto de la Directiva 2014/17, entiende que, frente a la clásica concepción del contrato de préstamo como real, la nueva regulación apunta hacia un contrato consensual, y asimismo MAGDALENA HABDAS¹² respecto de Polonia,

para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados).”

⁹ Recoge dicha sentencia: *“A differenza di quanto si verifica nel contratto di mutuo regolato dal codice civile, si rileva che in quello di finanziamento la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto.*

In altri termini, la caratteristica di questo contratto va ravvisata nel fatto che con l'incontro dei consensi delle parti si perfeziona il contratto consensuale di finanziamento, ma non si trasferisce in capo al soggetto finanziato la proprietà delle somme oggetto del finanziamento stesso, occorrendo per tale trasferimento l'elemento ulteriore della “traditio” delle somme medesime.

Infatti, con l'incontro delle volontà delle parti sorge solo l'obbligazione a carico del finanziatore di erogare la somma mutuata ed a favore del mutuatario il diritto di credito a tale erogazione, ma non si trasferisce la proprietà di tale somma, che resta nella piena disponibilità patrimoniale e giuridica del finanziatore.”

¹⁰ COSENTINO, SERENA. *Il credito fondiario*. Tesi di laurea. Università degli Studi di Pisa. Anno Accademico 2012/2013: *“A differenza della figura civilistica i prestiti e finanziamenti bancari sono, per lo più, contratti tipici consensuali di concessione del credito; la consegna della somma di denaro fa parte del momento esecutivo del rapporto già perfezionato fra le parti. (...) La tesi del “mutuo” fondiario come contratto consensuale è ormai prevalente anche in dottrina.”*

¹¹ MILO, MICHAEL *“The impact of the mortgage credit directive 2014/17 in the Netherlands” Barcelona Workshop, 20-21 OCTOBER 2016. Working paper 5/2017: “Remarkably, the basis of the loan-contract is still one of the few literal relics of the 1838-text of our Civil code, which in the line of Roman law qualifies a loan-contract as a contractus re, mutuum.⁵² Hopelessly outdated, it was already declared in 1915.⁵³ New proposed legislation leads towards the loan-contract as a consensual contract – as does at least for commercial loan-contracts the majority in literature.⁵⁴ Such is also the case in consumer-financing.”*

¹² HABDAS, MAGDALENA *“The impact of the mortgage credit directive 2014/17 in Poland”.* Barcelona workshop, 20-21 october 2016. Working paper 6/2017: *“The contract may be characterized as consensual, causal, in which both parties have mutual obligations, and consideration is given.”*

quien considera que el contrato bancario es un contrato consensual en que ambas partes tienen mutuas obligaciones.

Esta es además la tendencia de las nuevas propuestas de regulación existentes a nivel internacional, así como nacional. En efecto, muestra de ello es, aunque no aplicable al ámbito del préstamo hipotecario para adquisición de inmuebles por parte de consumidores, la regulación recogida en los *“Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)”*, en donde en el contrato de préstamo se regula su carácter consensual atribuyendo obligaciones para el prestamista en el artículo *“IV.F.–1:102: Obligación principal del prestamista (1) El prestamista está obligado a proporcionar al prestatario el crédito por el importe, en la forma y durante el plazo de tiempo que se determine en el contrato.”* Y recogiendo además la presunción de existencia de interés, salvo que ambas partes sean consumidores, en su artículo *“IV.F.–1:104: Interés (2) Aunque el contrato no especifique el interés que debe pagarse, el interés resultará pagadero salvo que ambas partes sean consumidores.”*

Y a nivel nacional, manifiesta es la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Derecho Civil, en donde expone *“La tradicional caracterización del préstamo como un contrato real no se ajusta en absoluto a la realidad actual. Por ello, de la nueva regulación se deduce la inclusión del préstamo entre los contratos consensuales.*

Por otra parte, de forma más realista, y en la línea de otros Códigos (art. 1815 CC italiano, artículo 1141 CC portugués), se opta por invertir la regla prevista en el vigente 1755 de nuestro Código Civil y se configura el préstamo de dinero como un contrato naturalmente oneroso, sin excluir que en el marco de relaciones familiares, de amistad o de otra índole, se establezca un préstamo sin interés.”

De este modo, en dicha Propuesta se recoge en el artículo 5121-2 denominado *“Obligaciones del prestamista”*: *“El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario la suma de dinero objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas. Salvo pacto en contrario, la entrega del dinero se lleva a cabo en el domicilio del prestamista.”*

E igualmente podemos encontrar recientes sentencias del Tribunal Supremo donde reconoce igualmente el pago de los intereses como precio o contraprestación.

Así, la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 2013, respecto al carácter unilateral o bilateral, viene a reconocer la discusión en este ámbito, dejando abierta ambas posibilidades, al argumentar:

244. "Lo expuesto nos releva de entrar en el examen de la espinosa cuestión sobre la subsistencia de la categoría romana de los contratos reales, en los que, como excepción a la regla general contenida en el artículo 1261 CC, la *datio rei* (entrega de la cosa) opera como elemento del contrato, si bien no estará de más significar que, **pese a que en algunas decisiones de esta Sala se ha mantenido su naturaleza real y unilateral** -en este sentido se pronuncia de forma contundente la STS 495/2001, de 22 de mayo, RC 677/1996, al afirmar que "[e]l contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa [...]" Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuuario o prestatario" -, **otras afirman su posible carácter bilateral** - la STS 1074/2007, de 10 de octubre, RC 4386/2000 precisa que "[...] no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca [...]".

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2016 parece que se viene a admitir la posible existencia de una relación sinalgamática en el contrato de préstamo¹³.

Con la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, al tratar sobre el referencial IRPH que determina el interés remuneratorio, establece en multitud de ocasiones la asimilación del interés remuneratorio como el precio de la operación¹⁴.

¹³ Recoge la sentencia: "La parte hoy recurrente a través de los tres motivos en que se articula el recurso de casación parte de la naturaleza unilateral del contrato de préstamo que impide la cesión del contrato al existir únicamente obligaciones para el prestatario, a saber, la devolución del préstamo.

No obstante con ello la recurrente está desconociendo los hechos declarados probados por la sentencia recurrida y su ratio decidendi, en tanto que la misma apoya sus conclusiones en el hecho de que la parte actora y CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS DE LORCA, S.L., en fecha 28 de junio de 2006, otorgan compraventa y subrogación de hipoteca de catorce fincas gravadas con préstamo hipotecario del que resultaba acreedor la parte demandada de conformidad con el documento nº 2 de la contestación a la demanda, documento no impugnado por las partes. Es decir, la propia parte hoy recurrente reconoció la existencia de la condición de acreedor de la parte demandada con sus consiguientes derechos y obligaciones, no pudiendo en consecuencia alegar ahora la recurrente la naturaleza unilateral del contrato de préstamo con base en que no se generan obligaciones mas que para el prestatario.

Pero es que, además, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación se limitan a aplicar la doctrina de esta Sala que establece que el nexo causal o interdependencia de las prestaciones principales de cada parte, que convierte a cada una en equivalente o contra valor de la otra, se manifiesta no sólo en el momento estático de nacimiento de la relación (sinalagma genético), sino también en el dinámico posterior de desenvolvimiento de la misma (sinalagma funcional), en el cual la reciprocidad se proyecta, entre otros aspectos, sobre la exigibilidad de las prestaciones."

¹⁴ Así, argumenta la mencionada sentencia: "Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se

Y de especial trascendencia resulta la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015), donde se recoge sin paliativos la consideración del préstamo oneroso como contrato bilateral**, al apreciar en dicho contrato la existencia de dos prestaciones recíprocas, admitiendo así en dicho caso la resolución por incumplimiento del artículo 1.124 Cc¹⁵.

Igual punto de vista comparte GARCÍA GARCÍA¹⁶, quien citando a LACRUZ entiende que en los contratos de préstamos con intereses estamos ante un contrato sinalagmático, ya que *"siempre queda la relación de corresponsabilidad entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del mutuante y el pago de los intereses por el mutuatario"*, considerando que la subsistencia del préstamo se debe al pago de la retribución y se justifique por ella¹⁷. Asimismo, se ampara GARCÍA GARCÍA en la doctrina italiana, donde autores como SIMONETTO o PRAGALI definen al mutuo oneroso como contrato bilateral o sinalagmático, argumentando este último que la compensación constituida por los intereses tiene como finalidad la ventaja

incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo)." (...) "Los intereses remuneratorios del préstamo, objeto de pacto conforme a los arts. 1755 CC y 315 CCom , constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia, sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación."

¹⁵ Argumenta la sentencia: *"La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe."*

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC , que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente."

¹⁶ GARCÍA GARCÍA, JOSE MANUEL. "No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos." *Diario La Ley*, 1989, pág. 1120, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 4320/2001

¹⁷ Mima consideración tiene TAPIA HERMIDA, ALBERTO. "Los contratos bancarios de préstamo y de apertura de crédito: semejanzas y diferencias" *LA LEY mercantil*, N° 22, Sección Banca y Seguros, Febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer. Considera este autor igualmente que el contrato de préstamo bancario es un contrato consensual y bilateral, correspondiendo al prestamista la entrega del dinero, y el respeto al plazo pactado para su restitución.

que le supone la concesión del uso temporal de la cantidad recibida en su patrimonio.

Acerca de esta reciprocidad, añade BASOZABAL¹⁸ que **junto a la prestación inmediata de la entrega de capital, existe otra obligación permanente del prestamista durante la vida del préstamo de "mantener" el préstamo, en el sentido de no exigir su devolución sino en los términos y durante el tiempo pactado**, por lo que frente al "goce" del dinero por parte del prestatario, se encuentra la "privación" por parte del prestamista, cuya contraprestación es el pago de los intereses.¹⁹

Esta privación del dinero aparece recogida en la referida Sentencia del Supremo de 17 de julio de 2018 como parte de la reciprocidad existente entre las prestaciones, estableciendo que *“la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario.”*

Y podríamos desarrollar esta obligación de mantener el préstamo que señala este autor, e ir más allá. Así, tal y como indica, el prestamista **no sólo tiene que verse privado de la cantidad entregada, sino que sólo puede exigir su devolución con arreglo a lo pactado, tiene que atenerse a lo contractualmente establecido en el desarrollo de la vida del préstamo**. Y sobre dicho contrato, especialmente en el préstamo bancario, con la amplia regulación existente en la materia, existe toda una serie de obligaciones, que serán examinadas en este trabajo, teniendo éstas lugar tanto en la fase previa a la contratación, tras la firma del contrato durante su vigencia, e incluso tras la finalización de dicho contrato de préstamo.

Por ello, no sólo está obligado a entregar la cuantía pactada, sino que debe cumplir con todas las obligaciones —ya sean legales o convencionales— que surgen con motivo del contrato de préstamo hipotecario, constituyendo todas estas obligaciones el "programa prestacional" del contrato, usando la terminología del Tribunal Supremo.

A pesar de la existencia de estas obligaciones, más allá de las recientes sentencias que tienen en consideración las obligaciones previas informativas de la entidad, no se suele poner el foco de atención en los deberes que tiene el prestamista en este tipo de contratos, por lo que consideramos de interés centrarnos en este aspecto,

¹⁸ BASOZABAL ARRUE, XAVIER. *Estructura básica del préstamo...* (op.cit.)

¹⁹ De este modo, como señala MORALES MORENO “El control de abusividad en las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago”. En DIEZ-PICAZO, LUIS (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi 2014: el plazo se convierte en un elemento básico del contrato, donde el prestamista conseguiría la restitución del préstamo con sus intereses en el tiempo convenido, y el prestatario podría adquirir la vivienda (con la transcendencia constitucional de art.47) a través del pago aplazado de dicho préstamo.

con el propósito de determinar cuáles son estas obligaciones, y teniendo especial importancia la determinación de cuáles serían las consecuencias en caso de incumplimiento de estos deberes que surgen con el contrato de préstamo hipotecario, ya sean impuesto por la normativa de aplicación o por convenio entre las partes.

Junto a ello, también resulta relevante el examen de cómo puede el prestatario defenderse o actuar frente a estos incumplimientos del prestamista, encontrándonos en la práctica con una situación compleja en la vía judicial debido a que la entidad acreedora suele recurrir al procedimiento ejecutivo hipotecario, siendo este procedimiento un mecanismo muy privilegiado para el acreedor en el que se dificulta sobremanera la defensa del prestatario, y donde resulta difícil la posibilidad de alegar aquellos incumplimientos o hechos que han podido afectar al propio contrato o al devenir del cumplimiento por parte del prestatario, tal y como se desarrollará.

Se ha estructurado esta tesis en tres capítulos, con el objetivo de sistematizar las obligaciones del prestamista en la etapa previa a la contratación, durante la vigencia del contrato, y tras la finalización del mismo, centrándonos en aquellos aspectos que pueden tener mayor relevancia, y ello sin perjuicio de que determinadas materias concretas que se traten puedan recoger consideraciones acerca de otras etapas de la contratación.

Para el estudio de estas cuestiones se ha recurrido al análisis de la legislación existente, de la doctrina, de la jurisprudencia, así como a la experiencia obtenida a través del ejercicio profesional, aportándose además algunas notas de derecho comparado, especialmente del derecho italiano²⁰. Partiendo de esta base, se trata esta materia desde un punto de vista práctico, de modo que las reflexiones y conclusiones alcanzadas puedan resultar útil a los diferentes operadores jurídicos, sin que por ello se descuide el debido planteamiento teórico, igualmente necesario para argumentar y comprender en su totalidad los temas tratados.

²⁰ Para obtener la mención internacional de la Tesis Doctoral, se realizó una estancia en la Universidad de Salerno, Italia.

CAPÍTULO I.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Trataremos en este capítulo las obligaciones previas a la contratación del préstamo hipotecario que corresponden al prestamista, centrándonos en aquellas relativas a su relación con los prestatarios, configurando la etapa previa a la contratación, y dejando por tanto fuera los requisitos y deberes administrativos que puedan corresponder a las entidades prestamistas, como pueden ser la debida inscripción del prestamista –según el artículo 5 del *Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera*–, o las obligaciones de información y comunicación que tengan con el Banco de España –*DA 6ª del Real Decreto 309/2019*– o con otras autoridades.

I.- LA PUBLICIDAD DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Sumario: A) LA PUBLICIDAD Y SU REGULACIÓN; B) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

A) LA PUBLICIDAD Y SU REGULACIÓN

Con anterioridad a la información obligatoria a suministrar por la entidad a los interesados en la contratación de un préstamo hipotecario, tiene relevancia en la contratación la publicidad que la entidad emita sobre los préstamos y productos bancarios que comercialice, que aunque no forme parte del “contenido obligacional contractual” a realizar frente al prestatario, sí que tiene que cumplir una serie de obligaciones que impone la normativa en el ejercicio de dicha publicidad, que, al estar íntimamente ligada con la faceta informativa, influye en la relación contractual con el cliente, y puede determinar su voluntad de contratación. Por ello, sin adentrarnos en profundidad en el ámbito de la publicidad, sí que merece hacer unas breves consideraciones.

Así, la entidad habrá de cumplir en materia publicitaria lo dispuesto por la normativa general, como la Ley General de Publicidad (LGP), Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), o la Ley de Competencia Desleal

(LCD), así como por lo dispuesto por la normativa específica en materia bancaria, la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, debiendo ser clara, objetiva y no engañosa, como dispone el artículo 5 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

A ellas habría que sumar además la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, con trascendencia especialmente de cara a indicar en la publicidad el indicador de riesgo del producto o servicio que se publicite.

Respecto a qué se debe entender por publicidad, la mencionada Orden EHA/1718/2010 en su artículo 2 recoge como actividad publicitaria toda forma de comunicación por la que se ofrezcan productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión que se utilice: prensa, radio, televisión, correo electrónico, Internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas, circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación.

Asimismo, se considerarán actividades publicitarias aquellas comunicaciones destinadas a llamar la atención del público sobre servicios de gestión o de otro tipo, que presten las entidades con carácter adicional o en relación con otros productos o servicios bancarios, que no tengan la condición de servicios de inversión.

Así, este artículo, siguiendo el art.2 de la LGP, parte de una concepción amplia de publicidad, incluyendo toda forma de comunicación, y por cualquier medio, en que se dé a conocer u ofrezca un determinado producto o servicio, indicando el señalado precepto una serie de medios ejemplificativos, puesto que abarca toda posibilidad de comunicación —de hecho, acaba el artículo con “o cualquier otro sistema de divulgación—.

Quedaría excluido lo indicado en el artículo 2.2:

“a) Las campañas publicitarias corporativas, entendiendo por tales las que contienen exclusivamente información genérica sobre una entidad o su objeto social que estén destinadas a darse a conocer al público.

b) Aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación.

c) Las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo.”

Dichas exclusiones, como se puede apreciar, se apartan de lo que sería propiamente la publicidad como medio de promoción de sus productos o servicios, por lo que queda excluida la llamada publicidad corporativa, el propio contenido informativo que se suministre vía web respecto a una contratación que se vaya a realizar, así como la información de las operaciones bancarias que se realicen vía internet.

Se recoge en el artículo 4 de la Orden los principios y criterios generales de dicha publicidad, reiterando que debe ser clara, suficiente, objetiva y no engañosa, quedando explícito y patente el carácter publicitario del mensaje. Por su parte, en la Circular 6/2010 de desarrollo, se recoge en el Anejo los principios generales que ha de conllevar toda comunicación comercial.

Además, las entidades están obligadas a mantener un registro interno de toda la actividad publicitaria desarrollada —art. 5.2 Orden EHA/1718/2010—, así como una política de comunicación comercial que incorpore los procedimientos y controles internos adecuados para garantizar la gestión de la actividad publicitaria —art. 4.3 Orden EHA/1718/2010 y norma tercera Circular 6/2010—

Junto a estas previsiones, aquellas entidades que se hallen adheridas a un organismo de autorregulación de la actividad publicitaria, como puede ser AUTOCONTROL²¹, deberán de cumplir además los Códigos de Conducta de dicha autorregulación.

En materia de préstamos hipotecario, el artículo 6 de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* recoge la información básica que deberá figurar en la publicidad de los préstamos hipotecarios, en aquellos casos en que *indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo*²², recogándose en el apartado segundo la necesidad de que la información

²¹ AUTOCONTROL es el principal organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, al que se encuentran adheridas la mayoría de las entidades crediticias de España.

²² Recoge el apartado 1 del art.6: 1. *Toda publicidad relativa a los contratos de préstamo que indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo para el prestatario deberá especificar de forma clara, concisa y destacada: a) la identidad del prestamista o, en su caso, del*

necesaria quede reflejada en un ejemplo representativo, que viene regulado en el artículo 4.5.d) de la Orden EHA/1718/2010²³. Dicha información exigida en el artículo 6 deberá ser fácilmente legible o audible, dependiendo del medio utilizado para la publicidad.

Así, como se refirió al comienzo de este apartado, la publicidad, en aquellos casos que ofrezca o comunique características o virtudes del producto, forma parte de la información que recibe la clientela, de ahí que la Ley 5/2019 haya optado por imponer una serie de requisitos y contenido en aquellos casos en que se aluda al “precio” del préstamo²⁴ — *indique un tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo*—, dejando mayor libertad fuera de estos supuestos²⁵. Así, nos

intermediario de crédito o representante designado; b) cuando proceda, que el contrato de préstamo estará garantizado por una hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial, o por un derecho relativo a un bien inmueble; c) el tipo deudor, indicando si es fijo, variable o una combinación de ambos, junto con información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario; d) el importe total del préstamo; e) la Tasa Anual Equivalente, en la forma en que se define en el artículo 4.14); la tasa se incluirá en la publicidad al menos de forma igualmente destacada que cualquier tipo de interés; f) cuando proceda: 1.º la duración del contrato de préstamo; 2.º el importe de los pagos a plazos; 3.º el importe total adeudado por el prestatario; 4.º el número de pagos a plazos; 5.º una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el prestatario. g) el sistema de amortización y la fórmula de cálculo de las cuotas de amortización de principal y de intereses suficientemente detalladas como para que el prestatario pueda verificar con claridad la corrección de los importes cobrados; h) cuando proceda, la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo.

²³ El ejemplo representativo a que se refiere el artículo 6.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, deberá ser determinado de conformidad con los siguientes criterios:

1.º El capital inicial del préstamo empleado para la elaboración del ejemplo será de un mínimo de 100.000 euros o, a partir de dicho importe, un múltiplo de 50.000 euros, con un máximo de 300.000 euros.

2.º El plazo de amortización empleado para la elaboración del ejemplo será de un mínimo de 10 años o, a partir de dicho plazo, un múltiplo de 5 años, con un máximo de 30 años.

3.º Cuando el anuncio mencione una tarifa promocional o condiciones especiales de uso que deriven del funcionamiento normal del préstamo en cuestión, aplicable de forma temporal, el ejemplo representativo deberá ilustrar las condiciones normales de ejecución del contrato de préstamo.

4.º El ejemplo representativo indicará que tiene tal condición.

²⁴ Como indica CORDEIRO LOBATO “Obligaciones de información previa” En CARRASCO PERERA (dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019: “El coste es el mayor reclamo publicitario de un crédito, y es también lo que justificó que, tras la liberación de la publicidad de créditos y productos financiero, la publicidad sobre el coste quedara sujeta a autorizacio’n previa del Banco de España.”

²⁵ Fuera de estos supuestos, habría de regirse por las normas generales de toda publicidad. Igual previsión aparece en el derecho italiano en el 120-octies del Testo Unico Bancario, pero para estos casos que no muestren el tipo de interés u otra cifra concerniente al coste del préstamo, la resolución ministerial CICR

encontramos ante un sistema de “términos desencadenantes”, de modo que esta obligación de contenido de la publicidad surge si se menciona el tipo de interés o cifras relacionadas con el coste del préstamo.

Acerca de cuándo se entiende que se incurre en este presupuesto, compartimos los argumentos esgrimidos por ORDÁS ALONSO²⁶, quien entiende que *“tal exigencia se referirá a aquellos supuestos en los cuales la alusión al coste de la operación se efectúa aportando unas concretas cifras, como sería, por ejemplo, el supuesto en el que conste que el interés nominal es de un 5%. No será preciso, en cambio, y siempre desde mi punto de vista, someter la campaña publicitaria a la constancia de la tasa anual equivalente cuando se limita a contener expresiones del tipo “uno de los tipos de interés más bajos”, “a un interés menor que el de un crédito personal”, “los tipos de intereses más competitivos del mercado”, “el mejor tipo de interés”, etcétera, sin hacer ningún tipo de referencia a su concreta cuantía, dado que en estos casos es evidente que al solicitante de crédito no le bastará con este tipo de publicidad ni para decidir con qué empresa desea efectuar su operación ni para hacerse una idea mínimamente aproximada del coste del servicio que pretende contratar, sino que deberá dirigirse a cada una de ellas en demanda una información más específica. En apoyo de esta tesis se encuentra el propio tenor del precepto al referirse al “tipo de interés o cualesquiera otras cifras”*.

A nivel conceptual, podríamos diferenciar la actividad publicitaria de la actividad informadora que debe realizar la entidad. Así, siguiendo a PICATOSTE BOBILLO²⁷, podríamos señalar las siguientes diferencias:

a) La publicidad se dirige a una colectividad indeterminada de hipotéticos consumidores, al público en general, mientras que la información mira a un destinatario concreto e identificado, aquel que se presenta como posible contratante.

b) La publicidad es voluntaria y eventual, mientras la información es una obligación legal impuesta al empresario o profesional.

c) La publicidad cumple una primera función de reclamo, de captación de clientes, aspira a ser sugestiva, quiere conquistar voluntades; de ahí que sea tolerable

n. 380 del 29 settembre 2016 exige que se indique la propia naturaleza del mensaje publicitario, con indicación de que la información precontractual está a disposición de la clientela.

²⁶ ORDÁS ALONSO, MARTA “La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario” En AAPP Derecho Civil. Vivienda e hipoteca. Tecnos. 2018.

²⁷ PICATOSTE BOBILLO, JULIO. “El derecho de información en la contratación con consumidores” Actualidad civil, ISSN 0213-7100, Nº 4, 2011.

una tendencia a la hipérbole propia de la función persuasiva que corresponde al anuncio promocional, con las limitaciones, lógicamente, que impone la prohibición de la publicidad engañosa; la información, por el contrario, referida a datos concretos, es ya necesariamente objetiva, cuya finalidad es conseguir un consentimiento reflexivo de los contratantes.

d) A ellas se podría añadir, además, el diferente ámbito de protección: mientras el deber precontractual de información se estructura como una medida de protección a los consumidores, la publicidad conlleva también como bien jurídico la protección de la competencia, protegiendo la transparencia del mercado en términos de que permita la libre competencia²⁸.

Pero como se ha expuesto, en la medida en que dicha publicidad incorpore datos o características del producto promocionado, también realiza una función informadora. De ahí que diversos autores hayan diferenciado la publicidad de simple reclamo o persuasiva, de aquella que tiene valor informativo²⁹, siendo esta última, como bien señala MORALES MORENO, la que puede suscitar expectativas concretas en el consumidor, y que conlleva la integración del contrato en el sentido indicado por el art. 61 de la LGDCU, quedando vinculado el empresario a lo dispuesto por dicha publicidad.

Acerca de la trascendencia de esta publicidad en la contratación, indica el Banco de España³⁰ que la publicidad es el ***“primer eslabón habitual de la relación de una entidad con sus clientes, se configura como un importante método de persuasión capaz de influir en el comportamiento económico de esto (...) Con carácter general, la publicidad supone el primer punto de contacto entre una entidad y su potencial cliente, por lo que la información que en ella se transmite suele tener un gran impacto en la generación de las expectativas del cliente sobre el producto en cuestión y el consiguiente proceso de toma de decisiones.”***

No en vano, ya la *Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial* recoge en su

²⁸ LEÓN ARCE, A.; ALVARGONZÁLEZ TERRERO, C.; DÍAZ MÉNDEZ, C. “Derechos básicos de los consumidores y usuarios” En DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA LM. *Derechos de los consumidores y usuarios*. 3ª Edición. Editorial Tirant. 2016

²⁹ DÍEZ-PICAZO. L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996; MORALES MORENO, A. “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 52, Nº 1, 1999,

³⁰ Memoria de reclamaciones del Banco de España año 2017: ADENDA: “La actividad publicitaria de productos y servicios bancarios de las entidades supervisadas por el banco de España”

Considerando 22 que es preciso que el material publicitario y la información precontractual personalizada incluyan las oportunas advertencias específicas de riesgo, como pueden ser las posibles repercusiones de las fluctuaciones del tipo de cambio, o la naturaleza y consecuencias de constituir una garantía, recogiendo en su considerando 37 que la publicidad no debe generar una “impresión engañosa sobre el producto”. Esto último se recoge en el articulado de dicha Directiva, donde el art. 10 expresa que los Estados exigirán que las comunicaciones publicitarias y comerciales sobre los contratos de crédito sean **leales y claras y no resulten engañosas. En particular, se prohibirá toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito.**

Por ello, parece claro que la publicidad, en cuanto que exprese datos o características del producto o servicio ofertado que genere una expectativa en el cliente, tendrá efectos en el contrato que se celebre³¹, para lo que habrá que tener en cuenta no sólo los datos o cifras expuestos, sino el conjunto de consideraciones y mensajes que se transmitan a los potenciales clientes que puedan considerarse engañosos, alterando la realidad y creando una impresión errónea sobre el producto o servicio ofrecido, como se verá con posterioridad.

B) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

Respecto al incumplimiento de esta normativa, la Orden EHA/1718/2010 recoge en su artículo 5.4 que las entidades, que infrinjan las obligaciones previstas en esta normativa incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio –referencia que actualmente hay que entender hecha a la Ley 10/2014, de 26 de junio –. Pero además de esta responsabilidad administrativa, recoge dicho artículo 5 que el Banco de España podrá requerir la cesación, rectificación de la publicidad, o que se complete la misma, y todo ello “*Con independencia de las acciones que le puedan corresponder en el marco de lo previsto por la legislación general de publicidad*”, cuya LGP en su artículo 6 remite a

³¹ Igual expresa SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ “Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019” Editorial Tirant. 2019.: “Con estas previsiones se trata, bajo el principio de buena fe contractual y de la información publicitaria, de impedir prácticas que de por sí generen en el prestatario una confianza falsa sobre la obtención del crédito, sus condiciones y su coste real, de modo que nublen la capacidad del consumidor de comparar anuncios y ofertas de manera fiel así como su aptitud para atender y entender el contenido real del contrato concreto que firme posteriormente, pues parte de una idea equivocada sobre el mismo y el producto adquirido, a raíz de esa publicidad engañosa o desleal; idea que puede persistir a pesar de la información que con posterioridad se le aporte, máxime si esa información no cumple con las previsiones y exigencias informativas que más adelante se detallarán.”

las acciones de la Ley de Competencia Desleal respecto a la publicidad ilícita, que recoge las siguientes acciones en su artículo 32:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Respecto a las acciones de cesación y rectificación, hay que tener en cuenta que, cuando la acción se fundamente en el incumplimiento del Código de Conducta —para aquellas entidades adheridas al mismo—, será necesario que con carácter previo se inste ante el órgano de control del código de conducta —el Jurado de la Publicidad en AUTOCONTROL— la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido. Cuando la cesación o rectificación no se fundamente en el incumplimiento del Código de Conducta, la intervención del órgano de control será potestativa.³²

A dichas acciones, como señala el art. 6 LGP “*podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera*”.

Para ello, debemos tener en cuenta que la LGDCU recoge en su artículo 61.2 que el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores y usuarios, aunque

³² Hay que tener en cuenta que, según el art.29.3 del Reglamento del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, la resolución de las reclamaciones presentadas por consumidores individuales será vinculante para la empresa reclamada que se encontrase sometida al Jurado de AUTOCONTROL, pero no para el consumidor que haya presentado la reclamación y que haya formulado su oposición a la propuesta de resolución, en cuyo caso quedaría libre la vía judicial.

no figure en el contrato, debiendo además tenerse en cuenta para determinar la conformidad del contrato³³. Y es que, como señala PICATOSTE BOBILLO³⁴ trayendo a colación lo dictaminado por autores como BERCOVITZ o DÍAZ MORENO, en todo caso, esta integración del contrato por la publicidad es consecuencia de la buena fe y lo dictado por el artículo 1258 Cc, según el cual, el contrato no sólo obliga a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias derivadas de la buena fe, siendo la publicidad un acto previo al contrato que se debe tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes.

Esta vinculación con la conformidad del contrato puede ser exceptuada en los casos del artículo 116.1.d): a) cuando el vendedor demuestre que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración pública —publicidad— en cuestión, que difícilmente ocurrirá cuando la entidad sea la que publicite sus propios productos o servicios; b) que dicha declaración haya sido corregida en el momento de celebración del contrato, a lo que habría que añadir que el consumidor haya tenido real conocimiento de esta situación; c) o que demuestre que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

En el ordenamiento italiano, en los préstamos inmobiliarios al consumo sí encontramos una previsión expresa en caso de incumplimiento, al establecer el art. 120-noviesdecies del Testo Unico Bancario (en adelante TUB) la aplicación del art. 117 TUB, el cual, en el apartado sexto, señala que son nulas las cláusulas que establezcan tasas, precios y condiciones más desfavorables para los clientes que las anunciadas. En estos casos, el apartado séptimo señala que se aplicará la tasa de interés fijada por el Ministerio de economía y finanzas en los doce meses anteriores a la celebración del contrato, o , si es más favorable, a la prestación del servicio; y respecto al resto de precios y condiciones del contrato, se aplicarán los anunciados en el momento de la celebración del contrato, o si son más favorables, las del momento en que se presta el servicio, teniendo en cuenta que, en caso de ausencia de publicidad, no se debe nada.

En el caso español, aun no previéndose consecuencia específica en la Ley 5/2019 en estos casos de infracción en materia publicitaria, de todo lo expuesto parece claro que, aunque dicha publicidad tenga lugar con carácter previo a todo contacto concreto con el prestatario, sí que se encuentra, como hemos referido, íntimamente vinculada con la información previa a la contratación, pudiendo influir y determinar la

³³ Esta integración contractual con el contenido de la publicidad recogida en el artículo 61 se consagró legislativamente con el art.8 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, GDCU, que venía a recoger la práctica judicial del Tribunal Supremo reflejada en sus sentencias de 27 de enero de 1977 y 9 de febrero de 1981.

³⁴ PICATOSTE BOBILLO, J. “El derecho de información...” (op. Cic.)

relación contractual con el cliente, al influir en su voluntad de actuar, especialmente cuando no se realice la debida y completa información antes de contratar, con las consecuencias que eso puede conllevar, como es el caso de la publicidad desleal por actos u omisiones engañosos –art. 5 y 7 LCD–, pudiendo conllevar la acción de cumplimiento en caso de que sea posible, así como la acción resolutoria, reducción del precio o indemnizatoria³⁵, anulación del contrato por error vicio en el consentimiento, o la responsabilidad contractual por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar³⁶.

Un ejemplo de estas prácticas que se pueden considerar engañosas lo tenemos con la denominada por Cajasur “Hipoteca Ligera”, donde mostraba en su publicidad un yogur con el enunciado de “Euribor desde 0,40”, pero, sin embargo, la mayoría de estas hipotecas incluían una cláusula suelo, que no se daba a conocer:



Se omite así un elemento esencial en la configuración del “precio” y de las cuotas a pagar, dando la impresión a los clientes que tendrían como interés el Euribor +0,40 –a los que para ello además se le exigía tener contratado una serie de productos adicionales–, resultando a pesar de todo intrascendente todo esto al aplicarse en realidad la cláusula suelo, que ha podido ser el interés pagado durante la mayor parte de la vida del préstamo.

³⁵ Así, MORALES MORENO “Declaraciones públicas y...” (op. cit.) en aquellos casos en que la publicidad tenga contenido informativo.

³⁶ De manera similar, respecto a los contratos de crédito al consumo y la información básica que debe figurar en la publicidad, PALACIOS GONZÁLEZ y BERNAL DEL CASTILLO: “Hay que decir, por último, que el eventual incumplimiento de esta obligación no solo tendría consecuencias sancionadoras en el ámbito administrativo sino también en la relación jurídico privada entre las partes. A salvo una eventual responsabilidad contractual en caso de que por la actuación negligente el consumidor sufriera algún daño patrimonial (art. 1101 CC) cabría, en este mismo ámbito privado, la anulación del contrato en caso de que la falta de información haya podido dar lugar a un consentimiento viciado, bien por dolo o -más normalmente- por error. También podría darse el caso de poder exigir la integración contractual por omisión de información relevante (art. 65 TRLCU) o la calificación de práctica desleal por omisión de información con las consecuencias previstas en la legislación aplicable.” PALACIOS GONZÁLEZ y BERNAL DEL CASTILLO “Los contratos de crédito al consumo (ley 16/2011, de 24 de junio)” En DE LEÓN ARCE, GARCÍA GARCÍA. *Derechos de los consumidores y usuarios*. 3ª Edición. Editorial Tirant. 2016.

Otro ejemplo lo podemos ver en las denominadas “Hipotecas Tranquilidad”, en donde ya desde el propio nombre trae a confusión, y se puede apreciar en una publicidad a una pareja descansando felizmente mientras se mostraba la siguiente información “Con la misma cuota para siempre” “Ya no te preocuparán las subidas del tipo de interés”.



Dicha tranquilidad vendría determinada por la previsibilidad del importe de las cuotas, pero lejos de no importar la subida del tipo de interés, supone sin embargo un hecho decisivo en el funcionamiento de este préstamo, ya que puede conllevar, al estar el importe de la cuota prefijado, que en épocas de interés al alza sólo se paguen intereses durante varios años sin amortizar nada de capital, incluso pudiéndose capitalizar los intereses no cubiertos por la cuota, hechos que además determina que no se sepa el término exacto de dicho préstamo, o se tenga que abonar una importante suma de capital pendiente como pago único al finalizar el período máximo.

Este tipo de publicidad, como en el caso de las hipotecas tranquilidad, son tenidas en cuenta por los Tribunales, como refleja la SAP de Alicante de 14 de junio de 2018 (rec. 683/2017), donde señala que la información suministrada no era pertinente para conocer las peculiaridades del contrato, siendo, *distorsionada, además, por la publicidad*. De modo similar la SAP de Madrid de 14 de junio de 2018, que declara la nulidad de las cláusulas controvertidas por incumplimiento de los deberes de información precontractuales necesarios, teniendo en cuenta el contenido de la publicidad e indicando en sus razonamientos que “*Como hecho de partida para evaluar el deber de información exigido en este caso a la entidad bancaria, está la publicidad del producto, pues ésta es la que atrae al consumidor anunciando un medio de financiación atractivo*”.

E igualmente se puede observar cómo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (rec. 1662/2015) se recoge y se tiene en cuenta la publicidad que llevó a la prestataria a contratar un contrato tipo swap vinculado al préstamo hipotecario:

The image is a screenshot of a Bankinter advertisement. On the left, the word 'Intercambios' is written in a small, dark font. Below it, a large headline reads: 'Bankinter le ofrece la manera de mantener el precio de su hipoteca, **pase lo que pase.**' The word 'pase' is in orange. At the bottom left is the 'bankinter.' logo in orange. On the right side, there is a block of text. It starts with 'Estimado cliente,' followed by a paragraph explaining the 'Intercambio' product, which guarantees stability in the price of a mortgage or any other variable-rate loan. It states that the product allows changing the type of interest (from variable to fixed or vice versa) or changing the interest rates to constants, thus eliminating the risk of interest rate increases. Below this, another paragraph states that the product acts exactly like a security, providing coverage over the duration and percentage of the loan. The final paragraph provides contact information: customers can visit the 'Red Comercial', call 901 13 23 13, visit www.bankinter.com, or use the mobile app at <https://movil.bankinter.es>.

En dicha publicidad online se mostraban las “virtudes” de dicho producto, presentándolo como un “seguro” frente al riesgo del encarecimiento del préstamo. Como argumenta el TS, no se hace una referencia de los riesgos que dicho producto, al tratarse de un derivado financiero, puede contener, especialmente en el coste de cancelación que podría conllevar, estimando así la concurrencia de error vicio en el consentimiento.

En sentido similar, teniendo en cuenta la publicidad emitida, se pronuncia la STS de 10 de abril de 2018 (rec. 1824/2015), en donde se valoraba la publicidad del swap contratado donde se afirmaba que funcionaba «igual que un seguro», «de forma similar a un seguro», «igual que un seguro, ofreciendo una cobertura frente a un posible riesgo», sin que, por el contrario, se acreditase “haber informado sobre el riesgo que implicaba la contratación, ni sobre el coste de la cancelación, lo que resulta decisivo en un contrato de la complejidad del litigioso y determina la apreciación de error vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad”.

En parecidos términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2013 (rec. 31/2012) igualmente estimaba la concurrencia de vicio en el consentimiento en un producto vinculado al préstamo hipotecario, denominado “Contrato de gestión de riesgos financieros” o “Clips Bankinter”, en base a la publicidad que aparecía en la página web de dichos productos, calificando el Tribunal de “Publicidad engañosa” la ofrecida por dicha web, teniendo por principal slogan

"SUJETE EL TIPO DE INTERÉS DE SUS PRÉSTAMOS", y con afirmaciones tales como *"No dependa de las subidas de los tipos de interés y siga disfrutando del mismo nivel de vida"*, o *"De esta manera, podrá mitigar el riesgo financiero de todos sus préstamos"*, sin que en ningún momento se advirtiese de los riesgos negativos para el cliente, como la situación ante la bajada de los tipos de interés. Además, recoge dicha Audiencia otras Sentencias de diversas Audiencias Provinciales donde igualmente tienen en consideración la publicidad emitida, como la SAP Madrid de 26 de junio de 2012 (rec. 899/2011), SAP Murcia de 28 de junio de 2012 (rec. 264/2011), o la SAP Valladolid de 6 de noviembre de 2012 (rec. 195/2012).

II.- EL DEBER DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN PREVIA

Sumario: A) INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN PRECEPTIVA; B) LA INTERVENCIÓN NOTARIAL; C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO: 1.- No superación del control de transparencia.; 2.-El error vicio en el consentimiento.; 3.-La no incorporación de la cláusula. 4.- Indemnización de daños y perjuicios.

A) INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN PRECEPTIVA

Uno de los pilares fundamentales en la contratación del préstamo hipotecario, tal y como se ha puesto de relieve estos últimos años³⁷, es el correcto cumplimiento por parte del prestamista de su obligación de informar previamente de los préstamos que ofrecían y de todas sus características y funcionamiento.

Ello se debe principalmente a diversos factores, como es la falta de negociación existente en estos tipos de productos –más allá de elegir distintas opciones prefijadas por la entidad, quien determina todo el contenido del contrato–, la desigualdad en la información obrante por parte del prestamista y de los prestatarios, así como la

³⁷ A raíz de la normativa y jurisprudencia europea de los últimos años ha ganado importancia esta protección de los consumidores, señalando PULIDO BEGINES respecto al origen de esta normativa de consumo que: *"Dicha tendencia hunde sus raíces en el periodo posterior a la Gran Depresión y sus primeras manifestaciones se dan en los EE.UU. Las medidas tomadas por la administración del presidente Franklin D. Roosevelt pueden considerarse el punto de partida del moderno Derecho público de la regulación de los mercados financieros (concretamente la Banking Act de 1933). Ya desde entonces se localiza como uno de los puntos fundamentales de esta disciplina la protección del ahorrador."* PULIDO BEGINES, JL "El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID" *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 32, Nº 130, 2013,

complejidad que resultan de muchos de estos contratos y de su clausulado.³⁸ De este modo, como señala PULIDO BEGINES³⁹, “*al ir a la raíz de la deficiente reciprocidad contractual, puede afirmarse que el derecho de información del cliente es la más importante herramienta de protección de sus intereses*”.

Todo ello requiere que se refuerce este deber de información, a la vez que se pretende corregir el déficit de información del que disponen los prestatarios —así la propia Directiva 2014/17 recoge en su artículo 6 la necesidad de fomentar la educación financiera de los consumidores sobre la responsabilidad y gestión de la contratación de préstamos hipotecarios—.

Para ello, uno de los objetivos que se pretenden con las últimas reformas legislativas es conseguir esta mayor protección de los prestatarios en la información que reciben. Ya la Directiva mencionada recoge la necesidad de que se comercialicen los préstamos teniendo en cuenta los intereses del consumidor, garantizando la confianza de éstos a través de un elevado grado de equidad, honestidad y profesionalidad —Considerando 31—. Recoge esta normativa europea la necesidad de recibir tanto una información general, para que pueda evaluar todos los productos y servicios disponibles, como una información personalizada en base a sus circunstancias específicas, debiendo ser esta información clara y con un lenguaje sencillo y comprensible.

Todo ello conlleva no sólo a garantizar un elevado grado de protección para los prestatarios, sino que repercute en que conozcan los compromisos asumidos, y se preserve la estabilidad financiera.

De este modo, respecto a la información y documentación que deben prestar a los prestatarios antes de que quede vinculado por el contrato, tenemos que recoger lo que dispone la normativa general de aplicación a los consumidores, que es la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007. Dicha Ley señala en su artículo 60 que el empresario deberá suministrar al cliente, de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, siendo esta información suministrada de forma gratuita, y al menos en castellano, como señala su apartado cuarto.

³⁸ De manera similar, PINO ABAD, MANUEL “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.151/2018 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

³⁹ PULIDO BEGINES, JL “El deber de las entidades...” (*Op. Cit.*).

Igualmente a lo que ocurre con la publicidad que realice la entidad, el artículo 61 de esta norma establece que el contenido de dicha información u oferta previa es exigible al empresario, aunque luego no aparezca finalmente en el contrato, teniéndose en cuenta a la hora de determinar la conformidad con el contrato.

Respecto a los deberes de información y documentación en la normativa específica de aplicación existente, habrá de estarse principalmente a lo dispuesto por la Ley 5/2019, en la Orden EHA/2899/2011, así como en la Circular 5/2012 que la desarrolla⁴⁰. Tenemos que destacar en este punto que no se va a tratar aquí el contrato o servicio de “asesoramiento”⁴¹, cuestión independiente y ajena a estas obligaciones de información que corresponden a los prestamistas

Respecto al modo en que debe llevarse a cabo esta obligación de información a los clientes, en base a la normativa señalada tendríamos que destacar:

- Toda la información que se suministre y la actuación con la clientela debe realizarse de manera **honesta, imparcial, transparente y profesional**, respetando los derechos e intereses de los prestatarios —Art. 5.1 de la Ley 5/2019—, o en términos de la Orden EHA/2899/2011, **clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa** —Art. 6 Orden 2011, Norma sexta Circular 5/2012—. De este modo, en las comunicaciones que se realicen con los clientes, no se debe destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes, ni omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante —art. 8 de la Orden—.

Concretamente, para los préstamos se prevé que se deban dar explicaciones que permitan al cliente entender el modo de cálculo de las cuotas y de otros posibles costes

⁴⁰ Nos centraremos en este trabajo en la normativa estatal. Hay diversa normativa autonómica, como la andaluza (Ley 3/2016, de 9 de junio), que recoge documentación adicional a aportar por el prestamista, normativa ésta que, según autores como RAMÍREZ ALBUÉS y REVENGA RUIZ, debería verse superada por la normativa estatal, según la DA5ª de la Ley 5/2019. No obstante, mediante el Decreto-ley 5/2019, de 17 de diciembre, que modifica la mencionada Ley 3/2016, se mantiene la existencia de esta documentación adicional. RAMÍREZ ALBUÉS, F. y REVENGA RUIZ, A. “Relación de la normativa estatal con la propia de las Comunidades Autónomas dictada en el ejercicio de sus competencias” En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019.

⁴¹ Dicho contrato consiste en un servicio generalmente remunerado –salvo disposición en contrario– donde se recomienda de manera personalizada una serie de servicios bancarios disponibles en el mercado –y no sólo los productos del propio prestamista que realiza el asesoramiento–. Aparece recogido en el art. 10 de la Orden 2011, y más desarrollado en el art. 19 de la Ley 5/2019, y art. 3 y 4 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019. Sobre dicho servicio puede consultarse PEREA ORTEGA, RAFAEL “El asesoramiento en préstamos inmobiliarios” En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019

o penalizaciones, así como una clara descripción de las obligaciones asumidas por el cliente y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, debiéndose **extremar la diligencia** en aquellos casos donde existan riesgos especiales, se deban evaluar diversos aspectos por parte del cliente, así como cuando pueda entrañar obligaciones muy onerosas para dicho cliente —norma quinta de la Circular 5/2012—.

Se debe informar de las **comisiones o gastos** que se le vaya a repercutir al consumidor con motivo de la operación, pudiendo el cliente desistir de la misma. Si la comisión de apertura no integra la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o similares, deberá detallarse con precisión los servicios y sus importes —Norma Sexta Circular 5/2012—.

Si se ofertan **servicios bancarios vinculados**, se deberá informar sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones, y cuando sólo resulte posible la contratación del servicio vinculado a otros en las condiciones pactadas, se debe señalar el coste individual de cada servicio, y de los efectos de no contratación individual o cancelación anticipada sobre el coste total. —art. 12 Orden—.

A este respecto, el artículo 17 de la Ley 5/2019 prohíbe con carácter general las **prácticas vinculadas**, aunque se exceptúa: 1) Que la autoridad competente autorice prácticas combinadas que el prestamista pueda demostrar que acarrea un claro beneficio para los prestatarios; 2) La suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario —debiendo admitirse pólizas de otros proveedores de prestaciones equivalentes—; 3) La concertación por el prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, de ciertos productos financieros establecidos por orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, siempre que sirva de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo y que el deudor y los garantes reciban información precisa y detallada.

Y en cuanto a las **prácticas combinadas**, se permiten por regla general, siempre y cuando se realice la oferta de los productos de forma combinada y por separado, de modo que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra, y de que se informe expresamente de: *a) que se está contratando un producto combinado, b) del beneficio y riesgos de pérdida, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, incluyendo escenarios simulados, c) de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios, d) de los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o*

cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios combinados, y e) de las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado.

Así, **si se exige la contratación de seguros** en cumplimiento de las obligaciones del contrato, de daños, u otros seguros prevista por la normativa del mercado hipotecario⁴², el art. 14.1.f) señala que se exigirá al prestamista entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

En el caso en que se oferten **instrumentos de coberturas** del riesgo de tipo de interés, se deberá tener mayor cautela en la información a suministrar, indicando su naturaleza, duración, así como de las concretas particularidades y riesgos de dichos productos —art.24 Orden 2011—.

Deberán **tener a disposición** de los clientes, bien en la web de la entidad o en los establecimientos, las condiciones generales de la contratación usadas en los contratos de préstamo inmobiliario —que se hallarán inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación— —Art. 7 Ley 5/2019—, así como la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario elaborada por el Banco de España.

Los **avalistas** deben ser informados de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen⁴³ —norma quinta de la Circular 5/2012—.

Toda esta información se debe recibir de manera **gratuita** —Art. 5.2 de la Ley 5/2019, Art. 6 Orden 2011, Norma Sexta Circular 5/2012—.

Estos deberes de información contractual se materializan en una serie de **documentación** de obligado cumplimiento que la entidad ha de aportar al cliente, sin

⁴² Señala SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ “Los contratos de ...” (*op.cit.*): “Con respecto a esa referencia a la normativa del mercado hipotecario, cabe advertir que actualmente la única exigencia de tal normativa es la suscripción de un seguro de daños respecto al inmueble hipotecado debiendo la suma asegurada coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo (art. 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y art. 10 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981).”

⁴³ Esta previsión para los avalistas deberá extenderse a todos los garantes, incluidos los hipotecarios. Como mínimo, deberán recibir también la FiAE —art. 22 Orden 2011—, aunque entendemos que, para mayor garantía de información, transparencia, y cumplimiento de esa obligación de informar de sus obligaciones y responsabilidades, deberán recibir copia del FEIN y del contrato. No en vano, el art.15 de la Ley 5/2019 establece que la obligación de comparecencia ante notario y las normas de protección al prestatario se extenderá a toda persona fiadora o garante, y así también el artículo 1 establece como objeto de la Ley el establecer normas de protección de los deudores, fiadores o garantes.

perjuicio de la información que se suministre verbalmente, así como de las aclaraciones o explicaciones que se realicen sobre el contrato.

En cuanto a dicha documentación a entregar de manera previa a la celebración del contrato, conviene aclarar, para empezar, la situación actual, debido a la dispersión normativa y a los recientes cambios normativos y reformas, que no siempre se realizan con la debida claridad.

Así, con anterioridad a las reformas acontecidas en 2019, la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* recogía la obligatoriedad de emitir la FIPRE (ficha de información precontractual), ficha que se emitía con información general y orientativa sobre el servicio solicitado por el cliente, y la FIPER (ficha de información personalizada), ficha con información personalizada referida al cliente según su situación financiera y preferencias, a la que se podía añadir la Oferta Vinculante cuando el cliente lo solicitase, que tenía la forma de la FIPER con la mención expresa de la condición de oferta vinculante y su duración.

En la actualidad, respecto a la información precontractual, se sigue conservando la denominación de FIPRE (ficha de información precontractual) para este tipo de información previa en la Orden, aunque en la redacción actual remite al contenido dispuesto en el artículo 9 de la Ley 5/2019, junto a la ficha del Anexo I de la Orden. La FIPER (ficha de información personalizada) que venía recogida en la Orden, queda sustituida por la FEIN (ficha europea de información normalizada), pero esta vez no regulada en la Orden –salvo algunas menciones aisladas–, sino en la Ley 5/2019. Y a su vez, en esta Ley aparece denominada como “información precontractual” en el artículo 10 lo que en la Orden era la información personalizada, es decir, la actual FEIN. A todo ello, se le suma la aparición en la Ley y en la Orden de la ficha de advertencias estandarizadas o FiAE.

Esta diversidad de textos obliga a tener que acudir a todos ellos para comprender en su totalidad qué documentación previa es necesaria y qué información debe contener, sin que en principio la ubicación en un texto o en otro vaya a otorgar diferente eficacia jurídica. Aunque, eso sí, habría que entender que lo dispuesto en la nueva Ley que pueda ser contrario a lo recogido anteriormente por la Orden o Circular—cuyo texto se

haya mantenido— prevalece a lo dispuesto por estas disposiciones, al tener la nueva regulación rango de Ley y ser posterior en el tiempo⁴⁴.

Como se puede comprobar, puede resultar algo liso y confuso a la hora de concretar la situación actual, aunque en conclusión y para mayor aclaración, podríamos clasificarlo así:

a)-Ficha de información precontractual (FIPRE): Recoge la información general a suministrar a los potenciales prestatarios. El contenido se recoge en el art. 9 de la Ley 5/2019, el texto modelo de la Ficha aparece en el Anexo I de la Orden 2011, y el contenido a resaltar en la Circular 5/2012.

Estará a disposición de los clientes en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad —art. 32 novie Orden 2011—, y en el texto figurará en primer lugar la advertencia de que su información es orientativa, sin que se obligue la entidad a la concesión del préstamo. A continuación, se detalla los datos identificativos de la entidad, características del préstamo, tipo de interés, vinculaciones y gastos preparatorios, tasa anual equivalente y coste total del préstamo, así como la amortización anticipada y sus posibles compensaciones. Debiendo especificar, como se ha mencionado, el contenido señalado en el artículo 9 de la Ley 5/2019.

b)- Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN): En ella se recoge la información personal y específica, y tendrá la condición de oferta vinculante⁴⁵. Aparece principalmente en la Ley 5/2019, recogiendo en su Anexo I el texto modelo (parte A) de dicha Ficha⁴⁶, así como las instrucciones para cumplimentarla (parte B)⁴⁷.

⁴⁴ Esto puede ser el caso de lo establecido respecto a la evaluación de la solvencia, como luego se tratará, aunque también queda la duda de por qué no se cambió o adaptó en las posteriores reformas de la Orden y Circular, cuando se ha tenido oportunidad de hacerlo.

⁴⁵ A pesar de que el artículo 14 de la Ley le reconoce el carácter de oferta vinculante para la entidad, llama la atención como en el modelo del Anexo I recoge “(Si ha lugar) El presente documento no conlleva para [nombre del prestamista] la obligación de concederle un préstamo.”. Posiblemente se deba al mantenimiento de lo que se establecía en la regulación anterior, ya extinta. Entendemos que, al tener dicha ficha siempre la condición de oferta vinculante, una vez emitida, vincula a la entidad durante el plazo establecido.

⁴⁶ No aparece en la Circular 5/2012 la información que debe resaltarse en la FEIN, pero sí que sigue apareciendo la del FIPER, que podemos entender aplicables igualmente al FEIN, debido a que ésta sustituye a aquella, y por la similitud de su contenido. En todo caso, el Anexo I de la Ley señala que “Se indicarán de forma destacada todas las advertencias de riesgo aplicables.”

⁴⁷ Entiende PERTÍÑEZ que, debido al nivel máximo de armonización establecido por la Directiva 2014/17, “el Anexo I de la LCCI, sobre la Ficha Europea de Información Normalizada, resulta innecesario o bien debería haberse limitado a ser una mera traslación del Anexo II (sobre la FEIN) de la Directiva 2014/17/UE. Sin embargo, el legislador español ha procedido a hacer una mezcla de la

Dicha ficha se basará en las necesidades, situación financiera y preferencias del cliente, con el objeto de poder comparar el préstamo con otros del mercado, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión fundada. Se debe entregar como mínimo 10 días antes de la firma del contrato⁴⁸. —Art. 10 y 14 Ley 5/2015—.

Su contenido es algo más extenso, e incorpora: los datos identificativos del prestamista, del intermediario (si ha lugar), características del préstamo⁴⁹, tipo de interés y otros gastos, periodicidad y número de pagos, importe de cada cuota hipotecaria, tabla ilustrativa de reembolso, otras obligaciones, reembolso anticipado, elementos de flexibilidad, otros derechos del prestatario, reclamaciones, incumplimiento de los compromisos vinculados por el prestatario y sus consecuencias, información adicional, y el Supervisor del prestamista.

c)- Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Recoge las principales advertencias y riesgos a tener en cuenta por el prestatario, y aparece recogida en la Ley 5/2019 y desarrollada en la Orden, donde en el Anexo II aparece el texto del modelo a utilizar.

Igualmente, debe entregarse con una antelación mínima de 10 días a la firma del contrato, y se elaborará basándose en la FEIN y el proyecto de contrato. Debe informar de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, “al menos”, los índices oficiales utilizados para fijar el tipo de interés, la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo debido al impago y los gastos derivados de ello, la

Parte A (Modelo de la FEIN) y de la Parte B (Instrucciones para cumplimentar la FEIN) del Anexo II de la Directiva 17/2014/UE que, desde luego, no lo mejora en claridad y que, además, en lo que hipotéticamente pudiera alterar el contenido de aquel Anexo II de la Directiva 2014/17/UE, no será vinculante, dado el nivel máximo de armonización al que ya nos hemos referido” PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F “El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial.” Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.154/2019 parte Artículos Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

⁴⁸ Con anterioridad a la Ley 5/2019, respecto del plazo mínimo con que el cliente debía conocer con antelación las condiciones financieras finales de la operación, nada se establecía en la normativa. Sin embargo, el Banco de España ha venido entendiendo, como recoge en su Memoria de Reclamaciones de 2017, que dado que la Orden de 5 de mayo de 1994, en su artículo 7.2, y la Orden EHA/2899/2011, en su artículo 30.2, determinan que el cliente tendrá derecho a examinar la minuta de la escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos, durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, cabe deducir de ellas que la oferta vinculante y/o, en su caso, la FIPER —incluido, si procede, su anejo con la correspondiente información sobre la «cláusula suelo»— deben conocerse por parte del cliente con, al menos, esos tres días hábiles de antelación sobre la fecha señalada, en ambas normas reguladoras, para la firma de la escritura pública.

⁴⁹ Destaca aquí el cumplimiento que se debe hacer respecto a los préstamos en moneda extranjera, según el art. 20 de la Ley 5/2019, debiendo constar las exigencias que recoge el precepto, con las consecuencias que puede conllevar el incumplimiento conforme a su apartado sexto, como se verá más adelante.

distribución de los gastos del préstamo y, en su caso, que se trata de un préstamo en moneda extranjera⁵⁰ —art. 14 Ley 5/2019—. Entiende PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁵¹ que, debido al carácter de mínimos que se configura para el FiAE —con la expresión “al menos”—, el prestamista deberá realizar aquí todas aquellas advertencias, sobre cláusulas o elementos relevantes del producto ofrecido, que no tengan encaje en los otros documentos, de suerte que no se convierta en una duplicación de la FEIN.

d) Otra documentación. Junto a las fichas anteriores, se deberán entregar, además, con una antelación igualmente mínima a 10 días a la celebración del contrato:

-En los préstamos con interés variable, un documento separado con las cuotas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la FEIN haya presentado durante los últimos veinte años o el plazo máximo disponible si es menor. Si el tipo de interés aplicable inicialmente al préstamo se correspondiera con el nivel máximo o mínimo durante los últimos veinte años, se tomará como referencia para el cálculo dicho nivel incrementado o disminuido, según el caso, en un cincuenta por ciento —art. 14 Ley, y 26 Orden—.

-Copia del proyecto del contrato, que se ajustará al FEIN y FiAE, e incluirá los gastos asociados de manera desglosada —art. 14 d) Ley 5/2019—.

-Información clara y veraz de los gastos que corresponde al prestamista y prestatario, debiendo ajustarse a lo indicado por el art. 14.e) de la Ley 5/2019.

-Condiciones de las garantías del seguro que la entidad exija al prestatario —art. 14 f) Ley 5/2019—.

-Advertencia de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario sobre el contenido y consecuencias de la información suministrada en la documentación —art. 14 g) Ley 5/2019—.

-Se acompañará como Anexo al FEIN la información acerca de los instrumentos de coberturas de tipos de interés que se ofrezca vinculado a un contrato de préstamo,

⁵⁰ Debe contener también según el art.14 la información sobre la existencia de límite mínimo a la variación de tipo de interés, que omitimos en el texto debido a la prohibición de este tipo de cláusulas recogida en el art. 21 de la Ley 5/2019 —sí que se podrá aplicar dichos límites a las hipotecas inversas, art. 32 duodeces de la Orden 2011—. Sin embargo, en el modelo del Anexo II de la Orden, la referencia que recoge es una advertencia sobre la no existencia —en su caso— de límite al alza o cláusula techo ante las subidas del tipo de interés.

⁵¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F “El deber de transparencia en la Ley 5/2019...” (*op.cit.*)

especificando su naturaleza, duración, y características y riesgos tales como el pago de la prima, potenciales liquidaciones, o el coste de cancelación anticipada. —Art. 24 Orden 2011—.

- También deben ser informados previamente por escrito si se está recibiendo o no un servicio de asesoramiento, y en caso negativo, no se puede usar en toda esta información y documentación los términos «asesorar», «asesor», «asesoría», «asesoramiento» o términos que en la práctica resulten análogos —Art.19 Ley 5/2019 y 3 del Real Decreto 309/2019—.

Además de toda esta documentación, el prestamista suministrará toda la información que sea necesaria, y responderá a las consultas que tenga el prestatario sobre la información contenida en los documentos entregados⁵² (art. 14.2 Ley 5/2019), aspecto esencial complementario a los requisitos formales de entrega de documentación, y que consideramos de igual relevancia.

E igualmente, se deberá informar acerca de si la entidad se ha adherido o no a un **código de buenas prácticas** y, en particular, a las implicaciones que dicha sujeción pudiera tener en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria y a las posibilidades de negociación y de acuerdo previos a la ejecución —Norma sexta Circular 5/2012—.

En el caso de que se produzca la **subrogación del deudor**, supuesto común que suele tener lugar en los casos de venta del bien hipotecado por la promotora, ha venido planteando problemas en cuanto a si la entidad prestamista estaba obligada, o no, a informar al nuevo deudor de las condiciones del préstamo y sus características. Dicho asunto ha quedado resuelto por la Ley 5/2019, donde en la Disposición Adicional sexta señala que lo dispuesto en la Ley será de aplicación en los supuestos de subrogación de deudor y los de modificación, y en la DA séptima se recoge expresamente que en estos casos de subrogación el empresario que vaya a transmitir el inmueble deberá comunicar, al menos 30 días antes de la firma, este hecho al prestamista para que pueda analizar la solvencia del nuevo prestatario y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual, así como al resto de las obligaciones que prevé la normativa⁵³.

⁵² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “El deber de transparencia en la Ley 5/2019...” (*op.cit.*) entiende divisible esta obligación de otorgar las explicaciones necesarias en tres niveles que desarrolla: 1) Obligación de asistencia, 2) Obligación de dar explicaciones sobre la adecuación del producto a la situación financiera del prestatario, 3) Obligación de proporcionar explicaciones complementarias sobre las características principales del contrato de préstamo.

⁵³ Se puede consultar también la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde examina diversos supuestos de subrogación pasiva en relación con empresas y/o particulares, y la procedente, o no, obligación del prestamista de informar según los supuestos.

Con anterioridad de esta Ley, se preveía –actualmente desaparecida esta previsión– en el apartado tercero del artículo 19 de la Orden EHA/2899/2011 que *“Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden.”*

Acerca de estas previsiones, consideramos correcto que se haya puesto el foco de atención en la entidad prestamista como sujeto obligado a informar de las condiciones financieras del préstamo a los nuevos deudores, pero, sin embargo, también hubiera sido recomendable que subsistiese esa obligación del constructor o promotor de entregar a los clientes la información personalizada relativa al préstamo, ya que no se exime al deudor originario de sus deberes respecto a la subrogación, por lo que como parte subrogada, debe cumplir con sus obligaciones y suministrar al subrogante los términos y la información necesaria en la relación jurídica que traspasa, siendo el principal reflejo de ello la información personalizada, y ello sin perjuicio como decimos de la debida información y evaluación que debe realizar la entidad prestamista.

Frente a la situación anterior a la Ley 5/2019, el Banco de España, como se refleja en la Memoria de Reclamaciones del año 2018, ha venido entendiendo que a pesar de no existir anteriormente ninguna norma que obligue a los prestamistas a informar “directamente” a los prestatarios subrogados, si dicha entidad interviene en el otorgamiento de la escritura con subrogación, ya sea como parte o compareciente *“resulta responsable de que el documento contractual que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que se eviten en dicho documento incorrecciones o se omitan aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente”*, ya que como es quien tiene la potestad de admitir la subrogación, a ella le interesa que sus clientes conozcan las condiciones que contratan.

De este modo, en los principios generales dedicados a préstamos responsables recogidos en el anejo 6 de la Circular 5/2012, refiere⁵⁴ que en estos supuestos del art. 19.3 de la Orden, la obligación que se le impone a los constructores o promotores *“no eximirá a la entidad de asegurarse, antes de aceptar la aludida subrogación, mediante*

⁵⁴ Sigue estando vigente la redacción, aunque habría que entenderla derogada por desaparición del art. 19.3 de la Orden.

los procedimientos apropiados, de que el cliente está adecuadamente informado sobre las características del préstamo.”

Y más claro aún respecto a la obligación de la entidad de informar al subrogado, ha sido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de noviembre de 2017, en el que ha establecido:

*“El hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, **no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica** que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. **Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.** 9.- La Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información.”*

Por lo tanto, ya se haya celebrado el contrato con posterioridad a la Ley 5/2019, o con anterioridad a la misma, resulta igualmente trascendente la información que la entidad prestamista debe suministrar a los prestatarios que se subrogan en el préstamo.

Como se puede observar, existe una profusa regulación en estos deberes de información y documentación a suministrar a los potenciales prestatarios. Surge con ello la incertidumbre de si realmente con esta numerosa documentación que recibe el prestatario, éste realmente se encuentra informado o, por el contrario, se le expone a una sobreinformación que supone una saturación tal de datos que impide tener un conocimiento real de lo que contrata y sus características⁵⁵.

Por ello, a pesar de esta necesaria entrega de documentación, resulta esencial que el prestamista preste “toda la información que fuera necesaria” —art. 14.2— así como las explicaciones adecuadas en el sentido señalado anteriormente, ya se realice verbalmente de las características del préstamo, ya sea por escrito con las comunicaciones que se puedan tener con la entidad —como puede ser vía emails—, de modo que se le informe de manera clara de todas las características y se le resuelvan todas las dudas que puedan surgir, teniendo esta información “extra-documental” la misma importancia que la documental. De este modo se ha pronunciado el TS en su Sentencia de 21 de junio de 2018, que aunque referido a un contrato de inversión, entendemos igualmente aplicable su razonamiento, en cuanto expone que “*ese deber de información no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual, sino que exige «una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos»*”, señalando que no basta así la suficiencia del contenido contractual, siendo necesaria una actividad “suplementaria” del banco para explicar la naturaleza, características y riesgos de la contratación⁵⁶.

⁵⁵ HELLERINGER, G.; SIBONY, A. “European consumer protection through the behavioral lens”. *Columbia Journal of European Law*, 23(3). 2017: “*The credo embedded in EU consumer law is that more information is always better for consumers. A behavioral perspective leads one to question this assumption, as humans cannot deal with too much information. However, this does not imply that disclosure mandates should be abandoned altogether as a technique.*” En igual sentido CALZECCHI ONESTI, CHIARA “L’arbitro bancario finanziario ed il tema dell’educazione finanziaria - il commento” *Contratti*, 2017, 4, 407: “*Il modo per migliorare i programmi educativi attualmente in vigore è quello di diminuire la quantità di informazioni, concentrando gli sforzi sull’aumento della qualità di pochi e fondamentali concetti, di pochi e fondamentali alert. In fondo, anche l’educazione finanziaria veicola e trasmette informazioni e quindi anche per essa deve valere la regola che “l’eccesso di informazione uccide la conoscenza”*”.

⁵⁶ Ciertamente, como advierte PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. “El deber de transparencia en la Ley 5/2019...” (op. Cit.), que “*si la exigencia de esas explicaciones adecuadas o de informar sobre todo lo que sea necesario se interpretara de una manera extensiva que añade de manera indiscriminada y arbitraria nuevas obligaciones de información a las ya recogidas con carácter muy extenso en la FEIN y en la demás documental exigida por el art. 14.1 LCCI, se corre el riesgo de que se vuelva a producir una indeseable brecha entre el deber de transparencia formal o documental y el deber de transparencia material. La interpretación de qué se entienda por explicaciones adecuadas es entonces una válvula que*

En este sentido se pronuncia igualmente la Directiva 2014/17 en su considerando 48, en donde incide en la posible necesidad de “asistencia suplementaria” del consumidor, señalando que los prestamistas *“deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de este y de la índole de los productos de crédito específicos.”*

De igual modo aparece recogido este deber de asistencia en Italia, donde en el *Provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* elaborado por el banco de Italia (versión de 15 julio de 2019), se concreta algo más esta obligación, disponiendo en el apartado 5.2.3 *Assistenza al consumatore de la SEZIONE VI-bis CREDITO IMMOBILIARE AI CONSUMATORI*, que el prestamista cumple la obligación de proporcionar aclaraciones al consumidor mediante la adopción de procedimientos internos destinados a garantizar que el consumidor pueda, antes de la celebración del contrato y durante todo el período de reflexión —7 días en la legislación italiana—, en horas normales de trabajo, comunicarse con el prestamista o las personas designadas por él para obtener explicaciones gratuitas sobre: a) la documentación precontractual proporcionada; b) las características esenciales del producto ofrecido; c) los efectos que pueden derivarse de la celebración del contrato, en términos de obligaciones económicas y consecuencias del impago. Se establece así que estos procedimientos deben asegurar un fácil acceso a las explicaciones y permitir que el consumidor pueda obtenerlas oralmente o, en cualquier caso, a través de técnicas de comunicación remota que le permitan, si lo desea, una interacción individual con los empleados, debiendo asegurarse el prestamista que el personal responsable de proporcionar las aclaraciones tenga un conocimiento adecuado y actualizado sobre la materia.

Por ello, parece claro que es esencial que el potencial prestatario disponga de toda la información de manera objetiva y clara, pudiendo tomar, de forma razonada, una decisión según sus condiciones, y teniendo en cuenta, como señala ADDANTE⁵⁷, que esta obligación de asistencia no implica que el prestamista deba identificar al cliente la oferta más adecuada —en cuyo caso estaríamos ante un servicio de asesoramiento—,

determinará que se abra más o menos el caudal a ulteriores reclamaciones fundadas en falta de transparencia.”

⁵⁷ ADDANTE, ADRIANA “Profili civilistici dell’attuazione italiana della Dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

debiéndose garantizar el uso de procedimientos organizativos internos que eviten prácticas de marketing que puedan inducir a los prestatarios a elegir productos que no se correspondan con su situación

B) LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

Sin embargo, posiblemente con el fin de paliar el exceso de litigiosidad que ha venido aconteciendo estos últimos años, y de los problemas surgidos en base a la inseguridad y las consecuencias económicas que pueden conllevar las reclamaciones derivadas del incumplimiento del prestamista de estas obligaciones de información, en la Ley 5/2019 se ha optado por un control notarial, que pudiera parecer un “blindaje” ante futuras reclamaciones sobre este asunto, a través de la intervención del notario. Así, ya el propio artículo 15 de la citada Ley se denomina “*Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material*”.

Se prevé así una comparecencia por parte del prestatario ante el notario, que tendrá como objetivos: a) Por un lado, obtener un asesoramiento por parte del notario de las dudas que presente, así como de las cláusulas específicas de la FEIN y FiAE “*de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica*”. Se prevé además que el prestatario deberá responder un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. b) Por otro, y que parece lo más relevante, el notario deber firmar un acta en el que conste, además del asesoramiento por él prestado, que el prestatario ha recibido, tras la oportuna verificación, toda la documentación e información necesaria especificada en la normativa que hemos referido anteriormente, –que incluye, según el art. 14.1.g, una *manifestación firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que le ha sido explicado su contenido*–, así como el asesoramiento prestado por el propio notario, sin que pueda autorizar el préstamo si no se acredita documentalmente estos extremos.

Para ello, el prestamista deberá remitir toda la documentación y la manifestación firmada por el prestatario al notario a través de medios telemáticos, concretados en los arts. 11 y 12 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, a través de una plataforma digital, debiendo disponer obligatoriamente dicha entidad de una plataforma de origen para el envío de dicha información y documentación⁵⁸.

⁵⁸ Interesante resulta respecto al uso de las plataformas lo dispuesto por ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “La tercera Instrucción de la DGRN (31 de julio de 2019) sobre la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario. Las plataformas digitales” *Diario La Ley*, Nº 9503, 2019.

Y respecto a este acta notarial, trascendente resulta lo señalado en el apartado sexto del art. 15: 6. “Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.”

Mucho se ha discutido acerca del valor de estos preceptos. Parece claro que, al menos desde un punto de visto “estético” o aparente, lo que se pretende por el legislador es dejar asentada la idea de que en la contratación se ha cumplido con el control de transparencia “material”, como indica el propio título del precepto, y el final del artículo 15.6. Sin embargo, esto parece cuestionable.

Autores como VALERO FERNÁNDEZ-REYES⁵⁹, parecen ver como positiva la incorporación de este tipo de medidas que garanticen la seguridad de las transacciones y la previsibilidad de la ejecución hipotecaria, pero entendemos que no puede garantizarse esa seguridad jurídica a costa de mermar la protección de los consumidores, como pudiera parecer que se pretende con dicha regulación.

Lo más propio de este tipo de intervenciones es que se controle la transparencia “formal”⁶⁰ –que no material–, dirigida a verificar el cumplimiento de la entrega de toda la documentación preceptiva, así como que el clausulado se encuentra legible y redactado de una manera clara, lo que la jurisprudencia suele identificar con el control de incorporación. Así, ya desde la STS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) se instauró esta diferencia de transparencia formal y material. Es reiterada la jurisprudencia que señala que esa transparencia material requiere un “plus” de información por parte del prestamista, especialmente centrada en el modo de informar, de forma que el

⁵⁹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. “La Ley de los contratos de crédito inmobiliario : aspectos registrales y relacionados con la jurisprudencia del TJUE : especial referencia a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre cláusulas de vencimiento anticipado” *Boletín del Colegio de Registradores de España*, ISSN 1135-0180, N°. 64, 2019

⁶⁰ Hacia esta transparencia formal o control documental señalan algunos autores, según los términos del propio Preámbulo de la Ley: “se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga”, pero también hay que tener en cuenta que justo antes recoge el Preámbulo que se atribuye a los notarios la función de “*comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario.*”

consumidor tenga un conocimiento real de las cargas jurídicas y económicas que supone la contratación que realiza.

Como acertadamente señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁶¹, pretender que el acta notarial *“pueda dar fe de la comprensión por parte del prestatario –de cualquier prestatario– del contenido íntegro de toda la documentación precontractual entregada y de las implicaciones económicas que en el presente o en el futuro puedan tener todas y cada una de las cláusulas financieras de un contrato de préstamo es cuanto menos iluso, por cuanto que la comprensión es un proceso psicológico de imposible verificación empírica”*.

Así, cabe plantearse qué valor realmente cabe atribuirle al acta notarial. El notario TORRES RUIZ⁶² entiende innecesario este apartado sexto al entender que se limita a reflejar el valor del acta en la legislación vigente, y sólo se pretende recordar a los operadores jurídicos su valor legal, y en sentido similar PERTÍÑEZ⁶³ al entender según la dicción literal del precepto que no pretende ir más allá del alcance probatorio de los documentos notariales que prevea la legislación.

No entendemos así que esta acta que levante el notario vaya a suponer una prueba plena de superar la transparencia material, aunque sí que puede suponer, en los términos expresado, como advierte DÍAZ GARCÍA⁶⁴, una inversión de la carga de la prueba que debería incumbir al prestamista, hecho que podría ir en contra del principio de efectividad de la Directiva 2014/17, en sentido similar a lo dictado por el TJUE en su Sentencia de 18 de diciembre de 2014 C-449/13⁶⁵, abogando así dicha autora por la supresión del precepto analizado –en su estudio analizaba el Proyecto de Ley antes de

⁶¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

⁶² TORRES RUIZ, S. “La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

⁶³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Transparencia material...” (op. Cit.)

⁶⁴ DÍAZ GARCÍA, H. “Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario” En AAPP Derecho Civil. *Vivienda e hipoteca*. Tecnos. 2018.

⁶⁵ Recoge el TJUE, respecto a la Directiva 2008/48, que el principio de efectividad: *“quedaría afectada si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 5 y 8 de la Directiva 2008/48 incumbiera al consumidor(...) En cambio, la efectividad del ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 2008/48 se asegura por una regla nacional según la cual el prestamista está obligado en principio a acreditar ante el juez el buen cumplimiento de esas obligaciones precontractuales.”*

su aprobación definitiva—. De este modo, entendemos que igualmente debe ser la entidad la encargada de poder acreditar el correcto cumplimiento de este deber de información.

De hecho, se puede comprobar cómo en el Anteproyecto se reflejaba expresamente dicha presunción, estableciendo el art.6.5 que *“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el principio de transparencia se ha cumplido en su vertiente material cuando se levante acta en los términos previstos en este artículo”*, siendo sustituida tal apartado por el 15.6 en los términos expresados con la referencia a la Ley del Notariado y LEC antes indicada, por lo que SILLERO CROVETTO⁶⁶ entiende que se suprime la presunción legal del cumplimiento de la transparencia material, haciendo el acta prueba del asesoramiento del notario y de la “manifestación” del prestatario de comprender el contrato, pero no que realmente lo haya comprendido

Cierto es que los prestatarios tienen la posibilidad —así como el deber—, de informarse de las condiciones del préstamo, poseyendo asesoramiento gratuito por parte del notario respecto de todas las consultas que se le puedan plantear acerca del contrato de préstamo, debiendo mantener una correcta diligencia en la contratación, pero esto no puede suponer que se le atribuya a dichos prestatarios la responsabilidad en casos de deficiente información, ni que se libere a la entidad de sus obligaciones de información y acreditación de la misma.

Además, debemos tener en cuenta que, en las últimas incorporaciones introducidas en la Ley 5/2019 antes de ser definitivamente aprobada, se introdujo el apartado –novenio en la regulación final– que establece que *“La actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo, conforme a lo previsto en el artículo 14.2.”* Y es que, como no podía ser de otra manera, es la prestamista a quien le corresponde esta labor de asesoramiento e información de la contratación que ofrece. Como acertadamente señala DÍAZ GARCÍA⁶⁷ *“ni el notario podrá juzgar si el producto hipotecario es el que más se adecúa al perfil del prestatario, ni tampoco podrá apreciar los riesgos económicos futuros que, en cambio, razonablemente pudiera conocer el profesional. El notario ni es*

⁶⁶ SILLERO CROVETTO, BLANCA “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual” En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019

⁶⁷ DÍAZ GARCÍA, H 2018 “Control notarial de cláusulas ...” (*op. Cit.*)

un asesor financiero, ni un experto en predicciones económicas, ni un evaluador de riesgos económicos”.

De hecho, más allá de la presunción de validez que otorga el ordenamiento, vemos complicado que el notario vaya a informar individualizadamente de todas y cada una de las cláusulas del préstamo proporcionando explicaciones sobre todas ellas, siendo una visión utópica que se aleja de la realidad, amén de la dificultad que comporta el explicar y hacer entender todas las características en una comparecencia que se mantenga con el notario. Y más aún si atendemos a la poca eficacia de la intervención de los notarios y de las supuestas advertencias que los mismos realizaban sobre las cláusulas suelos y demás riesgos del contrato de préstamo, que la práctica ha demostrado ser insuficiente, e incluso en ocasiones defectuosa, mostrando ciertas irregularidades o inexactitudes de lo declarado en la escritura –en la mayoría de los casos modelos prerredactados por la propia entidad prestamista– con la realidad⁶⁸.

Por tanto, no parece procedente establecer este control del notario como un “seguro” de que se cumple la transparencia material, por todos los motivos expresados, y porque además así lo ha entendido la jurisprudencia al interpretar la actuación del notario en la contratación de los préstamos hipotecarios, y es que aun suponiendo que éstos asesoren e informen detalladamente de las cláusulas del contrato, de manera que el prestatario pueda conocer realmente la carga jurídica y económica que supone, no es este el momento –ni el modo– en que el consumidor tenga que conocer la realidad de lo que contrata y replantearse toda la operación, con el efecto que pueda derivar además en la compraventa pendiente.

Decisivo sobre lo expuesto resulta la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en donde en la STS de 8 de junio de 2017 (rec. 2697/2014) pone de relieve que la intervención del notario **se produce “al final del proceso que lleva a la concertación del contrato”**, y debido a que suele ir unido dicho negocio con una compraventa de una vivienda *“no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de*

⁶⁸ Señala ALBIEZ DOHRMANN “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Nº. 7, 2017: “*Tampoco ha surtido efecto la llamada del legislador a los notarios de informar a los prestatarios del contenido de los préstamos bancarios otorgados en escritura pública y de controlar su transparencia. (...) Seguramente las cosas cambiarían si se llegara a pedir responsabilidad civil (además de la disciplinaria) a los notarios por no cumplir las obligaciones contenidas en los extensos artículos 18.2 de la Ley 2/2009 y 30.3 de la Orden EHA/2899/2011). En caso contrario, pocos efectos tendrá la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario en el estricto ámbito del control notarial*”.

comprar”, siendo expresiva la Sentencia de 24 de enero de 2018 (rec. 1586/2015), que, tras declarar que la intervención del notario es un elemento a valorar, señala que esto **“no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir”**. Así, declara dicho Tribunal que en estos casos se cumplen las exigencias de transparencias en el momento de celebrarse el contrato, pero:

“El problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información precontractual, muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que se acreditara que la información contenida en el anexo I le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo. De tal forma que si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual, de lo que no deja constancia la sentencia recurrida, no habría duda de la transparencia de la cláusula y por lo tanto no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo.”

Idéntico razonamiento puede realizarse al caso analizado con la nueva legislación, y es que el art. 15.3 establece que la comparecencia puede realizarse hasta el día antes de la firma de la escritura, por lo que en la fase final de la contratación, — donde DÍAZ GARCÍA⁶⁹ entiende incluso que ya se ha producido la perfección del

⁶⁹ DÍAZ GARCÍA, H “Control notarial ...” (*op.cit.*): Sin embargo, la oferta vinculante se conforma a través de la entrega de la FIPER y con su contenido (art. 23 Orden EHA/2899/2011). Si el consumidor la suscribe antes de comparecer ante notario, ya no hay marcha atrás. Y todavía más no la habrá, si ha recibido y aceptado la entrega del importe de su préstamo. Simplemente, se habrá perfeccionado el contrato de préstamo o, al menos, un precontrato de préstamo. Por tanto, de lo que se trata, cuando se acude al notario, en la mayor parte de los casos, es a elevar a forma pública un contrato ya perfecto, o como mínimo, poner en práctica un contrato ya proyectado con todos sus elementos. Ya no cabe alteración alguna.

contrato al aceptar ambas partes los términos de la oferta vinculante, e incluso haberse podido ya entregar la cuantía del préstamo— no resulta procedente que sea el momento en donde el prestatario se vaya a echar para atrás y cancelar toda la operación, además de la posible pérdida de la compraventa con los efectos que conlleva.

Por ello, habrá que esperar a ver cómo se interpreta dicho precepto por los jueces y tribunales cuando surjan nuevas cuestiones, para poder determinar si se busca dotar de mayor control y seguridad a los trámites informativos previos a la contratación, o, por el contrario, se pretende blindar y excluir todo tipo de reclamación posterior que pretenda alegar la posible falta de transparencia⁷⁰. Por nuestra parte, entendemos, como hemos referido, que no debe impedir o cerrar la vía a posteriores reclamaciones que puedan suscitarse por la incompleta o defectuosa información suministrada⁷¹, incumplimientos del prestamista de una obligación legal, que debe tener sus consecuencias, como analizamos a continuación.

C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO:

Cabe entonces preguntarse qué consecuencias tiene el incumplimiento de esta profusa regulación destinada a establecer obligaciones de información y documentación previa a suministrar a los posibles prestatarios. Parece claro que nos encontramos ante un asunto de capital importancia, como hemos referido, y consecuencia de ello es el especial énfasis que se pone en toda esta normativa, cuyo fin es salvaguardar los derechos de los prestatarios, y que éstos estén plenamente informados de la contratación que van a concertar.

⁷⁰ Igual entiende PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Transparencia material...” (op. Cit.): *El juicio negativo acerca del sistema de comprobación notarial del cumplimiento de la obligación de transparencia material dependerá del valor probatorio que se le atribuya a este acta notarial, porque si lo que se pretende es que cumplimentadas las formalidades a las que se refiere el artículo 13.2 PLCCI el acta haga prueba irrefutable de la comprensión por el prestatario de todo el contenido de los documentos entregados, de tal manera que no se admitiese prueba en contrario, este sistema por «kafkiano», en el más estricto sentido de la palabra, merecería la más negativa de las consideraciones. Nos resistimos a pensar que esto sea realmente así.*

⁷¹ Considera PERTÍÑEZ “El deber de transparencia en la Ley 5/2019...” (op.cit.), que en los litigios por falta de transparencia no se valorará la comprensión del prestatario, “sino que hay que valorar si por la suficiencia de la información proporcionada por la entidad prestamista y por el asesoramiento reflejado en el acta notarial, el prestatario, actuando con diligencia, debió conocer, por sí mismo o recabando el asesoramiento antes dicho, las consecuencias económicas de la cláusula en cuestión, por lo que no sería desproporcionado establecer una presunción de superación del deber de transparencia material, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones de documentación precontractual establecida”

Tenemos que partir de la base de que esta obligación de suministrar información previa supone un presupuesto básico de toda contratación. Así, en el ámbito concreto de la contratación bancaria, la propia Circular 5/2012 establece en su norma quinta que las entidades deberán dar las explicaciones adecuadas y suficientes de los servicios que oferten, incluso en el caso de operaciones y servicios en los que no se haya establecido legalmente una información precontractual específica. Y esto debe ser aplicable, como decimos, a cualquier tipo de contratación, ya que sería una consecuencia directa del principio general de buena fe, como acertadamente advierte PULIDO BEGINES⁷², y como veremos a continuación.

Por ello, resulta loable y se suele otorgar un buen reconocimiento al legislador cuando se incorporan en las últimas reformas legislativas cuestiones relativas a la defensa de los consumidores y clientes bancarios. Pero cabe preguntarse si realmente resulta necesario, o al menos, qué significado “añadido” hay que atribuir cuando una normativa establece expresiones tales como “actuación leal”, “profesional”, “responsable”, “transparente”, ya que son cuestiones que deberían ir de suyo en toda negociación contractual. Entendemos que, en abstracto, tal y como hemos referido, todas estas consideraciones pueden quedar perfectamente encajadas dentro del clásico concepto de la “buena fe”.

Es decir, toda actuación contractual o precontractual que se realice debe realizarse ajustándose al principio general de la buena fe, como no podría ser de otra manera. Como bien señala PANTALEÓN⁷³, *“La premisa de partida debe sin duda ser que, entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato, nace un conjunto característico de deberes precontractuales de conducta –básicamente, deberes de lealtad y deberes de información–, concreciones de las exigencias de la buena fe objetiva –la denominada «buena fe y lealtad en los negocios (good faith and fair dealing)»(...) deberes, esos, cuya infracción, imputable a una de las partes en las negociaciones y dañosa para la otra, genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (...) que la otra parte no habría sufrido, si el deber de conducta de que se trate se hubiera cumplido fielmente”*.

En base a esto, señala el mencionado autor diversa normativa y textos internacionales, que traemos aquí y ampliamos.

⁷² PULIDO BEGINES, JL “El deber de las entidades...” (op. Cit.)

⁷³ PANTALEÓN, FERNANDO “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 64, Nº 3, 2011.

En primer lugar, de manera general aparece en los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010*, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo, donde en el art. 1.7 recoge: (1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.* (2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.*

Previsión similar aparece en el artículo 1:201 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, elaborada por la Comisión de derecho Contractual Europeo presidida por O. Lando, y recoge en su artículo 1:102 la libertad de contratación dentro del respeto a la buena fe⁷⁴, expresando además una previsión específica para el caso de las negociaciones en el art. 2:301 (2), donde dispone que *“la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.”*, reconociendo el art. 4:106 la posibilidad de exigir una indemnización por la información incorrecta, incluso aunque no haya provocado un error esencial.

Igualmente, este deber de negociar de buena fe aparece en el proyecto de Código de Contratos Europeo de la Academia de Pavia (art.6), recogiendo el deber de una correcta información previa (art.7), así como en los *“Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)”* en donde en el art. II.-3:301 recoge este deber de negociar de buena fe, resultando expresiva la definición de buena fe que recoge en su artículo I.-1:103 (1) *“La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión.”*. En todos estos textos se recoge una indemnización por las negociaciones realizadas en contra de la buena fe.

Y para terminar con estas referencias, señalar que igualmente en los proyectos de reforma del Código Civil presentados, tanto en la “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos” (2009), elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, y la Propuesta de Código Civil (última versión en 2018) elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, aparece reconocido expresamente —artículos 1245, y 522-1 respectivamente— el deber de negociar de buena fe, dando lugar a la indemnización de daños y perjuicios su contravención.

Como se puede observar, es patente la existencia de la necesidad de negociar con buena fe en estos trámites precontractuales, pudiendo llevar a la indemnización de

⁷⁴ En la versión original “good faith and fair dealing”

los daños y perjuicios que se ocasionen si se obró de mala fe, además de la compatibilidad con los remedios de anulabilidad por error, dolo o vicio en el consentimiento, o incluso con la responsabilidad contractual por la falta de conformidad con los términos del contrato⁷⁵.

Por ello, siendo éste el régimen general existente en todo contrato, cabe preguntarse qué sentido tiene las nuevas regulaciones que emplean estos términos de que la conducta del prestamista debe ser “trasparente” o “profesional”. Similar planteamiento realizó LINDINER⁷⁶ en la doctrina italiana, al plantearse el significado de los términos de transparencia, honestidad, equidad y profesionalidad, incorporados como consecuencia de la transposición de la Directiva, entendiendo que tenían matices adicionales a los clásicos conceptos de diligencia y buena fe del Cc, constituyendo de este modo un “principio general” que abarca todas las actuaciones que realice el prestamista, y materializado en todos los deberes de conducta regulados.

Por nuestra parte, entendemos que, para que puedan ostentar un verdadero significado, estos términos deben ir acompañados de dos elementos fundamentales: Por un lado, unos deberes de conducta concretos que deben de seguir las entidades donde se materialicen estas consideraciones —como es en este caso la entrega de la

⁷⁵ Así señala PANTALEÓN “Responsabilidad precontractual” (op. Cit.): *“junto al remedio indemnizatorio característico de la responsabilidad precontractual, podrán concurrir (o no) los remedios propios del incumplimiento contractual: de la falta de conformidad con los términos del contrato de la prestación de la parte que infringió su deber de información. Así sucederá, cuando las expectativas que, sobre el contenido de esa prestación, generó en la otra parte la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato”*.

⁷⁶ LINDINER, ANTONIO. *Gli obblighi di comportamento degli operatori finanziari nei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*. Tesis de doctorato. Archivio istituzionale della ricerca dell'Università degli Studi di Palermo. 2017.: *“Appare opportuno infatti chiedersi se richiamando i precetti di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c. il legislatore abbia inteso limitarsi a ripetere l'operatività di quelle regole – nel modo in cui tradizionalmente vengono intese nel sistema codicistico – con riferimento specifico alla disciplina del credito immobiliare (ed in questo caso indagarne la necessità) o se, invece, alla luce della matrice europea di tali obblighi e del particolare settore di intervento, essi si colorino anche di significati diversi ed ulteriori rispetto a quelli di diritto comune (...) Indice del significato più ampio da attribuire alla diligenza e alla correttezza nella nuova disciplina del credito immobiliare sembra la circostanza che l'art. 120 septies del t.u.b. dispone l'osservanza di tali regole di comportamento nello svolgimento di tutte le attività disciplinate dal capo I bis: non solo quindi in quelle in cui vi è una relazione tra consumatore e professionista ma, ad esempio, anche in quelle in cui quest'ultimo provvede alla redazione del materiale pubblicitario dei servizi offerti (art. 120 octies t.u.b.), remunera il proprio personale o si occupa di assicurarne il rispetto dei requisiti di professionalità (art. 120 septiesdecies t.u.b.).(...) Tale conclusione sembra trovare conforto anche guardando alla formulazione dell'art. 120 septies che non estende l'osservanza degli obblighi prima richiamati ad entrambe le parti del rapporto ma solamente al professionista, facendo assurgere così la diligenza, la correttezza e la trasparenza al rango di «principi generali» cui tale soggetto deve improntare tutte le proprie attività.”*

documentación que se especifica—; y, por otro lado, unas consecuencias jurídicas a esa contravención de dicho comportamiento, que es de obligado cumplimiento.

Sobre estas consecuencias, veamos cómo aparece recogido en la normativa mencionada y las consecuencias que se establecen al respecto, sin perjuicio de tener en cuenta la posibilidad de aplicación de las normas generales de nuestro ordenamiento.

En principio, parece claro que el incumplimiento de toda esta normativa supone una infracción administrativa, que tiene su correspondiente sanción administrativa. Así, tanto en la Orden EHA/2899/2011 en su artículo 14 referente al régimen sancionador, como en la Ley 5/2019 en su artículo 44, establece que dichas disposiciones tienen el carácter de **normativa de ordenación y disciplina**, estando sometido al régimen disciplinario sancionador fijado por la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*. Pero lo que no está tan claro, es los efectos a nivel civil, contractual, que pueden generar este tipo de incumplimientos.

Respecto este asunto, nos podemos encontrar una disposición, añadida por las últimas enmiendas producida a la Ley, en donde en el apartado tercero del artículo 44 se recoge: “3. *Cualquier pacto entre el prestatario y los prestamistas, intermediarios de crédito o sus representantes designados cuya finalidad, o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma la protección otorgada por esta Ley, se considerará nulo de pleno derecho.*” Dicho precepto no es sino una reiteración de lo dispuesto por el artículo 3, que reconoce el **carácter imperativo** de las normas, no admitiéndose pacto en contrario, salvo que la propia norma lo autorice, considerándose nulos los actos realizados en fraudes de lo dispuesto en la Ley, y la renuncia previa de los derechos que esta Ley otorga.

De este modo, a pesar del mandato de la Directiva 2014/17 de imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias⁷⁷, no se prevén sanciones con efectos civiles ante el incumplimiento de estos deberes de información⁷⁸.

⁷⁷ Considerando 76 de la Directiva 2014/17: (76) *Los Estados miembros deben determinar el régimen de sanciones aplicables en lo que respecta a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y velar por su aplicación. Si bien la elección de las sanciones queda a discreción de los Estados miembros, estas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.*

⁷⁸ Sí que se presentaron propuestas durante la tramitación parlamentaria, pero no consiguieron la aprobación necesaria, como la recogida en la Enmienda 96 por el Grupo Parlamentario Socialista, en donde preveía que “*Sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes, cuando la información general facilitada por el prestamista o intermediario incumpla el contenido y previsiones de este artículo y no haya sido completada o corregida en un momento posterior, con margen suficiente como para que el consumidor sea conocedor de las concretas obligaciones que asume y sus efectos, se considerará que el préstamo se ha concedido de modo no responsable y se considerarán nulas las*

Aunque cierto es que podemos encontrar una excepción a esto en el art. 20 respecto a los préstamos en monedas extranjeras⁷⁹, donde sí que se atribuye un importante efecto en caso de que la entidad no cumpla lo dispuesto en dicho artículo. Dicho artículo atribuye al prestatario el derecho a la conversión de la moneda o a la limitación del riesgo de tipo de cambio, así como la obligación de información periódica de la entidad, debiendo recogerse estas exigencias en la FEIN, donde, además, en los casos donde no existen límites al riesgo de tipo de cambio por fluctuaciones inferiores al 20 por ciento, deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 por ciento. De no cumplirse con estas previsiones —*El incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo*— el apartado sexto señala que **determinarán la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato considerando que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.**

Como se puede comprobar, importantes consecuencias se prevén en dicho artículo, otorgando un gran beneficio al prestatario, que desde luego ante la falta de información podría ver completamente resarcido de los daños o perjuicios que tal préstamo en moneda extranjera le haya podido causar. Ciertamente es que en los términos que se recogen en el precepto, el prestatario tendría la facultad de esperar y de ejercer o no este derecho que le reconoce el artículo, según su interés, pudiendo incluso realizarse en la última etapa del préstamo si comprueba que le hubiese resultado más beneficioso realizarlo en euros. No obstante, siendo una sanción legal por incumplimiento —la única que se ha atrevido el legislador a incorporar—, entendemos que el prestamista deberá correr con este riesgo, al ser éste quien ha incumplido sus obligaciones legales.

Aparte de esta previsión mencionada, nada se recoge frente a los efectos que pueden conllevar la falta de información general o sobre otros aspectos del contrato de préstamo. Igual ocurre con la legislación italiana relativa a los préstamos inmobiliarios a

cláusulas cuyo contenido e incidencia no hubiera sido debidamente incluido en la información general facilitada al consumidor”.

⁷⁹ Acerca de este tipo de préstamos, tenemos que señalar que “*lo que popular o coloquialmente se conoce como «hipoteca multidivisa» (también llamada: «multimoneda») es, en esencia, un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas de amortización es una divisa, entre varias a selección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinación del tipo de interés correspondiente a los periodos de devengo pactados, es habitualmente uno distinto al Euribor, como por ejemplo, el Libor (London Interbank Offerd Rate).*” PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO. “La hipoteca «multidivisa» y la información precontractual como parámetro de validez”. *Actualidad Civil*, N° 5, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Mayo 2019, Wolters Kluwer

consumidores, donde no se prevén sanciones civiles o contractuales en caso de incumplimiento de estos deberes de información precontractual.

No ocurre así por ejemplo en el Código de Consumo francés, en donde se establece la “posibilidad” por el juez de **privar de intereses al prestamista hasta el límite** del 30% del interés y un máximo de 30.000 euros, en los casos en donde el prestamista no le proporcione las explicaciones adecuadas acerca de las condiciones financieras del contrato, así como de los servicios accesorios, y cuando no se le advierta de los posibles riesgos que dicho contrato le puede conllevar⁸⁰.

En nuestro ordenamiento también podemos encontrar normativa que establezca las consecuencias del incumplimiento de la información previa necesaria, como es la Ley de Contratos de Créditos al Consumo, en su artículo 7 apartado segundo, en donde se establece que *“El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12, dará lugar a la anulabilidad del contrato. En caso de que se mantenga la eficacia del contrato, éste se integrará conforme a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y demás normas aplicables.”*

Y otra previsión muy similar podemos encontrarla en 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, en su artículo 14.3, en donde se prevé la invalidez del contrato, pero con un matiz importante, ya que el “dará lugar” pasa aquí a “podrá dar lugar” a la invalidez.⁸¹

⁸⁰ Article L341-27 Code de la consommation

Peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, jusqu'à un montant ne pouvant excéder, pour chacun des manquements énumérés ci-après, 30 % des intérêts et plafonné à 30.000 euros, le prêteur qui accorde un crédit :

1° Sans avoir fourni à l'emprunteur les explications adéquates permettant à celui-ci de déterminer si le contrat de crédit et les éventuels services accessoires sont adaptés à ses besoins et à sa situation financière à partir des informations prévues à l'article L. 313-11 ; ou

2° Sans avoir, en méconnaissance de l'article L. 313-12, mis en garde l'emprunteur, sur le risque spécifique que peut induire pour lui le contrat compte tenu de sa situation financière, lorsqu'un tel risque a été identifié ;

⁸¹ Art. 14.3 Ley 2/2009: *El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, **podrá** dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos*

De este modo, llama la atención cómo normativa anterior a esta transposición de la Directiva 2014/17 sí que prevea consecuencias civiles ante este incumplimiento, y con las nuevas reformas, que se presumen más proteccionistas y garantes, no se ha establecido consecuencia alguna. Resulta dudosa la aplicación analógica de estas normativas que prevén la anulación a los contratos a los préstamos hipotecarios sometidos a la Ley 5/2019, y es que, aunque la similitud de todas estas normativas señaladas son más que evidentes, la Ley 5/2019 y normativa derivada de ella han sido redactadas con posterioridad, y pudiendo establecer este efecto u otro al incumplimiento, se ha optado por no incorporarlo. Además, resulta cuestionable también que el efecto de la anulación del contrato sea lo más beneficioso de cara al prestatario, sin perjuicio de que todo ello se pueda tener en consideración, en los términos que ahora se analizarán.

Se prevé en el artículo en el artículo 15.5 de la Ley 5/2019 que la falta de la acreditación documental de haberse cumplido con estos deberes de información y documentación previa hará que el notario no pueda autorizar la escritura. Podría plantearse si esta imposibilidad de concesión puede conllevar la nulidad absoluta del contrato si no se cumplen tales previsiones, o si se demuestra con posterioridad que la misma ha sido incompleta o inexacta. No creemos que tal sea el efecto que haya que otorgarse al incumplimiento de estas previsiones, ya que, de haberse querido por el legislador tal sanción, lo hubiese previsto, y en todo caso, nada favorece al prestatario que conlleve automáticamente la nulidad absoluta del contrato.

También resultaría descartable la resolución del contrato por este incumplimiento, tal y como ha venido reiterando el TS en los casos de incumplimientos de estos deberes de información en contratos de swap, como recoge en su STS de 13 de septiembre de 2017 (rec. 242/2015), al entender que para que proceda esta resolución deba darse un incumplimiento de la ejecución del contrato, y no de su fase previa, sin que por estos mismos motivos se pueda tampoco alegar la excepción de contrato no cumplido para oponerse a los pedimentos de contrario, como fija la STS de 23 de marzo de 2018 (rec. 3227/2015)⁸².

61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

⁸² No obstante, sí que se pueden encontrar previsiones legales que prevén la facultad de resolución ante el incumplimiento de los deberes de información, como es el caso del artículo 8.2 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. La existencia de estas previsiones legales podría amparar la aplicación analógica de esta resolución, como entiende en determinados casos algunos autores. Así, respecto a la aplicación analógica de lo previsto en los antiguos art. 44 LOCM y 10 LDATBI: BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA, PEÑA LÓPEZ “El derecho de resolución del consumidor por incumplimiento del deber de información por el empresario. Concepto y

Sí que consideramos procedente la posibilidad de atribuirle los siguientes efectos al incumplimiento de estos deberes de información y documentación: 1.- La no superación del control de transparencia. 2.-El error vicio en el consentimiento. 3.-La no incorporación de la cláusula. 4.-Indemnización de daños y perjuicios.

1.- No superación del control de transparencia.

Uno de los principales efectos que conlleva una defectuosa información, tal y como ha quedado puesto de manifiesto estos últimos años tras la STS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), es la consideración de abusividad que puede conllevar al no superar determinadas cláusulas el control de transparencia cualificada, control reforzado que tiene lugar cuando el prestatario es un consumidor.

Así ha venido reconociendo la jurisprudencia reiteradamente, entre las más recientes, la STS de 17 de julio de 2019 (rec. 930/2017), donde recoge su doctrina por la cual:

“(E)n la contratación con consumidores, junto a dicho control de incorporación, es necesario que la condición general impugnada supere el control adicional de contenido, que hemos llamado material o de transparencia reforzada, el cual, como ha declarado reiteradas veces esta Sala, no puede ser reconducido al mero control de la incorporación de la cláusula predispuesta, sino que implica adquirir el conocimiento real de los compromisos económicos y jurídicos efectivamente asumidos, lo que exige una adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría convencional, que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere la comprensión real de la importancia de la cláusula sujeta en el desarrollo del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores”

De este modo, habiéndose realizado la labor por el legislador de profundizar en las obligaciones de información y documentación necesaria, es una consecuencia lógica que la incompleta o defectuosa realización de estas obligaciones conlleve la falta de transparencia. De hecho, muchas de las obligaciones que se imponen es la que la jurisprudencia ha tomado en consideración para declarar la falta de transparencia, como es la entrega de la oferta vinculante, o la simulación de escenarios diversos en la vida del préstamo. Por ello, ante la falta de esta documentación —que será difícil que

fundamento.” *Grandes Tratados. Reclamaciones de consumo*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Noviembre de 2010. BIB 2010\3206

acontezca tras la comprobación por el notario—, así como especialmente, ante una información suministrada defectuosa, insuficiente, o engañosa, no se entendería superado el control de transparencia.

Sobre los efectos de esta falta de transparencia, surge la duda de si esta falta de transparencia debe conllevar la nulidad, o bien esto es el requisito previo para controlar la abusividad del fondo, del contenido de la propia cláusula. A pesar de diversos vaivenes en nuestra jurisprudencia, el TJUE declaró expresamente en su Sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) que la falta de transparencia conllevaba, siguiendo el tenor del art. 4.2 de la Directiva, que se procediese al control de abusividad sobre el contenido⁸³.

Algo similar es lo que ocurre en Reino Unido, donde el *Competition and Markets Authority*⁸⁴, en su guía *Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015*, establece que una cláusula que no cumple el requisito de transparencia, por sí sola, no crea un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes y no es abusiva, aunque sí puede conllevar el control de contenido según la Section 64 (1) y (2) del Consumer Rights Act 2015, así como una interpretación a favor del consumidor si la cláusula es ambigua, según la Section 69. No obstante, a pesar de no acarrear directamente la abusividad, sí será un factor a tener en cuenta por el juez a la hora de valorar la cláusula para declararla abusiva⁸⁵.

⁸³ STJUE 26/01/2017 Caso Banco Primus C-421/14 (TJCE 2017, 31): «En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva». En igual sentido En igual sentido CAÑIZARES LASO, ANA “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216. vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015). Estudios: “En ese sentido, insistimos, la consecuencia no es la nulidad automática de la cláusula, sino la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente.”

⁸⁴ Organismo gubernamental creado para promover la competencia empresarial en beneficio de los consumidores.

⁸⁵ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, INÉS. “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2019 parte Legislación. Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019: “De acuerdo con Beale, precisamente lo que determina ese carácter [abusivo] es la aparición de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que surgen del contrato. Ahora bien, considera que, en la práctica, no se termina de entender que un consumidor busque la no vinculación de una cláusula que no cumple con los requisitos de transparencia, pero tampoco le produce ningún tipo de perjuicio. Entiende que, si una determinada cláusula genera un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en

Por parte del TS se adoptó igualmente esta postura⁸⁶, pero reafirmando igualmente con posterioridad que la mera falta de transparencia en determinados casos —en ese caso era la cláusula suelo—, conllevaba automáticamente la abusividad⁸⁷, al impedir una representación fiel del impacto económico de la cláusula, e impidiendo así comparar las distintas ofertas del mercado.

A ello hay que sumar la interpretación que acoge la Comisión Europea en las conclusiones de 17 de septiembre de 2018, en el asunto C-125/18 pendiente de resolución por el TJUE, que amparándose en lo dictado por la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C-191/15)⁸⁸, determina que la abusividad podría surgir de la misma falta de transparencia, al incurrir en una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible como determina el artículo 5 de la Directiva 93/13.

Usando las consideraciones esgrimidas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (rec. 2306/2014), se podría argumentar igualmente la abusividad y nulidad de las cláusulas cuando no superan el control de transparencia por contravenir el “equilibrio subjetivo” deseado por las partes. De modo similar apunta MIQUEL GONZÁLEZ⁸⁹ al señalar que *“Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal*

detrimento del consumidor, la falta de claridad o ambigüedad podría ser suficiente para entender que, en ese caso, el desequilibrio es importante y suficiente para declarar tal cláusula abusiva.”

⁸⁶ La STS 9 de marzo de 2017 (rec. 2223/2014) sienta el criterio de que el control de transparencia es un requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula, y no como equivalente a abusividad en sí misma.

⁸⁷ Así lo fijó el TS, ratificando su STS de 24 de marzo de 2015 (rec. 1765/2013), en la Sentencia de 25 de mayo de 2017 (rec. 2306/2014): *“«la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con "cláusula suelo" en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). Esta valoración, en principio, resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia”*

⁸⁸ Párrafo 68 de la STJUE: *“En particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13. Dada la situación de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información, esa exigencia debe ser objeto de una interpretación extensiva (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2015, Van Hove, C96/14, EU:C:2015:262, apartado 40 y jurisprudencia citada).”*

⁸⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA “Comentario al artículo 82” En CÁMARA LAPUENTE, SERGIO. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX. 2011

ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente”. E igualmente, hacia esta abusividad por alterar subrepticamente las condiciones económicas que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor, aboga PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁹⁰.

Argumenta el TS en esta sentencia que, efectivamente, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas, ya que puede ser “inocua” para el adherente, pero continua su argumentación refiriendo a que esto no era lo que acontecía con las cláusulas suelo, pues:

“hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado (...) «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Y en este sentido afirmamos en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, que «el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».”⁹¹

⁹⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial” *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 2, N°. 2, 2015. Donde entiende que la infracción de los deberes de información puede conllevar “*la nulidad de una determinada cláusula del contrato por ser abusiva por una falta de transparencia (art. 82 TR-LGDCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372]), por alterar subrepticamente el acuerdo que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor con el prestamista respecto de su obligaciones económicas, a la vista de la información precontractual incompleta aportada por ésta.*”

⁹¹ Y en similar sentido, relacionándolo con el “consentimiento” del consumidor, en la STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. 1026/2016), en donde señala que “[la cláusula suelo] Sería nula si se hubiera

Lo referido puede ser trascendente, ya que, tradicionalmente según el art.4.2 de la Directiva 93/13, la transparencia era el paso previo para permitir el llamado control de contenido o de abusividad para aquellas cláusulas que definían al objeto principal del contrato o refieran la adecuación entre precio y servicio. Pero si se le otorga este mayor protagonismo al control de transparencia como un elemento más del control de abusividad, con facultad de provocar la nulidad de una cláusula si no se cumple tal transparencia, podrían ser sometidas a dicho control todas las cláusulas del contrato, teniéndose por abusivas aquellas que, aún siendo accesorias, la falta de transparencia pueda afectar a las expectativas económicas de las partes, alterando el referido equilibrio subjetivo⁹².

De hecho, con motivo de la reforma introducida por la DF 8ª y 4ª.1 de la Ley 5/2019, se recoge en el art.83 del TRLGDCU, al igual que en el art.5 LCGC, que “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*”. Esto, como señala SÁNCHEZ-VENTURA MORER⁹³, parece confirmar lo acabado de mencionar, al extender el control de transparencia a todas las cláusulas, y no sólo a aquellas que refieran al objeto principal o la adecuación entre precio y contraprestación⁹⁴.

introducido sin cumplir con las exigencias de transparencia previstas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , en la medida en que la falta de transparencia con carácter abstracto puede incidir en la prestación del consentimiento del consumidor (...) Solo la falta de transparencia, que de forma abstracta impediría conocer bien aquello sobre lo que se presta el consentimiento, permite apreciar la abusividad y con ello declarar la nulidad.”

⁹² En contra de la trascendencia de la transparencia respecto a las condiciones no esenciales parece apuntar MIGUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA “Comentario al artículo 82”... (op. Cit.): “*La transparencia, al tiempo de contratar, no es importante respecto de las cláusulas contractuales que no regulan los elementos esenciales, porque generalmente estas cláusulas no son factores de decisión de los clientes. En ellas lo que importa es sobre todo el equilibrio de derecho y obligaciones, al margen de que hayan sido conocidas o no. Lo típico y habitual es que los consumidores no las lean. La transparencia respecto de ellas importa para que puedan entenderlas a la hora de cumplir el contrato y resolver las incidencias que ocurran.*”. No obstante, entendemos que puede haber supuestos de elementos no esenciales que presenten cierta trascendencia, como puede ser las compensaciones que se deban abonar en caso de amortización anticipada.

⁹³ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, INÉS. “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2019 parte Legislación. Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

⁹⁴ Igualmente, a favor del control de transparencia tanto de las cláusulas esenciales como de las no esenciales, se muestra ALBIEZ DOHRMANN, quien considera que este control de transparencia material es factible respecto de cualquier otra cgc que no regule el objeto del contrato. Es importante esta matización porque existe, creo, el falso planteamiento de que la transparencia material sólo tiene su justificación en el control de cgc que se refieren al objeto del contrato. Si bien no es menos cierto que es en estas cláusulas donde la transparencia material adquiere una mayor relevancia.” ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “Los parámetros de control ...” (op. Cit.); En igual sentido

Además, señala dicho precepto que la falta de transparencia conlleva la nulidad, pero al introducir “en perjuicio de los consumidores” igualmente hace plantearse qué casos son estos, si son aquellos que no superan el correspondiente control de contenido, causando un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, o si por la mera falta de transparencia puede suponer un perjuicio que conlleve anular la cláusula⁹⁵.

Entendemos de lo expuesto que, como es lógico, si la cláusula favorece o en nada afecta al consumidor no debe ser anulada, pero si la cláusula no transparente supone un perjuicio para el adherente, normalmente materializado por una alteración del equilibrio deseado y de las expectativas creadas por el consumidor en el momento de la contratación, sí que debería conllevar la nulidad de la cláusula.

Y este control de transparencia como parte del control de abusividad ha sido puesto de nuevo de relieve por el Abogado General MACIEJ SZPUNAR en sus Conclusiones de 10 de septiembre de 2019 en el asunto C-125/18, reforzando así su relevancia:

*“En tercer y último lugar, por lo que se refiere a la exigencia según la cual una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia reiterada establece que esta exigencia se menciona también en el artículo 5 de esta Directiva (67) y, en consecuencia, como ha subrayado la Comisión en sus observaciones escritas, **el control de transparencia de la cláusula forma parte de la apreciación del carácter abusivo** con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, **en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud del artículo 5 de esta Directiva.**”⁹⁶*

CARBALLO FIDALGO, quien entiende que es la postura adoptada por el TJUE, a partir de una interpretación coordinada de los artículos 4.2 y 5 de la Directiva. CARBALLO FIDALGO, MARTA, “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”. *InDret* 1/2019. Barcelona.

⁹⁵ Esto último parece indicar el BGB alemán, donde en su artículo 307.1 señala: “*Las disposiciones contenidas en las condiciones generales de venta serán ineficaces cuando perjudiquen a la otra parte contratante de forma desproporcionada, en contra del principio de buena fe. El hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible también puede causar un perjuicio desproporcionado.*”

⁹⁶ De este modo, el Abogado General considera que el control de transparencia no sólo se aplica a aquellos supuestos exceptuados por el 4.2 de la Directiva 93/13 con el fin de permitir controlar el

Postura que igualmente ha acogido el TJUE en la reciente sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C 621/17), considerando en su apartado 49 que *“la transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva”*.

2.-El error vicio en el consentimiento.

En aquellos casos en donde no se trate de consumidores prestatarios, o teniendo tal condición, no se discuta cláusulas que configuren una condición general de la contratación, se podrá alegar la existencia de error vicio o dolo en la contratación⁹⁷.

El TS puso de relieve también la diferencia entre el control de transparencia y la apreciación de error, al considerar en la STS de 8 de junio de 2017 (rec. 2697/2014) que *“Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo”*. Aun así, no hay duda de que la información previa suministrada y el modo en que se ha realizado suponen en ambos casos pilares fundamentales a tener en cuenta.

Esto ha sido asentado jurisprudencialmente en materia de los contratos bancarios tipo swap o de inversión, donde el TS viene señalando, como recoge en su STS de 19 de febrero de 2018 (rec. 1388/2015): a) *Que el déficit informativo puede hacer presumir el error.* b) *Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error.* c) *Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos.* d) *Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos.*

contenido de la cláusula —ya que dicho Abogado entiende que esa excepción no es de aplicación al no haber sido transpuesta por el legislador español—, sino que dicho control de transparencia debe analizarse igualmente como parte del control de abusividad, en virtud del art.5 de dicha Directiva.

⁹⁷ De este modo señala también PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Transparencia materias...” (Op. Cit): *“Sin embargo, los problemas de falta de información que no tengan que ver con la ignorancia de una determinada cláusula contractual predispuesta, sino con el desconocimiento de la realidad extrínseca al contrato, existente en el momento de la realización del mismo, no son propiamente problemas derivados de la contratación con condiciones generales y su posible incidencia sobre la validez del contrato tendría mejor encaje en la figura del error vicio del consentimiento.”*

De estas consideraciones hay que destacar, en lo que respecta a la falta de información previa, el primer punto reseñado donde la jurisprudencia de modo reiterado indica que, aunque el incumplimiento no determine por sí la existencia del error vicio, **sí que permite presumirlo**, como se recoge también, entre otras, en la STS de 24 de octubre de 2016 (rec. 1349/2014) respecto a la contratación de productos financieros. Esto, aunque no se haya establecido por el TS respecto a los préstamos hipotecarios, entendemos que igualmente puede ser trasladado a estos contratos, y ello debido a que, como llevamos indicando, se propone por el legislador un reforzado deber de información previa a los que es necesario atribuirle mayor virtualidad y significado⁹⁸, por lo que especialmente en aquellos casos en donde el préstamo tenga algunas características que lo hagan de mayor complejidad —como pueden ser los préstamos en moneda extranjera, o con algún sistema de amortización poco común—, esta falta de información debe presumir la existencia del error⁹⁹.

Y esto que acabamos de argumentar lo recoge en cierto modo la AP de Madrid en su Sentencia de 28 de febrero de 2018 (rec. 666/2017), respecto a un préstamo multidivisa, donde recoge que *“En todo caso, la aplicabilidad o inaplicabilidad de la normativa MIFID al caso, no es tan trascendental. Y ello porque, el deber de información exigido a la entidad financiera viene establecido en una pluralidad de textos normativos, cuya aplicación no puede ser cuestionada.”*, donde acaba pronunciándose sobre la existencia de error excusable debido a la falta de información precontractual, tras considerar que *“no resulta probado en el presente caso un conocimiento completo por parte de los demandantes de los riesgos y peculiaridades de la hipoteca multidivisa. En ese sentido, es ya una constante jurisprudencial considerar*

⁹⁸ Igualmente ha entendido cierta similitud con la normativa MiFID la doctrina italiana respecto a los deberes de información y asistencia precontractual que precisan los prestatarios tras la transposición de la Directiva 2014/17. ROSSI, GIULIA “Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?” *Contratto e Impresa*, 2016, vol.32 n.6: *“Il decreto in esame, così, in linea con il provvedimento comunitario di attuazione, affianca a norme che mirano ad assicurare l'informazione del consumatore altre che perseguono invece l'obiettivo di garantire l'assistenza al consumatore stesso nella fase precontrattuale e, di conseguenza, la piena comprensione da parte del consumatore delle caratteristiche del prodotto di credito che gli viene offerto, con ciò adottando un approccio che presenta più di un profilo di analogia con quello della MiFID”*.

⁹⁹ Así lo entendió el propio TS en su Sentencia de 30 de junio de 2015 (rec. 2780/2013) respecto al préstamo multidivisa —aunque por aquel entonces lo consideraba sujeto a la LMV—: *“La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.*

que la falta de acreditación del cumplimiento del deber de información hace suponer el error en el consumidor contratante.”

Respecto a los efectos que conlleva la estimación de la concurrencia de vicio en el consentimiento por error o dolo —aunque nos podemos encontrar con algunas sentencias en sentido contrario, especialmente en la jurisprudencia menor¹⁰⁰— tenemos que señalar que conllevará la anulación del contrato en su conjunto, sin que quepa, tal y como ocurre con la nulidad por abusividad, expulsar o anular una cláusula del contrato y mantener la vigencia del resto del clausulado. Así lo ha manifestado, entre otras, la STS de 7 de junio de 2018 (rec. 3078/2015), o la STS de 3 de julio de 2018 (rec. 3365/2015), donde afirma:

“También resulta improcedente la acción de nulidad por error vicio del consentimiento. La acción ejercitada tenía por objeto la nulidad de una cláusula aislada (la cláusula suelo), no de la totalidad del contrato. Lo que permite anular una concreta cláusula de un contrato predispuesto es la acción de nulidad por abusividad propia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, pero no una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, que solo podía determinar la anulación del contrato en su totalidad (sentencias 380/2016, de 3 de junio ; 450/2016, de 1 de julio (RJ 2016, 4068) ; 66/2017, de 2 de febrero ; y 104/2017, de 17 de febrero (RJ 2017, 590) ; entre otras muchas).”

Para lograr la no aplicación de la cláusula, en los casos en que no se pueda acudir a la normativa de consumidores, habría que acudir a la no incorporación de la misma, que recogemos en el apartado siguiente¹⁰¹.

¹⁰⁰ La referida SAP Madrid de 28 de febrero de 2018 es una muestra de ello, que a pesar de declarar la nulidad por error, la determina sólo parcialmente, aunque en sus fundamentos mezcla y usa continuamente la normativa de consumidores y jurisprudencia relacionada con ello.

¹⁰¹ No obstante, en la reciente STS de 12 de noviembre de 2019 (rec. 1126/2017) parece que viene a admitir la posibilidad de anular la cláusula por error vicio. Así, ante la alegación del recurrente contra la sentencia por la anulación de la cláusula de cancelación de un producto de cobertura de operaciones financieras por no superar el control de incorporación de la LCGC, esgrime el TS *“Tampoco puede estimarse este motivo de casación, toda vez que no es la razón por mor de la cual la sentencia recurrida decretó la nulidad de la cláusula, sino que ésta se reputó ineficaz por la constatación de un error como vicio del consentimiento contractual, siendo la cita, por parte de la resolución de la Audiencia, de los preceptos, considerados como infringidos por la entidad recurrente, meramente accesoria o complementaria; pero no constitutiva de la base jurídica determinante de la ratio decidendi (razón de la decisión) del fallo”*

3.-La no incorporación de la cláusula.

Otro de los efectos que se pueden derivar de esta falta de información es la no incorporación de la cláusula que no haya sido debidamente informada en la celebración al contrato.

De este modo, el artículo 5.1.2 LCGC recoge que *“No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.”* E igualmente en el artículo 7 de la citada Ley se recoge 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, 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.”*

La jurisprudencia, por su parte, tiene establecido que este requisito de incorporación se refiere a la legibilidad y “comprensión gramatical” de la cláusula, para diferenciarla, como antes referimos, del control de transparencia cualificada en el sentido de comprensión real de la carga jurídica y económica. Así, en la STS de 3 de junio de 2016 (recurso 2121/2014), se declara que este control de incorporación atiende a una mera “transparencia documental o gramatical” o “comprensibilidad gramatical”.

Ante la diferenciación operada por el TS respecto al tratamiento que se realiza cuando el adherente es un consumidor, de cuando no lo es, en la mencionada STS de 3 de junio de 2016 (recurso 2121/2014) se realiza un voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO donde, respecto a los casos en que no se tiene la consideración de consumidor, realiza una crítica de este control *escindido, es decir, no de comprensibilidad real del clausulado, sino meramente formal*, al entender que en la contratación entre empresarios, y dentro de este control de incorporación, resulta aplicable igualmente el control de transparencia —como comprensión real del clausulado—, entendiendo que la transparencia constituye hoy día un principio general

de nuestro ordenamiento, aplicable en todo tipo de contrataciones bajo condiciones generales.

Entendemos los razonamientos que llevan al magistrado a realizar tal Voto Particular. Y es que debemos tener en cuenta que, en la práctica, se ha visto casi imposibilitado a aquellos que no pueden recurrir a la normativa de consumo el poder anular una determinada cláusula contractual. Mientras que a los consumidores se le han abierto las puertas facilitando en gran medida este tipo de acciones, los profesionales o empresarios se encuentran con un “agravio” comparativo, que no siempre conlleva un resultado que se pudiera considerar “justo”¹⁰². No se discute que los consumidores deban tener una mayor protección, pero tampoco consideramos adecuado crear una diferencia “artificial”, cuando en la práctica a un mismo individuo se le pueden aplicar regímenes diferenciado según si el préstamo se concierta para su vivienda o para su pequeño negocio, cuando la totalidad de las circunstancias —incluida la negociación, información y comprensibilidad— en la contratación son idénticas¹⁰³.

De hecho, no podemos olvidar que la propia LCGC, como hemos referido, hace alusión a los términos: “*predisponente haya informado expresamente*” (art.5.1) “*La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*” (art. 5.5) “*oportunidad real de conocer*” (art.7.a), e incluso en la exposición de motivos se señala “*Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante (...) Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios.*” Y es

¹⁰² Señala ALBIEZ DOHRMANN “Los parámetros de control...” (op.cit.) “El legislador no calculó en su día bien las consecuencias de su opción expresa por una política neoliberal negando un control material específico de las cgc entre empresarios. La brecha entre la protección de los consumidores y la de los empresarios, especialmente los pequeños o medianos, resulta cada vez mayor y excesiva. La ultra protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas contrasta con la casi total desprotección ante cláusulas abusivas en los contratos de adhesión entre empresarios. Si además la desprotección se da en sectores especialmente sensibles o en los que hay una verdadera alarma social, como sucede en el sector bancario, la falta de respuestas del ordenamiento jurídico resulta preocupante.” (...) “La diferente respuesta se debe a un sistema legal imperfecto, además injusto y nada satisfactorio para el adherente que sea empresario. El prestatario empresario puede sentirse, con razón, totalmente desasistido por el ordenamiento jurídico.”

¹⁰³ Crítica igualmente se muestra SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ “Los contratos de crédito inmobiliario ...” (op.cit.) quien considera respecto de la Ley 5/2019 que “A pesar de que considero positiva esta previsión tan general sobre la nulidad directa de las cláusulas no transparentes, como ya indiqué anteriormente critico que sólo se prevea con respecto a los consumidores y que, al menos en el marco de esta LCCI, no se haya ampliado esa previsión de nulidad por falta de transparencia”

que estas expresiones, como salta a la vista, poco distan de la ofrecida por la Directiva 93/13 en su artículo 4.2 cuando refiere a que “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”, de donde deriva el famoso control de transparencia material o cualificado¹⁰⁴.

Para apreciar este control de incorporación previsto en la LCGC, el TS aplica lo que denomina un doble filtro: el filtro negativo del art.7 LCGC, consistente en acreditar que el adherente tenga posibilidad real de conocer las condiciones al tiempo de la contratación, con independencia de que realmente las haya conocido. Superado este filtro negativo, se aplicaría un filtro positivo consistente en los arts. 5.5 y 7 LCGC, que hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. – STS de 28 de mayo de 2018 (recurso 1913/2015)–.

Además, debido a que la exposición de motivos de la LCGC remite a las normas generales de nulidad contractual para declarar *la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios*, el TS en la referida Sentencia de 03 de junio de 2016 (recurso 2121/2014), así como en la STS 30 de enero de 2017 (recurso 1531/2014), recoge el **criterio de la buena fe ex art. 1258 Cc y 57 CdC, acogiendo la teoría de la “cláusula sorpresiva”**¹⁰⁵. De este modo, al partir el artículo 1258 de la consideración de que los contratos obligan a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe: “*puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar*

¹⁰⁴ Tal y como recuerda, entre otras, la STJUE de 21 diciembre 2016 asunto C-154/15: “*el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.*”

¹⁰⁵ Como recuerda PERTÍÑEZ VILCHES, el TS en su Sentencia de 30 de abril de 2015 (rec. 929/2013) consideró que “*con base en este precepto [1258 Cc] no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas*”. Sin embargo, como señala este autor que con esta STS de 3 de junio se admite un cambio de enfoque “*al menos en la hipótesis en la que el perjuicio que una condición general cause al empresario adherente tenga que ver no con su contenido objetivamente desequilibrado, sino con su carácter sorpresivo*”. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016.” *InDret* 4/2016

ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente.”

Y tomando como criterio orientador los Principios de Derecho Europeo de los Contratos formulados por la Comisión Lando, entienden que *“puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente”, considerando para ello que para que concurran las circunstancias descritas, además de la diligencia del adherente, **habrá que tomar en consideración, el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo.***

A pesar de estas consideraciones, lo cierto es que tanto la jurisprudencia menor como la del TS han sido reacias a declarar la no aplicación de una cláusula en base a estos criterios marcados por la LCGC y la buena fe, solicitando una importante carga probatoria al demandante, como es el caso de la propia STS 30 de enero de 2017 (recurso 1531/2014) acabada de recoger, donde exige la *acreditación de la insuficiencia o inexistencia de información*, cuestión muy difícil de probar al consistir mayormente en probar hechos negativos. O la STS de 28 de mayo de 2018 (recurso 1913/2015), en donde considera que supera el control de incorporación al *“al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible”*, sin que quepa *“incidir en que la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.”*

No compartimos estos últimos argumentos utilizados por el TS considerando que el hecho de que una cláusula esté enmascarada entre una multiplicidad de datos, dificultando su conocimiento y comprensión, deba ser en todo caso una cuestión de transparencia cualificada y no de transparencia en el sentido de incorporación conforme a los preceptos mencionados de la LCGC. En igual sentido, ALBIEZ DOHRMANN¹⁰⁶ considera que muchas de las cláusulas suelo analizadas por los tribunales no superan el control de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC, considerado incluso que los motivos mencionados por el TS en su famosa sentencia de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) conllevan realmente la falta de transparencia que impedirían su incorporación al contrato, en el sentido de dichos artículos mencionados de la LCGC¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “Los parámetros...” (op.cit.)

¹⁰⁷ ALBIEZ declara: *Sorprende, por ello, la Sentencia de 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) cuando enjuicia*

No obstante, se pueden encontrar algunos pronunciamientos a favor, como el de la Sentencia de la AP de Valladolid de 14 de diciembre de 2016 (recurso 371/2016), en donde entiende que concurre la no incorporación por la falta de información previa, según la jurisprudencia del TS, tomando además en consideración la doctrina expuesta acerca de la buena fe en las condiciones generales. O más recientemente la STS de 25 de enero de 2019 (recurso 3416/2016) que confirma lo dictado por la AP, que declara no incorporada la cláusula controvertida considerando los controles –filtros– referidos anteriormente, y atendiendo a los hechos probados por la AP¹⁰⁸, quien en su sentencia declaraba que *“la entidad bancaria demandada no había logrado acreditar –nótese como aquí la carga se atribuye a la entidad– la entrega a los prestatarios de folleto informativo alguno, ni haberles informado de la existencia de la cláusula suelo con antelación suficiente a la firma de la escritura pública.*

Conforme a lo expuesto, entendemos que este control de incorporación debería de tenerse en cuenta, especialmente como método de defensa de los empresarios y profesionales adherentes, ya que a ellos también se le debe aplicar la transparencia derivada de la LCGC. De hecho, con cierta semejanza a lo expuesto por el magistrado Orduña en su voto particular, esta visión como “principio” ya la señaló GONZÁLEZ PACANOWSKA en su estudio del art. 5 LCGC¹⁰⁹, al señalar que *“el análisis de este último apartado del artículo 5 no puede prescindir de la gran relevancia que ha adquirido el denominado ya “principio de transparencia”, del que la “claridad, concreción y sencillez” no son sino manifestaciones. El concepto de transparencia se encuentra estrechamente vinculado al de información y presupone una situación contractual en la que existe una asimetría informativa entre las partes”.* Así, esta autora distingue en el propio artículo 5 un control de consentimiento formal —sus tres

las cláusulas suelo/techo en aquel procedimiento colectivo, «decidiendo» que no son transparentes porque: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor³⁵.

Cada uno de los supuestos, que no resisten el control de los artículos 5 y 7 LCGC, son claros ejemplos de falta de transparencia que impiden la incorporación de estas cláusulas en los préstamos bancarios.

¹⁰⁸ SAP Pamplona 28 de junio de 2016 (rec. 755/2015)

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Artículo 5. Requisitos de incorporación” En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi. 2000.

primeros apartados—, y un control de consentimiento material —el apartado cuarto en su redacción originaria, actualmente apartado quinto en su primera parte—, entendiendo que se debe tener *en cuenta la protección de la libre y consciente decisión del aceptante*, y señalando que dicha *transparencia se pide para todas* las cláusulas, sin perjuicio de la mayor incidencia de aquellas que describan, determinen o alteren los elementos esenciales del contrato.

De este modo, entiende que *“infringe la transparencia la cláusula que se contradice con las legítimas expectativas del adherente a la vista de los elementos esenciales sobre los que se haya atraído su atención o teniendo en cuenta las circunstancias, incluso anteriores a la celebración del contrato.”*

Y, respecto a la no incorporación de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles del artículo 7 LCGC¹¹⁰, señala GONZÁLEZ PACANOWSKA que estos términos van referido a la falta de transparencia, considerando asimismo que *la oscuridad se puede valorar, no desde el punto de vista del acceso a la comprensión del sentido de las cláusulas, sino desde el de la trascendencia de su contenido para la decisión de contratar o no, o, en su caso, por su incidencia sobre la ejecución y desarrollo ulterior de la vida contractual.*

Señala, además, en cuanto a las consecuencias que derivan de esta falta de transparencia, que conlleva la no incorporación —art.7 LCGC— o la interpretación a favor del adherente —art.6.2 LCGC— según los casos. Y resulta determinante igualmente la consideración que realiza acerca de la no inclusión en la legislación española de un supuesto de abusividad por falta de transparencia, al entender que *“los instrumentos que ofrecen los artículos 5.4 y 7 b) LCGC y el artículo 10.1 a) LGDCU hacen innecesario recurrir a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia, toda vez que una condición general que vulnere los postulados de claridad, concreción y sencillez se podrá considerar no incorporada a tenor del artículo 7 b) LCGC. Con lo que se consigue un resultado similar, que puede alcanzarse no sólo en contratos con consumidores, sino también entre profesionales.”*

En base a todo lo expuesto, cabría plantearse hasta qué punto no podría estar igualmente encuadrada en los artículos 5 y 7 de la LCGC la consideración que realiza el TS sobre la aplicación del art. 1258 y la buena fe para realizar un control de las cláusulas que *modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido*

¹¹⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Artículo 7. No incorporación” En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi. 2000.

representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato¹¹¹. Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA igualmente entendió que los supuestos de cláusulas sorpresivas podrían estar previstos en el requisito de transparencia de la LCGC¹¹².

E incluso los efectos que provoca la incorporación de una cláusula sorpresiva, en cuanto modificación subrepticia del contenido representado conforme a las legítimas expectativas, es similar a lo dictado en determinados casos cuando concurre la falta de transparencia cualificada, tal y como se considera por la jurisprudencia y doctrina¹¹³.

Aunque cierto es que, en todo caso, no cabe hacer una equiparación plena de estos casos con el control de transparencia cualificado aplicado para los casos de consumo, como acertadamente advierte PERTÍÑEZ VÍLCHEZ¹¹⁴. Pero esto no quiere decir, como ya expresó MIQUEL¹¹⁵, que no se tenga que proteger a los empresarios y

¹¹¹ ALBIEL DOHRMANN “los parámetros...” (op. Cit.) “A juicio de la doctrina, para saber cuándo es legítima una expectativa del adherente se debe ponderar no sólo la información proporcionada por el predisponente al respecto (publicidad, comunicaciones en tratos preliminares en los que se obviara la existencia de la cláusula, etc.), o, en sentido negativo, la información no proporcionada, sino también la diligencia empleada por el empresario adherente en el conocimiento de la condición general cuya incorporación al contrario le ha sorprendido³⁸. Pero me pregunto, ¿no estamos volviendo al punto de partida, a los requisitos de conocimiento y de comprensión? Las respuestas que no podemos encontrar en el ordenamiento jurídico actual o que son difíciles de argumentar tienen, en mi opinión, solución en los artículos 5 y 7 LCGC.”

¹¹² GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Artículo 7...” (op. Cit.): “Y que igualmente puede remitirse a la falta de transparencia en los supuestos en los que la cláusula de manera “sorpresiva” contradice las expectativas creadas a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. La transparencia no se limita a garantizar el posible acceso al contenido de una cláusula en función de la concreta redacción elegida (en este sentido una cláusula insólita puede ser absolutamente diáfana), sino que se relaciona con el adecuado entendimiento de la reglamentación contractual en su conjunto, teniendo en cuenta, por lo demás, no sólo el “interior” del contrato, sino también circunstancias “externas” concurrentes.

¹¹³ Como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (rec. 2306/2014) anteriormente recogida, o PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, véase nota 90.

¹¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Buena fe ex art. 1.258 cc...” (op.cit.)

¹¹⁵ MIQUEL GONZÁLEZ “Comentario al art.8” En MENÉNDEZ, A., DÍEZ PICAZO, L. (dir), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid. Civitas. 2002: “Pero también los empresarios en cuanto adherentes merecen protección, aunque en grado diverso, porque también entre ellos las condiciones generales son necesarias y plantean problemas semejantes. La exigencia de cierta autorresponsabilidad a los empresarios en cuanto adherentes y otras razones, como posibilidad de calcular y dominar riesgos, permiten disminuir correlativamente el grado de control, pero se trata de disminuir no de privar de un mecanismo esencial en este tipo de contratación.”. En igual sentido, aludiendo a MIQUEL, CAÑIZARES LASO, ANA “Control de incorporación...” (opc. Cit.): *Desconocer*, como señala el autor, que la contratación mediante condiciones generales exige una protección de los adherentes, aunque deba ser más intensa para los consumidores que para los

profesionales, sino que éstos tendrán una protección menor respecto de los consumidores, y para valorar la licitud o no de la incorporación y transparencia —o buena fe, si se quiere—, habrá que atender también a una serie de factores, como es la debida diligencia que debe emplear el adherente, al igual que señala la STS de 30 de enero de 2017 (recurso 1531/2014):

“Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.”¹¹⁶

Para concluir con este asunto, hay que señalar que esta protección hacia los empresarios es distinta en otros países de nuestro entorno¹¹⁷, y se puede apreciar cómo los diferentes proyectos y textos internacionales¹¹⁸ apuntan hacia una mayor protección

empresarios, pero distinta, por superior, de la que proporcionan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos, es desconocer el mecanismo de los contratos de adhesión.

¹¹⁶ Así, expresa PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Buena fe ex art. 1.258 cc...” (op.cit.) “es obvio que cuanto más se aproximen las circunstancias personales del empresario a las de un consumidor –por ejemplo, autónomo, sin experiencia financiera, que solicita un crédito hipotecario para poner en marcha su negocio- mayor información necesitará para poder prestar un consentimiento sobre el coste del crédito con pleno conocimiento de causa y más posibilidades de éxito puede tener una demanda fundada en el carácter sorpresivo de la inclusión de una cláusula suelo en el contrato de préstamo por ausencia de una información precontractual adecuada.”

¹¹⁷ En Alemania el §310.1 BGB excluye para los empresarios el control de incorporación de los apartados 2 y 3 del §305 así como las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* de los §§308 y 309, pero sí que se prevé a estos la aplicación del control de contenido del §307; en Portugal, el Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre reconoce a los empresarios (art.15) tanto el control de incorporación (art.10 y 11), como el control de contenido (art. 16 y 17); En Holanda, en su Cc–NBW– prevé un control de transparencia y de contenido en el artículo 6:233 aplicable a empresarios, con ciertas limitaciones en el 6:235; En Francia se incluye también el control de contenido para los empresarios en el art. 1171 Cc y 442-6 I.2º del Code de commerce.

¹¹⁸ Así, los Principios de Derecho Contractual Europeo recoge en el art. 4:110 la nulidad de cláusulas no negociadas individualmente que fueran abusivas, sin circunscribirlas únicamente a los consumidores; El Borrador de Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo prevé un control de contenido para los empresarios, aunque distinto del de los consumidores, entendiendo que entre empresarios serán nulas las cláusulas cuando se apartan manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en contra de las exigencias de la buena fe contractual; En los proyectos españoles, tanto la Propuesta para la

de estos sujetos. De hecho, una muestra de ello en nuestro ordenamiento lo tenemos en la propia Ley 5/2019, quien amplía el ámbito de aplicación a no consumidores en determinados supuestos¹¹⁹, aplicándose así a los empresarios o profesionales todas las disposiciones de la Ley, entre la que destacan los artículos 7 —Obligaciones de transparencia en relación con los contratos—, 14 —Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios— y 15 —Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material—, por lo que, más allá de la nomenclatura utilizada por los artículos, supone una asimilación plena en cuanto a los requisitos de información, explicaciones y asistencia que se debe prestar al prestatario. Resulta llamativo a este respecto las reflexiones que realiza el magistrado del Tribunal Supremo MAGRO SERVET¹²⁰, que recogemos por su interés:

“Con ello, se extiende más allá del concepto consumidor y se les aplican los arts. 7, 14 y 15, esencialmente en materia de control de transparencia, con lo que la respuesta debe ser positiva. Con ello, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE, el deber de transparencia del prestamista comporta que el consumidor, o no consumidor, que tenga reconocido el ámbito de cobertura de esta Ley disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que «el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.»”

Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, como la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, prevén un control de incorporación —en el art. 1261 y artículo 525-6 respectivamente—, y un control de contenido en las cláusulas abusivas no negociadas individualmente —art. 1.262 y art. 525-744 respectivamente—, sin distinguir igualmente entre consumidores y no consumidores.

¹¹⁹ Así, los empresarios o profesionales estarían dentro del ámbito marcado por el apartado 2.1.a), pero no por el 2.1.b), del que se circunscribe específicamente a los consumidores.

¹²⁰ EDC 2019/617018 ¿Puede mantenerse, tras la Ley 5/2019, la doctrina jurisprudencial que sostiene que no cabe efectuar el control de transparencia material cuando el prestatario no es consumidor?. Elderecho.com. Julio 2019.

Es decir, considera el magistrado la equiparación del control de transparencia cualificado de los consumidores para los empresarios y profesionales en el ámbito de la citada Ley.

Además, otro avance en este sentido lo vemos en el *Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*, donde, como reconoce su Exposición de Motivos, *se amplía la protección prevista para los consumidores a las microempresas*¹²¹ *en relación con la transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, resolución y modificación del contrato marco y los derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago.*

4.- Indemnización de daños y perjuicios.

En los productos financieros complejos ya es consolidada la jurisprudencia en la que se declara la procedencia de la indemnización por incumplimiento contractual de estos deberes de información, como se pueden observar en la STS de 7 de julio de 2015 (rec. 1123/2013), o la STS de 16 de noviembre de 2016 (rec. 811/2014). Al igual que ocurre con el caso de la anulación por error vicio, aunque estos contratos de inversión poseen una regulación específica sobre los deberes de información, creemos que puede ser extrapolable a los contratos de préstamo hipotecario siempre que se cumplan con los requisitos que la propia jurisprudencia ha fijado.

Como hemos referido, las sentencias del TS configuran este incumplimiento como “contractual”¹²². A pesar de ello, podemos encontrarnos con algunas Sentencias

¹²¹ Recoge el art.3.25: *Microempresa: una empresa, considerando como tal tanto a las personas físicas que realizan una actividad profesional o empresarial como a las personas jurídicas, que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago ocupa a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los dos millones de euros, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, del anexo de la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.*

¹²² Los argumentos esgrimidos por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ y VELA TORRES acerca del carácter contractual de la responsabilidad al estudiar la STS 13 de septiembre de 2017 (rec. 242/2015), respecto a la contratación de productos de inversión, pueden aplicarse a los deberes de información de todo préstamo hipotecario: *“Es una obviedad que las obligaciones incumplidas no son obligaciones nacidas del contrato, sino previas al contrato. Sin embargo, ello no obsta a la naturaleza contractual de la responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones de información y evaluación precontractual, por cuanto que estos deberes se proyectan sobre la formación del contrato que se ha realizado, esto es, su incumplimiento no afecta a la ejecución del contrato, pero sí a su génesis y, por lo tanto, el daño que causan está directamente conectado con el contrato. Así, el propio CC configura la responsabilidad por dolo incidental, esto es, la que trae causa de un engaño previo a la realización del*

como la de la AP de Málaga de 23 de enero de 2019 (rec. 1089/2017) en donde confirma la postura del juzgado de instancia que afirma erróneamente que el incumplimiento contractual debe ser posterior a la celebración del contrato, posiblemente confundiendo el hecho de que no procede la resolución del contrato en estos casos, que es lo fijado por el TS, con el hecho de la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios, que sí es admitida.

De este modo se recoge, entre otras, en la STS de 24 de abril de 2019 (rec. 2242/2016):

“Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos, antes y después de la entrada en vigor de la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.”

Esta petición de indemnización bien se puede solicitar de manera autónoma, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos, como ocurrió en el caso de la STS mencionada, de manera acumulativa a la acción de nulidad o anulación por error vicio, o bien como motivo subsidiario para el caso de que no pueda operar la nulidad o anulabilidad del contrato, habiendo esta última caducado, pero se pueda demostrar el incumplimiento y los daños producidos por ellos, como ocurrió en el caso de la STS de 28 de mayo de 2019 (rec. 180/2017)¹²³.

contrato que no tiene carácter esencial, en sede contractual (art. 1.270. II CC). Además, no se puede dejar de tener en cuenta, que la responsabilidad ex art. 1.101 CC, surge por el incumplimiento de una obligación, sin ser necesario que la fuente de dicha obligación sea necesariamente contractual, pudiendo ser legal.” PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y VELA TORRES, P. “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual.” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 106. Enero - Abril 2018

¹²³ De este modo argumenta la Sentencia: *“Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados*

Respecto de los requisitos, recogemos lo establecido por la SAP de Guipúzcoa de 22 de marzo de 2018 (rec. 2434/2017), donde expresa con claridad esta responsabilidad:

“Los requisitos necesarios para la aplicación del art. 1.101 CC son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no al caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (...)

Pues bien, en el nexo causal entre la actuación del banco y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo, lo que exige que los daños y perjuicios deriven de un acto u omisión imputable al mismo y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hacen dimanar. Como se ha establecido, el incumplimiento de la entidad bancaria de sus obligaciones legales determinó la adquisición del producto financiero complejo por parte de la actora, lo que indudablemente le ha generado pérdidas. La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido, es decir, se resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado.”

Por lo tanto, debe existir el incumplimiento de una obligación legal, la realidad de los perjuicios, y el nexo de causalidad entre los mismos. Aunque a estos daños, como viene fijando el Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones, fijando doctrina jurisprudencial al respecto, hay que deducir aquellos beneficios que le hayan reputado al perjudicado.

Así, como recoge la STS de 2 de julio de 2019 (rec. 501/2017) “es jurisprudencia reiterada de esta sala, a partir de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre, y 81/2018, de 14 de febrero, que en la liquidación de los daños indemnizables debe computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional. En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño -en el caso, por

al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento”

incumplimiento de la otra parte- pero también una ventaja -la percepción de unos rendimientos económicos-, deben compensarse uno y otra.”

Y como hemos referido, aunque el TS se ha pronunciado respecto a los instrumentos o productos bancarios complejos, igualmente podría ser aplicable a los préstamos hipotecarios, y así ha sido reconocido por diversas Audiencias Provinciales.

De este modo, de manera similar a lo expuesto anteriormente por el TS, recoge la SAP de Valencia de 26 de octubre de 2017 (rec. 658/2017) respecto a un préstamo multidivisa que *“La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre las consecuencias económicas y jurídicas de una hipoteca multidivisa puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.”* E igualmente, más desarrollado y recogiendo esta doctrina del TS, aparece en la SAP de Valencia de 15 de octubre de 2018 (rec. 300/2018) que, tras declarar la caducidad de la acción de anulabilidad, estima la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.

En igual sentido el Auto de complemento de sentencia de la AP de Madrid de 16 de marzo de 2018 (rec. 492/2017), que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales de transparencia en el contrato de multidivisa, condenando a la entidad al pago de los daños y perjuicios sufridos.

E igualmente podemos encontrar casos en donde, no ya se trate de contratos con cierta complejidad como las multidivisas, sino defectos de información o concesión irresponsable de préstamos que son perjudiciales para los clientes, y donde procede asimismo la indemnización. De este modo, en la SAP de las Islas Baleares de 24 de mayo de 2012 (rec. 213/2012), afirma la concurrencia de dolo incidental del prestamista, argumentando que:

“En consecuencia, si se acredita que una parte contratante no proporcionó a la otra la información que le debía facilitar, puede entenderse que ha incurrido en dolo determinante de error, es decir, de una falsa representación subjetiva de la realidad (...) Es evidente que una operación tan perjudicial para los prestatarios solo puede explicarse por una defectuosa formación del consentimiento de éstos, puesto que a pesar de haber culminado la refinanciación no podían atender las deudas pendientes y, en cambio, se veían obligados al abono de importantes cantidades cuya devolución parcial es la que se reclama en el presente proceso.”

Esta sentencia, que acaba condenando a la indemnización de los daños y perjuicios, incluye en éstos los pagos vinculados al préstamo concertado, como son los pagos al intermediario que intervino en las operaciones, así como el seguro de vida que se concertó vinculado al préstamo.

Así, parece clara la obligación del prestamista de indemnizar y responder de los daños y perjuicios causados por su comportamiento, cuyos efectos y alcance habrán de determinarse en el caso concreto¹²⁴.

III.- CONTENIDO OBLIGATORIO DEL CONTRATO

Sumario: A) RESPECTO A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. Consecuencias del incumplimiento.; B) CONTENIDO OBLIGATORIO DEL CONTRATO. Comisiones. Préstamos en moneda extranjera. Consecuencias del incumplimiento del prestatario. Tasación del inmueble como tipo para la subasta; C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.

Como se expresó anteriormente, el art.14.d) recoge la obligación de entregar al prestatario copia del proyecto del contrato, debiendo éste ajustarse a los dispuesto en la FEIN y FiAE. En dicho contrato, hay que tener en cuenta que la entidad está **obligada a respetar el contenido obligatorio que impone la normativa**, cuestión estrechamente vinculada con la obligación de información previa, puesto que sobre dicho contenido del contrato se habrá tenido que informar previamente, siendo la plasmación definitiva de las características del contrato.

A) RESPECTO A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Con carácter previo al contenido específico del contrato, conviene referir, como contrato que se celebra a través de condiciones generales de la contratación, que deben cumplir con las previsiones de la LCGC, concretamente según lo dispuesto en el art. 5 y 7, en donde señala como hemos visto que *“la redacción de las cláusulas generales*

¹²⁴ Posteriormente en este trabajo, en el epígrafe relativo a la evaluación de la solvencia, se examinarán otras posibles indemnizaciones y efectos sobre las consecuencias que puede conllevar la nulidad, anulabilidad o resolución del contrato, que igualmente podría ser aplicable a estos casos de incumplimiento de los deberes de información.

deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”(art.5.5), así como el cumplimiento por lo dispuesto por la LGDCU cuando se concierte el contrato con consumidores.

Así, el art. 80 LGDCU establece los requisitos que deben reunir dichas cláusulas no negociadas individualmente, especificando que deben tener una redacción concreta, clara y sencilla; siendo accesible y legible; respetando la buena fe y existiendo un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, especificando en su artículo 82 y siguientes qué se considera cláusula abusiva, considerando tales las que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Además, según el artículo 7 de la Ley 5/2019, los prestamistas inscribirán en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales utilizadas en los contratos de préstamo inmobiliario que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación.

-Consecuencias en el incumplimiento de lo dispuesto:

Respecto a las consecuencias de incorporación de una cláusula contraviniendo lo dispuesto en la LGDCU, según el art. 83 de dicha Ley las cláusulas abusivas serán **nulas de pleno derecho** y se tendrán por no puestas. Igualmente, la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, establece en su artículo 6 que los Estados miembros velarán porque dichas cláusulas no vinculen al consumidor, subsistiendo el contrato en la medida en que sea posible.

Por su parte, la LCGC establece en su artículo 5 la **no incorporación** al contrato de las condiciones generales en las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer, o no sean firmadas si fuese necesario, así como aquellas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Esta no incorporación tiene efectos análogos a los de la nulidad, según los art. 9.2 y 10 LCGC, debiendo procederse a la restitución de las prestaciones conforme al 1303 Cc —según la STS 25 enero 2019—. Además, en su artículo 8 establece la **nulidad de pleno derecho** para condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esa Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, reiterando igualmente la nulidad de las condiciones abusivas cuando el adherente sea un consumidor.

Respecto a la obligación de inscribir las cláusulas en el Registro de las condiciones generales de la contratación exigido por el art.7 de la Ley 5/2019, a pesar de que el título de dicho epígrafe se denomina “Obligaciones de transparencia en relación con los contratos”, no parece que el incumplimiento de esta obligación lleve aparejado la nulidad o falta de eficacia de dichas condiciones, ya que nada se dispone en este sentido en la referida normativa. El efecto tendríamos que buscarlo en la propia LCGC, a la que según su artículo 24 que establece el régimen sancionador de la falta de inscripción, se impondrá por el Estado una multa del tanto al duplo de la cuantía del contrato, estableciendo además que, no obstante, las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios se regirán por su normativa específica, que entendemos igualmente referido al régimen sancionador disciplinario por la Administración, en los casos en que proceda.

En este sentido, la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad, desde la entrada en vigor de la Ley 5/2019, señala lo siguiente:

“la legislación no precisa la eventual consecuencia de la falta de depósito sobre la validez de la condición general, sin que el control formal que deben desempeñar notarios y registradores sobre el cumplimiento de dicha obligación suponga atribuir a su inobservancia una nulidad patente y de pleno derecho de la misma. Es imprescindible tener en cuenta lo anterior a la hora de constatar el alcance de la verificación que ha desempeñarse, pues todo aquello que exceda la mera comprobación del depósito de las condiciones generales queda al margen del control de la legalidad notarial y de la calificación registral. En particular, excede de ellas entrar a cuestionar el carácter de cláusula particular de las que se aparten de las condiciones generales. La determinación de la eventual nulidad de una cláusula sólo es competencia de la autoridad judicial, en el correspondiente proceso contradictorio, con audiencia y con la debida tutela judicial de ambas partes, y en el que se tenga en cuenta una multitud de factores que no son susceptibles de apreciación en el ámbito del control de legalidad notarial, ni de la calificación registral. Así, en esa valoración judicial deberán tenerse en cuenta hechos como que la diferencia entre la cláusula de la escritura y las depositadas implica precisamente que aquélla en principio no sería una cláusula general, sino particular, o negociada individualmente con la entidad financiera, teniendo en cuenta el proceso de comercialización y negociación de esa cláusula y del resto del contrato, su

carácter perjudicial o no (cfr., artículo 8 de la Ley 7/1998 y artículo 83.2 del TRLGDCU), etc.”

De este modo, señala esta Instrucción que este incumplimiento no va a conllevar la nulidad de dicha cláusula. Además, refiere que el hecho de que una cláusula de un contrato no refleje con exactitud la cláusula depositada en el registro no supone en todo caso un incumplimiento de esta obligación, o que pueda conllevar la negativa a su autorización o inscripción por el notario o registrador, sino que ello puede acontecer y ser válido siempre y cuando se trate de condiciones particulares, que, como tales, difieren de lo dispuesto en las generales, fruto del acuerdo o negociación particular¹²⁵. Aunque para ello, como apunta dicha Instrucción, sería deseable que existiese en la propia escritura cierta separación entre cláusula generales y particulares, o de algún modo quedase patente que aquellas estipulaciones son particulares, sin que por el mero hecho de que difieran se les deba dar la consideración de condición particular.

B) CONTENIDO OBLIGATORIO DEL CONTRATO:

El artículo 22 de la Ley 5/2019, titulado “forma y contenido del contrato”, señala que los préstamos garantizados con hipoteca deberán formalizarse en escritura pública¹²⁶, donde el notario no autorizará la misma si no se hubiese otorgado el acta del art. 15.3, al igual que el Registrador no lo inscribirá la escritura si no consta la reseña del acta del art. 15.7. De este modo, se garantiza —al menos— que el prestatario recibió la documentación con la información preceptiva sobre el préstamo, y que dicha información corresponde con la fijada en el contrato. Se señala en dicho art. 22 que en el contrato se hará constar, además de los elementos esenciales, los elementos que determinen el Gobierno mediante Real Decreto.

De este modo, además de las cláusulas propias derivadas de la normativa hipotecaria por la que se configure dicha hipoteca¹²⁷, la regulación concreta del

¹²⁵ Así, señala la Instrucción de 13 de junio de 2019 de la DGRN: “La consecuencia de lo anterior es que el previo depósito de las condiciones generales empleadas por la entidad en su contratación no debe impedir la autorización y posterior inscripción de la escritura de préstamo hipotecario por el hecho de que del cotejo de la misma con las condiciones generales depositadas resulte alguna diferencia, ya que por hipótesis esa diferencia, especialmente en la medida en que sea relevante, constituiría en principio una condición particular, y no general.”

¹²⁶ No es sino reflejo del artículo 145 de la Ley Hipotecaria, que requiere para que la hipoteca quede válidamente constituida que conste en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad.

¹²⁷ Esencialmente, aquellas referidas al principio de especialidad o determinación registral, como aquellos que determinan los intereses cubiertos por la hipoteca, así como los pactos de limitación y distribución de la responsabilidad. Acerca de estos, puede consultarse BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA. *La*

contenido aparece actualmente especificada en la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, en su artículo 7 —que no ha resultado modificado en las últimas reformas—.

Así, el artículo 7.3 de la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, establece el contenido que de forma “explícita y clara” **debe contener el contrato de préstamo**. Así, debe figurar en el mismo:

a) *El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.*

b) *La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.*

c) *Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe de tales conceptos.*

d) *La duración del depósito o préstamo o crédito y, en su caso, la condiciones para su prórroga.*

e) *Las normas relativas a las fechas valor aplicables.*

f) *Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.*

hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario. Tirant lo Blanch, 2000; BLASCO GASCÓ Y LAGO MONTERO “El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria” en YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO “Tomo IX. Contratos de Financiación y de Garantía” Aranzadi. 2014.

g) Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.

h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo.

i) Los demás que establezca el Banco de España.

Además de estas consideraciones, como referimos anteriormente, hay que entender que el contrato se deberá ajustar y reflejar las disposiciones recogidas en la FEIN y en la FiAE, como recoge el art. 14.d) de la Ley 5/2019, y según dispone el art. 29 de Orden, que señala que deberán contener, debidamente separadas las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada –remisión que hay que entender hecha a la FEIN–, sin que las demás cláusulas puedan, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas¹²⁸. Señala además que se fijará el tipo de interés, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas.

Como se puede comprobar, la configuración del tipo de interés es uno de los elementos fundamentales y de mayor transcendencia que debe ser fijado en el contrato, como se puede apreciar de distintos puntos recogidos en el art. 17.3 de la Orden y lo fijado en el art. 29, al constituir el precio y la contraprestación principal del prestatario. Por ello, nos centraremos en dicho asunto en el apartado siguiente. Igualmente trataremos por separado lo fijado en el art. 17.3.g), por ser un asunto igualmente de importancia en cuanto determina la facultad del prestatario de poner fin la relación contractual —o reducir o adelantar la misma— con las consecuencias derivadas de ello.

Respecto al resto de elementos que deben constar en el contrato, conviene hacer unas breves consideraciones respecto de algunas de las cláusulas del mismo:

-Comisiones: Se deberá fijar en el contrato, como recoge el 7.3.c) de la Orden, las diferentes comisiones que puedan devengar relacionada con el préstamo hipotecario, señalando su concepto e importe. El artículo 14 de la Ley 5/2019 recoge algunas

¹²⁸ Señala además la Circular 5/2012 norma quita párrafo tercero, que cuando por cualquier circunstancia legalmente admisible, se produjera una discrepancia entre las condiciones financieras o de cualquier otra naturaleza que figuren en la oferta vinculante y las que finalmente se incluyan en el documento contractual, las entidades vendrán obligadas a advertir clara y expresamente al cliente de dicha discrepancia y a reflejar en el contrato el conocimiento de la misma por el cliente.

previsiones al respecto, señalando en su apartado tercero que sólo se podrán cobrar comisiones o repercutir gastos por servicios solicitados o aceptados, y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse –en sentido similar el art.3 de la Orden 2011–.

Esto último subrayado es lo que permite la anulación por abusiva o improcedente de la mayoría de las comisiones, cuando no se pueden acreditar los servicios que realmente haya realizado, así como el gasto que tales servicios le ocasionó. Suele ocurrir con las comisiones por posiciones deudoras, en donde sentencias como la SAP de Guipúzcoa de 31 de marzo de 2015 (rec. 2067/2015), considera que *“la citada cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandada, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, que no responde al coste particular e individualizado de una actuación concreta que la misma haya podido desarrollar, sino que se trata de una cuota fija que el prestatario se ve obligado a abonar por el simple hecho de incurrir en descubierto, aunque dicho descubierto se regularice de forma inmediata a producirse.”*

O en sentido similar, el AAP Valencia de 31 de enero de 2018 (rec. 8181/2015), que considera que una comisión por posición deudora de 30 euros por cada recibo devuelto supone un flagrante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento de los del consumidor, al encubrir una indemnización de daños en favor del empresario que ya quedaba cubierta con los intereses moratorios.

Finalmente, acerca de la comisión por posiciones deudoras, el TS en su sentencia de 25 de octubre de 2019 (rec. 725/2017) acaba declarado la abusividad de dicha comisión en el caso enjuiciado, dictaminando que no cumple con los criterios establecidos por el Banco de España, al permitir su reiteración y ser una compensación automática, donde, *además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la inefectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión. Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (...).* Precisamente la indeterminación de la comisión es la que genera la abusividad, puesto que supondría, sin más, sumar a los intereses de demora otra cantidad a modo de sanción por el mismo concepto, con infracción de lo previsto en los arts. 85.6 TRLGCU (indemnizaciones desproporcionadas) y 87.5 TRLGCU (cobro de servicios no prestados). Además, una cláusula como la enjuiciada contiene una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, pues debería ser el Banco quien probara la realidad de la gestión y su precio.”

Y otra de las comisiones más típicas que se recogen en este tipo de contratos, es la comisión de apertura, donde en el artículo 14.4 de la Ley 5/2019 señala que, si se pactase, la misma se devengará de una vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares, debiendo incluir en los préstamos en divisas cualquier comisión por cambio de moneda en el desembolso inicial del préstamo.

Estas comisiones de apertura también han conllevado controversias estos últimos años, siendo anuladas igualmente por diversas AAPP al no corresponder con servicios efectivos o gastos que se pudieran acreditar, hasta que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017) se postuló a favor de su validez, considerando que al formar parte del precio junto al interés ordinario, no podía ser objeto de control de abusividad, siendo claramente transparente ya que todo prestatario conoce el importe a abonar por tal concepto, formando parte del TAE, y señalando que no se le puede exigir al prestamista, para justificar el cobro de esa parte del precio, que haya de probar la existencia de esas actuaciones que haya realizado, siendo estas actuaciones de realización obligatoria.

Para entender este pronunciamiento y el sentido que le otorga el TS, hay que tener en cuenta que dicho Tribunal no lo considera una comisión en el sentido de “gastos a repercutir” al prestatario, sino como un “servicio” que presta la entidad por la concesión del préstamo que hay que abonar, en el caso de que se concierte, por todas las actividades preparativas del mismo, ya que como el propio Tribunal indica, el importe de la comisión constituye una *fijación libre del precio por sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un gasto*.

Esta consideración de lícita de la comisión de apertura, sin justificar los servicios efectivamente realizados, se encuentra respaldada por la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C 621/17), donde determina que *“el hecho de que los servicios proporcionados como contrapartida de los gastos de gestión y de la comisión de desembolso no estén detallados no significa que las cláusulas correspondientes no cumplan el requisito de transparencia (...), siempre que la naturaleza de los servicios realmente proporcionados pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto”*, añadiendo que, el hecho de que la cláusula de gestión no identifique *“inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, no causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.”*

En todo caso, en los supuestos de novación con ampliación de capital, como señala en Banco de España en su Memoria de Reclamaciones de 2017, hay que considerar contraria a las buenas prácticas bancarias la aplicación de esta comisión de

apertura sobre un importe mayor que el de la ampliación del capital del préstamo, con motivo de su novación modificativa, puesto que, de este modo, se estaría duplicando una comisión que ya se liquidó por el servicio de apertura con motivo de la concesión del préstamo.

Y, por último, reseñar que la comisión que se fije por la novación con motivo de la ampliación del plazo del préstamo no podrá ser superior al 0,1 por ciento de la cifra de capital pendiente de amortizar, conforme fija la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

-Préstamos en monedas extranjeras: Este es uno de los elementos más reformados con la nueva Ley 5/2019, estableciendo en su art. 20 que tanto en la FEIN como en el contrato debe aparecer:

a) Derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa¹²⁹, pudiendo ésta ser la moneda en la que reciba la mayor parte de ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que reembolsar el préstamo, o bien la moneda del Estado miembro de residencia en el momento de la celebración del contrato o del que se pida la conversión.

b) Los que no tengan la consideración de consumidores, podrán pactar como alternativa de lo anterior algún sistema de limitación del riesgo del tipo de cambio.

c) Constará la obligación de informar periódicamente del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión, o bien la medida alternativa de limitación del riesgo pactada, información que tendrá lugar en si el valor del importe adeudado o de las cuotas difiera en más del 20 por ciento del que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro.

Como se vio anteriormente, este podríamos considerar el único caso en que se prevé una consecuencia ante su inobservancia, ya que, ante la falta de previsión de estos

¹²⁹ Se establece así con la Ley 5/2019 el derecho a conversión sin requisito ni condición alguna, suponiendo un mecanismo muy favorecedor para el prestatario, a diferencia de lo recogido en otros ordenamientos como el italiano, donde sólo se habilita esto cuando se ha producido una variación del tipo de cambio igual o superior al 20% respecto al momento de la contratación, además de tener que abonar una compensación al prestamista si se estipuló en el contrato (*Articolo 120-quaterdecies, desarrollado por CIRC - decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente del CICR del 29 settembre 2016, n. 380*)

datos en el contrato, conllevaría según el apartado sexto del art. 20 *la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.*

Debemos tener en cuenta que desaparece con la Ley 5/2019 la necesidad de la expresión manuscrita que se recogía en el artículo 6 de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.*

Además, al ser un préstamo cuya cuantía de las cuotas depende de la fluctuación de la moneda elegida con respecto al euro, el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones de 2017 consideró que en la propia escritura **debe recogerse con claridad el día en que ha de tomarse para determinar el tipo de cambio** para la compra de la divisa destinada a las liquidaciones del préstamo.

Así, no basta con que se diga qué tipo de cambio ha tenido lugar, sino que esto además debe realizarse siempre el mismo día del mes prefijado, de forma que las variaciones que pueda sufrir sean siempre tomadas objetivamente el día señalado, sin que la entidad elija el día en que realiza cada cambio, de modo que las fluctuaciones beneficien o perjudiquen por igual, de manera objetiva según la fecha indicada.

-Consecuencias del incumplimiento del prestatario: Se recoge en el citado art.7.3 de la Orden que debe constar “*Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, especialmente, del impago en caso de crédito o préstamo*”.

En primer lugar, deberá fijarse el **interés de demora** que deberá abonar el prestatario en caso de retraso o impago, que, tras las cuestiones suscitadas sobre la abusividad en su fijación, la nueva Ley 5/2019 establece un criterio único e imperativo para las partes, fijando en su artículo 25 que dicho interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos, que se devengará sobre el principal vencido y pendiente de pago, sin que pueda ser capitalizado salvo lo previsto en el art. 579.2 LEC.

Respecto a los contratos anteriores a dicha Ley, deberán fijar el importe de dicho interés de demora, teniendo en cuenta que, según lo fijado por el TS en su sentencia de 3 de junio de 2016 (recurso 2121/2014), se reputa abusivo el interés de demora que supere en dos puntos al interés remuneratorio, debiendo en tales casos anularse y devengarse únicamente el interés ordinario.

Como se puede apreciar, llama la atención que, tras fijar el TS este criterio de los dos puntos por encima del remuneratorio, el legislador haya optado por los tres puntos, aunque hay que recordar que en los trámites del Proyecto de Ley se fijó dicho interés moratorio en un principio, con carácter imperativo, en tres veces el interés legal del dinero, cuestión que sí resultaba más reprochable.

Respecto al **vencimiento anticipado**, es un tema de especial relevancia, cuyo análisis rebasa el objeto de este trabajo, pero merece hacer unas breves consideraciones en lo que aquí respecta sobre el contenido del contrato que debe respetar el prestamista y las últimas resoluciones emitidas sobre la materia.

Tras la conocida polémica por la cláusula de vencimiento anticipado, la Ley 5/2019 ha venido a poner fin a la circunstancia anterior, fijando igualmente un contenido obligatorio de carácter imperativo¹³⁰ en su artículo 24. De este modo, constará en el contrato que se perderá el derecho al plazo y vencerá el préstamo cuando el prestatario entre en mora del pago del capital o intereses, cuya cuantía equivalgan al menos al 3% del capital concedido si la mora tiene lugar en la primera mitad del préstamo, entendiéndose en todo caso ante el incumplimiento de 12 cuotas; o al 7% en la segunda mitad, entendiéndose cumplido ante el impago de 15 cuotas. En todo caso, el prestamista deberá requerir de pago concediéndole un mes de plazo, advirtiendo de la reclamación del reembolso total en caso de no ser atendido¹³¹.

Con anterioridad a dicha Ley, el contenido del contrato respecto al vencimiento anticipado debía ajustarse a lo recogido en el art. 693.2 LEC, siendo potestativa dicha facultad operando sólo si se pactaba en el contrato. No obstante, para estos contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de

¹³⁰ En contra de esta imperatividad se muestra MARTÍN FABÁ, José María. “Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado” En CARRASCO PERERA (dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019. Entiende este autor que nos encontramos ante una norma “relativamente imperativa”, configuradora de mínimos, por lo que sería posible pactar un régimen más favorable para el prestatario.

¹³¹ Régimen actual garante y protector del deudor, lejos de las previsiones anteriores del art.693 LEC, y de lo previsto en otros ordenamientos como el italiano, donde el art. 120-quinquiesdecies remite a lo previsto en el art.40.2 TUB, que establece la capacidad de vencimiento ante el retraso en el pago de 7 cuotas, aunque no sean consecutivas, entendiéndose que hay retraso cuando el pago es realizado entre los días 30 y 180 posteriores al vencimiento de la cuota. Transcurrido dicho plazo sin que se realice el pago, y ante el silencio de la ley en ese punto, FERRUCCI (et al.) entiende que el prestamista podría resolver el contrato en virtud del art. 1819 del Codice Civile, aunque esto chocaría con la doctrina asentada por el TJUE. Una previsión más favorable para el vencimiento anticipado está prevista para el caso del pacto marciano recogido en el artículo 120-quinquiesdecies apartado tercero, según el apartado cuarto, donde se considera incumplimiento el impago de una cantidad equivalente a 18 cuotas. FERRUCCI, A. (et. Al.) “*La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*” Editore Giuffrè. 2008.

vencimiento anticipado, la DT 1ª prevé la aplicación de estos requisitos del art. 24, salvo que el incluido en el contrato de origen sea más beneficioso para el prestatario, o cuando ya se haya producido el vencimiento anticipado —se haya iniciado o no un procedimiento de ejecución—.

Pero nótese la salvedad que realiza la DT al señalar “en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado”, por lo que en todos aquellos casos en donde se haya previamente anulado la cláusula —con la consecuencia de tenerse por no puesta, de su inexistencia desde el inicio—, habría que entender que no le sería aplicable dicha disposición¹³². A lo que se suma la duda de si mediante Ley se puede sanar, sin que esto se haya explicitado en el texto legal, una cláusula que puede ser declarada nula de pleno derecho —en los casos en que no se haya producido tal declaración—, siendo esto aparentemente el objetivo de la Ley¹³³, por lo que cabe plantearse si resultaría justo, o no, la diferencia entre estos dos supuestos —cláusulas declaradas nulas y aquellas no enjuiciadas—.

Quizás lo más conveniente hubiese sido establecer la aplicación de esta nueva cláusula a todo tipo de préstamos y con efectos retroactivos, salvo en aquellos casos ya firmes con efectos de cosa juzgada —o procedimientos de ejecución finalizados con entrega de la posesión del inmueble—, evitando así los conflictos que puedan surgir y otorgando mayor seguridad jurídica.

¹³² En igual sentido se pronuncia SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO. “Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad” *Diario La Ley*, Nº 9423, Sección Tribuna, 27 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer: “En consecuencia, el artículo 24 de la Ley no podrá considerarse aplicable directamente a los contratos celebrados por consumidores con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, prácticamente en ningún caso, puesto que es condición imprescindible para que los contratos concertados antes de la entrada en vigor se consideren sujetos a la Disposición Transitoria Primera y, por ende al art. 24, que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, siendo el caso, que, como se encarga de recordar la también reciente sentencia de TJUE de 14 de marzo de 2019(asunto C-118/17, Caso Z.D. contra ERSTE Bank Hungary Zrt., Sentencia de 14 marzo 2019), el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, careciendo de efecto alguno frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 61), de modo que no concurre en estos casos el presupuesto de hecho al que se sujeta la aplicación retroactiva de la norma”

¹³³ En contra de tal subsanación legal: SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO. “Ley de Contratos...” (op. Cit.) “No obstante no debe mover a confusión esta aplicación retroactiva del art. 24, porque el efecto que de ello se deriva es que lo que dispone la norma sustituye el contenido de las cláusulas de vencimiento anticipado que, con arreglo a la legislación vigente en la fecha en que se concertaron, fuesen válidas por las que ahora se establecen con carácter retroactivo, pero no convalida las cláusulas ya declaradas nulas ni las anulables en el futuro por los mismos motivos”

Igualmente se puede defender la aplicación de los criterios de esta nueva regulación a los casos anteriores en aquellos supuestos en que se proceda a la sustitución de la cláusula, conforme lo dictado por la STJUE de 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 y en los autos de 3 de julio de (asuntos 2019 C-486/16, C-92/16, y C-167/16), postura finalmente acogida por el TS en su Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014).

Esta jurisprudencia del TJUE creó cierta controversia, dejando a la decisión de los juzgados la posibilidad de sustitución de la cláusula en aquellos casos en que el contrato “no pueda subsistir” si dicha cláusula se suprime.

Respecto a esta evaluación de si el contrato puede o no subsistir, entendieron autores como PANTALEÓN¹³⁴ que, al referir el Tribunal que para dicha evaluación hay que atender a un “enfoque objetivo” remitiendo a su Sentencia de 15 de marzo de 2012 C-453/10, habría que valorar la voluntad y finalidad del contrato de ambas partes, por lo que debido a los claros perjuicios que se le causan al prestamista, la cláusula debe ser objeto de integración. De modo similar GÓMEZ POMAR¹³⁵ al considerar que “*de acuerdo con la perspectiva del TJUE en la Sentencia Abanca, no cabría considerar razonablemente que un contrato de larga duración pueda subsistir sin un remedio de naturaleza resolutoria o terminatoria (de vencimiento anticipado, cuando se trata de un plazo prolongado) en favor de la parte contractual que sufre el incumplimiento, aunque se trate del incumplimiento cometido por un consumidor*”. Ya adelantamos que en esta línea se pronunció finalmente el Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

Si esto era lo realmente deseado por el TJUE, entendemos que resulta cuanto menos cuestionable el modo de hacerlo, ya que lo haría subrepticamente, sin una declaración expresa al respecto como la ocasión merece. De hecho, en los tres autos dictados el 3 de julio de 2019 que versan sobre el mismo asunto nada se especifica sobre esto, más aún, creemos que hay que hacer cierto reproche al TJUE, en cuanto en el caso C-92/16 resuelto por uno de los autos de 3 de julio se le pregunta expresamente si “*¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva [93/13] en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?*” La respuesta a esta

¹³⁴ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO “La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivo” en *Almacén de Derecho* (2019): <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>

¹³⁵ GÓMEZ POMAR, FERNADO “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE.” *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho, n.º 2, 2019

cuestión hubiese aclarado la postura del TJUE, pero, sin embargo, se limita a usar la cuestionable técnica de analizar conjuntamente las cuestiones y reconducirlas al modo en que quiere contestarlas, sin entrar expresamente a lo solicitado en este punto, dejando así con la incertidumbre sobre la cuestión.

Resulta igualmente de interés la decisión adoptada por el asunto C-486/16 de otro de los autos de 3 de julio de 2019. En dicho caso, se declara por el juzgado en el procedimiento de ejecución la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, desestimando la AP el recurso a dicho auto realizado por la entidad. Con posterioridad, al continuar con los impagos, se presentó nueva demanda ejecutiva, siendo desestimada por el juzgado, pero esta vez la AP estimó el recurso de la entidad, entendiendo que procedía la ejecución por el juzgado de primera instancia, presentando dicho juzgado la cuestión prejudicial, en la que a la vista de lo sucedido, se preguntaba si era contrario al principio de efectividad el hecho de que se acordara el despacho de ejecución con fundamento en una cláusula sobre vencimiento anticipado declarada abusiva por una resolución judicial firme en un proceso de ejecución hipotecaria anterior, aun no teniendo en nuestro ordenamiento efectos positivos de cosa juzgada material, pero impidiéndose iniciar un nuevo proceso de ejecución con fundamento en el mismo título ejecutivo.

El TJUE finalmente argumenta que lo descrito no se opone al principio de efectividad, ya que *“la demanda de ejecución hipotecaria pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente no tiene su fundamento en la cláusula abusiva en cuestión, sino en la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula, y tal sustitución llevada a cabo por el juez nacional es conforme con el Derecho de la Unión, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en el anterior apartado 40¹³⁶”*.

Sobre este auto llama la atención la admisión de la sustitución tardía de la cláusula, es decir, en el procedimiento de ejecución se consideró la nulidad de la cláusula, pero no la sustitución, sino la subsistencia del contrato de préstamo, por lo que

¹³⁶ Recoge el apartado 40: *“Debe también recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, podría justificar, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por la versión de dicha disposición legal posterior a la celebración del contrato controvertido en el litigio principal (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 59 a 62).”*

dicha subsistencia del contrato, como expresamente recoge su jurisprudencia—entre ella, el propio apartado 40 que refiere—, impide que se tenga que integrar o sustituir la cláusula, pero, sin embargo —a pesar de pasar por la decisión del juzgado de sobreseer la ejecución, la desestimación del recurso en la AP, y la nueva desestimación de la ejecución del nuevo juzgado— se alega que en el nuevo recurso que conoce la AP que se está sustituyendo la cláusula declarada nula.

Y todo ello se debe al discutido punto de partida, en el que, ya desde el propio juzgado, se le remitía la cuestión al TJUE aduciendo la carencia de la resolución desestimatoria de la ejecución de los efectos positivos de la cosa juzgada material. Esta premisa es discutible, siendo una cuestión que no es pacífica en la doctrina, entendiendo autores como MORENO GARCÍA¹³⁷ la eficacia de cosa juzgada de aquello discutido tras el trámite de oposición en la ejecución, y más especialmente en aquellos casos en que el acreedor ha contado con el recurso de apelación previsto en el art. 695.4 LEC, tal y como aconteció en el supuesto analizado, precepto éste que parece establecer igualmente la eficacia de la cosa juzgada¹³⁸, como entiende la doctrina¹³⁹, y respaldado por la jurisprudencia que no permite en un declarativo posterior conocer lo analizado en una oposición anterior o aquello que pudo oponerse¹⁴⁰. Esto supone además una diferenciación de aquellas cláusulas consideradas nulas en el procedimiento ejecutivo, de aquellas analizadas en el procedimiento declarativo, donde se haya declarada la nulidad de la cláusula y la subsistencia del préstamo sin sustitución alguna, supuesto este último que parece claro que no debería plantear dudas sobre la fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente imposibilidad de integrar en un futuro una cláusula que ya

¹³⁷ MORENO GARCÍA, LUCÍA “*Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*”. Tirant lo Blanch. 2018 —no así respecto al control de oficio ex artículo 552.1.II, el cual considera que no tiene dicha eficacia de cosa juzgada material—.

¹³⁸ Así parece extraerse del tenor literal: 695.4: “*Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación.*”

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.”

¹³⁹ En este sentido, SENÉS MOTILLA, CARMEN “Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria” *Práctica de Tribunales*, Nº 120, Mayo-Junio 2016, Editorial Wolters Kluwer; ACHÓN BRUÑÉN, Mª JOSÉ “Perjuicios que puede sufrir el deudor que insta un juicio declarativo para alegar causas de oposición que no puede poner de manifiesto en el proceso de ejecución hipotecaria” *Práctica de Tribunales*, Nº 132, Mayo-Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer, y “*La hipoteca y el procedimiento hipotecario 443 preguntas y respuestas. Novedades tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*” Editorial Sepin. 2019.

¹⁴⁰ Así, STS 27 de septiembre de 2017 (rec. 392/2015), STS 24 de noviembre de 2014 (rec.2962/2012), y la SAP Madrid de 13 de septiembre de 2017 (rec.406/2017) interpretando esta última STS.

no existe. Diferenciación que entendemos artificial, máxime en una cuestión como con la cláusula de vencimiento anticipado, en el que del propio tenor de la misma se puede apreciar su abusividad, sin que sea necesario mayores elementos probatorios de los que se haya podido ver privado el acreedor en el procedimiento ejecutivo¹⁴¹, habiendo contado incluso con un recurso de apelación, como hemos referido.

Para salvar este asunto de la cosa juzgada, se podría entender en el sentido realizado por la AP de Barcelona en su sentencia de 4 de diciembre de 2019 (rec. 1444/2016), quien considera que no se afecta a la cosa juzgada, sino que el nuevo vencimiento es una consecuencia que conlleva el incumplimiento del prestatario, al que hay que otorgarle una respuesta jurídica en todo caso, existiendo un vacío en el contrato al respecto, que se solventa aplicando lo dispuesto por el 693.2 LEC. Aunque el contraargumento que se podría realizar sería que la cosa juzgada vendría determinada por la decisión de los juzgados y tribunales anteriores de no sustituir e integrar la cláusula, es decir, por estimar que el contrato puede subsistir sin la facultad de vencimiento anticipado, sin que parezca lógico plantear sucesivas ejecuciones hipotecarias en diferentes ocasiones hasta que algún juzgado o tribunal estime necesario sustituir la cláusula ya declarada nula o integrar el contrato.

Finalmente, el Tribunal Supremo fijó doctrina sobre la problemática surgida con la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, mediante su Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014), adoptando el criterio de la imposibilidad de subsistencia del contrato ante la supresión de la cláusula —con la consiguiente integración—, ya que entiende que, *“si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que **conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca**, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, **la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido**”* (...) *“Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová , en que **procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética***

¹⁴¹ Limitación de motivos de defensa que es uno de los principales argumentos que se alegan para defender la no eficacia de la cosa juzgada en el procedimiento de ejecución, cuestión que se suele acentuar en el caso del ejecutado. Véase RUIZ-RICO RUIZ , JOSÉ MANUEL *“Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016.” Diario La Ley*, Nº 8791, Sección Doctrina, 27 de Junio de 2016, Ref. D-256, Editorial LA LEY

de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas”.

De este modo, y a pesar de ser el vencimiento anticipado en la anterior normativa una facultad opcional del contrato, eleva a categoría de esencial dicha cláusula para el préstamo hipotecario. Y, además, tiene en cuenta cómo afecta la supresión de dicha para ambas partes, y no sólo si causa un perjuicio o no al consumidor. Puede ser más o menos discutible dicho criterio, pero el TS siempre se ha mostrado a favor de la integración de la cláusula, y con la sentencia y autos mencionados del TJUE se le ha posibilitado tal labor.

De hecho, con la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18), se podría entender reforzada esta postura, al admitir la posibilidad de que el órgano judicial considere que el contrato no puede subsistir cuando la supresión de una cláusula tenga *“como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato”*¹⁴².

Aprovecha además el TS para establecer diferentes supuestos de esta integración respecto de los procedimientos ejecutivos pendientes. Así, como ya hemos referido, acoge para dicha integración lo dictado por el artículo 24 de la Ley 5/2019, pero estableciendo la siguiente distinción:

a) En aquellos procedimientos en que con anterioridad a la Ley 1/2013 se dio por vencido el préstamo, y la cláusula es nula, se sobresee el procedimiento.

b) En aquellos procedimientos en que con posterioridad a la Ley 1/2013 se dio por vencido el préstamo, y la cláusula es nula, se sobresee el procedimiento, salvo si se cumple con los requisitos del art.24 de la Ley 5/2019¹⁴³.

¹⁴² En el asunto analizado por el TJUE se trataba del carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera y con un tipo de interés directamente vinculado al tipo interbancario de la moneda de que se trate, concluyendo al respecto que: *“En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, tras haber constatado el carácter abusivo de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera y con un tipo de interés directamente vinculado al tipo interbancario de la moneda de que se trate, considere, conforme a su Derecho interno, que ese contrato no puede subsistir sin tales cláusulas debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato”*

¹⁴³ No deja claro el TS si los impagos deben darse en el momento del vencimiento, o en el que conozca el juez que resuelve sobre la ejecución. Acerca de esta cuestión, entiende SÁNCHEZ GARCÍA, JESÚS M^a “Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 11 de septiembre de 2019” *Diario La Ley*, N.º 9479, 17 de Septiembre de 2019, WOLTERS KLUWER: *“se podría soslayar practicando el*

c) En todo caso, si se sobresee el procedimiento, puede volver a iniciarse ejecución si se cumplen los requisitos del art.24 de la Ley 5/2019.

Resulta llamativa la distinción entre vencimientos producidos con anterioridad a la Ley 1/2013, y posteriores. La razón posiblemente se deba a que se parte de la presunción de licitud del art. 693.2 de la LEC tras la reforma producida por dicha Ley, por lo que las ejecuciones iniciadas con posterioridad podrían ser amparadas sustituyéndose la cláusula por tal previsión vigente en la ejecución, habiendo el TJUE, en el auto del asunto C-486/16, admitido la posibilidad de sustitución de la cláusula por lo establecido en dicha disposición¹⁴⁴.

Es decir, la postura que adopta el TS, y explica esta diferenciación, es que para permitir la continuación del procedimiento se requiere que, en el momento en que se produzca el vencimiento, exista una previsión lícita en la que pueda apoyarse la sustitución, entendiendo que el ejecutante ha usado y cumplido con dicha previsión, siendo ese momento a partir de la Ley 1/2013, y, por ello, si se inició antes el vencimiento, en todo caso se debe sobreseer.

De este modo, entra a valorar el “ejercicio” de la facultad realizado por la entidad¹⁴⁵, por lo que una vez iniciado la ejecución con un “apoyo lícito”, entiende, sin embargo, para mayor protección del deudor, que para continuar con la ejecución hay

requerimiento regulado en el artículo 24,1 c) de la LCCI, a fin de dar la posibilidad al prestatario de poder pagar las cuotas impagadas hasta ese momento, pudiéndose articular mediante una solicitud al Tribunal que conozca del procedimiento de ejecución hipotecaria, a fin de que se requiera al prestatario demandado para que en el plazo de un mes o, en su caso, el plazo que el Tribunal considere oportuno, pague el importe de las cuotas impagadas hasta ese momento, renunciando el ejecutante a cualquier gasto o costas del procedimiento de ejecución hipotecaria”

¹⁴⁴ Recoge así el apartado 48 del auto: “En segundo término, habida cuenta del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, no cabe llegar a la conclusión de que la normativa nacional vulnera el principio de efectividad por el mero hecho de que permite, en las circunstancias mencionadas en el anterior apartado 40, que un establecimiento de crédito presente una demanda de ejecución hipotecaria con arreglo al artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión posterior a la firma del contrato al que se refiere el litigio principal, ya que, en tal circunstancia, las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado.”

¹⁴⁵ El TS argumenta: “Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.”

que estar a los requisitos mínimos fijados por el art. 24 de la Ley 5/2019. Aunque lo cierto es que el TJUE— a pesar de que en el auto referido expresa que se fundamenta la nueva ejecución en el contenido de la nueva disposición legal— no parece exigir en sus resoluciones que para que proceda la ejecución haya de estar en vigor, al ejercitar el vencimiento, la nueva disposición que sirva de sustitución. Podría haberse entendido así que, una vez declarada la nulidad de la cláusula en el procedimiento de ejecución, procediéndose a la sustitución de la misma en ese momento —ya que, de lo contrario, el contrato no podría subsistir según el TS—, si el incumplimiento cumple los requisitos de la nueva cláusula, podría seguir adelante la ejecución, con independencia del momento en que se haya iniciado dicho procedimiento ejecutivo.

No obstante, el TS adopta este criterio, exigiendo así que el fundamento de la ejecución se ampare en una cláusula o disposición lícita, ya que, de lo contrario, procedería el sobreseimiento del procedimiento. En todo caso, aunque el TS no haya referido nada acerca de esto, entendemos que el consumidor tendrá siempre la última palabra, conforme reiterada jurisprudencia del TJUE, y podrá exigir la continuación de la ejecución según la cláusula original, si lo estima más conveniente para sus intereses, pudiéndose evitar así un aumento de los intereses moratorios por el transcurso del tiempo¹⁴⁶.

Otra de las dudas que suscita esta sentencia, es el efecto de la cosa juzgada anteriormente mencionada. Sobre ello, sólo realiza la siguiente mención: *Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo)*. Esta alusión parece ir referida, especialmente, a señalar que no se produce el impedimento indicado del 552.3 al

¹⁴⁶ No especifica el TS que ocurre con las costas del procedimiento de ejecución. ADAN DOMENECH entiende que podrían imputarse al acreedor, ya sea porque la nulidad conllevaría la desestimación de la demanda ejecutiva, debiendo aplicarse la regla del vencimiento objetivo, así como por considerarse que el despacho de ejecución se ha realizado contraviniendo las normas generales de la ejecución, sin título ejecutivo válido, calificándose la ejecución de nula por falta de un presupuesto de admisibilidad, imponiéndose así las costas al demandante. ADAN DOMENECH, FEDERICO. “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”. *Diario La Ley*, N.º 9498, 15 de Octubre de 2019, WOLTERS KLUWER.

tratarse de un fundamento de ejecución distinto, la cláusula contractual en el primer caso, y una disposición legal en el segundo.

Así, parte el TS de que, una vez sobreseído el procedimiento, se puede con posterioridad iniciar el procedimiento de ejecución con base, no en el contrato, sino en la ley —según los criterios del art. 24 Ley 5/2019—, pero no especifica si esto debe ser para los procedimientos ejecutivos pendientes —que es la situación a la que se refiere en la propia sentencia—, o si es también para aquellos procedimientos ejecutivos ya sobreseídos —a los que alude el auto del TJUE que el TS cita—. Esto último, como hemos expresado, conlleva una diferenciación de aquellas cláusulas sometidas en un procedimiento declarativo concluido ya con sentencia firme, siendo estas cláusulas inexistentes, insubsanables e insustituibles, diferencia ésta que plantea dudas de su procedencia.

E igualmente, cabe plantearse si la sustitución de la cláusula nula por lo dispuesto por la nueva ley debe tener consideración de cláusula contractual —con contenido adaptado a la legalidad—, o si, por el contrario, tiene consideración de cláusula legal imperativa, proviniendo así su fundamento y fuerza de la ley, y no de una cláusula contractual. Esto último es lo que parece indicar el TS¹⁴⁷, lo que podría considerarse que incurre en una interpretación *contra legem* de lo dispuesto por la Ley¹⁴⁸, que expresamente excluye la aplicación de esta Ley a los supuestos donde se haya ya ejercido el vencimiento. Así, aunque el TS en su sentencia intente ampararse exponiendo que “la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda)”, realmente, el supuesto analizado en dicha STJUE es distinto al presente. En efecto, en dicho caso, se trataba de una normativa creada expresamente para adaptarse a la jurisprudencia europea, sustituyendo de manera

¹⁴⁷ Que, aunque el TS remite a lo reflejado por el auto del asunto C-486/16, entendemos que este auto en sus referencias indica realmente que el nuevo “contenido” de la cláusula es según lo dispuesto en la nueva versión legal, pero no que tenga consideración de “ley” la nueva cláusula. Así, recoge dicho auto “no tiene su fundamento en la cláusula abusiva en cuestión, sino en la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula”, además de que en el caso enjuiciado por el TJUE —según el art. 693.2 LEC— no era una disposición legal imperativa ni supletoria.

¹⁴⁸ Así lo considera ADAN DOMENECH, FEDERICO. “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”. *Diario La Ley*, N.º 9498, 15 de Octubre de 2019, Wolters Kluwer: “el Tribunal Supremo pretende aplicar una norma a las ejecuciones hipotecarias suspendidas, la cual establece radicalmente lo contrario, al sostener su inaplicación a los procesos ya judicializados como son las ejecuciones hipotecarias suspendidas. Es por ello, que podríamos aventurarnos a afirmar que el contenido de la resolución del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, es *contra legem*”.

expresa y con carácter retroactivo las cláusulas de los contratos que aducían de nulidad. En el caso español, ni la norma expresa que se deban sustituir las cláusulas de los contratos que puedan ser nulas —aunque pudiera entenderse que este es el objetivo de la Ley—, ni, especialmente, permite la aplicación de lo dispuesto en la Ley en los contratos cuyo vencimiento se haya producido.

De hecho, dudas plantea que el TS no se pronuncie con claridad en los asuntos que trata en su sentencia sobre el hecho de que en los procedimientos se proceda a la “sustitución” de la cláusula, sino que da a entender en todo caso que el nuevo vencimiento proviene de la ley. Así al resolver el asunto principal enjuiciado —con origen en un procedimiento declarativo—, tras confirmar la nulidad de la cláusula, señala que *“Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones antes expuestas en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley¹⁴⁹.”*

Así, da a entender que, en todos los supuestos analizados, ya se produzca el sobreseimiento en dicha ejecución —con los supuestos que diferencia, referidos anteriormente—, ya se produzca el reconocimiento de la nulidad en un procedimiento declarativo, siempre se podrá iniciar un nuevo procedimiento fundamentado en “la ley”. Pero como hemos referido, la DT 1ª establece dos supuestos en los que, en principio, no sería aplicable el nuevo vencimiento anticipado: a) Aquellos contratos que no dispongan de cláusulas de vencimiento anticipado, y b) aquellos contratos en los que se haya ejercido la facultad de vencimiento anticipado con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo que, más bien, habría que decir que el fundamento de la existencia de la facultad de vencimiento anticipado lo encontramos en esta propia doctrina del TS que considera tal cláusula imprescindible, y que, como tal, se debe buscar un contenido para tal integración, siendo el más procedente el del art. 24 LCCI, pero no resulta acertado afirmar que la ley impone dicho vencimiento a tales contratos, cuando expresamente lo excluye.

De hecho, surge el problema de qué ocurre con aquellos contratos fuera del ámbito de aplicación de la LCCI y que se encuentren en el primer apartado del 693.2 LEC, que sigue estableciendo que se podrá exigir la totalidad de lo adeudado en los

¹⁴⁹ Consideraciones repetidas en posteriores sentencias, como la STS 12 de noviembre de 2019 (rec. 1111/2015) y la STS 14 de noviembre de 2019 (rec. 1943/2015)

términos que se hubiera convenido en la escritura e inscrito en el registro. Siguiendo esta postura del TS, en aquellos casos en donde no se pacte nada, llevaría igualmente a tener que integrar el contrato con una cláusula de vencimiento anticipado, a pesar de requerir el precepto dicha existencia de pacto e inscripción por lo que, como dijimos, parece una postura que contraviene la ley.

Parece claro que lo deseado por el TS es que todos los contratos de préstamos hipotecarios, incluso en aquellos en que se hayan anulado la cláusula anteriormente, dispongan de una cláusula de vencimiento anticipado conforme los criterios de la Ley 5/2019, ya que, como hemos señalado, considera dicha cláusula un elemento imprescindible para este tipo de contratos. Ello, que puede ser un resultado admisible desde un punto de vista práctico y de seguridad jurídica, plantea los problemas de incurrir en una interpretación en contra de lo dispuesto en la Ley. Por ello, lo más deseable es que esta postura hubiese sido acogida por el legislador, evitando así los problemas comentados.

Además, de todo ello surge otra posible cuestión que puede suscitar diversas dudas. La mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C 260/18, recordando su doctrina por la cual el consumidor puede optar porque se le siga aplicando la cláusula cuya abusividad puede ser discutida, añade que también puede optar porque no se le proteja de los supuestos efectos perjudiciales que conllevaría la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula. Así, recoge dicho Tribunal:

“De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener a fortiori el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.”

Es decir, a pesar de la solución adoptada por el Tribunal Supremo, en todos aquellos casos en que el juez deba sobreseer el procedimiento, se debería oír antes al consumidor si prefiere continuar con la ejecución en base a la cláusula susceptible de nulidad; e igualmente, en aquellos casos en que se deba proceder a la sustitución de la cláusula para conservar la validez del contrato —y por tanto, fuera de los supuestos en que se les deba aplicar la integración legal de la Ley 5/2019—, el prestatario podría alegar la no sustitución de la cláusula, y que se procediese a la nulidad del contrato. Este supuesto no está contemplado por el TS, y puede conllevar ciertas cuestiones de interés como el hecho de ver cómo se debería llevar a cabo la restitución de las prestaciones, si se deberían o no los intereses convencionales pactados, los moratorios, qué ocurriría con

la devolución de ciertos gastos que se hayan ocasionado, etc, y todo ello teniendo en cuenta que la anulación se produce por el comportamiento del prestamista, al introducir una cláusula abusiva en el contrato cuya supresión conlleva que el contrato deje de subsistir, asunto que se examinará con posterioridad¹⁵⁰.

Para concluir sobre esta cuestión, podríamos proponer una solución alternativa, sin tener que pasar por reconocer la esencialidad de dicha cláusula y la consideración de que el contrato dejaría de subsistir. Así, ante la ausencia de dicha cláusula, la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente ante los incumplimientos del prestatario debería acogerse en base del artículo 1124 Cc —artículo aplicable a los contratos de préstamo, como declaró la STS de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015)—, debiendo recurrirse para ello a un procedimiento declarativo donde se observasen todas las circunstancias concurrentes, y, para solventar el asunto de la garantía del prestamista así como de los privilegios que se reconoce a los ejecutados en el procedimiento de ejecución hipotecaria, sería tan simple como admitir que, en el procedimiento ejecutivo que tenga lugar tras el procedimiento declarativo en que se declare resuelta la obligación, se reconozcan dichos beneficios. Así lo planteó el magistrado Orduña en el Voto Particular de la STS de 18 de febrero de 2016 (recurso 2211/2014):

“En todo caso, y dado que no hay pronunciamiento judicial de esta Sala sobre esta hipótesis o cuestión, tampoco puede negarse lo contrario, esto es, que las ventajas o beneficios señalados por la sentencia, propios de la ejecución hipotecaria y previstos en la LEC, puedan ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de la obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime, atendiendo a los "principios de efectividad y equivalencia" en materia de consumidores, y de acuerdo, además, con los principios de buena fe y "favor debitoris" que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria.”

¹⁵⁰ Dicho asunto, acerca de las consecuencias en la restitución tras la nulidad, será examinado en: Capítulo I.- Obligaciones del prestamista previas a la celebración del contrato: IV.- LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO. C.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO. 4.-Efectos de la retroacción de las prestaciones.

Y en igual sentido el Magistrado SOLER PASCUAL¹⁵¹ respecto a la ejecución que habría de seguirse tras la resolución del contrato en un procedimiento declarativo:

“En todo caso parece razonable considerar que se deben respetar los derechos que el prestatario pudiera tener reconocidos tanto en la legislación procesal como hipotecaria si la ejecución pretendida de la Sentencia lo es, materialmente, de un título hipotecario. Ello supone reconocer al ejecutado la posibilidad de liberar el bien a que se refiere el artículo 693.3 LEC, la limitación que en cuanto a costas recoge el art. 575,1 bis LEC y, finalmente, también sería exigible que la demandante llevara a efecto la presentación de títulos a que se refiere el art. 517, 4ª de dicha Ley procesal en relación con el art. 685,2 de dicho cuerpo legal.

Por otro lado, la finca objeto de hipoteca no responderá frente a terceros más allá del límite hipotecario recogido en la escritura pública y anotado en el Registro de la Propiedad, con lo que si el crédito supera dicho límite la parte acreedora deberá embargar otros bienes hasta cubrir la mencionada cantidad (art. 579 LEC), siendo necesario trabar embargo en la fase de ejecución de la sentencia sobre el bien hipotecado, como se desprende del art. 551 LEC y 127 LH y de las Resoluciones de la DGRN de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999, citadas en las más recientes de 14 de diciembre de 2015 y 1 de febrero de 2017, mediante nota marginal en la inscripción de la hipoteca con el fin de relacionar ambas anotaciones para que los posibles acreedores que hubieran anotado cargas intermedias entre la hipotecaria y el embargo trabado por el acreedor hipotecario conozcan la existencia de la ejecución de la carga hipotecaria preferente a la suya.”

De este modo, se conseguiría la anulación de una cláusula abusiva sin integración, la subsistencia de la garantía y su posibilidad de ejecución ante incumplimientos del deudor, y el mantenimiento de los privilegios que la LEC otorga a los ejecutados en los procedimientos de ejecución hipotecaria¹⁵².

¹⁵¹ SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO (Magistrado AP Alicante). “El laberinto de los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado: ¿y ahora qué?” EDC 2019/575819. *El Derecho*. 2019

¹⁵² Así también lo ha manifestado SÁNCHEZ GARCÍA, JESÚS Mª “Breves comentarios ...” (*op.cit.*): “ya me pronuncié sobre los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, ya que, a mi entender, al subsistir el contrato, procedería el archivo del procedimiento de ejecución hipotecaria (previa consulta al demandado ejecutado -apartado 69 STJUE 26/3/2019 y 53 y 43 ATJUE 3/7/2019-), sin perjuicio de que la entidad acreedora pudiera acudir al procedimiento declarativo correspondiente al amparo del art. 1124 CC, conforme la doctrina fijada por el Pleno de la

Respecto a los criterios a seguir para determinar la resolución del contrato ex art. 1.124, podría acogerse como orientación lo dispuesto en el art.24 de la Ley 5/2019, debido a la mayor generosidad que presente frente a la regulación anterior¹⁵³. Podría pensarse que, si ya la Ley 5/2019 establece la aplicación retroactiva de estos requisitos para el vencimiento anticipado, y el TS en esta STS de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014) también lo aplica para integrar las cláusulas, realmente poco cambio se produce en estos dos escenarios, ya sea aplicando la cláusula de vencimiento según el art. 24, o bien la resolución del contrato en virtud del 1124 aplicando los criterios del art. 24. Sin embargo, hay una notoria y fundamental diferencia si se tiene que acudir a un procedimiento declarativo: los medios de defensa con que cuenta el deudor.

Así, como se verá a lo largo de este trabajo, hay supuestos —generalmente basados en el incumplimiento del prestamista de sus obligaciones— que no pueden ser alegados como defensa u oposición por el prestatario, y esto aboca en muchas ocasiones a una ejecución que no se debería de producir, con los graves perjuicios que ocasiona. Es cierto que la solución propuesta priva al ejecutante de una vía “rápida” con la que ejecutar su crédito. Pero viendo los problemas que plantea el procedimiento de ejecución, y las dilaciones y suspensiones de dichos procedimientos en los últimos años,

Sala 1.ª del TS, en su sentencia de 11 de julio de 2018 (Roj: STS 2551/2018), pudiéndose ejecutar el derecho de hipoteca en sede de ejecución de sentencia en un procedimiento declarativo ordinario, por los trámites del artículo 681 y siguientes de la LECivil, conforme al criterio sustentado por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia de 8 de febrero de 2019 (Roj: SAP V 901/2019), siguiendo la línea jurisprudencial de otras secciones de la misma Audiencia.”

¹⁵³ En sentido similar respecto a la interpretación del art. 1124 Cc, según lo dispuesto por el art. 24 de la Ley 5/2019, se ha pronunciado PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO “La Sentencia de la Gran...” (op. cit.): “*En mi opinión, lo más sensato sería que, también para los casos contemplados en la frase final del apartado 4 de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, la laguna del contrato generada por tener por no puesta la cláusula de vencimiento anticipado abusiva fuese integrada con la norma del artículo 24 de dicha Ley, por la vía de entender que concreta, para los préstamos hipotecarios con consumidores, la regla general sobre resolución por incumplimiento del artículo 1.124 del Código Civil.*”. En el mismo sentido, y sobre la necesidad de acudir a un declarativo se pronuncia SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO. “Ley de Contratos...” (op.cit.) “*Así las cosas, de cara a la consideración de que concurre un incumplimiento suficientemente grave como para ser considerado resolutorio, sí que puede tenerse como referencia o ser aplicable por analogía lo establecido en el art. 24 de la LCCI; ahora bien el despacho de ejecución dineraria, conforme a lo establecido en los artículos 571 y 572 de la LEC, se somete al requisito de que del propio título ejecutivo resulte, directa o indirectamente, el deber de entregar una cantidad de dinero líquida; es decir, que esa cantidad ha de ser vencida y exigible conforme al propio título, de modo que, en virtud de la condición resolutoria implícita del art. 1124 del Código Civil sólo cabe plantear acción declarativa y no ejecutiva, puesto que para que sea ejecutiva es necesaria la previa declaración judicial de que concurre un incumplimiento resolutorio, a diferencia de lo que ocurre cuando el vencimiento anticipado es fruto del pacto entre las partes, ya sea el original o el sustituido por los términos del art. 24 de la Ley, conforme en esta Disposición Transitoria Primera.*”

la solución de analizar la resolución contractual en el declarativo podría solventar estos problemas que se plantean en la práctica.

- **Tasación del inmueble como tipo para la subasta.** Relacionado con el punto anterior respecto al vencimiento anticipado, y la consiguiente ejecución hipotecaria, en la escritura debe constar, además de los requisitos propios de la normativa hipotecaria, el valor de tasación del inmueble a efectos de la ejecución, siendo esto preciso con el fin de poder incoar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, para que sirva de tipo en la subasta. De este modo, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 682.2 requiere que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan el inmueble para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75¹⁵⁴ por cien del valor señalado en la tasación realizada en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario¹⁵⁵.

Asimismo, se requiere la fijación de un domicilio, pudiendo ser además una dirección electrónica, para la práctica de los requerimientos y notificaciones procedentes.

De importancia resulta lo determinado en este precepto. Lo pretendido es vincular el valor de tasación real con el que figure en la escritura pública, de modo que no se falsee la realidad en perjuicio del prestatario. Así, como señala DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁵⁶, *“la exigencia prevista en el artículo 682 LEC respecto a la escritura de constitución de la hipoteca, especialmente referida a la vivienda habitual hipotecada, está pensada para proteger al deudor en fase de ejecución, y conseguir que la deuda*

¹⁵⁴ Señala ACHÓN BRUÑÉN que este precepto se aplicaría únicamente a aquellas hipotecas que no vayan a ser objeto de titulización en el mercado hipotecario, ya que en caso contrario se aplicaría lo dispuesto por el Real Decreto 716/2009, que fija el tipo de la subasta en el 100 % del valor de tasación, y no en el 75 %. ACHÓN BRUÑÉN, MJ. “Cláusulas, que pasan desapercibidas en las escrituras de hipoteca, que pueden resultar abusivas” *Actualidad Civil*, N° 1, Enero 2019, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 1990/2019

¹⁵⁵ Como advierte JUAN GÓMEZ, dicho artículo debería ser reformado, en cuanto a la ejecución extrajudicial, ya que en virtud de la DF1ª de la Ley 5/2019 que modifica el art. 129.2.a) de la LH, el valor que se fije como tipo en la subasta no puede ser inferior al señalado en la tasación realizada. JUAN GÓMEZ, M. “Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar”. *Diario La Ley*. LA LEY 5771/2019.

¹⁵⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018.

pendiente de cobro se extinga o, al menos, que quede por satisfacerse la menor cantidad posible de deuda”.

Dicha cláusula constituiría, además, el fundamento para iniciar el proceso de ejecución hipotecaria, de modo que como señalan RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO¹⁵⁷, a falta de dicha cláusula, no sería posible iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, o si ya iniciado, se debería sobreseer el mismo, cuando la cláusula se anulase por cualquier motivo.

Así, señalan estos autores una serie de supuestos en donde podría ser dicha cláusula declarada ilegal y nula a los solos efectos de poder instarse un procedimiento de ejecución hipotecaria con base en ella, pudiendo igualmente declararse por los mismos motivos la nulidad por abusiva según la normativa de consumo: Inexistencia de un valor concreto del bien hipotecado; Indeterminación del valor del concreto derecho hipotecado; vulneración de los límites mínimo del 75% y máximo del 100% del valor de tasación; Remisión a un valor de tasación no objetivo; Falta de incorporación a la escritura de la concreta tasación realizada; Vulneración de los límites fijados específicamente por la normativa de la Ley del Mercado Hipotecario.¹⁵⁸

Entre los problemas que suscita el art. 682.2 LEC y de la fijación en la escritura que señala, es que en la mayoría de los casos realmente dicho precio es fijado unilateralmente por el prestamista, a lo que unido al hecho de que la tasación lo suelen realizar entidades vinculadas con la misma, puede conllevar una manipulación en perjuicio del prestatario.

Por ello, la Directiva 14/17 recoge mandatos a los Estados para que establezcan procedimiento que garanticen la fiabilidad, así como la profesionalidad e independencia en esta actividad –art.19–, sin que la Ley 5/2019 llegue a recoger ninguna medida específica para ello, limitando en su artículo 13 a referir la necesidad de una tasación adecuada, utilizando normas fiables y reconocidas internacionalmente, sin que por otro lado el art. 682.2 LEC haya sufrido modificación alguna.

Debido a todo ello, autores como QUESADA LÓPEZ¹⁵⁹ entienden que el ordenamiento español adolece de dos defectos respecto a este asunto, que es la

¹⁵⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J. M. Y ACEBES CORNEJO, R., «Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios.», *Diario La Ley*. Sección Tribuna., vol. 9026, 2017

¹⁵⁸ Remitimos al trabajo señalado en el punto anterior para mayor desarrollo de los mismos.

¹⁵⁹ QUESADA LÓPEZ, PM “La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ.

imposibilidad de obtener un valor real actualizado de cara a la ejecución procesal —ya que ésta se fija en el momento de concertación del crédito—, y la imposibilidad real de asegurar la independencia de los tasadores, debiendo ofrecerse medidas legislativas que solventasen estos inconvenientes.

En el ordenamiento italiano la regulación recogida es similar a la española, pero existiendo una notable diferencia, que daría solución al primer asunto señalado en el párrafo anterior. Así, mientras por regla general la tasación se debe realizar antes de concederse el préstamo, en los supuestos en que se lleve a cabo el llamado pacto marciano, según el art. 120-*quinqüesdecies* apartado tercero TUB —por el cual mediante la transferencia de la propiedad o del producto de la venta del bien garantizado, se extingue la deuda pendiente, aunque el valor de la propiedad o el ingreso de la venta sea inferior a dicha deuda, y en caso de ser superior, se restituye al deudor el excedente— el apartado cuarto exige que se lleve a cabo una nueva tasación por tasador nombrado por mutuo acuerdo, y en defecto del mismo, nombrado judicialmente, que se realizará una vez producido el incumplimiento de las 18 cuotas que habilitan para recurrir a este mecanismo del pacto marciano.

El hecho de establecer una tasación posterior a los incumplimientos del deudor supone que, cuando se produzca la entrega o venta del bien, se tendrá en cuenta un valor real y actualizado del inmueble garantizado que favorece al deudor en aquellos supuestos en los que, con el transcurso del tiempo o por las mejoras introducidas, dicho inmueble tiene un valor mayor al inicialmente tasado. No obstante, hay que tener en cuenta que puede producirse el caso contrario y que el bien se vea minusvalorado, en cuyo caso el deudor resultaría perjudicado, especialmente en cuanto a los porcentajes mínimos de atribución del bien establecido en nuestra LEC, aunque, aun así, puede tener efectos favorables al deudor al favorecer la marcha de la subasta, ajustándose además dicho valor a la realidad actual, como defiende MARTÍNEZ ESCRIBANO¹⁶⁰.

y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

¹⁶⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legal” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, 2014: “Si el valor de tasación fuera superior al valor real sería prácticamente imposible que la subasta prosperase, lo que perjudicaría al acreedor al no lograr hacer efectivo su derecho de realización de valor. Y si se encontrara muy por debajo del valor de mercado, existiría un notable riesgo de adjudicación del bien por un valor irrisorio, con claro perjuicio para el deudor, al ver cómo el bien sale de su patrimonio a cambio de un importe muy reducido. Desde este punto de vista, no me parece que lo más adecuado sea que esta cuestión se determine en la escritura de constitución de hipoteca, ya que el valor del inmueble en este momento inicial y al tiempo de la ejecución puede distar mucho y es imposible formular una predicción exacta sobre este punto. No obstante, esta determinación apriorística parece responder a la conveniencia de evitar dilaciones en la ejecución que

C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

No se prevé en la normativa mencionada consecuencias ante la inobservancia de este contenido mínimo que debe figurar en el contrato¹⁶¹. Sin embargo, como en el caso de la información previa, sí que se prevén consecuencias en la Ley de Crédito al Consumo –art.21–, o en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles –art.8–.

Así, en la LCC prevé en su artículo 21 que:

- Si no contiene mención a la TAE, el consumidor sólo pagará el interés legal;
- Si no contiene mención al importe, el número y la periodicidad de los pagos, se limitará a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Y si existiere omisión o inexactitud en estos plazos, el pago no podrá ser exigido hasta la finalización del contrato.
- Si contiene los datos exigidos, pero son inexactos, se modulará en función del perjuicio que sufra el consumidor, las consecuencias previstas en los dos puntos anteriores.

Y en la LVPBM se recoge en el artículo 8 de modo similar que:

- Reducir la obligación al pago del precio al contado o nominal del crédito cuando no conste los datos como el precio de venta o el capital del préstamo, o si no consta el importe, número, o periodicidad de los pagos.
- Limitar los intereses remuneratorios al interés legal en caso de que no se especifique el tipo de interés nominal o el TAE. Si son inexactos, se modularán las consecuencias.

no implican otra consecuencia que un incremento de la deuda por el devengo de intereses, lo que lleva a un sector de la doctrina a defender este modo de proceder [ARRUÑADA (2013, pp. 51 y ss)]. Aunque otros autores defienden que se realice una nueva tasación [HERNÁNDEZ ARRANZ (2011, pp. 262 y ss.), OROZCO PARDO y PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ (2011, p. 243) y NÁJERA PASCUAL (2011)]. Ciertamente es que una tasación realizada al tiempo de la ejecución no supone una dilación excesiva y permite unos resultados más justos en la subasta, por lo que a mi juicio sería preferible optar por esta otra alternativa.”

¹⁶¹ En el ordenamiento italiano, el art. 117 TUB, por remisión del art. 120 noviesdecies, establece en el apartado cuarto que “Los contratos indican la tasa de interés y cualquier otro precio y condición aplicada, incluyendo, para los contratos de crédito, cualquier cargo más alto en caso de incumplimiento”, recogiendo que en caso de incumplimiento se aplicará las mismas consecuencias ya referidas para el caso de la infracción en materia publicitaria, indicando el 117.7 que se aplicará el tipo de interés dictado por el ministerio de economía, y sobre los demás precios y condiciones, en caso de que no se haya anunciado nada, no se debería nada.

-Cuando no se especifique los elementos que determinan el coste total del crédito, no será exigible el abono de los gastos no citados, ni la constitución o renovación de la garantía. Si son inexactos, se modularán las consecuencias.

-Si se omiten o son inexactas las demás circunstancias exigidas, se podrá reducir la obligación a pagar exclusivamente el importe del precio al contado o del nominal del préstamo.

Resulta difícil igualmente aplicar estos criterios sancionadores de forma analógica al contrato de préstamo hipotecario cuando no ha sido previsto para dichos contratos, y con mayor motivo, como en el caso anterior, cuando han podido preverse expresamente alguna sanción y se ha optado por el legislador por no incluirla. No obstante, sí que podrían ser tenidos en cuenta de cara a la aplicación de los efectos de la nulidad, por ejemplo. Así, ante la nulidad del interés de referencia, no parece que la aplicación del interés legal como remedio sustitutivo en los préstamos hipotecarios sea una buena solución, teniendo en cuenta que en estos préstamos hipotecarios posiblemente se pacte un interés incluso inferior —además de suponer una integración del contrato—, pero sí que puede ser tenido en cuenta el hecho de que se admita en nuestro ordenamiento la posibilidad de devolución del principal del préstamo sin intereses, de cara a las consecuencias de la posible nulidad del interés remuneratorio —frente a los que entiende que el contrato no podría subsistir por faltar un elemento esencial—, o de cómo se pueden moderar los efectos previstos ante irregularidades en los datos del contrato.

Estos tipos de sanciones, como las previstas, han sido avalados por el TJUE en su Sentencia de 9 de noviembre de 2016 (asunto C-42/15), que, aunque tratando un asunto respecto a la normativa eslovaca en relación con la Directiva 2008/48 de crédito al consumo, realiza una serie de consideraciones que igualmente podrían extrapolarse al préstamo hipotecario:

- El incumplimiento por el prestamista de una obligación que revista una importancia esencial en el contexto de la Directiva 2008/48 podrá sancionarse, con arreglo a la normativa nacional, con la privación a ese prestamista del derecho a los intereses y gastos.

- Si bien la elección de dicho régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros, éstas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, criterios que funcionan de límites al régimen sancionador, ya que, si la sanción se viera debilitada, o pura y simplemente perdiera todo efecto, de ello se deduciría necesariamente que ésta no presenta un carácter realmente disuasorio Sentencia de 27 de marzo de 2014 C-565/12

- La mención de la tasa anual equivalente en el contrato de crédito reviste una importancia esencial en el contexto de la Directiva 87/102, especialmente porque permite al consumidor valorar el alcance de su compromiso —auto de 16 de noviembre de 2010, C76/10—. Igual ocurre con la necesidad de especificar el número y la periodicidad de los pagos, así como una declaración que establezca el abono de gastos de notaría y las garantías y los seguros exigidos.

- Sin embargo, no puede considerarse proporcionada la aplicación de una sanción que priva de intereses, que tiene consecuencias graves para el prestamista, cuando no se especifiquen datos que por su naturaleza no puedan afectar a la capacidad del consumidor para valorar el alcance de su compromiso, como, en particular, el nombre y la dirección de la autoridad de supervisión competente.

Por tanto, se puede concluir que se pueden establecer sanciones civiles, y con graves efectos para el prestamista como es la privación de los intereses, cuando estos incumplan sus obligaciones precontractuales, pero con dos limitaciones: Primero, estas sanciones han de ser proporcionadas y dirigidas a una infracción que revista una importancia esencial; y la segunda de ellas, es que dichas sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

De hecho, aunque el régimen de sanciones sea elección del Estado, uno puede preguntarse si no resulta cuanto menos paradójico que sea contraria a la Directiva una sanción que se pueda ver “debilitada” —como podía ocurrir en el asunto C-565/12—, pero, sin embargo, no lo sea el hecho de que el Estado opte por no incorporar sanciones civiles, dejando únicamente la potestad sancionatoria administrativa, que en nada benefician al prestatario perjudicado, y que rara vez supone una multa considerable frente a los incumplimientos reiterados de las entidades, por lo que podría preguntarse si estas sanciones son realmente efectivas y disuasorias¹⁶². Estas reflexiones pueden aplicarse a todos los ámbitos de desarrollo de la Directiva 2014/17, ya que como estamos viendo, prácticamente no se prevén consecuencias civiles frente al incumplimiento.

No obstante, en este ámbito que nos ocupa ahora, cierto es que será difícil que con la regulación actual se pueda celebrar un contrato de préstamo hipotecario donde falten algunos de los elementos que la normativa señala como contenido mínimo,

¹⁶² En contra, PANTALEÓN PRIETO, F “La Sentencia de la Gran Sala ...” (*op. Cit*), quien entiende que la función disuasoria debe dejarse al Derecho público sancionador, especialmente en lo relativo a permitir integrar las cláusulas consiguiendo el equilibrio entre las partes, sin que se deba castigar al predisponente causándole un desequilibrio, castigo que se le impondría mediante el derecho administrativo sancionador.

teniendo en cuenta la diversa documentación que se debe entregar con anterioridad, y la intervención del notario que deberá comprobar la misma.

Sin embargo, esto no significa que la obligación de la entidad de fijar este contenido obligatorio no pueda tener incidencia ante un irregular o defectuoso cumplimiento, con las consecuencias que de ello puedan derivar. El efecto más claro, como se ha recogido anteriormente, es que, al ser este contenido en casi la totalidad de los casos redactado por el prestamista mediante cláusulas predispuestas, las cláusulas pueden ser declaradas como no incorporadas en base a la LCGC, o como abusivas dentro del ámbito de consumo, y ello sin perjuicio de las normas generales que puedan determinar un error vicio en el consentimiento o la indemnización de los perjuicios que se puedan causar.

E incluso debemos tener en cuenta que el hecho de que se recojan en el contrato contenidos que la ley establece como obligatorio, o disposiciones que la ley permita o habilite, no va a suponer que estas cláusulas contenidas en el contrato sean excluidas de ser controladas por el juez, ya sea de oficio o a instancia de parte, respecto a su posible abusividad, como se verá en el apartado III.3 de este Capítulo.

III.1.- ESPECIAL REFERENCIA A LA FIJACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.

Sumario: A) REQUISITOS PARA ESTABLECER UN INTERÉS FIJO O VARIABLE;
B).- DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN PREVIA EN LOS CASOS DE INTERÉS VARIABLE;
C) CONTENIDO DEL CONTRATO RESPECTO A LA VARIABILIDAD DE LOS INTERESES; D)
LA CUESTIÓN DEL IRPH; E) LA DESAPARICIÓN DEL ÍNDICE PACTADO

A) REQUISITOS PARA ESTABLECER UN INTERÉS FIJO O VARIABLE

El tipo de interés es libremente pactado entre las partes, conforme señala el art. 4.1 Orden EHA/2899/2011. Entre las posibilidades de fijación, se puede utilizar un tipo fijo, un tipo variable, o una combinación de ambas posibilidades. El uso del tipo fijo no presente mayor complejidad, quedando fijado desde el inicio para toda o parte de la vida del préstamo, con la única limitación de que no sea usurario conforme a la Ley Azcárate de Represión de la Usura. Por ello, nos centraremos en las particulares que presenta la fijación de un tipo de interés variable.

La regulación del interés variable aparece recogida en el art. 21 de la Ley 5/2019, estableciendo:

Artículo 21. Variaciones en el tipo de interés.

1. El tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito.

De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.

b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.

c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.

4. El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo.

Parte el artículo 21 de la invariabilidad del tipo de interés, salvo que haya acuerdo entre las partes, a excepción de la rebaja de dicho interés en beneficio del prestatario, que estaría permitida sin necesidad de acuerdo.

Siendo el interés remuneratorio el “precio” del contrato a abonar por el prestatario¹⁶³, como referimos anteriormente, dicha regulación no es sino manifestación de que el contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes —1.256 Cc—, siendo necesario el acuerdo mutuo para su modificación.

Como referimos anteriormente, la fijación del tipo de interés es libre entre las partes, pero de existir acuerdo de variación de dicho tipo, debe ajustarse a un tipo de interés “objetivo”, *sin perjuicio* de lo establecido en el artículo 85.3 del TRLGDCU, por lo que corresponde determinar qué es lo realmente deseado por el legislador con esa remisión al artículo 85.3¹⁶⁴.

Así, el mencionado precepto recoge, en lo relativo a los servicios financieros, que se podrá modificar sin previo aviso el tipo de interés, así como otros gastos relacionados con los servicios financieros *“cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”*.

Como se puede observar, hay dos diferencias que aporta este artículo 85.2. En primer lugar, es que permite la posibilidad de modificación del tipo de interés, no sólo por la sujeción a un índice legal, sino también por “motivos válidos”. La segunda de ellas es que señala como condición indispensable la obligación de información al consumidor en el más breve plazo posible, así como la posibilidad de éste de resolver el contrato sin penalización alguna.

Respecto a la mención que realiza respecto a índice “legal”, entiende la doctrina que no se hace alusión a que sólo pueda usarse los índices marcados por la ley u oficiales, sino que, tal y como hace la Ley 5/2019, se quiere hacer realmente referencia a índices “objetivos”¹⁶⁵.

¹⁶³ Vid SSTs 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016); de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017); 5 de marzo de 2019 (rec. 1582/2016).

¹⁶⁴ Tenemos que señalar que dicha formulación no es nueva, ya que idéntica previsión la encontramos en la Ley de Crédito al Consumo de 2011, en su artículo 22.2: “2. La variación del coste del crédito se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

¹⁶⁵ Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA: “Lo que se interpreta por la doctrina como índices objetivos, conformes a la ley, como el IPC u otros adaptados a la naturaleza del contrato y no prohibidos. Cfr. arts. 8.2 LCC, art. 9.5º LDATBI” GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Comentario al art. 85.3 de la

Por índice objetivo se entiende aquellos que no dependan de la voluntad de las partes, ni sean manipulables por ninguna de ellas. Se entiende que cumplen el requisito de la objetividad los índices fijados por la ley, así como aquellos tipos de interés oficiales recogidos en la *Orden EHA/2899/2011*¹⁶⁶. Cualquier otro índice que se quiera pactar, será válido siempre que cumpla los requisitos marcados por el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley –requisitos que se presumen cumplidos por los índices oficiales–:

a) *Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes.* Hace referencia este apartado a la debida transparencia del índice, pudiendo acceder y ser consultado por las partes e incluso las autoridades pertinentes, con objeto de poder conocer y verificar los cálculos que a lo largo de la vida del préstamo se vayan produciendo.

b) *Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas.* Se especifica aquí nuevamente el requisito de la objetividad,

TRLGDCU”. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO *Grandes Tratados. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. BIB 2009\2171 Editorial Aranzadi, S.A.U., septiembre de 2009; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: “*En el caso específico de los contratos de servicios financieros, aunque el legislador se refiera expresamente a la adaptación del tipo de interés a un índice legal, también debe considerarse válida la cláusula que referencia el tipo de interés a un índice objetivo, aunque no sea legal, puesto que lo realmente importante es que el empresario no tenga posibilidad de incidir de manera alguna en dicho índice, a fin de no vulnerar lo establecido en el art. 1256 CC.*” PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Comentario al artículo 85 LGDCU” en CÁMARA LAPUNTE, SERGIO. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL-1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Editorial Colex. 2011

¹⁶⁶ Recoge dicha Orden en su artículo 27: 1. A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:

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

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

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

d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).

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

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

sin que dependa de la voluntad o del comportamiento del prestamista, de modo que unilateralmente pueda por sí o en conjunción con otras entidades alterar el interés convenido. Además, como señala PEÑA LÓPEZ¹⁶⁷, no valdría cualquier índice de referencia ajeno a la voluntad de las partes, sino uno que permita en cada momento ajustar el coste del crédito a las oscilaciones del mercado.

c) *Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo*¹⁶⁸. Igualmente, para garantizar los requisitos de transparencia y objetividad en el cálculo de las variaciones del tipo de interés, se hace referencia a este procedimiento matemático objetivo, con el fin de garantizar su verificación por parte también del prestatario o de las autoridades.

Además de estos requisitos, y aunque no lo recoja dicho precepto, habría que añadir que los proveedores de los índices o los prestamistas deberán conservar registros históricos de estos índices, ya que es un mandato que la Directiva de 2014 impone en su artículo 24 apartado b), que sólo ha sido recogido en la Ley de transposición respecto de los índices oficiales¹⁶⁹.

El segundo de los criterios que establece el artículo 85.3, es que se basen en motivos válidos. Entiende PERTÍÑEZ VILCHEZ¹⁷⁰ que ninguna especialidad para los servicios financieros establece este apartado, ya que es una reiteración de lo fijado con carácter general en el artículo 85.10¹⁷¹. PERTÍÑEZ configura los motivos válidos como aquellos que sean ajenos al ámbito de control del empresario, cuyo acaecimiento no fuera previsible por el empresario en el momento de la contratación, y que imposibiliten el cumplimiento según lo pactado o conlleve un sacrificio excesivo para el empresario. Además, señala que estos motivos deberán ser expresados en el contrato, sin que por un lado basten las meras referencias vagas o genéricas que pueda conllevar arbitrariedad

¹⁶⁷ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO “Comentario al artículo 22 LCCC” en MARÍN LÓPEZ, MJ. *Comentarios a la ley de contratos de crédito al consumo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

¹⁶⁸ Estos apartados b) y c), se recogían –y se mantiene– en la Orden EHA/2899/2011, en el artículo 26.1.

¹⁶⁹ Se realiza a través de la DF duodécima de la Ley 5/2019, que modifica el artículo 5 de la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*.

¹⁷⁰ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. “Comentario...” (op. Cit)

¹⁷¹ Art. 85.10 TRLGDCU: 10. *Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.*

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

por parte del prestamista, aunque tampoco se puede pretender una concreción exacta de la causa si uno de los requisitos mencionados es la imprevisibilidad, por lo que podría ser permisible cierto margen en la configuración de dicha cláusula¹⁷², siendo controlable con posterioridad a su utilización, valorando en cada caso concreto si el motivo esgrimido por el prestamista se ajusta a lo marcado por la normativa.

También cabría plantearse si ese deber de informar al consumidor y otorgar la facultad de resolución del contrato debe concurrir en los dos supuestos, es decir, en los casos de variabilidad por referencia a un índice, y en los ocasionados por motivos válidos, o es sólo en este último.

Lo cierto es que de la redacción dada no queda del todo claro. Recurriendo al tenor literal, la inclusión de la coma tras “motivos válidos” parece que da a entender que lo posterior va referido a ambos supuestos. Otro motivo que se podría argumentar a favor de esto es que en la *Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo*, que es la primera disposición que recogía la posibilidad de tipos de interés variable, establecía que “*En los prestamos o créditos a tipo de interés variable que concierten las entidades de depósito deberá pactarse un tipo de interés de referencia y establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera.*”

Pero lo cierto es que posiblemente no sea esa la idea que subyace detrás de esta facultad de resolución. Esa posibilidad de cambio unilateral del coste del producto está pensada especialmente en los contratos de larga duración o indefinidos, para adaptar el coste de las prestaciones a nuevas circunstancias sobrevenidas, de forma que se logre y mantenga un equilibrio entre las partes. Así, si ante una circunstancia habilitante para modificar dicho coste el producto se encarece más de lo que el consumidor podría aceptar, se le faculta para poner fin al contrato, sin que tenga que verse obligado con unas condiciones que no eran las previstas en origen.

Además, el origen de esta disposición lo encontramos en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos*

¹⁷² Señala PERTÍÑEZ “Comentario...” (op. Cit) “*En muchos casos, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza del contrato, la descripción de estos motivos, por su carácter imprevisible, sólo podrá hacerse a partir de su pertenencia a categorías genéricas como “circunstancias imprevistas de naturaleza jurídica, técnica, administrativa, etc” (...) en tal caso, el juicio sobre la concurrencia de un motivo válido o no sólo puede hacerse a posteriori, atendiendo a la concreta razón jurídica, técnica, económica, administrativa, etc en la que pretende justificar el ejercicio del “ius variandi”*”

celebrados con consumidores, en el Anexo indicativo de cláusulas abusivas, tomando en consideración lo expuesto en las letras j) y l) del apartado 1, con las excepciones que señala el apartado 2 a estas letras. Así, esta facultad de resolución se prevé para casos de modificación del precio por “motivos válidos” —apartados 1.j) y 2.b)— o en casos de aumento de precios por el proveedor de servicios —apartado 1.l)—, exceptuándose este deber de información y facultad de resolución cuando la cláusula se adapte a un índice, *siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio* —apartado 2.d)—. Por tanto, según esta Directiva no impone el deber de facultar al consumidor de resolver el contrato. Y misma regulación que la aquí expresada aparece con carácter general en el artículo 85.10 de la LGDCU, que como hemos expresado, la doctrina identifica su equiparación con lo recogido en el 85.3.

Igualmente, así lo entienden del análisis del precepto 85.3 autores como PEÑA LÓPEZ¹⁷³ o GONZÁLEZ PACANOWSKA¹⁷⁴, recogiendo esta autora que *“Por último, cabe pensar que la modificación por razón válida y el derecho de resolución inmediata «sin penalización alguna», no se refiere a la modificación de los intereses remuneratorios variables. No cabe la variación sino por aplicación del índice de referencia previsto inicialmente en el contrato; y el consumidor tendrá en cualquier caso la facultad de pago anticipado que corresponde al prestatario, si bien con la comisión por amortización anticipada o las compensaciones previstas en la ley”*.

Efectivamente, como señala, no tenemos que olvidar que en todo caso el prestatario tiene el derecho a reembolsar anticipadamente el préstamo, como se recoge en el artículo 23 de la Ley 5/2019. Entonces, cabría preguntarse cuál sería la particularidad que presenta la inclusión o no de esta facultad de resolución en los casos de índices variables. Y la respuesta es que el artículo 85.3 señala el derecho a resolver “sin penalización alguna”.

Así, si se hiciera uso de la facultad de reembolso anticipado prevista en el mencionado artículo 23, que se puede realizar en cualquier momento, se debería de abonar las compensaciones según correspondan en atención al supuesto en que nos encontremos detallados en el artículo —o según las condiciones fijadas en la normativa de aplicación en atención al momento de su constitución¹⁷⁵—. Pero entendemos que si operase el artículo 85 TRLGDCU, que expresamente refiere a que no debe existir

¹⁷³ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO “Comentario...” (op. Cit.)

¹⁷⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. “Comentario...” (Op. Cit.)

¹⁷⁵ Así, habría que estar a lo fijado en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, o en la Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario.

penalización, no se debería de abonar ningún tipo de compensación, ya fuese la comisión de cancelación, comisión de desistimiento, o la comisión por riesgo de tipo de interés, ya que aunque estas figuras puedan no considerarse propiamente cláusulas indemnizatorias por las que se abone en sentido estricto una penalización, no tendría mucho sentido pensar que, cuando opera por ejemplo la resolución por el aumento del precio alegando un “motivo válido”, se tenga que exigir compensación alguna al prestatario, cuando es el prestamista el que unilateralmente decide aumentar el coste del producto por el motivo acontecido, sin que se deban poner trabas o gravamen al derecho del consumidor a resolver el contrato, por lo que igual acontecería si este derecho a resolver el contrato sin penalización estuviese presente en los cambios de tipos de interés por la variación del índice.

No obstante, parece por los motivos arriba indicados que no sería la intención querida por el legislador el establecer esta resolución “libre” ante cualquier variación de los tipos de interés, ya que se parte de que el prestatario asume desde el momento de la contratación un precio variable, que puede subir o bajar, por lo que no existiría ese hecho imprevisible o no esperado de aumento del precio, conforme a lo acordado en origen.

A pesar de ello, nos encontramos con frecuencia en las escrituras de préstamos hipotecarios cláusulas que, ante la variación del tipo de interés, conceden expresamente al prestatario la facultad de resolución o cancelación del préstamo, posiblemente inspiradas en el criterio general señalado, en donde ante un cambio del precio, se conceda a la otra parte la facultad de resolución.

Así, es frecuente que nos podamos encontrar con cláusulas como las siguientes:

“Si como consecuencia de la revisión pactada del tipo de interés aplicable se produjera variación, en orden a la fijación del mismo, y el CLIENTE no aceptara el nuevo tipo de interés, tendrá que comunicarlo fehacientemente por escrito a Unicaja, dentro de los quince (15) días siguientes a la publicación del tipo de interés de referencia -o comunicación del mismo, en su caso-, teniendo que cancelar este contrato en el plazo máximo de treinta (30) días naturales, a contar desde la fecha de notificación de su negativa, reembolsando la totalidad de lo adeudado por razón de este contrato, incluida la comisión por amortización anticipada, liquidándose también este periodo al último tipo de interés aplicado.”

O,

“En cualquier caso, cada vez que se produzca una modificación del tipo de interés, CAJASUR comunicará a la parte prestataria el nuevo tipo de interés y el importe de las cuotas resultantes para el período correspondiente, antes de la fecha en que deba realizarse el pago de la primera cuota con el interés modificado, mediante el envío de comunicación escrita al domicilio de la prestataria señalado en esta escritura, salvo que ésta notifique fehacientemente su cambio a CAJASUR.

Se entenderá que la prestataria acepta el nuevo tipo aplicable, si no comunica expresamente a CAJASUR su negativa en un plazo de veinte días contados desde la fecha de inicio del período de intereses al nuevo tipo comunicado.

En el supuesto de que la parte prestataria no acepte el nuevo tipo, dispondrá de un plazo de dos meses, a contar desde la fecha de inicio del período de intereses cuya modificación rechaza, para rembolsar el principal del préstamo, que se le liquidará al último tipo aplicado, pudiendo resolver CAJASUR en dicho caso este contrato al término de ese plazo de reembolso, y estando facultada para reclamar capital e intereses y las demás responsabilidades accesorias que acredite.”

Así, sobre estas cláusulas que, como referimos, son usuales en la práctica, habría que preguntarse qué significado tienen realmente, si es que poseen alguno, y qué consecuencias y conclusiones se puede extraer de ello.

Hay quien ha entendido que este tipo de cláusulas concede un plazo perentorio al prestatario para verificar la corrección del nuevo tipo empleado por el prestamista, de forma que pasado el mismo, se encuentra privado de realizar cualquier reclamación ante la aplicación incorrecta por parte del prestamista. Y a su vez, si esta reclamación se realiza dentro del plazo, lo único que produce es la facultad de resolución por parte del prestatario, que además se vería obligado a abonar las compensaciones debidas. Lógicamente, de entender así la cláusula, no puede sino llevar a entenderla como abusiva, ya que deja el contrato al completo arbitrio del prestamista. Esta ha sido la interpretación otorgada por la Audiencia Provincial de Girona de 6 de febrero de 2019 (rec. 14/2015), que argumenta *“Es evidente que la cláusula así redactada está impidiendo de facto al prestatario oponerse o cuestionar el cálculo de la cuota o del interés aplicable tras la revisión anual, pues para ello se le impone una carga a todas luces excesiva. Es por ello que procede sin duda la declaración de nulidad de dicha previsión.”*

Sin embargo, no entendemos que esa sea la interpretación correcta que haya de otorgarse, que sería a todas luces abusiva y desproporcionada. En estos casos, más bien parece ser que se le otorgue al prestatario la facultad de resolver o poner fin al contrato cuando no quiera seguir con el préstamo por el nuevo tipo de interés a abonar, sin que pueda suponer en modo alguno que se vea constreñido al cálculo erróneo o arbitrario que realice el prestamista, y que llevara el fin del contrato en caso de reclamación, por lo que hay que suponer que la previsión regula el desenvolvimiento normal del contrato según los términos pactados, dejando libre las facultades de reclamación ante los incumplimientos o defectos ocurridos durante dicho préstamo.

De este modo lo entiende también la mayoría de las resoluciones judiciales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 (rec. 62/2015), que rechaza su nulidad por abusiva, recogiendo que lo que prevé este tipo de cláusulas son las consecuencias derivadas del *“incumplimiento del prestatario que rechaza el nuevo tipo de interés variable que rijan en ese momento y que no depende en absoluto de la entidad prestamista, lo que supone que no tiene lugar abusividad de clase alguna”*, o más concretamente desterrando la interpretación abusiva antedicha lo recoge la Audiencia Provincial de Huelva, en su sentencia de 6 de noviembre de 2018 (rec. 638/2018), que recogemos por su claridad:

“No es correcta tal interpretación de dichas cláusulas, el apartado d) no habla de discutir que la cláusula se haya aplicado correctamente sino que el inciso “no aceptara el nuevo tipo de interés” hay que referirlo a no aceptar el prestatario la revisión, no aceptar pagar las nuevas cuotas, en cuyo caso debe comunicarlo y se le da un mes desde tal comunicación para cancelar el préstamo, sin llegar a aplicar el tipo revisado. Aquel impago sería el incumplimiento por el prestatario en cuanto los términos y plazos de la revisión se encuentran pactados y constituyen el precio del préstamo, justificativo de que, transcurrido el mes, el banco pueda considerar vencido definitivamente el contrato. La discrepancia con la forma en que el banco haya calculado el nuevo tipo de interés para el siguiente periodo por entender que no se ajusta a lo pactado, como cualquier otra sobre la interpretación del contrato, tiene sus propios cauces.”.

Lo que habría que preguntarse en este punto, es qué relevancia tiene una cláusula de este estilo, cuando en la propia escritura se suele recoger la facultad de amortizar anticipadamente el préstamo en cualquier momento. Lo cierto es que, con dicha facultad, una disposición del estilo de esta cláusula que tratamos queda en la práctica vacía de contenido, puesto que igualmente se encargan las entidades de recordar en dicha cláusula que, en estos casos de cancelación por variación del tipo de

interés, igualmente tendrán que pagar los gastos y comisiones que se hayan pactado. La única salvedad que encontramos sería que durante el mes siguiente —u otro plazo según el pacto concreto— en el que el prestatario haya de devolver el préstamo, se seguirá aplicando el tipo de interés anterior a la modificación¹⁷⁶, sin aplicar el nuevo resultante, el cual no ha sido aceptado, aunque en la práctica poca utilidad reportará esto, salvo un aumento muy significativo del tipo de interés respecto del tipo anterior, cuestión que no suele ocurrir.

Por último, en cuanto a los requisitos de validez, hacer referencia a lo señalado en los apartados tercero y cuarto de este artículo 21 de la Ley 5/2019. Señala el apartado tercero que no se podrá pactar límites a la baja del tipo de interés, es decir, queda prohibida con esta Ley —lógicamente, para los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor y que entren en su ámbito de aplicación— el uso de las tan controvertidas cláusulas suelo. No así el uso de cláusulas limitativas al alza, o cláusulas techo, que sí seguirían siendo pactos permitidos.

Asimismo, en el apartado cuarto se recoge la estipulación por la cual el interés remuneratorio no podrá ser negativo. Dicha previsión se recogió debido a las cuestiones surgidas por la bajada del índice Euribor en negativo, y la duda de si era posible, o no, en caso de que la aplicación de dicho índice más el diferencial diese un resultado negativo, de que fuese el banco el que pagase intereses al prestatario —siendo estos casos una especie de depósito retribuido—. Ante ello, los bancos empezaron a incorporar cláusulas por las que señalaban que los intereses remuneratorios en ningún caso podrían ser negativos o inferior a cero¹⁷⁷, cláusula a la que la DGRN consideró igualmente necesaria la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Entendemos que, a pesar de la confusa redacción de alguna de estas cláusulas, cuando se menciona que se liquidarán las cuantías al último tipo de interés, se refiere a la liquidación ordinaria de las cuotas venideras, y no que se deba abonar la cuantía resultante de aplicar ese tipo de interés a toda la cuantía de capital que se haya amortizado anticipadamente, lo que supondría una comisión por amortización anticipada extra, que no tendría sentido ya que supondría un gravamen añadido a las propias condiciones de amortización anticipada que se recogen en la escritura, y a la cual el prestatario se puede acoger en cualquier momento.

¹⁷⁷ Habría que diferenciar estos casos de aquellos otros en los que se incorpora una cláusula por la que el índice de referencia —no ya el interés remuneratorio a aplicar, formado por el índice más el diferencial— nunca puede bajar de cero, que sí se podrían considerar cláusulas suelos en el sentido tradicional —siendo la cláusula suelo en estos casos lo determinado por el diferencial—, limitando la variación que pueda experimentar el interés remuneratorio, ya que aun siendo negativo el índice Euribor, seguiría arrojando un resultado positivo sumando el diferencial.

¹⁷⁸ RRDGRN 27 octubre 2015, 19 mayo 2017, entre otras. Recoge esta última: “Este requisito de la expresión manuscrita en presencia de cláusulas suelo no se encuentra relacionado con la naturaleza, gratuita, onerosa o de otro tipo, del préstamo hipotecario mercantil, sino con los requisitos de

A pesar de la controversia acerca de si la existencia de intereses negativos modifica la naturaleza del propio contrato, la propia DGRN contempla en sus resoluciones la posibilidad de devengo de intereses negativos, siempre que se trate de algo eventual, de forma que lo determinante es que al final de la vida del préstamo el resultado sea positivo para el banco. Igualmente, algunos autores como MÚRTULA LAFUENTE, entendieron posible que fuese el banco el que generase intereses a favor de los prestatarios, al ajustarse dichos intereses a las fluctuaciones del mercado¹⁷⁹. A pesar de ello, la Ley 5/2019 da por terminada tal discusión, estableciendo que en los contratos de préstamos nunca se va a generar tal situación, sin necesidad de que se pacte ninguna cláusula, por lo que habría que entender que mientras el tipo de interés aplicable sea negativo el préstamo se mantendría como gratuito, sin producir intereses a favor de los prestatarios, y ello hasta que volviese a subir los intereses a un tipo positivo conforme su curso natural de variabilidad.

B).- DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN PREVIA EN LOS CASOS DE INTERÉS VARIABLE

Como se mencionó con anterioridad, el contenido del contrato debe reflejarse con previamente mediante la información y documentación previa. Por ello, en los casos de fijación de un tipo de interés variable, se debe cumplir con una serie de requisitos, que detallamos a continuación, profundizando en el contenido de la documentación ya señalada.

información contractual y de transparencia material o comprensibilidad real que se deben cumplir (...), el ámbito de aplicación del citado artículo 6 y sus concordantes no se limita a las cláusulas suelo estrictamente consideradas sino que se extiende a todas aquellas cláusulas, del tipo que sean, que limiten de alguna forma la variabilidad de los intereses, entre las cuales se encuadra la que es objeto de este expediente, cláusula que excluye el devengo de intereses cuando los mismos puedan ser negativos”.

¹⁷⁹ MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA “Cuestiones actuales sobre los intereses remunerativos y de demora en los préstamos hipotecarios” en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Vivienda e hipoteca*. Editorial Tecnos 2018: “Pero lo cierto y verdad es cuando se estipula un préstamo a interés variable lo que se pretende con ello es que el interés, que es el precio del dinero, se ajuste a su valor de mercado, para lo bueno y para lo malo. De manera que la entidad bancaria, bajo mi punto de vista, estaría obligada a trasladar a sus préstamos los resultados de estas fluctuaciones, aunque fueran negativos (como ocurre en las relaciones que los mismos bancos mantienen entre sí), cuando no ha pactado ninguna cláusula cero y la suma del euríbor y el diferencial den negativo. Por tanto, en el caso de que el interés resultante fuera negativo, el prestamista los debería aplicar en la fórmula para calcular el cuadro de amortización cuando corresponda la revisión del tipo de interés, dando como resultado una reducción de la cuota mensual a pagar, respecto de periodos positivos de interés, pero no un abono de intereses por parte de la entidad a favor del prestatario.”

Así, en primer lugar, en cuanto a la Ficha de información precontractual, ya se debe anunciar una serie de aspectos relativos a la variación del tipo de interés. Así, en las instrucciones para completar la FIPRE del anexo I del a Orden, se recoge en la Sección 3 relativa al tipo de interés, que se deberá especificar si es variable, así como la periodicidad de las revisiones, debiendo reflejarse con un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso, debiendo además concretarse el nombre y administrador del tipo de referencia, así como las posibles implicaciones para el prestatario. Para terminar dicha Sección, señala que se deberá especificar la existencia de límites al alza o de cualquier instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés.

Junto a ello, en la Sección 5ª se suministrará información relativa a la Tasa Anual Equivalente (TAE) así como al Coste Total del Préstamo, indicando que estos supuestos se basarán en un ejemplo representativo elaborado por la entidad en función de lo que se considera un préstamo habitual en el mercado.

Por su parte, respecto al modo en que se debe reflejar el tipo de interés en las instrucciones para cumplimentar la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) de la Ley 5/2019, en la Sección 4 referente a los tipos de interés, se indica que dicho tipo de interés se mencionará en forma porcentual, y en casos de interés variable, podrá indicar el tipo de referencia en que se basa, y un valor porcentual que represente el diferencial, estando en todo caso obligado a indicar el valor del tipo de referencia del día en que se extienda la FEIN.

Se deberá indicar, además, la hipótesis empleada para el cálculo de la TAE, debiéndose advertir, con una tipografía de mayor tamaño y destacada, que la variación del tipo de interés puede afectar al nivel efectivo del TAE, debiendo acompañarse un ejemplo ilustrativo, con el tipo más elevado si hay límite al alza, o con el más elevado de los conocidos durante los últimos 20 años, o periodo más largo disponible. Igualmente, en la sección 6 relativa al importe de las cuotas, se señala que deberá constar un ejemplo de la cuota máxima a satisfacer según los mismos criterios.

Y por parte de la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), se expone en el Anexo II de la Orden, que se deberá informar de si se recoge un índice oficial de los expresados en la propia Orden; si no consta límite al alza, con la asunción de las subidas del índice; así como si se contrata instrumentos de coberturas de riesgos de tipo de interés, especificando, cuestión que consideramos relevante, que esto puede conllevar mayores costes para el deudor.

Y además de la FIPRE, FEIN y del FiAE, en estos casos de tipos de interés variable, el artículo 14.c) de la Ley 5/2019 establece que se deberá entregar al prestatario con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la

firma del contrato *“un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.”*

Recordamos así que el artículo 26.2 de la Orden EHA/2899/2011 exige que se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la FEIN haya presentado durante los últimos veinte años o el plazo máximo disponible si es menor. Se añade respecto a la regulación anterior que *“Si el tipo de interés aplicable inicialmente al préstamo se correspondiera con el nivel máximo o mínimo durante los últimos veinte años, se tomará como referencia para el cálculo dicho nivel incrementado o disminuido, según el caso, en un cincuenta por ciento.”*

En esta Orden¹⁸⁰, tras la modificación efectuada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, añade sobre esta previsión del art.14.c), en su artículo 26, que esta documentación deberá entregarse también a la persona física fiadora o garante del préstamo, y especifica que, en estos escenarios diversos que muestren las cuotas a pagar, se hará referencia a las posibilidades de coberturas frente a variaciones, y teniendo en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia. Acertada parece este añadido respecto a los terceros fiadores y garantes, ya que también deben ser informado de las condiciones financieras a las que se comprometen con el contrato, figuras que tradicionalmente han sido omitidas por la regulación respecto a estos deberes de información.

Igualmente, útil es la mención de indicar si se le está ofreciendo un índice oficial de referencia, o cualquier otro —siempre que cumpla con los requisitos arriba referidos—. La referencia a las posibilidades de cobertura frente a las variaciones, pueden ser referidas a los límites al alza o cláusulas techo, ya que los límites a la baja han quedado expresamente prohibidos por el artículo 21.3.

¹⁸⁰ Como antecedente de esta regulación, la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, ya contenía una previsión similar, recogiendo en el apartado sexto de la norma sexta que en el contrato debería constar el derecho del prestamista a la variación del tipo de interés, el procedimiento a seguir, así como los derechos que en su caso ostentase el cliente, debiendo comunicarse tal variación al cliente, pudiendo sustituirse por una publicación en un diario de difusión si se contenía en el contrato, y en todo caso, debiendo ser facilitado en la primera comunicación dirigida a la clientela.

La otra posibilidad de cobertura a estos intereses variables es la utilización de productos tipo swap, denominados como instrumentos de cobertura al riesgo de tipos de interés. Estos instrumentos, a pesar de tener sus peculiaridades de información en el art. 24 de la Orden, entendemos que no deberían mostrarse como elementos “normales” dentro del contrato de préstamo a la hora de reflejar el pago de las cuotas, ni como límites alternativos a la variación del tipo de interés, ya que estos son productos complejos, y si se ha querido desterrar las cláusulas suelos, con más razón para ser especialmente cautelosos con el ofrecimiento y contratación de estos productos, habiendo la jurisprudencia demostrado los problemas que conlleva. En todo caso, esta alusión a las coberturas entendemos que debe ser un refuerzo en la información a suministrar cuando el prestatario ha decidido contratar estos productos siendo plenamente informados de sus características.

C) CONTENIDO DEL CONTRATO RESPECTO A LA VARIABILIDAD DE LOS INTERESES

El documento contractual, que se deberá entregar en papel u otro soporte duradero —art. 22 Ley 5/2019—, deberá incluir acerca de los intereses aplicables, el contenido que señala el artículo 7.3 de la Orden EHA/2899/2011:

a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, conforme a lo que a estos efectos establezca el Banco de España teniendo en cuenta, en su caso, el valor pecuniario de toda remuneración en especie.

b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal o de los otros factores del coste o la remuneración que resulten pertinentes, el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.

e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables.

f) Los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación.

Comenzando por este último punto, se debería especificar aquellos motivos válidos que como hemos visto habilitarían a cambiar el coste del crédito, con el derecho del consumidor de, en su caso, resolver el contrato. Respecto al contrato de préstamo, la previsión más común en la práctica es la comentada anteriormente acerca de la variación de los tipos de interés variable y la aceptación por el prestatario de dicho cambio. Además, se puede configurar un aumento de los tipos de interés en aquellos casos en que se dejen de reunir determinados requisitos que bonifican dicho interés — como puede ser la suscripción de algún tipo de seguro o tarjeta con la entidad—. También se podría incluir cláusulas por las que se comunique el posible incremento de otros gastos como pueden ser los seguros que se tenga concertados con la entidad, o el cambio de determinadas comisiones.

Sí que cobra una especial importancia, en el caso de la aplicación de un tipo de interés variable, el modo en que se especifique la forma de determinación de dicho índice a aplicar, así como la indicación de la fecha del adeudo en cuenta —fecha valor¹⁸¹—. Es recomendable que se detalle con precisión qué fecha concreta es la que determina el índice a aplicar, debiendo determinarse con objetividad y regularidad durante toda la vida del préstamo, sin que sean recomendables cláusulas genéricas o indeterminadas, que pueda dar lugar a confusión, o a malas prácticas por parte de las entidades.

Así, habrá de estarse para la determinación de la fecha del índice concreto a la pactada, y a falta de este, entiende el Banco de España según su Memoria de 2013, que sería lógico que el tipo que se tome a efectos de revisar el aplicable a un préstamo sea el último publicado en la fecha de revisión, pues es este el momento en el que el prestatario puede conocer de manera clara y objetiva la situación en la que quedará su préstamo¹⁸².

Una cláusula que se suele pactar es aquella en la que se configura que se aplicará el Euribor publicado en el mes anterior a la fecha de revisión. Aquí surge la controversia de si se refiere al mes natural anterior, o bien al tipo publicado al mes anterior “de fecha

¹⁸¹ La fecha valor es entendida como la fecha en que se hace efectivo el cargo en cuenta, siendo ésta la fecha de valoración a efectos del devengo de intereses, en su caso. Acorde con el Anejo IV de la *Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*, en los recibos de carácter periódico cuyo adeudo en cuenta ha autorizado previamente el deudor, cuando sea a cargo de éste, la fecha valor será la fecha del adeudo.

¹⁸² Especifica el BdE en la memoria indicada que “*A este respecto, el Banco de España decidió a principios de 2009 adelantar al comienzo de cada mes la publicación de los índices euríbor, mibor y del tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de deuda pública de plazo entre dos y seis años, ya que, normalmente, es posible conocerlos en cuanto finaliza el mes*”

a fecha”. A priori, no se puede establecer que una u otra modalidad favorezca a una u otra parte, ya que eso dependerá de los tipos que se hayan ido publicando, pero lo que sí que debe de quedar claro es que la opción escogida para su aplicación debe mantenerse siempre y en todo momento, sin que se pueda admitir que la entidad opte por un mecanismo u otro según su propio interés. Aun así, a efectos de tomar una postura, el Banco de España viene reiterando en sus Memorias que estas cláusulas vienen referida al mes natural anterior, y no a periodos a contar de fecha a fecha.

Algo similar ocurre cuando se fija según un número de mensualidades anteriores a la fecha de revisión. Surge la duda de si ha de ser entendido al tipo de interés correspondiente a ese mes indicado o, por el contrario, al índice publicado en dicho mes —que será el del mes anterior—. Sobre este punto, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España se limita a recoger la idea expuesta anteriormente, por la cual resulta censurable que no operase de forma consistente a lo largo del tiempo en la selección del mes a aplicar, de manera que sus fluctuaciones sean susceptibles de aprovechar en cada revisión a cualquiera de las partes.

Igual ocurre, como hemos referido, con el día concreto en que tendrá lugar la revisión, que deberá precisarse en la escritura para mayor seguridad, y a falta de estipulación, deberá respetarse siempre la misma fecha, sin que se pueda ir variando según convenga.

Además, este Departamento del Banco de España fija que esta fecha de revisión pactada es la fecha en que comienza a aplicarse el nuevo tipo de interés resultante de la revisión, cobrando especial importancia si la revisión tiene lugar el último día del mes. Así, ante una cláusula que fija como fecha de revisión el día 30 de septiembre, con el siguiente tenor: *«El índice de referencia que se tendrá en cuenta será el último publicado en el Boletín Oficial del Estado, al último día del tercer mes natural anterior al del inicio de cada período de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la resolución que lo define»*”, habría que entender que ya desde ese día 30 empieza a devengarse conforme al nuevo tipo de interés, por lo que habría que aplicar el índice publicado en junio —que sería el índice correspondiente al mes de mayo—, y no el publicado en julio, que sería el aplicable si se entiende que el primer día de aplicación del nuevo índice es el 1 de octubre.

Asimismo, respecto al contenido del contrato, no serán válidas las cláusulas que fijen un redondeo al alza en la fijación de los intereses variables en los diferentes períodos —al igual que la práctica de dicho redondeo sin previsión contractual—, por contravenir directamente lo fijado en el artículo 87.5 del TRLCDCU, al ser una

estipulación en beneficio exclusivo del prestamista, y así reconocido por el Tribunal Supremo en varias ocasiones¹⁸³.

En sentido similar, aunque existen pronunciamientos diversos por parte de los jueces y tribunales, las cláusulas que determinan la fijación según el año comercial y año civil, entendidas como 365/360, no deberían ser admitidas al carecer hoy día de justificación y ser perjudicial para el consumidor. Así, el propio Banco de España cambió de criterio con la publicación de la Memoria de 2016, considerando actualmente que *“solo se ha considerado como buena práctica el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses.”*. y ello en base a una serie de motivos que justifican dicho cambio de postura, como son:

– *la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna;*

– *se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal;*

– *adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exige actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, pendiente de transposición a nuestro ordenamiento nacional.*

D) LA CUESTIÓN DEL IRPH

Gran relevancia, a la hora de determinar la validez o abusividad de la incorporación de un determinado índice de referencia, ha tenido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016) relativa al índice IRPH, que comentamos a continuación por su interés.

¹⁸³ SSTs 4 de noviembre de 2010 (rec. 982/2007), 29 de diciembre de 2010 (rec. 1074/2007), o 2 de marzo de 2011 (rec. 33/2003).

En el caso enjuiciado, la utilización de este índice había sido declarado nulo por el juzgado de primera instancia y por la Audiencia provincial, al tratarse de una cláusula abusiva al no superar el control de transparencia, y ello porque no se había proporcionado *“suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos”*.

Por su parte, el Tribunal Supremo —una vez asentado el hecho de que, aun tratándose del objeto principal del contrato, nos encontramos ante una cláusula que tiene la consideración de condición general—, declaró que sí superaba el control de transparencia.

Para ello, realizaba la distinción a la hora de determinar el posible control de abusividad entre el propio índice de referencia, y la cláusula por la que se insertaba ese índice. De este modo, respecto al índice de referencia como tal, señala que, tratándose de un índice oficial establecido legalmente, corresponde a la Administración Pública el control de los mismos, sin que pueda ser objeto de control por parte del Tribunal, al estar además excluido el cualquier control sobre ello en base a la Directiva 93/13 y la LCGC, al tratarse de un índice que refleja una disposición legal. No obstante, sí cabe la posibilidad de control sobre la condición general por la que se incluye esa previsión legal, en el sentido de que esté redactada de manera clara y comprensible —control de transparencia—, al tratarse el interés remuneratorio del precio del contrato, y ser por tanto un elemento esencial que afecta al objeto principal.

Y aquí es donde el Tribunal Supremo señala que supera dicho control de transparencia, y ello en base a:

1º Debido al carácter esencial de la cláusula, no cabe pensar que el consumidor la desconociera, siendo conocedor de que el interés se determinaba con un índice oficial al que se sumaba un diferencial. No se puede exigir una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración está bajo la supervisión del Banco de España.

2º Al tratarse de índices oficiales, resulta fácilmente accesible por un consumidor medio conocer los diferentes sistemas de cálculo del interés variable, pudiendo así comparar las condiciones de los prestamistas en un elemento tan esencial como el precio del préstamo. El estándar de validez de la Ley de consumidores establece en estos casos que se trate de un índice de referencia legal, y se describa el modo de variación el tipo, circunstancias ambas que se dan en el caso.

3º No se puede obligar a una entidad a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, sin que la transparencia mediante condiciones generales exija que se tenga una oferta más o menos amplia.

Frente a esta argumentación de la Sentencia, se planteó un Voto Particular por el Magistrado Orduña Moreno, al que se adhirió Arroyo Fiestas. Se argumenta así que el objeto de control de transparencia no es el interés remuneratorio como precio del contrato, ni la composición de un tipo de referencia más un referencial, sino el mismo índice de referencia, de modo que se permita su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas que derivan de la peculiaridad y funcionamiento del propio índice utilizado.

Se critica la argumentación de la sentencia en el sentido de que la mera referencia a un índice oficial comporte siempre la superación de la transparencia, sin que sea suficiente ninguna otra información al respecto. En efecto, se argumenta en este voto que no bastaría la mera referencia a este tipo de índices, sino que sería necesario establecer *“el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas”* que asume, y así valorar otras ofertas del mercado, más aún cuando la sentencia no cuestiona la complejidad o dificultad de la configuración del índice, como argumentaba la sentencia de primera instancia.

Tras esta Sentencia del Tribunal Supremo, el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, por auto de fecha de 10 de febrero de 2018, planteó cuestión prejudicial sobre este asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A falta de conocer la resolución final del caso por parte del Tribunal, el 17 de septiembre de 2018 dictó la Comisión sus Observaciones, con algunas cuestiones que conviene destacar.

1º.-Empieza recordando que, al igual que hizo el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08)¹⁸⁴, puesto que el ordenamiento español no ha incorporado el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, considera que un juez nacional puede apreciar en cualquier circunstancia el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se refiera al objeto principal

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2010 en el asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, EU:C:2010:309, apartados 41 a 44.

del contrato, y de que sea clara y comprensible, y ello debido a que la propia Directiva permite en su artículo 8 que los Estados Miembros adopten disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

Por ello, en este caso, aun tratándose dicha cláusula del objeto principal del contrato, al referirse al precio a satisfacer, y aunque se considere que está redactada de manera clara y comprensible, podría ser controlable directamente por los jueces la abusividad del contenido de la cláusula.

2º.-Respecto a la superación del control de transparencia, considera necesario para determinar que está redactada de manera clara y comprensible el hecho de que conste toda la información que se considere esencial acerca de la misma, considerando que, tanto la configuración del tipo de referencia como su comportamiento pasado — incluso, si fuera posible, las perspectivas de evolución futuras—, comparado con otros tipos empleados en el mercado, sí constituyen elementos esenciales para que un consumidor medio pueda comprender las consecuencias económicas de la elección del tipo IRPH-Cajas antes de firmar el contrato. Además, considera que dicha falta de información puede considerarse una omisión engañosa, calificándose como práctica desleal.

Considera así, a diferencia de la postura del Supremo, que al tratarse el índice de referencia IRPH la base para calcular los intereses del préstamo, y por ello, del precio del contrato, el esfuerzo de transparencia que debe realizar es incluso más importante que el del resto del clausulado.

3º.-Respecto a las consecuencias de la anulación del citado índice, señala que, aunque la conversión en gratuito del contrato de préstamo es jurídicamente válida, puede suponer una modificación de un rasgo fundamental del contrato y de su naturaleza. Por ello, para evitar la nulidad y sus efectos perjudiciales para el consumidor, admite el reemplazo de la cláusula, pero considerando demasiado “intrusivo” por parte del juez la aplicación del índice habitual en el mercado, el Euribor, al no ser supletorio, ni tener la voluntad de las partes.

En cambio, una vez declarada la nulidad, propone que el profesional informe de los índices actualmente existentes debiendo llegar a un nuevo acuerdo de buena fe con el consumidor, sin alterar el diferencial —ya que considera que sobre este no existe defecto de transparencia, y evitando así que subiendo el nuevo diferencial compense la pérdida sufrida por el cambio de índice—. En defecto de dicho acuerdo, sí podría el juez nacional intervenir para restablecer el equilibrio del contrato, pudiéndolo integrar con el índice de su elección, pudiendo en este caso, ahora sí, recurrir al Euribor.

Y sobre esta misma cuestión prejudicial, con fecha de 10 de septiembre de 2019, el Abogado General ha emitido sus Conclusiones, de las que extraemos una serie de consideraciones:

1º.- Al igual que hiciera la Comisión, entiende que la Directiva se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4.2 de dicha Directiva para abstenerse de apreciar el carácter abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, *redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional*. De este modo, aun cuando supere dicho control de transparencia, *ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*.

Además, como ya anunciamos en el primer Capítulo respecto al control de transparencia, entiende este Abogado General que este control forma parte del control de abusividad, debiéndolo realizar el juez en todo caso, en virtud del artículo 5 de la Directiva que exige dicha transparencia en el clausulado. Como consecuencia de ello, no sería un control excepcional para aquellas cláusulas que no permiten un control directo de su abusividad —según el art.4.2 de la Directiva—, sino que, para ejercer este control de abusividad, se debe analizar si se cumplió o no con los deberes de transparencia¹⁸⁵.

2º.- A diferencia de lo que ocurre con los préstamos denominados en divisa extranjera, entiende que, en este caso analizado, las consecuencias económicas de dicho contrato no son “potencialmente significativas”, ya que *el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo*¹⁸⁶. Además, considera que el demandante estaba en

¹⁸⁵ Argumenta el Abogado General: “Como ya he indicado en los puntos 95 a 101 de las presentes conclusiones y como se desprende de la resolución de remisión y de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, el legislador español no ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en Derecho interno. De ello se desprende, en mi opinión, que los órganos jurisdiccionales españoles tienen la obligación, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de examinar la transparencia de estas cláusulas, en virtud del artículo 5 de dicha Directiva.”

¹⁸⁶ Recoge así a continuación: “En efecto, aunque el demandante en el litigio principal no estaba en condiciones de comprender el modo concreto de funcionamiento de uno de los elementos del método de cálculo del tipo de interés variable aplicable a su préstamo, a saber, el IRPH Cajas, cuyo modo de funcionamiento no se desprende del tenor de la cláusula controvertida, estaba en condiciones de

condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivaban para él, puesto que, por un lado, conocía que el importe a pagar era la suma de IRPH Cajas + diferencial, y, además, la información relativa al funcionamiento concreto del IRPH Cajas era accesible como consecuencia de su publicación en el BOE. Así, en virtud de todo ello concluye que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13.

Además, con objeto de ofrecer unas orientaciones sobre la información a suministrar, considera que:

“la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.”

3º.- A tenor de la postura aconsejada por el Abogado General, considera que no procede responder sobre las consecuencias de la posible declaración de abusividad de la cláusula.

A la vista de esta exposición de hechos y de las posturas mantenidas por los diferentes órganos, expresamos a continuación nuestras consideraciones sobre el asunto.

En primer lugar, consideramos acertada la postura del Tribunal Supremo cuando afirma que no se puede exigir a una entidad que ofrezca el Euribor o algún otro índice de referencia, tal y como parece indicar algunos juzgados, como es el caso del juez de primera instancia del caso enjuiciado. Existiendo una total libertad respecto a la fijación del índice a aplicar —art. 4.1 Orden EHA/2899/2011, con los requisitos señalados *ut*

entender, sobre la base del contrato de préstamo, que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado, más o menos estable, a saber, el resultado de la suma del IRPH Cajas más un diferencial.”

supra— parece improcedente que se deban ofertar algunos determinados índices concretos, aunque se alegue que sean más beneficiosos para el consumidor, ya que esto sería tanto como limitar o prohibir que se usen los índices que los bancos consideren más rentables, cuestión que supondría un control de los precios que no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento, más allá, como hemos referido anteriormente, del establecimiento de intereses usurarios conforme a la Ley Azcárate de Represión de la Usura.

Partiendo de esta consideración inicial de no ser exigible la oferta de determinados índices, sí que nos parece procedente la medida de que se informe al consumidor de la existencia de otros índices, y de las diferencias entre ellos. Al tratarse como dice la Comisión de un elemento tan esencial como es el precio a abonar, es necesario que se tenga una precisa y completa información de las posibilidades existentes en el mercado, y del funcionamiento de cada índice.

En la contratación en general, cuando se ofrece un precio fijo de una determinada cantidad en euros a tanto alzado, el consumidor tiene fácil el conocimiento del precio y la comparación entre las distintas ofertas. Al igual puede ocurrir en los casos de préstamos en que se oferten con un tipo fijo, en el que el modo de determinación del precio es claro. No ocurre lo mismo cuando se usa un interés variable atendiendo a determinados índices, cuyo comportamiento varía y se determina según criterios específicos cada uno de ellos.

Para el conocimiento de esos índices variables, posiblemente no sea necesario un detalle pormenorizado de cómo funciona un índice como el IRPH, como apunta el Tribunal Supremo, ya que debido a la dificultad y complejidad de los mismos en el modo de configurarse, tal y como señala el magistrado Orduña en su voto particular, hará que un consumidor medio sin conocimientos financieros acabe igualmente no comprendiendo lo que se le intenta explicar, recibiendo una saturación de datos y de información que no puede procesar y entender debidamente. Ahora bien, tampoco quiere decir eso, como parece indicar el Alto Tribunal, que por el contrario la mera inclusión de un índice oficial sea suficiente para entender que existió transparencia en la contratación.

Y, aunque sin ser tan directo, y dejando siempre la valoración final para el juzgador en cuestión, parecido criterio al adoptado por el TS asume el Abogado General, quien, a pesar de señalar que *“Corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios*

precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional”, realmente todo ello lo entiende cumplido al ser un índice oficial publicado en el BOE —lo que considera que facilita acceder fácilmente a su método de cálculo y comparación con otros índices—, y con la inclusión en el contrato de la definición del índice y una referencia a la normativa donde aparece regulado. Lo único que sí añade, es la necesidad de mostrar la evolución en el pasado del índice ofrecido.

Nos parece en general insuficiente la postura adoptada por dicho Abogado General. Tratándose de consumidores, y afectando a un elemento tan esencial como es el precio del contrato, entendemos al igual que la Comisión que el deber de información y transparencia se debe reforzar en estos casos¹⁸⁷. Sin perjuicio de la responsabilidad propia de los prestatarios, que no hay que olvidar, no parece útil, verosímil ni probable que los consumidores vayan a tener que consultar el BOE para informarse acerca de los índices que el prestamista le está ofreciendo, y que busquen ellos por su cuenta qué otros índices existen, y cómo funcionan cada uno de ellos.

No creemos que este deba ser el modo de proceder, y más teniendo en cuenta los deberes de información que competen al prestamista, quien debe realizar todos los esfuerzos y poner los medios para que los clientes consumidores comprendan lo que se les ofrece.

La solución, entendemos, debería pasar por una postura intermedia —sin exceso de información, pero tampoco mera remisión a la ley—, en la que se ofreciera al consumidor la información necesaria para conocer:

a).- **La existencia de determinados índices de tipo variable en el mercado, con indicación de los más usuales en el tráfico jurídico.** Ya el artículo 4.2 de la Orden EHA/2899/2011 establece el deber de las entidades de tener a disposición de los clientes los tipos de interés habitualmente aplicados en los servicios que presten con mayor frecuencia. Pero en vez de ser una obligación pasiva, a disposición de los clientes cuando lo soliciten, sería necesario que, en el momento previo a la contratación, se diera

¹⁸⁷ Nótese cómo en el derecho inglés, en la Section 64 (2) del Consumer Rights Act 2015, para excluir de control las cláusulas que se refieran al objeto principal o a la adecuación entre precio y servicio, requiere no sólo que sea transparente, sino que añade además el término “prominente”. De este modo, se produce un refuerzo a la información a suministrar para las condiciones principales del contrato o que afecten al precio del servicio. Así, mientras la “transparencia” hace referencia a que el lenguaje sea claro y comprensible, la “prominencia” requiere que se haya llamado la atención sobre dicha cláusula para que un consumidor diligente haya podido conocer su existencia, para lo cual habrá de estarse a todas las circunstancias del caso concreto.

esta información a los clientes para que tengan conocimiento de los diferentes tipos existentes y los más habitualmente utilizados.

Así, no se trata de que esto se convierta en un servicio de asesoramiento¹⁸⁸, como indica el Abogado General, ni, como dijimos anteriormente, que la entidad deba ofrecer los índices oficiales existentes, sino simplemente una labor informativa por cuestión de transparencia acerca de qué índices son los más usuales en la contratación de los préstamos hipotecarios, ya que los consumidores no tienen por qué conocer si el índice ofrecido para su contrato es lo habitual, o si hay otras alternativas en el mercado y cuáles son éstas.

b).- El **funcionamiento** de los diferentes índices de referencia, especialmente, de los índices que la entidad ofrezca concretamente al cliente. Para ello, será necesario una información clara y suficiente, de manera general, sobre el funcionamiento de dicho índice, sin que sea necesario entrar en particularidades complejas de difícil comprensión. Ello sin perjuicio de que se contesten todas las preguntas que tenga el cliente, y de la profundización a solicitud de éste en caso de que sea requerido.

c).- El **comportamiento en el tiempo de los índices más habitualmente utilizado**, mostrando tanto su valor actual, como un histórico de manera que se pueda ver la evolución que han tenido¹⁸⁹, e incluso su previsión futura si fuera posible¹⁹⁰, de forma que el cliente sea conocedor de cómo se ha comporta y los movimientos que han tenido los diferentes índices, pudiendo comparar así el ofrecido por la entidad con los restantes existentes.¹⁹¹

¹⁸⁸ Véase nota 41.

¹⁸⁹ Importancia que resalta igualmente PERTÍÑEZ “El deber de transparencia en la Ley 5/2019...” (op.cit.), conectándolo con el carácter menos habitual de dicho índice: “*También hemos observado en relación a los préstamos con índice IRPH que, en la medida en que es un índice cuya aplicación en el mercado hipotecario español es marginal respecto a la del euríbor, el prestatario necesitaría para prestar su consentimiento con pleno conocimiento de causa información sobre la evolución comparativa del IRPH y del Euríbor, información que no se refleja en la FEIN, ni en el resto de documentos a los que se refiere el art. 14.1 LCCI.*”

¹⁹⁰ Entendemos que, al ser las previsiones futuras inciertas, el Abogado General haya optado por no incluir dicha información como necesaria. No obstante, creemos que puede ser de utilidad, especialmente para anunciar posibles subidas del índice de referencia, de modo que se les advierta a los prestatarios de que el precio del préstamo en cuestión será más elevado al paso de unos años. Este podría ser el ejemplo del Euríbor, donde actualmente se encuentra en unos mínimos históricos, por lo que sería aconsejable hacer ver esto a los prestatarios, y anunciarles una previsible subida, si no a corto, sí a medio plazo, de modo que tomen conciencia de la realidad que puede acontecer —y si finalmente tarda en producirse la subida, ningún perjuicio se habrá ocasionado, saliendo en todo caso favorecido los prestatarios—.

¹⁹¹ Estas exigencias se ven también complementadas con los requisitos de conocimientos y competencias que la Orden de 2011, tras la reforma operada por la Orden de 26 de abril de 2019, exige al personal de

Y todo ello, junto a los demás requisitos de información impuestos legalmente, como es la obligación de suministrar un documento separado en el que se haga referencia a las cuotas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

De este modo, la falta de esta información expuesta sobre el tipo de interés, sí que podría suponer un defecto de información que no superase el control de transparencia. Este defecto de transparencia puede conllevar, como se expuso anteriormente, la consideración de cláusula abusiva —una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible como determina el artículo 5 de la Directiva 93/13, tal y como recoge la Comisión¹⁹² y el Abogado General—.

Respecto al examen de abusividad del contenido o fondo de la cláusula, ya se realice vía directa según la postura de la Comisión y el Abogado General¹⁹³ —al no transponer España la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13—, ya sea como resultado de no superar el control de transparencia —si se quiere acoger la interpretación “clásica” de la regla del 4.2—, habría que atender para ello al criterio general de causación de un perjuicio o desequilibrio en la contratación, de forma que el consumidor, siendo tratado de una manera leal y equitativa, no la habría aceptado. Este control sobre el fondo, especialmente cuando se trata de un índice oficial, sí conlleva una mayor complejidad en que derive en una declaración de abusividad.

En el caso del IRPH, uno de los motivos que se suele invocar para que se declare esta abusividad es la manipulación que ofrece dicho índice. No obstante, la anulabilidad del propio índice alegando esta posible manipulación o influencia de las propias entidades, y por tanto, falta de objetividad, es un motivo difícil de prosperar. El hecho de ser un índice fijado legalmente establece una presunción a su favor, además de dejar su competencia a la jurisdicción administrativa como señala el TS. De hecho, ya la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito señalaba que esta publicación de índices oficiales se realizaba “*con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la*

las entidades prestamistas, exigiéndoles un conocimiento adecuado de los riesgos y efectos de los cambios de interés en la cuota (art. 32 bis.1.b)), así como un conocimiento adecuado del mercado de préstamos, y en particular, de la evolución de los tipos de interés (art. 32 bis.1.h)).

¹⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016 en el asunto C-191/15, Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl, EU:C:2016:612, apartado 68.

¹⁹³ Así lo señala el Abogado general en el apartado 127, donde señala que, aunque se supere la debida transparencia, se debe realizar un examen sobre el fondo de la cláusula, aunque finalmente no entra en la cuestión al sobrepasar el objeto de la cuestión prejudicial.

libertad de contratación”, otorgando así una presunción de legitimidad el uso de estos índices oficiales.

En la mayoría de los procedimientos donde se intentó denunciar su influenciabilidad o manipulación por las entidades, decae dicho motivo por falta de prueba suficiente. Tal como fijó el TS en el FD 12 de su Sentencia, *“el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.”* De hecho, esta conclusión ya fue alcanzada de forma similar por el TS en Sentencias como la de 13 de enero de 2015 (rec. 536/2003), donde señaló que *“Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos.”*

Por tanto, parece muy complicado probar esta supuesta manipulación con una certeza suficiente para que los jueces y tribunales la admitan¹⁹⁴, y habiendo surgido incluso dudas igualmente sobre la supuesta falta de objetividad y manipulación del índice Euribor¹⁹⁵.

En aquellos casos en que se declare la abusividad de la cláusula, bien por falta de transparencia, o por abusividad en cuanto a su contenido, surge el problema de determinar las **consecuencias** derivadas de la misma. Llama la atención la postura del Abogado General, quien entiende que no debe entrar a resolver este punto, a la vista de las proposiciones realizadas. Entendemos, sin embargo, que debería de haberse pronunciado sobre ellas, en primer lugar, porque aunque en el caso enjuiciado considera que supera el control de transparencia, deja el criterio y decisión final al órgano juzgador —además de tener que esperar a qué postura adopta el TJUE—, y, en todo

¹⁹⁴ Encontramos casos como la SAP Barcelona de 28 de abril de 2016 (rec. 88/2015), en donde no se estimó suficiente un informe pericial aportado sobre esta supuesta manipulación, argumentando además el Tribunal que *“El IRPH se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. No existe, por otro lado, prueba alguna que acredite una práctica concertada entre entidades con peso específico para incidir en la fijación del IRPH y mucho menos que el índice, que está bajo el control y supervisión del Banco de España, haya sido manipulado.”*

¹⁹⁵ VALLÉS PERELLÓ, ANTONIO “Apuntes sobre la integridad y fiabilidad del euríbor: propuestas de mejora antes sus vulnerabilidades”. *Laleydigital* LA LEY 3032/2019

caso, al dar unas pautas para todos los supuestos acerca de cuándo se cumple los requisitos de transparencia, sería conveniente que diese respuesta a qué ocurre cuando no se supera dicha transparencia. No obstante, analicemos la cuestión con la jurisprudencia del TJUE y la propuesta realizada por la Comisión.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que determina que la nulidad de la cláusula determina la supresión de la misma sin ningún tipo de conversión o modificación de la misma siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva. Tal y como reconoce la Comisión, el contrato es perfectamente válido aun siendo gratuito, siendo jurídicamente posible, por lo que esa consideración que toma para entender que procedería la anulación del contrato al afectar a la “naturaleza” del contrato, siendo el único perjudicado el prestamista, pudiera parecer un criterio más alejado de lo adoptado tradicionalmente por el TJUE.

No obstante, cierto es que tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), y la interpretación de la misma acogida por la STS de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014), podría entenderse que —recogiendo las palabras del TS— *procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas*. Postura esta, como recogimos anteriormente, reforzada por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019 (asunto C 260/18), que permite que el órgano judicial considere que el contrato no puede subsistir cuando la supresión de una cláusula tenga “*como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato*”.

Frente a ello, se podría argumentar que hay supuestos en donde se reconoce la posibilidad de subsistencia del préstamo sin intereses. Así, el propio TJUE ha reconocido en su Sentencia de 27 de marzo de 2014 (asunto C-565/12), que es perfectamente acorde con la Directiva una sanción legal por la que se prive completamente al prestamista de los intereses remuneratorios, cumpliendo así con el carácter disuasorio que pretende dicha Directiva. E igualmente, tenemos en nuestro ordenamiento la Ley de Crédito al Consumo de 2011, y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998 que, sus artículos 21.3 y 8.1 respectivamente, tienen previsto como penalización el privar de los intereses del préstamo en determinados casos, estableciendo “*la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos*.”. No obstante, se podría contraargumentar que esto son sanciones legales, y que no cabe equipararlas a los

efectos de la aplicación de la Directiva 93/13, ni aplicar tales sanciones para supuestos no previstos.

No obstante, en el planteamiento realizado por la Comisión, entendemos que incurre en contradicción en su propia argumentación, ya que en un principio alega que la supresión de la cláusula convertiría el préstamo en gratuito, y luego posteriormente argumenta la subsistencia del diferencial aplicable, ya que no parece sufrir un defecto de transparencia¹⁹⁶. Por ello, sería argumentable, como algún juzgado ha realizado en estos casos, la supresión del índice declarado abusivo y el mantenimiento del diferencial pactado, que se supone querido por las partes, de forma que el préstamo no deviene gratuito, sino que se remunera según el diferencial acordado, evitándose así ese cambio de naturaleza que argumenta la Comisión.

Respecto a la solución planteada de que se conmine a un nuevo acuerdo respecto al índice a aplicar, nos plantea diversas dudas. En primer lugar, resulta complicado un nuevo acuerdo entre las partes teniendo en cuenta las circunstancias devenida finalmente, en que se ha anulado un índice IRPH, y la alternativa más usual —a la vez que más beneficiosa para el consumidor— es el Euribor. Difícilmente se va a convenir la aplicación del IRPH entidades, habiéndose anulado éste mismo u otro índice IRPH similar, ni el consumidor va a aceptar otro índice que le sea más gravoso que el Euribor, máxime teniendo en cuenta que, a falta de acuerdo entre las partes, será el juzgado el que finalmente tome la decisión, pudiendo en ese caso optar por el Euribor, que posiblemente sea lo solicitado por el prestatario.

Visto de este modo, todo ello parece derivar, de un modo u otro, en la aplicación del Euribor como sustitutivo, cuestión que la Comisión no deja fijar desde un principio, pero que con la postura de intentar un acuerdo lo único que se pueda conseguir es un aumento de la dilación en resolver todo este incidente.

Además, el efecto disuasorio en estos casos de nuevo acuerdo o fijación de un nuevo índice puede ser discutido. En efecto, la sustitución de la cláusula podría *eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y*

¹⁹⁶ Párrafo 96 de las conclusiones: “A juicio de la Comisión, bajo la tutela activa –y aprobación final- del juez nacional competente y en el plazo razonable fijado por dicho juez, el profesional debería proporcionar al consumidor toda la información requerida por el principio de transparencia sobre los distintos índices actualmente existentes para los intereses variables, y, guiado por el principio de buena fe, llegar a un acuerdo con el consumidor sobre el índice a pactar. En opinión de la Comisión, dicha negociación no debería alterar el diferencial inicialmente pactado (que no parece sufrir un defecto de transparencia) para evitar que el profesional pueda recuperar mediante un nuevo diferencial, la pérdida económica que le ocasionaría la fijación de otro índice de referencia más favorable al consumidor, con la consiguiente merma del efecto disuasorio.”

simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79)¹⁹⁷.

De esta manera, si el índice considerado abusivo se sustituye por el que las partes deberían de haber acordado en un primer momento, ningún efecto disuasorio conlleva para los prestamistas. Según la Comisión, en estos casos de sustitución del índice dicho efecto disuasorio podría venir determinado por el mantenimiento del diferencial pactado, cuestión que podría ser cierta en aquellos casos en que se haya fijado un bajo diferencial, pero esto no es un hecho que se pueda asegurar que ha acontecido en todos y cada uno de los casos.

Así, consideramos que como realmente se consigue este efecto disuasorio es o bien no sustituyendo la cláusula por interés alguno, manteniendo el préstamo como gratuito¹⁹⁸, ya que el contrato sería viable igualmente¹⁹⁹, o bien, si se quiere, mantener como interés remuneratorio el diferencial pactado.

Sobre este último punto, también cabría plantearse si sería posible esa anulación parcial de la cláusula, manteniendo la validez del resto de la cláusula no anulada —en este caso, el diferencial—, a la luz de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, por el que declara que “la

¹⁹⁷ Sentencia de 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

¹⁹⁸ De hecho, recordar que tenemos en nuestro ordenamiento la Ley de Crédito al Consumo de 2011, y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998 que, sus artículos 21.3 y 8.1 respectivamente, tienen previsto como penalización el privar de los intereses del préstamo en determinados casos, por lo que “la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos.”.

¹⁹⁹ En este sentido también el Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en su Sentencia de 10 de febrero de 2017: “Puede parecer -extraño- la existencia y subsistencia de un préstamo sin interés y, de hecho, seguramente no era esa ni la voluntad ni la finalidad de las partes al otorgar el contrato, pero no podemos perder de vista tampoco dos aspectos esenciales, como que el contrato de préstamo desde su definición en el código civil en el siglo XIX, es un contrato gratuito por esencia y, que conforme a la doctrina constante del TJUE, la declaración de abusividad que el juez nacional verifica con los efectos de exclusión de la cláusula del contrato, tiene un fin teleológico claro, advertir a los empresarios de que no pueden seguir pactando cláusulas abusivas y/o no transparentes ya que la sanción a su conducta, no es otra que la sanción ejemplar de la exclusión de la cláusula del contrato, con todos sus efectos inherentes, siempre que el mismo pueda subsistir sin la misma, como es el caso de autos según lo antes expuesto.”

mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia”, menoscabando el efecto disuasorio. Así, en el presente caso, se podría argumentar igualmente que esa conservación parcial de la cláusula afecta igualmente a la “esencia” de la misma, que no es otra que configurar el tipo de interés remuneratorio aplicando un índice más un diferencial.

No obstante, consideramos que en este caso sí que sería posible, ya que, a diferencia del caso enjuiciado, en el asunto del interés remuneratorio no se perjudica el efecto disuasorio, más bien al contrario, ya que el prestamista se ve privado de obtener lo marcado por el índice, y el consumidor es claramente beneficiado. Aunque cierto es que hoy día el Euribor se encuentra en negativo, pudiendo el prestatario verse beneficiado de tal situación si el interés remuneratorio se aplica según dicho Euribor negativo más el diferencial, pero sin embargo, entendemos que teniendo en cuenta la larga duración de este tipo de contratos, el hecho de que coyunturalmente se encuentre en negativo —sin ser además muy pronunciado—, hace que en el cómputo global sea con casi total seguridad más beneficioso para el consumidor, consiguiendo así el efecto disuasorio pretendido.

En todo caso, si el prestatario solicita la conversión en Euribor en vez de la supresión —cuestión que de manera general beneficiaría al prestamista—, entendemos que igualmente sería preferible adoptar esta medida, que intentar remitir a las partes a un nuevo acuerdo, que difícilmente acabe teniendo un resultado distinto que la conversión finalmente en Euribor, como hemos referido con anterioridad.

De hecho, entendemos que de establecerse la opción de dejar el préstamo como gratuito o con el diferencial en vía judicial, se podría favorecer incluso que las entidades, ante las reclamaciones extrajudiciales, ofreciesen o aceptasen el Euribor como acuerdo extrajudicial, sin tener que iniciar un procedimiento judicial para solucionar la controversia, hecho que favorecería a ambas partes.

E) LA DESAPARICIÓN DEL ÍNDICE PACTADO

Una de las dudas que han surgido recientemente, es qué ocurre cuando un índice oficial deja de publicarse, desapareciendo así el modo original pactado de determinación del interés remuneratorio. Esto ha ocurrido con la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, cuya Disposición Adicional

decimoquinta establecía con fecha de 1 de noviembre de 2013 la desaparición definitiva de los índices IRPH Bancos, IRPH Cajas, y el CECA.

Para estos casos, la Ley preveía la sustitución de los tipos previstos, con efectos desde la siguiente revisión, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato, y en defecto de tal previsión, se establecía un nuevo índice determinado por el IRPH Entidades más un diferencial según las reglas indicadas en el precepto.

Ante esto surgen diferentes posturas:

-Quienes entienden que en sustitución de los índices IRPH Bancos y Cajas, se debería aplicar el IRPH Entidades. Así lo defienden autores como SUÁREZ PUGA²⁰⁰, que considera que hay que presumir que las partes no habían considerado esencial la diferencia en el procedimiento de conformación de estos índices —es decir, si la referencia era según Entidades, Cajas o Bancos—, ya que no es más que el tipo de entidades concretas cuyas operaciones se toman como base para realizar los cálculos, por lo que se debería haber previsto normativamente que las referencias a estos índices desaparecidos se entiendan realizadas al IRPH Entidades²⁰¹. Sin embargo, esto carece del apoyo normativo necesario en la situación comentada.

-Aplicación de la integración prevista en la Ley 14/2013 —aplicación del IRPH Entidades más el diferencial en sustitución del índice desaparecido— con carácter preferente a la solución contractual prevista para el caso de desaparición del índice. Así, en el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Donostia de 29 de abril de 2014, la entidad pretendió aplicar dicha previsión legal en vez del Euribor, que era el índice sustitutivo en el contrato. Lógicamente, esta práctica no se considera procedente al contravenir el procedimiento a seguir descrito en la Ley, y por ir en contra de lo pactado, salvo nuevo acuerdo entre las partes.

²⁰⁰ SUÁREZ PUGA, ERNESTO “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH” Publicación: *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.5/2017 parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

²⁰¹ SUÁREZ PUGA “Problemática...” (op.cit.) “*En efecto, parece que lo más razonable es considerar que las partes de un contrato de financiación sometido al IRPH Cajas o IRPH Bancos lo que desearon acordar era un contrato de financiación cuyo tipo de interés se adaptase periódicamente en atención al valor de mercado del dinero que se aplicase habitualmente en el mercado español de este tipo de operaciones. Y si ello era así, tras el proceso de bancarización de las cajas de ahorro y la concentración del sector bancario, ambas circunstancias erosionadoras de la fiabilidad del IRPH Cajas e IRPH Bancos en su configuración inicial tal y como hemos expuesto e imprevisibles para las partes, lo más razonable hubiese sido presumir que las partes hubiesen deseado, en ausencia de una previsión contractual que recogiese algún índice financiero vigente que permitiese mantener la variabilidad del tipo de interés*”, la aplicación de un índice financiero de características de conformación asimilables al índice o índices desaparecidos como el superviviente IRPH Conjunto de Entidades.”

A pesar de ello, sí que hay que destacar que la redacción del precepto legal de la DA no es del todo precisa²⁰², por cuanto refiere que “la referencia a los tipos” serán sustituidos por “el tipo o índice de referencia sustitutivo”. Parece dar por el hecho que en el contrato se va a establecer un índice sustitutivo simplemente, pero pueden suscitar dudas acerca de qué ocurre si el nuevo índice va acompañado de un nuevo diferencial —que es lo que suele ocurrir en la mayoría de los casos—.

Es decir, sólo prevé la sustitución del índice, cuando sería más correcto hablar de la sustitución de la cláusula o fórmula de determinación de los intereses remuneratorios, que está compuesta por el índice más el diferencial, ya que entendemos que ambos conceptos serán sustituidos, por así haberlo determinado las partes en el contrato, y ser posiblemente lo perseguido por el legislador.

De modo diverso, en el caso de falta de previsión sustitutiva en el contrato, se prevé que el nuevo índice a aplicar sea el IRPH entidades más un diferencial²⁰³ —que busca paliar la diferencia entre el índice que desaparece y el IRPH Entidades—, al que a su vez se le deberá aplicar el diferencial originalmente pactado, ya que la Ley no indica que éste desaparezca, sino simplemente la sustitución del índice original por el nuevo²⁰⁴.

-El supuesto más controvertido: Aplicación de la previsión contractual que prevé la perdurabilidad del último tipo de interés que hubiese sido publicado. Tiene a su favor que aplica una disposición recogida en el contrato, pero en contra el hecho de que el contrato pasa de ser fijado a tipo variable a convertirse en tipo fijo, no adaptándose de este modo a las fluctuaciones del mercado, y contraviniendo la voluntad de las partes de fijar la remuneración según un interés variable, previsión además que posiblemente no fue advertida por el prestatario en el momento en que contrató.

²⁰² Refiere la DA 15.2 2. *Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.*

²⁰³ “Equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo”

²⁰⁴ Así lo interpreta el Banco de España en sus Memorias “sustituir el tipo de interés por la aplicación del índice establecido al efecto en el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 («tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo), adicionándole, en su caso, el diferencial original pactado en el contrato”

Y es que además de los efectos ordinarios que pueda tener la fijación de un tipo fijo, esta conversión puede afectar a otras partes del contrato, como es la cancelación anticipada. En efecto, es muy posible que el contrato contenga la cláusula de compensación por riesgo de tipo de interés, admitida por la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*, destinada a compensar por la pérdida financiera sufrida por la entidad en los casos de tipos fijos, lo que supone un coste añadido o encarecimiento en los supuestos en que el prestatario quiera cancelar anticipadamente el préstamo, sea total o parcialmente, supuesto que el prestatario seguramente ni tuvo en consideración en el momento de la contratación, puesto que pactó un tipo variable.

La Audiencia Provincial de Tarragona, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2018 (rec. 676/2017), fijó un criterio que siguió en sentencias posteriores²⁰⁵, señalando que la inclusión en la escritura de la cláusula que establece este tipo fijo no cumple las exigencias de transparencia, por las siguientes razones, que recogemos a continuación para su análisis:

-(i) En la oferta vinculante -que no se ha aportado- aunque haya referencia a ese índice que reemplazaría al principal y al primer sustitutivo, caso de que estos dejaran de publicarse, requeriría conocer factores que solo se pudieron fijar con la norma de supresión de los índices principal y primer sustitutivo, cuando el control de transparencia debe realizarse en el momento de contratar.

Parece indicar que los factores que determinan el último índice a aplicar vendrían determinados por el momento que en que la Ley fije la supresión del índice que se aplicaba, lo que impediría conocer en el momento de la contratación cual sería dicho índice a aplicar, por lo que no se puede controlar en ese momento la transparencia del a cláusula. Nos parece discutible dicha conclusión.

El control de transparencia vendría determinado si el consumidor era plenamente consciente, en el momento de la contratación, de la existencia esta cláusula y del significado económico y jurídico que le supone, aunque por su propia naturaleza no se sepa qué índice concreto es el que se aplicaría, ya que depende de las condiciones del mercado en dicho momento, y de cómo haya cerrado el índice que se venía aplicando.

²⁰⁵ SAP Tarragona 9 de octubre de 2018 (rec. 2029/2017); 08 de noviembre de 2018 (rec. 388/2018); 12 de marzo de 2019 (rec. 2039/2017).

De modo similar cabría argumentar en cuanto al control de contenido, habiendo que controlar que dicha cláusula no cause un perjuicio o desequilibrio al consumidor. En el momento de la contratación, no se conoce cuál será dicho índice, ya que como acabamos de referir vendría determinado por la situación de mercado respecto a dicho índice, por lo que en principio, sería objetivo, y además, según el momento en que se eliminase el índice podría ser a favor o en contra del consumidor²⁰⁶ —imaginemos qué ocurriría si dejase de publicarse el Euribor a fecha de hoy—, por lo que entendemos que no se puede alegar que en el momento de la contratación no sea posible realizar el control de transparencia o contenido, ya que sí que sería posible, aunque ahora bien, cuestión distinta es que se superen ambos controles, especialmente el de transparencia.

(ii) El Anexo II, 2º, letra c) de la Orden 5 mayo 1994, relativo a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, contiene una disposición que obliga a incluir en las escrituras [...] "El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término". Pero ello no significa que la entidad financiera quede autorizada para convertir un tipo variable en uno fijo, sino que en consonancia con el contrato debió fijar uno de los variables existentes en el mercado, lo que no hizo.

Acoge en este punto un criterio estricto del sentido literal de la Orden, según el cual, se señala que deben establecerse índices o tipos de referencias sustitutivos, entendido esto como aquellos vigentes, que sigan fluctuando, sin que sea admisible fijar un tipo fijo. ¿Pretendía la Orden limitar la autonomía de las partes impidiendo que fijasen un tipo fijo sustitutivo? Nos parece cuanto menos dudoso que esa sea el sentido de la ley —más aun cuando en el contrato pueden aparecer efectivamente índices sustitutivos, que también desaparezcan, quedando como única opción la cláusula controvertida—, por lo que pensamos que será más una cuestión de controlar la inclusión y transparencia de dicha cláusula, y si el consumidor era consciente plenamente de ella, como comentaremos a continuación.

(iii) La formación del precio de ese tercer índice exige que el consumidor relacione diferentes cláusulas y tenga en cuenta varios factores, alguno de ellos solo cognoscible con posterioridad a la formalización de la

²⁰⁶ Así lo recoge para argumentar la validez de la cláusula, la SAP Cantabria de 24 de septiembre de 2018 (rec. 54/2018): “La aplicación del interés fijo por causa de la desaparición de los índices de referencia tanto podía beneficiar a la prestamista como al prestatario, lo cual dependía de un hecho contingente cual es que el tipo fijo (“último tipo de interés mensual”) fuera en cada momento superior o inferior al tipo medio al que prestaban entidades como la demandada.”

hipoteca, dificultad interpretativa que ha sido reconocida por el propio Banco de España en la Memoria de 2015, con la consecuencia, según propia valoración del supervisor, de que no debería ser aplicada en perjuicio del deudor por la entidad de crédito, considerando acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la transcendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada (f. 72, 73 y ss.); y

La dificultad de conocimiento e interpretación de la cláusula haría aconsejable que no se aplicase en perjuicio del consumidor, y que se llegara a un nuevo acuerdo. Efectivamente, con criterios de Buenas Prácticas Bancarias, quizás es la solución más aconsejable, que las partes lleguen a un nuevo acuerdo por el que regir el contrato, y no se apliquen en todo caso perjudicando al consumidor. Pero esto no es un elemento determinante a la hora de dilucidar la cuestión, aunque sí desde luego un criterio a tener en cuenta, con el fin de evitar conflictos y litigios innecesarios sobre este punto.

(iv) Lo crucial, estima la Sala, es convertir un préstamo a interés variable, que es el realmente querido por la contratante y sobre el que ha prestado su consentimiento, repetimos, dando su voto en el mercado (art. 1261 CC (LEG 1889, 27)), en uno fijo: " el ultimo tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular" , incidiendo de manera patente en las consecuencias económicas y jurídicas de su posición contractual (art. 8-2 LCGC (RCL 1998, 960)).

Sobre este cuarto punto, que señala “crucial”, efectivamente es el que consideramos el más determinante. Lo esencial es la voluntad querida por las partes, a la que han prestado su consentimiento, y posiblemente la condición que ha sido conocida y deseada. Si lo que se pretendía es establecer un interés variable, acorde a los movimientos del mercado, y en ningún momento ha previsto ni se le ha hecho alusión a la posibilidad de que el préstamo se podría convertir en fijo, y no se le expresó igualmente las consecuencias jurídicas y económicas que ello supone, se podría entender que dicha disposición no supera el debido control de transparencia, y ser una cláusula no querida ni conocida por las partes, especialmente el prestatario.

Finalmente, con todos estos argumentos, la Audiencia Provincial declara la nulidad parcial de la cláusula, y aplica la previsión legal de la Ley 14/2013 para el caso de no tener índice sustitutivo.

Por su parte, nos podemos encontrar casos como lo establecido por la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 5 de diciembre de 2018 (rec.346/2018), quien considera que este pacto de aplicar el último tipo de interés publicado, aparte de obviar el interés común de las partes, es contrario a la DA, ya que la misma entiende que establece una novación legal “*restringiendo la autonomía de la voluntad de los contratantes*”. A falta de mayor argumentación en el contenido de dicha sentencia, entendemos que es este pacto de que se acabe aplicando el último publicado —y no cualquier pacto de fijar un índice de referencia sustitutivo— lo que la ley no permitiría.

Aunque la ley, al menos literalmente, no parece indicar tal extremo, al fijar que las referencias a los tipos previstos serán sustituidas por el “tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato”, por lo que el establecer el último tipo publicado, al menos, según el tenor de la ley, sí que sería válido. Cuestión distinta es que la finalidad deseada de la ley fuese sólo la fijación de un nuevo índice variable, pero dicha cuestión podría haber sido prevista expresamente por el legislador, que debería ser conocedor de la práctica habitual de numerosas escrituras de pactar este tipo de cláusulas controvertidas.

Precisamente, sobre este argumento de que la Ley 14/2013 ha permitido la operatividad de este tipo de cláusulas, se basa la AP de Barcelona, entre otras, en la Sentencia de 17 de enero de 2019 (rec. 74/2018). Así, esta Sentencia considera válida dicha cláusula ya que, en primer lugar, señala que la cláusula no tiene ninguna dificultad de comprensión, y se encuentra en un lugar adecuado en el contrato. Además, argumenta que aunque se considerase que no supera el control de transparencia o que faltó información, no es igualmente abusiva, ya que aun faltando este deber de información o transparencia, para declarar la nulidad de la cláusula es preciso que ésta se considere abusiva —lo que podemos denominar control de abusividad del contenido—, es decir, que cause en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, cuestión que estima que no ocurre en el presente caso.

Desarrolla esta postura argumentando:

“Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que pueda verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias. Pues bien, en este caso la desaparición del IRPH, en sus dos modalidades, es un hecho ajeno a la entidad de crédito y absolutamente imprevisible cuando se suscribió el préstamo. No advertimos, por tanto, que la demandada actuara

contraviniendo las exigencias de la buena fe ni podemos concluir que sea perjudicial para el consumidor un tipo fijo tan reducido como el que resultaba de aplicar el último interés vigente antes de la desaparición del IRPH. Ante un escenario altamente improbable cuando se firmó el contrato (la desaparición de todas las referencias hipotecarias), no nos parece desequilibrado que el contrato contemple que se mantenga el último tipo resultante de aplicar las previsiones contractuales”

Consideramos que no está falta de razón dicha Audiencia con tales consideraciones, con argumentos similares a lo expuesto en este trabajo poco antes. La desaparición del índice no es imputable a las entidades, y se fijó en el contrato una cláusula que “a priori” no tiene por qué ser perjudicial para el consumidor. Ahora bien, es posible concluir de manera diversa a la realizada por la Sentencia, para lo que tiene relevancia la manera de proceder en cuanto a los diversos controles de abusividad, como examinamos a continuación.

Cierto es, que en un nivel abstracto y objetivo la cláusula no perjudica al consumidor en beneficio del prestamista, en el sentido señalado por la AP de Barcelona. Sin embargo, usando las consideraciones ya expresadas anteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 2017 (rec. 2306/2014), se podría argumentar la abusividad y nulidad de dicha cláusula, por contravenir las expectativas y el “equilibrio subjetivo” deseado por las partes.

Por tanto, con estas consideraciones, podemos entender en primer lugar que esta cláusula que estamos tratando no es una cláusula inocua al consumidor, en el sentido en que nada le afecte, sino más bien al contrario, determina un elemento esencial en la contratación como es el precio del préstamo²⁰⁷. Y, además, no sólo es una cláusula accesoria o que añade algún efecto menor al contrato, sino que es una cláusula que cambia y modifica uno de los elementos centrales de la contratación, y de los pocos en que el prestatario tiene un poder real de decisión a la hora de contratar, como es si desea un préstamo a interés fijo o a interés variable. Por tanto, si la voluntad deseada es que el precio fuese variable y adaptándose a las variaciones del mercado, el hecho de que se convierta en fijo supone un cambio sustancial de las condiciones previstas en el contrato, que no pudo prever al no ser informado de esta circunstancia, impidiendo

²⁰⁷ En sentido similar la SJPI Manresa de 07 de diciembre de 2017 sobre este tipo de cláusulas: “Su utilización implica una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, y puede pasar inadvertida para el adherente medio. La omisión de información sobre el particular supone una incorporación no transparente del índice, que trae consigo la consideración de abusiva de la mencionada condición general, y en consecuencia procede declarar la nulidad de este pacto.”

comparar esta circunstancia con otras ofertas disponibles, y alterando el contrato en el modo en que se lo había representado el consumidor, afectando al acuerdo económico alcanzado. Y no sólo eso, sino que puede afectar también al coste que le supone en estos supuestos la cancelación anticipada total o parcial, debido al pago de la compensación prevista para tales casos en los términos anteriormente expresados.

Así, en base a estas argumentaciones, se podría considerar que la falta de transparencia conlleva la abusividad y anulación de dicha cláusula, por afectar directamente a un elemento esencial del contrato, alterando la forma y modo en que había sido querido y representado por el consumidor.

No obstante, hay que aclarar que la previsión legal del apartado cuarto de la DA decimoquinta de la Ley 14/2013 al disponer “4. *Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.*”, no quiere decir, como se ha pretendido en alguna ocasión, que la aplicación sustitutiva del índice desaparecido por la cláusula controvertida no pueda ser objeto de reclamación, argumentándose que es una novación legal que impone de manera imperativa la ley. En realidad, la ley fija el *modo de proceder* obligatorio para estos casos, que es aplicar la previsión sustitutiva contractual o el índice referido en la DA, sin que ese hecho pueda ser discutido por las partes, pero ello no impide que se discuta la existencia o validez —no ya de dicho modo de proceder, sino— de la propia previsión contractual sustitutiva, ya que dicha Ley no convalida la nulidad de las cláusulas²⁰⁸.

Sobre las consecuencias que estimamos procedentes, entendemos que siempre que no se haya anulado el índice IPRH —en cuyo caso estaremos en el supuesto antes analizada—, la mera nulidad de la cláusula que fija un tipo sustitutivo, en este caso fijando aplicable el último publicado, debería dar lugar a la aplicación de la DA 15 de la Ley 14/2013, tal y como entiende la mayoría de los juzgados y tribunales. En efecto, el efecto de la nulidad es la desaparición del contrato como si no hubiese existido dicha cláusula, por lo tanto, habría que entender que dicho contrato no dispone de previsión de índice o tipo sustitutivo a aplicar, por lo que nos encontraríamos ante el tercer supuesto de la DA referido, debiéndose sustituir el índice desaparecido por el IRPH Entidades más el diferencial legalmente señalado.

Hay algunas resoluciones judiciales que entienden que al ser declarado nulo dicha previsión, y al haber desaparecido el índice original, se debe aplicar únicamente el

²⁰⁸ En ese sentido, la Sentencia de JPII de Gava de 25 de abril de 2018

diferencial pactado²⁰⁹. No consideramos que esto sea procedente, ya que como hemos referido, siempre que el índice original no haya sido declarado nulo, habría que estar a lo dispuesto por la DA de la Ley 14/2013 al entenderse que el contrato carece de índice sustitutivo.

Por parte de la actuación del Banco de España respecto a las reclamaciones recibidas, en su Memoria de 2017 pone de relieve dichas reclamaciones por la conversión del préstamo en un tipo fijo, debido a la aplicación de las cláusulas del contrato. Así, de manera apuntada anteriormente, señala que las consecuencias derivadas de la dificultad interpretativa de estas cláusulas no pueden perjudicar al deudor y, por tanto, no debería ser aplicada en su perjuicio por parte de la entidad, considerando *“acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la trascendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada”*, así como que le informe de la posibilidad de subrogación de entidad acreedora, conforme lo dispuesto en la Ley 2/1994.

De este modo, el Banco de España recomienda que se pacte con el cliente algunas de las siguientes opciones, previa información de los gastos que pueda conllevar:

- Adoptar el tipo fijo resultante del contrato, pero explicando con todo detalle las consecuencias del cambio de una financiación de tipo variable a tipo fijo.

- Sustitución del tipo de interés por la aplicación del índice fijado en la DA 15 apartado 3º —IRPH entidades más el diferencial legalmente indicado— al que se le sumará el diferencial pactado en el contrato.

- Establecer un nuevo tipo variable, propuesto por la entidad, según las condiciones de mercado.

Sobre estas orientaciones, señala el Centro Directivo en la Memoria que ha tenido buena acogida por parte de las entidades, proponiendo la sustitución prevista en la Ley 14/2013 —que desde luego, no es mala opción para las entidades—, o bien alternativas semejantes a las recomendadas, aunque habría que verificar en qué se han materializado finalmente estas situaciones, cuestión compleja de comprobar, y ver si realmente las entidades han admitido la negociación de un interés acorde al mercado

²⁰⁹ SJPI Manresa, 07 de diciembre de 2017.

actual, pudiendo ir en contra de su beneficio —aunque es cierto que el riesgo de acogerse a otra entidad más favorable puede influir en este sentido—.

III.2.-ESPECIAL REFERENCIA A LA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA Y SU COMPENSACIÓN.

Sumario: A) INTRODUCCIÓN; B) REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN; C) ABUSIVIDAD Y JURISPRUDENCIA. 1.-Control de una norma legal (excepción del art.1.2 Directiva 93/13). 2.-Limitación del control de contenido por el art. 4.2 directiva 93/13. 3.-Consideraciones sobre su posible abusividad.; D) EL DEBER DE INFORMACIÓN; E) ANEXO: METODOLOGÍA DE CÁLCULO

A) INTRODUCCIÓN:

Como se ha recogido anteriormente, el artículo 7.3.g) de la Orden EHA/2899/2011 exige que en el contrato conste *“Los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y el coste total que el uso de tales facultades supondrían.”*

Por un lado, parece claro hoy día con la Ley 5/2019 la existencia del derecho — legal— del prestatario al reembolso anticipado del préstamo, sea total o parcial, como recoge su artículo 23.1: *El prestatario podrá en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado reembolsar de forma anticipada total o parcialmente la cantidad adeudada. Las partes podrán convenir un plazo de comunicación previa que no podrá exceder de un mes.*

Por lo que debe constar en el contrato dicha facultad del prestatario, sin más limitaciones que la fijación de un plazo de comunicación previa, que no podrá exceder de un mes, sin perjuicio de la compensación que corresponda como veremos. A pesar de que la Directiva 2014/17 amparaba que los Estados estableciesen otras limitaciones o condicionantes²¹⁰, esta es la única mención recogida por nuestro legislador, optando por una postura favorable de cara al prestatario²¹¹.

²¹⁰ Así, la Directiva en su artículo 25.2 recoge que *“Los Estados miembros podrán supeditar a ciertas condiciones el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1. Estas condiciones podrán incluir límites temporales al ejercicio del derecho, una diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor o en función del momento en que el consumidor ejerza el derecho, o restricciones de las circunstancias*

Con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, no se recogía expresamente la consideración de “derecho” de esta facultad por parte del prestatario, aunque este parece el sentido según el art.7 de la *Ley 41/2007 de Regulación del Mercado Hipotecario*, al establecer que las disposiciones sobre la compensación por amortización anticipada serán aplicables aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización, indicando así el derecho del prestatario a tal cancelación anticipada.

Igualmente, la Orden EHA/2899/2011, en la regulación del contenido del FIPER, establece —tanto antes como después de la Ley 5/2019— en el apartado “8. Amortización anticipada” que la entidad indicará en qué condiciones puede amortizarse total o parcialmente el préstamo. Dando así por hecho igualmente la facultad de amortización, pero pudiendo establecer alguna limitación o condición la entidad. En igual sentido parece ser según el desarrollo de la Circular 5/2012, donde se señala que dicho apartado debe contener la frase «*Este préstamo puede amortizarse anticipadamente, total o parcialmente*», así como las condiciones exigidas para tal amortización anticipada.

Otros ordenamientos acogen este derecho al reembolso anticipado sin ningún tipo de limitación o compensación, como es el caso de la normativa italiana, donde se establece la nulidad de cualquier pacto que establezca alguna penalización o compensación a favor del prestamista por este derecho en los casos de préstamos inmobiliarios a los consumidores²¹². De un modo contrario, nos encontramos con la

en las que pueda ejercerse el derecho”, recogiendo su considerando 66 que “En caso de que el reembolso anticipado se produzca dentro de un período en el cual el tipo deudor sea fijo, el ejercicio del referido derecho puede supeditarse a la existencia de un interés legítimo, especificado por el Estado miembro, por parte del consumidor. Tal interés legítimo puede darse, por ejemplo, en caso de divorcio o desempleo.”

²¹¹ No obstante, la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entiende posible la existencia de un pacto razonable y proporcionado por el que se limite la cuantía mínima a amortizar, con el fin de evitar una actuación potencialmente abusiva del prestatario, sin que se afecte a la posibilidad real de amortizar anticipadamente de forma efectiva la deuda, y correspondiendo a los juzgados el control sobre la abusividad de dicho pacto.

²¹² Testo Unico Bancario. **Articolo 120-ter** (*Estinzione anticipata dei mutui immobiliari*):

1. E' nullo qualunque patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui stipulati o accollati a seguito di frazionamento, anche ai sensi del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche. La nullità del patto o della clausola opera di diritto e non comporta la nullità del contratto.

Y de igual manera se preveía con anterioridad a dicho artículo en el Decreto Bersani (legge n.40 del 2007), como recuerda la decisión del Árbitro Bancario Financiero, n. 9200 del 16 de diciembre de 2015.

normativa anglosajona, donde en el Financial Services (Mortgage Credit) Regulations 2016, donde además de la compensación justa que pueda corresponder al prestamista, recoge que en el caso de que se estuviese ante un tipo de interés fijo, se restrinja la posibilidad de amortización anticipada sólo en aquellos casos en que aconteciese un acontecimiento adverso imprevisible respecto al momento de la contratación, mencionando supuestos tales como que ocurra algún fallecimiento, divorcio, o la pérdida de empleo²¹³, recogiendo así la posibilidad que ya señalaba la Directiva de 2014 en su considerando 66 del Preámbulo. Y otros ordenamientos, como el caso de Irlanda²¹⁴, acogen una postura similar a la española sin establecer condicionante alguno, aunque sí compensación justa.

Surgen a veces discrepancias a la hora de aplicar la amortización parcial en nuestro ordenamiento, puesto que existen **dos métodos distintos**, bien por reducción del tiempo del préstamo, o bien por reducción de la cuantía de las cuotas. Lo idónea es que se recoja en el contrato cuál de las modalidades se aplicará, o si se admite cualquiera de ellas a elección del deudor, aunque si no se pactó nada en la escritura, expresando únicamente la posibilidad de cancelación parcial anticipada sin detallar las modalidades posibles, entiende el Banco de España que será opcional para el cliente elegir la finalidad a la que se aplicará el importe que destine a tal fin.

Respecto al otro aspecto que debe figurar en el contrato, el **derecho del prestamista a cobrar compensación**, sí que reviste mayor complejidad, y por ello nos centraremos en este aspecto a continuación. A diferencia del derecho del prestatario a la amortización anticipada, de nuestra regulación se extrae la necesidad de que debe ser previamente pactada y recogida en la escritura para que tenga lugar dicha compensación.

Así, el art. 23.4 de la Ley 5/2019 recoge que no podrá cobrarse compensación o comisión por amortización anticipada fuera de los casos previsto en los apartados siguientes, recogándose en estos que las partes “podrán establecer contractualmente

Sin embargo, sí que se prevé la compensación para el prestamista en otros ámbitos, como en el préstamo hipotecario ordinario (art. 40.1 TUB), o en el crédito al consumo art. (125 sexies).

²¹³ Sección 37.2 del FINANCIAL SERVICES (MORTGAGE CREDIT) REGULATIONS 2016: *If early repayment would occur during a period for which the borrowing rate under a mortgage credit agreement is fixed, a consumer may only exercise the right under sub-regulation (1) where the mortgage creditor is satisfied that the consumer's circumstances have been adversely affected by an event (such as bereavement, divorce, or loss of employment) which was reasonably unforeseeable when the consumer entered into the mortgage credit agreement.*

²¹⁴ Así, en Irlanda, en la sección 26 del *European Union (consumer mortgage credit Agreements) Regulations 2016* se recoge este derecho del prestatario a cancelar el préstamo sin limitación alguna, salvo la existencia de compensación, pero a diferencia de España, limita dicha compensación únicamente a los períodos de interés fijo.

una compensación o comisión a favor del prestamista” en los supuestos y con los requisitos previstos, que examinaremos.

En la Ley 41/2007, cuando establece que las disposiciones serán aplicables aun cuando no se hubiese pactado el derecho de reembolso anticipado, puede parecer que igualmente regula supuestos de compensación no pactado. Sin embargo, al tratar de la compensación por riesgo de tipo de interés, señala que ésta será la pactada — estableciendo después limitaciones—. Más duda surge con la compensación por desistimiento, en donde no se menciona la existencia de pacto.

La Orden EHA/2899/2011 en la regulación del contenido del FIPRE mencionado establece que *“Si la amortización anticipada conlleva compensación para la entidad, esta indicará el importe...”*, estableciendo así un condicional claro acerca de la procedencia de esta compensación.

Y de manera clara lo entiende así el Banco de España, señalando en la Memoria de 2017 que *“No se puede cobrar comisión por cancelación anticipada, parcial o total, para los préstamos formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la citada Ley 41/2007. Pero a partir de dicha fecha sí podrá cobrarse, si así se pacta, comisión por desistimiento y/o compensación por riesgo de tipo de interés.”*

B) REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN

Actualmente esta compensación aparece recogida en el art. 23 de la Ley 5/2019, que será aplicable a todos los préstamos concertados a partir de su entrada en vigor que entren dentro de su ámbito de aplicación, y por la Ley 41/2007²¹⁵ para aquellos contratos celebrados con anterioridad a la Ley 5/2019²¹⁶, así como los posteriores que no entren en el ámbito de aplicación de dicha Ley —cuando el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades (art.7 Ley 41/2007)—.

Para los préstamos que estén fuera de ambas leyes o anteriores a las mismas, se siguen las siguientes reglas que resumimos a continuación:

²¹⁵ Cuyo ámbito de aplicación señala en su art. 7 que será los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor que: a) *Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física.* b) *Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.*”

²¹⁶ El Capítulo IV de la Ley 41/2007 respecto a la amortización anticipada no ha recibido reforma alguna con la nueva regulación de 2019, pero hay que entenderlo derogado en cuanto al ámbito de aplicación previsto en la Ley 5/2019, aplicándose los criterios establecidos en esta última.

-Préstamos a interés fijo: Se aplicará la comisión pactada —o ninguna si no se pactó—²¹⁷

-Préstamos a interés variable: En virtud de la Ley 2/1994 art.3, en los casos de amortización por subrogación será la comisión pactada —o ninguna si no se pactó— hasta un máximo del 1% —cuantía que se redujo al 0,5 con el RD Ley 2/2003—, salvo que se acredite mayor daño por la entidad. En las amortizaciones sin subrogación será la comisión pactada —o ninguna si no se pactó— hasta un máximo del 1% —DA 1ª Ley 2/1994—.

Este régimen tradicional de comisión por amortización sufrió un importante cambio con la **Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria**, donde dicha comisión se sustituyó y desdobló por un lado en una compensación por desistimiento, y en la compensación por riesgo de tipo de interés.

Dichas compensaciones son las que se han estado recogiendo desde entonces en los contratos de préstamos hipotecarios —hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019—. A continuación, se reproduce la transcripción de este clausulado recogido en una escritura de préstamo hipotecario:

"Asimismo, la parte prestataria podrá en cualquier momento amortizar total y anticipadamente el préstamo, reembolsando la totalidad del capital pendiente de amortizar del mismo, previa notificación al Banco con treinta días de antelación a la fecha en la que se pretenda amortizar, a excepción de los supuestos de subrogación de entidad acreedora en los que el plazo para la notificación previa será de cinco días como mínimo.

En ambos supuestos, amortización parcial y total anticipada, a que se refieren los párrafos precedentes, la parte prestataria deberá compensar al Banco. Dicha compensación consistirá en un 0,5% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de

²¹⁷ Señala el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones de 2018 –pag.136– que “No obstante, para las operaciones subrogatorias con la finalidad de convertir el tipo fijo en variable, y de importe del préstamo inicial inferior a 240.404,84 euros (contravalor de 40 millones de pesetas), en 1996 el Gobierno emitió una declaración que alude a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de ciertos préstamos hipotecarios las entidades apliquen voluntariamente un límite del 2,5 % en la comisión por cancelación anticipada, cuando en virtud de ella el tipo fijo se convierta en una fórmula de tipo variable de interés”

los cinco primeros años de vida del préstamo y en un 0,25% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca del sexto año en adelante de vida del préstamo.

Además, EN CASO QUE EL TIPO DE INTERES FIJO INICIAL SEA SUPERIOR A DOCE MESES Y si la amortización se produce durante este período inicial fijo, la parte prestataria deberá compensar al Banco por riesgo de tipo de interés cuando se produzca una pérdida de capital como consecuencia de la diferencia entre el capital pendiente de amortizar en el momento de la cancelación anticipada parcial o total y el valor de mercado del préstamo. Dicha compensación consistirá en un 5% que se aplicará sobre el importe a amortizar."

La compensación por desistimiento tiene su origen en la supuesta "pérdida por los costes de originación del préstamo"²¹⁸. Dicha compensación viene limitada por ley en un máximo de 0,50 o 0,25%, según si la cancelación se produce en los primeros cinco años del préstamo, o posteriormente.

La compensación por riesgo de tipo de interés se aplica a las hipotecas con tipos fijos, o mixtos con períodos con un interés fijo superior a 12 meses, y viene fundamentada por el perjuicio o pérdida de capital que sufre la entidad en los supuestos de cancelaciones en coyunturas donde el tipo de interés de mercado es más bajo que el pactado. En estos casos, la compensación viene fijada o bien por un porcentaje pactado en la escritura, o por la pérdida efectiva sufrida, teniendo en cuenta que sólo se podrá cobrar dicha compensación en los supuestos en que haya pérdida real, y no ganancia. La propia normativa señala cuándo se entiende que existe tal pérdida, no siendo de fácil comprobación, lo que conlleva una serie de cuestiones y problemas que serán analizadas a lo largo de este epígrafe.

Ambas compensaciones son compatibles debido a su distinta finalidad, aunque no ha estado exenta de controversia dicha regulación.

Hasta hace poco la gran mayoría de los préstamos hipotecarios se concedían a interés variable, pero tras el surgimiento de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y los problemas surgidos con los índices variables como el IRPH, es cada vez más común hoy día la celebración de hipotecas a tipo fijo²¹⁹, así como la

²¹⁸ Exposición de motivos V de la Ley 41/2007.

²¹⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, tomando como referencia a ALVES y URTASUM, señala: "Se observa un fuerte aumento de la proporción de las nuevas hipotecas que son constituidas a tipo fijo, que ha pasado de suponer apenas el 6% en 2014 al 40% en febrero de 2019" LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA

conversión o acuerdos con la entidad bancaria para pasar de los intereses variables a un tipo fijo. En estos casos de interés fijo sería por tanto de aplicación la cláusula de compensación por riesgo de tipo de interés. Igualmente, como veremos, en la nueva Ley 5/2019 se recoge una compensación muy similar a esta llamada compensación por riesgos de tipo de interés —aplicándose a intereses fijos y variables en los términos que se examinarán—, desapareciendo la compensación por desistimiento.

Destacar en estos casos la dificultad de cálculo y cuantificación del concepto de "pérdida de capital" —o "pérdida financiera" según la Ley 5/2019—, concepto que habilita a que proceda dicha compensación. Se aporta como Anexo al final del capítulo un ejemplo práctico acerca de la metodología de cálculo de la "pérdida de capital", con el fin de mostrar su funcionamiento.

Dicha compensación por riesgo de tipo de interés en la regulación de la Ley 41/2007 tiene las siguientes características:

-Dicha comisión no procederá cuando la amortización se produzca dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses. Es decir, que sólo procederá en las hipotecas con tipo fijo, o aquellas que tengan lugar durante un período cuya revisión de tipo de interés sea superior a 12 meses.

-No procederá dicha compensación cuando la cancelación del préstamo o crédito produzca una ganancia de capital, de modo que dicha compensación sólo se podrá cobrar en supuestos en que haya pérdida.

-A pesar de no constar de manera expresa en la normativa, como hemos referido anteriormente y al igual que señala el Banco de España, tenemos que entender que tampoco procederá dicha compensación cuando no se haya pactado la existencia de la misma. Así, el propio art.9.2 expresa que dicha compensación "será la pactada", señalando en el apartado cuarto que se deberá expresar cuál de las modalidades de compensación se sigue, si el cobro de un porcentaje fijo, o la pérdida total o parcial sufrida.

Nótese la diferencia en este régimen de la compensación por desistimiento, en donde se aplicará tanto a hipotecas con intereses variables como fijos, sin distinción alguna.

"Consideraciones generales sobre el mercado hipotecario y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario". En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019.

En la **Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario**²²⁰ se produce la eliminación de esa doble distinción entre compensación por desistimiento, y compensación por riesgo de tipo de interés. Así, señala el artículo 23.4 " *El prestamista no podrá cobrar compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada total o parcial en los préstamos en supuestos distintos de los previstos en los tres apartados siguientes.*" distinguiendo entre los contratos de préstamo a interés variable o durante un tramo variable, y los préstamos a tipo de interés fijo o durante un tramo fijo. A ello añade como novedad los supuestos de novación de interés o subrogación de acreedor cuando en ambos casos se pase de un interés variable a uno fijo.

-Así, para los primeros —interés variable— configura el art.23.5 la posibilidad de que se pacte alguna de las siguientes opciones, excluyentes entre sí: Compensación para el supuesto de que la cancelación se produzca durante los primeros 5 años, con una compensación máxima del 0,15% del capital reembolsado, o para el caso de que se produzca en los 3 primeros años, un máximo del 0,25%.

Además, en ningún caso puede superar el importe de la pérdida financiera sufrida, según el apartado 8 de la Ley que veremos a continuación.

Nótese cómo en estos supuestos de interés variable, o en período variable, no existe compensación alguna exigible cuando se cancela transcurrido los 5 o 3 primeros años, según se pacte.

-Para los segundos —interés fijo—: Se establece en el art. 23.7 la posibilidad de pactar una compensación, señalando que si la cancelación se produce dentro de los 10 primeros años no podrá exceder del límite del 2% del capital reembolsado anticipadamente, siendo ese límite el 1,5% si se produce con posterioridad a los 10 primeros años. E igualmente, nunca podrá exceder de la pérdida financiera sufrida por el prestamista, que debemos entenderla como un límite absoluto.

²²⁰ Recordar el ámbito de aplicación de dicha Ley según su art.2:

1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumido.

-Además de estos casos, se incluye en el 23.6 una nueva modalidad de compensación, para los casos de novación del tipo de interés o de subrogación del acreedor, siempre que suponga en ambos casos la aplicación de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, donde la compensación no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo, sin que se pueda exigir compensación tras los tres años.

Cuando refiere a "capital reembolsado anticipadamente", habría que entender en los casos de novación, al resto de capital pendiente, ya que en estos supuestos no se reembolsa capital alguno anticipadamente. Y hacer notar también que, si ya de por sí es complicado calcular el importe de la "pérdida financiera", más aún en estos supuestos de novación donde se remite al sistema general de los anteriores supuestos, pero que al no ser un supuesto de reembolso anticipado, no queda claro si a la hora de realizar los cálculos para hallar dicha pérdida, tenemos que hacer la comparación del interés "actual" del préstamo con el de "mercado" —como es la regla general, según el apartado 8—, o si por el contrario, en estos casos deberíamos comparar dicho interés actual con el nuevo tipo de interés fijo establecido —sobre todo si es superior al de mercado—, siendo este último el criterio que parece más acorde con la realidad de la compensación, pero que sin embargo no aparece expresado en modo alguno²²¹.

De todo ello, se puede comprobar una importante diferencia a la regulación marcada por la Ley 41/2007. En dicha Ley se establece la prohibición de cobrar la compensación por riesgo en caso de "ganancia" de capital por parte de la entidad, y en la Ley 5/2019 se establece la prohibición de cobrar cantidad que exceda la pérdida efectivamente sufrida. Es importante dicha distinción, pues en el primer caso, existiendo pérdida —aunque sea mínima—, se podría cobrar la comisión establecida en la escritura, aunque notablemente de la efectivamente sufrida.

De este modo, con la nueva regulación los derechos de los prestatarios ostentan mayor protección al establecerse una doble limitación: por un lado, al garantizar que no se va a cobrar cantidad alguna que exceda de la pérdida real²²²; y, además, se establece una limitación a dicha compensación por pérdida, de forma que nunca se excederá de

²²¹ Paradójicamente, señala la exposición de motivos de la Ley 5/2019 *"Igualmente reseñable es la opción de favorecer la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo."*

²²² Esta nueva regulación parte de lo dictado por la Directiva 2014/17, en donde se establece que no se puede establecer penalización alguna al consumidor, y que dicha compensación no puede exceder de la pérdida financiera sufrida por el prestamista.

los porcentajes máximos que permite la norma, ni se permitirá la misma transcurrido un determinado tiempo en los supuestos examinados.

Asimismo, sobre el concepto de "pérdida financiera", a pesar del cambio de nomenclatura sufrido —dicho concepto es el usado igualmente por la Directiva 2014/17—, es realmente lo mismo que lo denominado por la Ley 41/2007 como "pérdida de capital", conservando con exactitud la misma metodología de cálculo.

Se recoge así en el apartado 8 del art.23 de la Ley 5/2019:

“La pérdida financiera sufrida por el prestamista a la que se alude en los apartados 5, 6 y 7 anteriores se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo.

El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.”

Como se puede comprobar, una formulación de difícil comprensión, más aún para un usuario medio que ostente la condición de prestatario. Así, es de destacar cómo el CGPJ, en su informe realizado sobre el Anteproyecto²²³ de esta Ley 5/2019, consideró que era necesario *"una mayor claridad y concreción en los parámetros de cálculo de la pérdida financiera"*. Como se acaba de mencionar, dicha metodología de cálculo no supone ninguna novedad, al recoger exactamente la misma fórmula que establece la Ley 41/2007, normativa que lleva cerca de 10 años en vigor, por lo que, a pesar de sus complejos cálculos y controversias originadas sobre dicho procedimiento, ningún avance se realiza en este sentido.²²⁴

²²³ Así lo manifiesta en el Considerando 148, y en la Conclusión 14, del Informe.

²²⁴ Acerca de la complejidad de dicha cláusula, en la SAP Barcelona de 23 de junio de 2017 (rec. 257/2016) se discute la consideración de la misma como un "derivado financiero", entendiendo el juzgado de primera instancia que se trata de un supuesto de "derivado implícito", siéndole aplicable la jurisprudencia acerca de los *swaps*. La AP sin embargo, a pesar de reconocer cierta analogía en su

Señala además el Consejo que sería necesario articular sistemas que garanticen que la compensación en ningún caso superará el límite que esta debe representar. Ciertamente es que, una vez establecida la garantía de que la compensación no puede exceder del límite del perjuicio sufrido, sí que resulta aún más necesario que se faciliten al prestatario los cálculos y operaciones acreditativas de que la cuantía cobrada no excede del efectivo perjuicio sufrido.

C) ABUSIVIDAD Y JURISPRUDENCIA:

Sobre la compensación por riesgo de tipo de interés, no existe abundante jurisprudencia acerca de la misma. De entre las existentes, existe una tendencia mayoritaria a aceptar la validez de la misma, amparándose principalmente en que recoge una previsión establecida legalmente por la ley.

1.-CONTROL DE UNA NORMA LEGAL (EXCEPCIÓN DEL ART.1.2 DIRECTIVA 93/13)

A la hora de denegar la validez de dicha cláusula, como se acaba de mencionar, la mayoría de las resoluciones se ampara en su origen legal.

Así, la AP Sevilla en su sentencia de 25 de febrero de 2016 (rec. 5983/2015):

"A dicha compensación dedica el artículo noveno, que si realizamos un análisis comparativo entre la citada norma y la cláusula 2.4 del contrato que regula dicha compensación, folios 48 y 49 de los autos, resulta que se trata de una mera transcripción de dicha norma, con absoluta y rigurosa pulcritud. Con lo cual, como ya hemos señalado, difícilmente se puede calificar a una cláusula de abusiva que se limita a recoger una disposición legal." ²²⁵

De igual sentido es la sentencia de la AP Barcelona de 21 de noviembre de 2014 (rec. 629/2012):

"Antes de abordar la resolución del recurso presentado, conviene recordar que la comisión 'omitida' por la entidad de crédito recurrente es una comisión relativamente novedosa que, dada la complejidad de su redacción y cálculos, hizo que este Tribunal llegara incluso a plantearse su validez tanto por razones de transparencia como de abusividad."

funcionamiento, considera que dicha cláusula tiene una regulación legal propia, sin que sea necesario acudir a otras figuras jurídicas, ni aplicar los requisitos legales o jurisprudenciales de las mismas.

²²⁵ Y ello, teniendo en cuenta además que en dicho supuesto la compensación se fijó en un 5%.

Sin embargo, en tanto que la referida cláusula de autos viene a sustituir y superar las rigideces de la más clásica de 'cancelación anticipada' y no deja de ser una transcripción prácticamente literal del art. 9 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, entendemos que no procede plantearse ninguna evaluación o control al respecto."

Esta última Sentencia es recogida por la AP de Tarragona en la Sentencia de 04 de julio de 2016 (rec. 256/2015), concluyendo:

"En resumidas cuentas, visto el origen legal que tiene la comisión que ahora nos ocupa, la circunstancia de resultar complejos sus términos y cálculo, no obsta a su plena validez máxime cuando, según esta misma Exposición de Motivos, "se introducen dos elementos para que esta segunda compensación guarde relación con la pérdida económica real para la entidad. El primero es el establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad. El segundo es la prohibición del cobro de la compensación en aquellos casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestataria, no teniendo por tanto una motivación económica". Y no tenemos en autos ningún dato para pensar que la entidad bancaria demandada haya violentado esta última prohibición, por lo que el motivo de apelación que se basa en la falta de claridad y sencillez de dicha cláusula carece sustento."

Este tema del control de cláusulas que reflejen disposiciones legales será estudiado con detenimiento en otro apartado de esta tesis. No obstante, adelantamos en lo que respecta a este caso que no se comparten los argumentos esgrimidos por dichas sentencias. Así, la propia Directiva 93/13 establece en su artículo 1.2 y en el considerando 13º, que no están sometidas a la presente Directiva las disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como aquellas normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.

En el presente caso, la compensación por riesgo de tipo de interés no es de aplicación imperativa, sino mediante pacto, sin que sea tampoco de aplicación supletoria en defecto de dicho pacto. Por ello, aunque refleje una potestad mencionada en la Ley, sí sería controlable su abusividad conforme a la Directiva 93/13, teniendo en

cuenta que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, esta excepción al control del citado art. 1.2 es de interpretación estricta²²⁶.

Además de ser optativo, dicha regulación tal y como se conceptúa en los préstamos anteriores a la Ley 5/2019 como hemos visto, permite establecer un tipo fijo como compensación, por lo que igualmente se debería de valorar que esta compensación no sea desproporcionada, ya que a diferencia de la Ley 5/2019, no existe límite máximo marcado por la ley. Así, es muy frecuente encontrarnos con compensaciones fijas del 5%, que pueden ser desproporcionadas en comparación con el perjuicio real causado.

A esto hay que sumarle que la regulación de la ley 41/2007 se aplica tanto a empresarios y profesionales como a consumidores. Por ello, a estos últimos se les debe dar una mayor protección, controlándose tanto la proporcionalidad de la cláusula compensatoria, así como especialmente, el imprescindible deber de información necesaria.

2.-LIMITACIÓN DEL CONTROL DE CONTENIDO POR EL ART. 4.2 DIRECTIVA 93/13

Superado lo anterior, habría que determinar la posibilidad o no del control de contenido de abusividad de dicha cláusula, siempre que tal y como señala el artículo 4.2

²²⁶ Así, la muy reciente STJUE de 20 de septiembre de 2017 asunto C-186/16 (TJCE 2017\171) "A este respecto debe recordarse que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una exclusión del ámbito de aplicación de ésta que abarca las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas.

El Tribunal de Justicia ha declarado que esa exclusión requiere la concurrencia de dos requisitos. La cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y ésta debe ser imperativa (sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 78).

Así pues, para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son de carácter supletorio y por tanto aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 26, y de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 79).

Al llevar a cabo las comprobaciones necesarias, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta que, en vista del objetivo de la citada Directiva, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas por los profesionales en los contratos concluidos con estos últimos, la excepción establecida en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva es de interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 77)."

de la Directiva 93/13, no se considere que se refiera a la *"definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida"*.

A esta cuestión, la SAP de Barcelona de 1 de julio de 2013 (rec. 1007/2011) argumenta:

"(...) dicha cláusula forma parte también del objeto principal del contrato y no supone una indemnización por razón del incumplimiento, con lo que el control de contenido, esto es, la posibilidad de efectuar un juicio de abusividad, no viene amparada ni por la normativa comunitaria (art. 4.2 de la Directiva 93/13 , antes transcrito), ni por la normativa interna en materia de protección de consumidores y usuarios."

Sin embargo, no compartimos dicho criterio. Tal y como tiene establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre ellas, en su Sentencia de 26 de febrero de 2015, (asunto C-143/2013)²²⁷:

"el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe ser objeto de interpretación estricta, toda vez que establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva" señalando que sobre " los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, (y) los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, (...) el Tribunal de Justicia ha expuesto criterios para la interpretación de dichos conceptos, que tienen en cuenta precisamente el objetivo propio de la Directiva 93/13, a saber, obligar a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo, en aras de la protección que debe acordarse al consumidor por hallarse en situación de inferioridad respecto del profesional, tanto en lo que atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información».

Por tanto, siempre debemos hacer una interpretación rigurosa de tal situación, de modo que se posibilite en la medida de lo posible el control de abusividad sobre toda cláusula no negociada individualmente.

Sobre el primer concepto exceptuado señala:

²²⁷ Que viene a recoger lo establecido en su Sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282

"El Tribunal de Justicia ha declarado que en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse incluidas aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato». Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista"

Así, la cláusula aquí analizada, no constituye el objeto principal del contrato, ni define la esencia de la relación contractual que consiste en la entrega de una cantidad, con su consiguiente devolución por el prestatario abonando unos intereses. Como su propio nombre indica, dicha cláusula establece una compensación que, en primer lugar, es opcional, por lo que no constituye ni regula la esencia del contrato; y en segundo lugar, es eventual, dependiendo de un hecho futuro incierto, ya que sólo entrará en funcionamiento si se produce una amortización anticipada.

Acerca del segundo concepto del artículo 4, señala el TJUE:

"El Tribunal de Justicia también ha considerado que del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas de las que no cabe apreciar su posible carácter abusivo tiene un alcance reducido, ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación.

Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista."

Así, igualmente, esta cláusula no determina ni condiciona el "precio" del préstamo pactado entre las partes, por lo que no se entra a valorar la adecuación entre prestaciones. Dicha cláusula no causa la contraprestación entre las partes, sino que es una consecuencia de ella, lo que refuerza aún más su carácter accesorio.

Por todo ello, consideramos que dichas cláusulas sí son controlables por los jueces y tribunales. No obstante, si algún órgano jurisdiccional considerase que está dentro de la exclusión del art. 4 de la Directiva 93/13, igualmente procedería realizar un control de transparencia sobre dicha cláusula, con las consecuencias que se examinaron anteriormente.

Acerca de esta transparencia, la SAP de Barcelona de 11 de enero de 2017 (rec. 44/2015), tras mencionar que dicha cláusula es abusiva por causar un desequilibrio entre las partes, así como por falta de reciprocidad, determina que:

"Por otra parte, la cláusula tampoco supera el control de transparencia, consistente en que el consumidor pueda tener un conocimiento real de las consecuencias jurídicas y económicas de aquello a lo que obliga, porque el concepto de "pérdida de capital" al que el pacto liga el derecho de la prestamista a cobrar la comisión por la cancelación anticipada del préstamo es difícilmente comprensible."

A lo que habría que añadirle la falta de información generalizada sobre dicha cláusula, tanto de su existencia como de su funcionamiento, que luego desarrollaremos, por lo que difícilmente superarían en la práctica dicho control de transparencia.

3.-CONSIDERACIONES SOBRE SU POSIBLE ABUSIVIDAD

Como conocemos, se consideran cláusulas abusivas *"aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"* –art.82 TRLCU–. La sentencia anteriormente mencionada de la AP de Barcelona de 11 de enero de 2017, consideraba que con la presente caso concurre dicho desequilibrio mencionado en el art.82. Así, en este supuesto se puede considerar que el consumidor no la hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada²²⁸.

²²⁸ Así determina el concepto de desequilibrio la STJUE 20/09/2017: *"En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69)."*

También consideró dicha AP la abusividad de estas cláusulas debido a la falta de reciprocidad, concretamente, en base al apartado 6º de dicho artículo, ya que supone la imposición de *"obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato"* en concreto, menciona la sentencia, al ejercicio del derecho de los prestatarios a cancelar anticipadamente el préstamo.

Estos obstáculos desproporcionados son igualmente los que habría que tener en cuenta a la hora si, como se ha expresado anteriormente, ese tipo de interés fijado en el préstamo hipotecario como compensación resulta excesivo en relación con el perjuicio que se pueda producir de manera efectiva.

Acerca de la falta de reciprocidad, hay que señalar además que ésta se acentúa en aquellos supuestos en que no se prevé la correspondiente compensación al prestatario si la entidad sale beneficiada como consecuencia de la cancelación anticipada. Así, si se opta por la modalidad de compensar toda la "pérdida sufrida", la ley 41/2007 exige que *"el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad"*²²⁹. Por lo tanto, en este supuesto, si se contraviene esta estipulación, la cláusula se podría considerar directamente ilegal, por contravenir la norma. No se dispone igual mención en los casos en que opte por la modalidad de un tipo fijo, ni aparece mención alguna al respecto en la Ley 5/2019. Sin embargo, en materia de consumidores y debido a su especial protección, podría plantearse si en estos supuestos sería necesaria también la equivalencia de compensación al prestatario, para que exista la debida reciprocidad y no se produzca un desequilibrio de forma que la cláusula sólo opere en garantía de la entidad prestamista.

Ello es lo que señala el Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12) en su sentencia de 02 de junio de 2014 (JUR 2016\110315):

"Por lo que respecta a la cláusula décima compensación por riesgo de tipo de interés", en primer término, cabría reproducir la argumentación esgrimida respecto de la denominada "cláusula suelo", pero, además, es que la cláusula resulta que se impone tal compensación en beneficio del banco, sin que exista análoga previsión inversa, con lo que resulta de aplicación el art. 82 1. del Real Decreto Legislativo 1/2007."

²²⁹ Aunque previsto en la Ley 41/2007 para los casos en que se opte por compensar la "pérdida" sufrida y no por un tipo fijo, resulta curioso que esta estipulación que obliga a la reciprocidad no está recogida en la redacción de la Ley 5/2019 para los casos en que exista ganancia para la entidad según los cálculos que determina la normativa.

D) EL DEBER DE INFORMACIÓN:

Este es uno de los mayores inconvenientes que se observa en la cláusula que analizamos, lo que determinaría la validez del consentimiento prestado, así como la falta de transparencia. Dicha cláusula aparece inscrita en la mayoría de los préstamos hipotecarios existentes, pero, sin embargo, muy pocas personas son conscientes de su existencia. Las entidades bancarias no informan de la inclusión de dicha cláusula, ni de las consecuencias que la misma tiene, por no mencionar ya acerca de la metodología de cálculo, cuestión que como se puede apreciar por el Anexo adjunto, así como de las propias consideraciones de los tribunales, es de cierta complejidad.

Muestra de ello es la Memoria de Reclamaciones de 2016 del Banco de España, de gran claridad en cuanto a sus manifestaciones, en donde sobre este asunto menciona:

"Las reclamaciones en esta materia vienen determinadas fundamentalmente por la falta de información detallada sobre dichas compensaciones con carácter previo a la contratación del préstamo, o por falta de información suficiente en el momento de consultar el coste de la posible cancelación del préstamo, así como por los importes definitivamente adeudados por tal concepto.

El DCMR entiende que una actuación diligente de la entidad acreedora debe permitirle estar en condiciones de, por un lado, acreditar haber informado a su cliente con carácter previo a la cancelación de su coste y, por otro lado, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital igual o mayor que el importe de la compensación adeudada. Dicha acreditación deberá realizarse, según indica la norma, mediante la comparación entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito, aportando también los cálculos realizados al efecto, de manera que pueda verificarse su bondad.

Del mismo modo, si se cuestionara haber informado de la existencia de dicha compensación previamente al otorgamiento de la escritura de préstamo, con criterios de buenas prácticas bancarias, es exigible acreditar su información previa por parte de la entidad, bien mediante la oferta vinculante y/o FIPER suscrita por las partes con anterioridad a la fecha de formalización del préstamo, si la entidad estaba obligada a emitirla, bien con cualquier otro documento suscrito por la parte prestataria con igual antelación."

Así, de dichas manifestaciones, se extraen con acierto dos momentos claves sobre la información a suministrar:

-Información previa a la contratación. Es fundamental que se pueda acreditar como menciona la Memoria, que el Banco informó debidamente de dicha cláusula al prestatario, de modo que éste haya aceptado o tenido conocimiento de su incorporación, así como de su funcionamiento. En caso de que no se pudiese acreditar, podría conllevar como consecuencias las ya analizadas, como es su no incorporación en los términos de la LCGC, o la falta de transparencia con los efectos ya vistos.

-Información previa a la cancelación: Como igualmente se señalará en el apartado oportuno respecto a los deberes de información durante el contrato, es fundamental que en el momento de que se manifiesta la voluntad de cancelar anticipadamente, se tenga conocimiento del coste total que va a suponer dicha operación, de modo que se pueda optar por cancelarla finalmente, o no cancelar, o posponer dicha cancelación.

Y entre ella, transcendente resulta la información sobre la pérdida sufrida. La entidad prestamista debe acreditar dicho perjuicio, tanto para conocer su importe —en caso de optar por la modalidad de compensar la pérdida según la Ley 41/2007—, como para saber si procede o no la compensación, siendo ilegal el cobro cuando no existe perjuicio alguno, o exceda el mismo según la Ley 5/2019. Dicha acreditación debe ser fundamentada aportando los cálculos e índices tomados, de forma que se pueda comprobar la exactitud de la misma. No consideramos pertinente —como parece indicar algunos tribunales—, que ante esta falta de información, se exija al prestatario la no adecuación por la entidad acreditada de dicho perjuicio o importe, ya que es dicha entidad la que ha realizado la operación para el cobro, teniendo la facilidad probatoria, así como el deber de información ante el consumidor.

E) ANEXO: METODOLOGÍA DE CÁLCULO

Recoge el Art.23.8 Ley 5/2019: *"La pérdida financiera sufrida por el prestamista a la que se alude en los apartados 5, 6 y 7 anteriores se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo.*

El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamo

especificará el índice o tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa."

- **Préstamo:**

Tomemos como ejemplo un préstamo de 150.000 euros a 20 años, al 4% fijo de interés anual. Ello supone una Cuota mensual de 908,97€, con un Valor anual de 10.907,64 €.

Supongamos que han transcurrido 10 años, y se quiere amortizar el capital total pendiente, que serían en este caso 89.779,24 euros.

- **Tipo de interés de mercado:**

A continuación, vamos a determinar el tipo de interés de actualización, para hallar el valor de mercado del préstamo. Este índice viene determinado por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio.

En primer lugar, buscamos el Interest Rate Swap (IRS) más actual (en este ejemplo se ha cogido el del mes de julio de 2017) que más se adecue al plazo restante, en este caso, el IRS a diez años: 0,936.²³⁰

A dicho índice, le sumamos el conocido como IRPH entidades (1,929)²³¹ menos un diferencial (-0,305)²³², siempre referido a la misma fecha (julio en el presente caso):
 $1,929 - (-0,305) = 2,234$

TOTAL: $0,936 + 2,234 = 3,17$

Por lo que el interés de mercado que servirá de actualización será de 3,17.

Tomar en cuenta que, si este interés es inferior al interés fijo del préstamo, existirá pérdida para la entidad, y si es superior, existirá ganancia.

- **Valor De Mercado:**

²³⁰ Índice recogido en la Resolución de 1 de agosto de 2017, del Banco de España, por la que se publican los índices y tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, así como para el cálculo del diferencial a aplicar para la obtención del valor de mercado de los préstamos o créditos que se cancelan anticipadamente

²³¹ Según Resolución de 18 de agosto de 2017, del Banco de España, por la que se publican determinados tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

²³² IRS a un año, indicado igualmente en la Resolución de 1 de agosto de 2017.

Tenemos que hallar entonces el valor de mercado del préstamo, siendo éste la suma del valor actual de las cuotas pendientes. Para ello, tenemos que sumar todas las cuotas actualizadas, siendo estas: 908,97 (cuota mensual), y aplicándole el interés mensual de actualización. Como hemos indicado, siendo el 3,17% anual, corresponde el 0,26416666% mensual.

La cuota mensual actualizada: $\text{cuota mensual} / (1 + \text{interés})^{n^{\circ} \text{ cuota}}$ ->
 $908,97 / 1,0026416666^{1^{\circ}}$

Sumamos todas las cuotas mensuales (en este caso 10 años, 120 cuotas):

$908,97 / 1,0026416666^{1^{\circ}} + 908,97 / 1,0026416666^{2^{\circ}} + 908,97 / 1,0026416666^{3^{\circ}} + \dots + 908,97 / 1,0026416666^{120^{\circ}} = 93373,79$

- **Cálculo Pérdida:**

Para calcular la pérdida, tenemos que ver la diferencia entre el capital pendiente, y el valor de mercado: $89.779,24 - 93.373,79 = -3.594,55$.

En este supuesto, existe una pérdida para la entidad bancaria de 3.594,55 euros.

III.3.- EL CONTROL DE CLÁUSULAS QUE REFLEJEN DISPOSICIONES LEGALES O REGLAMENTARIAS

Sumario: A.- INTRODUCCIÓN; B.- REGULACIÓN; C.- SUPUESTOS CONCRETOS. 1- Cláusula contractual que recoge disposiciones imperativas de otro contrato. 2- Cláusula que en origen no refleja una disposición legal, pero sí una disposición legal posterior en el tiempo. 3- Cláusula contractual que recoge lo dispuesto en la ley con alguna modificación. 4- Cláusula que recoge y desarrolla una facultad permitida por la ley. 5- Cláusula que refleja una disposición administrativa nacional aplicable al contrato. D) **SITUACIÓN ANTE UNA CLÁUSULA QUE REFLEJE UNA DISPOSICIÓN LEGAL O REGLAMENTARIA IMPERATIVA.** 1- Disposiciones que afecten al control judicial de las cláusulas. 2- Control por contravenir una disposición europea.;

A).- INTRODUCCIÓN

A la hora de determinar las obligaciones del prestamista, es importante examinar si determinados derechos y obligaciones que se configuran en el contrato mediante condiciones generales provienen de la ley o de la autonomía de la voluntad, así como determinar si a través de cláusulas contractuales pueden ser modificados o alterados ciertos aspectos de estos derechos y obligaciones que la ley impone a las partes, además de dilucidar la posible validez de la incorporación de otros deberes y facultades que no aparecen recogidos en la ley, o aquellos que sí aparecen como disponibles para que las partes acuerden pero que no viene predeterminada su aplicación de manera imperativa ni supletoria. Además, como hemos examinado, la ley impone que de manera obligatoria determinado contenido aparezca en el contrato, pero esto no va a suponer que dichas cláusulas estén excluidas de control en virtud del art. 1.2 de la Directiva 93/13 en los términos que veremos.

Así, el objeto de este apartado es realizar un estudio acerca de la posibilidad de control por parte del juez de este tipo de cláusulas del préstamo hipotecario, determinando así el alcance de esta facultad de control y dónde se encontrarían los límites. De especial relevancia para determinar esta cuestión es la interpretación que se realice del artículo 1.2 de la *Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Recoge dicho precepto:

“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.”

De este modo, importancia tiene este asunto para determinar el control por parte de los jueces de la validez de estas cláusulas que hayan sido establecidas en el contrato y que determinan los derechos y deberes de las partes, para lo que habrá de esclarecer, como se ha expresado, si su implantación deriva de la ley, de la autonomía de la voluntad de las partes, o de una combinación de ambas, y cuáles de estos tipos podrían ser controlados por los órganos judiciales, ya sea en base a la abusividad de dichas cláusulas, o a través de otros controles que puedan existir en el ordenamiento.

Nos encontramos con una diversa casuística formada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que será objeto de análisis para configurar un “mapa” de la posible actuación judicial frente a determinadas disposiciones contractuales, extrayendo así una serie de conclusiones sobre esta materia.

B).-REGULACIÓN

La base del control de abusividad por parte de los jueces y tribunales la encontramos en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Fundamental resulta así lo recogido en el artículo 1 apartado segundo, eje sobre el que se sitúa toda esta cuestión, que recoge la disposición antes reflejada, y según la cual las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva.

En sentido similar se ha transpuesto a nuestro ordenamiento por la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación* (LCGC) al expresar el artículo 4.2 “*Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.*”.

Se recoge así la excepción al sometimiento de dichas cláusulas a lo dispuesto por la Directiva y a la LCGC. Esto es, aquellas cláusulas que recojan disposiciones “imperativas”, bien sean legales o reglamentarias, no estarán sometidas a dichas normativas, por lo que los jueces y tribunales no podrán controlarlas conforme a las mismas. Igual ocurre con aquellas que reflejen disposiciones o principios de los convenios internacionales.

El término disposiciones legales o reglamentarias imperativas puede dar lugar a confusión acerca de qué se entiende por “imperativa”. Para ello, resulta de especial importancia lo recogido en el Considerando decimotercero de dicha Directiva, para entender mejor la intención del precepto:

“Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con

arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;”

Así, de la lectura de este considerando se advierte que el término imperativa no sólo se refiere a aquellas disposiciones que de manera obligatoria debe aparecer en el contrato y acerca de las cuales no puede intervenir la autonomía de voluntad de las partes para modificarla, sino que se aplica también a aquellas disposiciones que, a falta de pacto o acuerdo, determine el contenido de dicho contrato.

Algún autor como CÁMARA LAPUENTE²³³ entiende que dicha excepción corresponde sólo a las normas imperativas, y no a las dispositivas, y así lo entiende ya que, según este autor, desde la STJUE de 10 de septiembre de 2014 caso Kušionová (asunto C-34/13), el TJUE ha corregido ese entendimiento del preámbulo, y las normas dispositivas no entran en dicha excepción. No compartimos dicha opinión, o más bien, cuanto menos la matizaríamos. Es cierto que aquellas disposiciones normativas a las que las partes pueden “optar” —y en defecto de pacto no se les aplicaría—, no están dentro de esta excepción como ahora se examinará. Pero sí que consideramos incluida aquellas normas dispositivas en el sentido del Preámbulo, o normas supletorias, es decir, aquellas que se aplican en defecto de acuerdo entre las partes.

De hecho, aunque es cierto que la STJUE que alega este autor concluye aludiendo a “normas imperativas”, hay que destacar que, en el párrafo 79, viene a recoger esta sentencia interpretación que habría que seguir, cuando *añade* “79. *En ese sentido hay que observar que, para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (véase en ese sentido la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 26).*” En idéntico sentido las conclusiones del Abogado General (asunto C-51/17) párrafo 58.

También hay quien, en base a la transposición realizada en nuestro ordenamiento en la LCGC y teniendo en cuenta que la Directiva es “de mínimos”, entiende que sólo se aplica la excepción a las normas imperativas y no a las dispositivas, según el tenor literal del artículo en la mencionada Ley que dice “que sean de aplicación obligatoria para los

²³³ CÁMARA LAPUENTE, SERGIO “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017” En YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (coord.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dykinson Vol. 9, 2017

contratantes”²³⁴. Se podría contraargumentar en el caso español que la LCGC, según el propio Preámbulo, persigue el criterio fijado por la Directiva²³⁵, por lo que la interpretación debe ser la misma que la seguida por dicha Directiva, consideración ésta que es compartida mayormente de la doctrina²³⁶.

Este problema también acontece en otros países que, al transponer el artículo 1.2 de la Directiva, no ha aclarado el sentido del término “imperativas”²³⁷. Por parte de Alemania —cuyo antiguo §8 AGBG se considera el antecedente directo de esta exclusión de la Directiva²³⁸— el actual § 307(3) BGB permite el control de las cláusulas que deroguen o complementen las disposiciones legales, fijando para el resto —aquellas que reflejen una disposición legal— que también pueden ser controladas, pero en términos de incorporación y transparencia²³⁹. En Reino Unido, aprovechando la reforma de la legislación de consumo, se preveía en el *Draft Unfair Contract Terms Bil S. 4(4)*, además de la exclusión de aquellas cláusulas que reflejen normas imperativas, la exención expresa de control sobre las cláusulas dispositivas pero siempre que fuesen transparente²⁴⁰, desapareciendo finalmente este requisito de la transparencia, y

²³⁴ De este modo lo entiende CUARTERO RUBIO, MARÍA VICTORIA “Artículo 4.2. Contratos excluidos” En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi, 2000; y ARENAS GARCÍA, RAFAEL “Artículo 4. Contratos excluidos” En Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, y Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Editorial Tecnos. 1999

²³⁵ Dice así la LCGC en el apartado I del Preámbulo: “*Tampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas por un Convenio internacional en que España sea parte o por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica.*”

²³⁶ De este modo: ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. “Artículo 1” En ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Editorial Civitas; PAGADOR LÓPEZ, JAVIER “*Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación.*” Madrid, Marcial Pons. 1999; OLEO BANET, FERNANDO, “Artículo 4”, en ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador) (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Editorial Civitas, 2002.

²³⁷ ARENAS GARCÍA, RAFAEL “Artículo 4. Contratos excluidos” En Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, y Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Editorial Tecnos. 1999

²³⁸ DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER “*Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas la integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*” Boletín Oficial del Estado, BOE. 2018.

²³⁹ EBERS, MARTIN et al., “EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States”. *Sellier European Law Pub.* 2008.

²⁴⁰ CUARTERO RUBIO, MARÍA VICTORIA “Artículo 4.2...(*op.cit.*)

acogiéndose en la *Section 73 (2)* del *Consumer Rights Act 2015* la exclusión de las cláusulas que reflejen normas imperativas, especificando que se incluyen en ellas las normas dispositivas, adoptando una redacción expresada en los mismos términos que el considerando 13 de la Directiva. En Italia, en el art. 34.3 del *Codice del Consumo* se limita a señalar que quedan excluidas las cláusulas que reproducen disposiciones legales (*disposizioni di legge*), entendiendo la doctrina que no se introdujo el término “imperativas” para no excluir las normas dispositivas, estando así con dicha regulación exceptuadas las que reflejen disposiciones imperativas o dispositivas²⁴¹.

Ya que la propia Directiva sólo habla en su articulado de disposiciones “imperativas”, interesante puede resultar para aclarar esta cuestión el estudio realizado sobre este asunto por la Abogada general VERICA TRSTENJAK en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2012 Asunto C-92/11, donde realiza un extenso análisis de los aspectos terminológicos, históricos y teleológicos del artículo 1.2 de la Directiva, llegando a esta conclusión apuntada de que se excluyen no sólo las normas imperativas, sino también las dispositivas. Además, como ha puesto de manifiesto tanto la jurisprudencia europea²⁴² como la doctrina²⁴³, son estas normas dispositivas uno de los principales elementos a tener en cuenta como “vara de medir” o guía de cara al análisis de la abusividad de las cláusulas, lo que apoyaría su exención a la hora de ser controlada, a lo que habría que añadir que, en todo caso, se estaría sometiendo a control una cláusula que ha de integrar el contrato de igual modo, si no por voluntad de las partes, sí por voluntad de la ley²⁴⁴.

Esta postura expuesta lo ha recogido de manera clara la jurisprudencia del TJUE, entre ellas, recogemos lo expresado en una reciente resolución, la STJUE de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17):

“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como resulta del considerando decimotercero de la Directiva 93/13, la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva prevista en el citado artículo 1, apartado 2, se extiende a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las

²⁴¹ NEBBIA, PAOLISA “Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law.” *Hart Publishing. Modern Studies in European Law*. 2007.

²⁴² Por todas, STJUE 14 de marzo 2013 Caso Aziz (C-415/11, Mohamed Aziz vs Catalunyaixa)

²⁴³ MIQUEL GONZÁLEZ, JM “Comentario al art. 82...” (op.cit.)

²⁴⁴ CARBALLO FIDALGO, MARTA “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores” *InDret* 1/2010. Barcelona, enero 2010.

partes no han dispuesto otra cosa. Tal exclusión se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C 446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). ”

Y en igual sentido, recogiendo esta jurisprudencia, aparece en las Directrices emitidas por la Comisión sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (2019/C 323/04, DOUE 27.9.2019).

Acerca del fundamento de esta exclusión, se puede apreciar cómo en el Considerando de la Directiva se establece que se “presume” que las disposiciones legales o reglamentarias de un Estado Miembro no contiene cláusulas abusivas, cuestión que desarrolla algo más el TJUE cuando expone que es de presumir que el legislador ha configurado ya un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes al configurar dicho contrato²⁴⁵, equilibrio que es respetado por la legislación europea, aunque con ciertos matices como iremos viendo.

Esta excepción de control de cláusulas que reflejen disposiciones imperativas o dispositivas de la legislación nacional, visto desde la otra perspectiva, quiere indicar que todas aquellas cuestiones que pacten las partes que, si no hubieran sido objeto de pacto, no serían aplicables al contrato es cuestión, serán controlables por los jueces y tribunales. Esto es determinante porque no toda cláusula que refleje una disposición legal o reglamentaria queda excluida de la Directiva, como han entendido algunos jueces en alguna ocasión. En efecto, si una cláusula recoge lo establecido por una disposición legal, pero dicha disposición no impone dicho contenido ni es el que de modo ordinario se aplicaría a las partes, dicha cláusula podría ser perfectamente objeto de control por parte de los órganos judiciales, ya que, aunque la ley “permita” su inclusión, no es ni imperativa ni se aplica supletoriamente en defecto de pacto.

²⁴⁵ No obstante, en el caso español, al estar incorporado en la LCGC, entiende ARENAS GARCÍA “Artículo 4” (op.cit.) que, ya que el de el objeto de la LCGC no es tanto velar por que las cláusulas no sean abusivas, sino porque el adherente tenga conocimiento de las mismas, el fundamento de esta exclusión de cláusulas que respondan a normas legales o reglamentarias habría que encontrarla más bien en que es presumible el conocimiento de su contenido por el adherente, sin que sea necesario utilizar los mecanismos de la LCGC en cuanto a la incorporación de las condiciones al contrato.

Existe parte de la doctrina que discrepa de estos argumentos, como DÍAZ FRAILE²⁴⁶ quien, al tratar el asunto de la cláusula de vencimiento anticipado, considera que, junto a las normas imperativas y dispositivas referidas, habría que añadir aquellas “normas autorizatorias”, que estarían igualmente excluidas del control de abusividad. Señala el autor que nos encontramos ante un “*pactum secundum legem*”, siendo la ley la que fija tanto la tipología del supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, dejando a las partes la decisión de si se someten o no a dicho contenido. Así, al igual que el considerando mencionado supone que la disposiciones legales y reglamentarias no contienen cláusulas abusivas, entiende que:

“...esta conclusión es igualmente aplicable a las normas autorizatorias (disposición legal que fija indirectamente el contenido de la correspondiente cláusula), pues la misma suposición de que las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros no contienen cláusulas abusivas (ni las contienen ni las permiten) debe aplicarse al caso de las normas autorizatorias que prevén una determinada regulación contractual sometida al requisito de que las partes lo pacten. Serían algo así como una “norma de adhesión”: sólo se aplica cuando las partes lo pacten, pero sólo será válido el pacto cuando se ajuste al contenido de la norma autorizatoria.”

Cierto es que, además, nos podemos encontrar con textos como el *Borrador del Marco Común de Referencia*²⁴⁷ en donde se recoge en el artículo II-9_406:

II.-9:406: Exclusiones del control de abusividad

²⁴⁶ DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA “La nueva regulación del vencimiento anticipado prevista en el artículo 22 del proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario”. Web. 2018.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-nueva-regulacion-del-vencimiento-anticipado-en-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/#dispensa>

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. “La doctrina de la sentencia del tñue de 26 de marzo de 2019, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios” web. 2019.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/#c43>

²⁴⁷ JEREZ DELGADO, CARMEN (Coor.) “*Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*” BOE. 2015. Dicho Marco Común no tiene por objetivo ser un código, sino servir de referencia para la definición precisa de los términos jurídicos, la enunciación de principios fundamentales y la formulación de reglas del Derecho de contratos, que, según la Comisión europea, debe servir principalmente a la consecución de la mejora de la legislación comunitaria.

(1) *Conforme a la presente Sección, las cláusulas contractuales no estarán sujetas al control de abusividad si se basan en:*

(a) *disposiciones de la legislación aplicable;*

(b) *convenios internacionales de los cuales son parte los Estados miembros o la Unión Europea; o*

(c) *las presentes reglas.*

Y de modo similar en los Acquis Principles²⁴⁸ en los que se basa dicho Borrador del Marco, en donde figura en su artículo 6:303 (1) que *“las cláusulas contractuales basadas en las disposiciones legales o convenios internacionales de los cuales son parte los Estados miembros o la Unión Europea, particularmente en el área de transportes, no están sujetas al control de abusividad”*

Estos textos, que poseen una formulación abierta²⁴⁹ respecto a las cláusulas excluidas de control, refiriendo simplemente a que se basen o reflejen “disposiciones legales”—o con el añadido de “aplicables” en el caso del Borrador del Marco Común de Referencia —, podrían dar argumentos a esta postura de incluir dentro de dicha excepción a las normas autorizatorias, al no existir previsión que las excluya o defina con mayor precisión.

Pero a pesar de ello, y aunque los argumentos esgrimidos a favor de incluir también las normas autorizatorias por DÍEZ FRAILE nos parece un razonamiento coherente, no compartimos las conclusiones alcanzadas, y ello por diversas razones.

Lo primero a tener en cuenta es que tal supuesto de normas autorizatorias no está contemplado en la Directiva como excepción, que expresamente señala a las normas “imperativas”, cuyo considerando especifica que también habría que incluir las supletorias. Por lo tanto, sería realizar una interpretación extensiva que en modo alguno permite dicha Directiva, ya que, en efecto, el propio TJUE se ha encargado de reiterar que esta excepción, precisamente por ser una excepción al control por parte de los

²⁴⁸ ACQUIS GROUP “Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principle).” *Sellier European Law Pub.* 2007. ISBN: 978-3866530232

²⁴⁹ Y de este modo abierto se recoge también en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil, reflejando en el artículo 525-7 apartado 4 que *“4. No se consideran abusivas las cláusulas que reflejen normas legales, incluidas las recogidas en los convenios internacionales de los que sea parte el Reino de España o la Unión Europea, siempre que sean aplicables al contrato.”*

tribunales, debe ser entendida e interpretada de forma restrictiva. De manera clara lo expresó el TJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13) *“Conviene recordar que, atendiendo al objetivo de la Directiva, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas insertadas en los contratos concluidos por los profesionales con estos últimos, dicha excepción, al igual que todas, es de interpretación estricta.”*

Es cierto que el propio TJUE puede dar lugar a confusión en ocasiones en sus resoluciones y pudiera parecer lo contrario, como es el caso de lo ocurrido en la Sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) al examinar si el artículo 693.2 discutido, respecto al vencimiento anticipado, se incluía o no en la excepción del artículo 1.2 de la Directiva²⁵⁰. Aunque sobre ese asunto ya el Abogado General MACIEJ SZPUNAR abordó el tema correctamente en sus Conclusiones de 2 de febrero de 2016, al expresar en sus apartados 78 y 79 que el artículo 693.2 no refleja una disposición legislativa o reglamentaria imperativa, y que tampoco es de aplicación supletoria ya que necesita acuerdo explícito entre profesional y consumidor, figurando en la escritura pública, y por lo tanto, no está incluida en el ámbito del artículo 1.2 de la Directiva²⁵¹. E igualmente, el TS se ha pronunciado expresamente al respecto, entre otras, en su reciente Sentencia de 14 de noviembre de 2019 (rec. 3117/2015) declarando que el art. 693.2 no era una norma imperativa en el sentido del artículo 1.2, sino una norma dispositiva.

²⁵⁰ Para justificar el control de abusividad argumenta en el párrafo “69: *Con carácter preliminar debe recordarse que, si bien, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva», la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, por la que se fijan las condiciones del vencimiento anticipado, a la que se refieren las cuestiones prejudiciales sexta y séptima, no refleja las disposiciones del artículo 693, apartado 2, de la LEC. En efecto, dicha cláusula prevé que el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado y exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos en caso de que se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco, y no, como establece el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un período de tres meses. Asimismo, figuran en dicha cláusula los términos «en los siguientes casos, además de los legales». De esta formulación se deduce que, mediante esa cláusula, las partes manifestaron su voluntad de no limitar las causas de vencimiento anticipado a la causa prevista en el artículo 693, apartado 2, de la LEC.”*

²⁵¹ Igual interpretación realiza el Tribunal Supremo en la Sentencia de 09 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) respecto la cláusula suelo, al ser una cláusula recogida por la Orden de 1994 “174. *Pues bien, no es este el caso de las “cláusulas suelo”, ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.”*

Interpretación que es la definida por la jurisprudencia del TJUE como hemos referido, quien recordaba en el párrafo 29 de su Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) que *“para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son de carácter supletorio y por tanto aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa.”*

La razón de que estas normas autorizatorias no se encuentren excluidas del control de abusividad, además de la interpretación restrictiva mencionada, la podemos encontrar en que no son normas que reglamenten o establezcan el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en el contrato, cuestión que sí ocurre con las normas imperativas o las supletorias, o, dicho de otro modo, la exclusión se fundamenta en que las condiciones generales valen no función de la autonomía de la voluntad, sino en tanto que son normas del ordenamiento que se son o pueden ser impuestas por el legislador²⁵², cuestión que no ocurre con las normas autorizatorias. Es decir, aunque sean previsiones posibles del contrato, son las partes las que deben de acordar o no su inclusión, determinando en ocasiones incluso su contenido concreto, por lo que el hecho de incorporar una o varias de estas estipulaciones adicionales al contrato puede ocasionar que dicho contrato acabe en su conjunto siendo desequilibrado, ya sea por las características del propio contrato y sus diversas estipulaciones, o por la condición de consumidor de una de las partes, hecho éste que hará que se refuercen aún más los controles y la búsqueda del equilibrio real entre las partes, teniendo en cuenta, como referimos, todas las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación, inclusive el propio contenido del contrato.

De este modo, debemos tener en cuenta que las disposiciones legales y reglamentarias suelen ir destinadas a un amplio abanico de supuestos, sin que tenga que ser necesariamente a consumidores, o que se tengan que usar a través de condiciones generales de la contratación. Así, es posible que la propia ley establezca un pacto que, de manera general, puede ser usado entre contrato celebrado entre profesionales o empresarios, o entre estos y consumidores. Debido a ello, cuando se pacta con consumidores, se debe tener una mayor cautela y garantizar que estos conozcan la información acerca de qué se está pactando y las consecuencias que ello conlleva, y teniendo en cuenta como acabamos de referir no sólo dicha cláusula aisladamente considerada, sino a raíz del contrato en su conjunto, con el fin de determinar si

²⁵² CUARTERO RUBIO “Artículo 4.2 (op.cit.)”

efectivamente esa cláusula concreta, para un determinado sujeto y según el resto del clausulado, puede o no ser considerada abusiva.

En este sentido parece apuntar el TJUE en la Sentencia de 21 de enero de 2015 Unicaja Banco (asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13), acerca de la estipulación que fijaba en la Ley Hipotecaria que los intereses de demora no podrán superar tres veces el interés legal del dinero, al indicar que *“el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.”*²⁵³

Por todo ello, entendemos que las normas autorizatorias no deben quedar incluidas en la excepción que recoge la Directiva en su artículo 1.2, hecho que garantiza además una mayor protección a los consumidores al permitir a los jueces y tribunales la fiscalización de este tipo de cláusulas según el caso concreto.

C) SUPUESTOS CONCRETOS:

1-Cláusula contractual que recoge disposiciones imperativas de otro contrato

En la STJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11) se planteó si se debía incluir en la excepción prevista en el artículo 1.2 de la Directiva una cláusula contractual que reflejaba lo dispuesto por una disposición normativa nacional, pero referido a un contrato distinto al celebrado entre las partes.

Concretamente, se fijaba en los contratos especiales de suministro de gas la posibilidad del proveedor de modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación. Dicha facultad estaba prevista en

²⁵³ Parece el TJUE apuntar a la idea indicada, aunque cierto es que las conclusiones del Abogado General en sus puntos 38 y 39 –a los que alude el TJUE– no refieren a esta idea, sino a que dicha normativa fija límites al interés de demora a efectos hipotecarios, y que nada tiene que ver con los efectos obligacionales, siendo estos últimos los que se podrían declarar abusivos.

la normativa nacional para los suministros de gas sujeto a tarifa, pero no para dichos contratos especiales.

Comienza indicando el Tribunal que las cláusulas contractuales que reflejen las disposiciones de la normativa nacional reguladoras de una categoría determinada de contrato quedan excluidas del ámbito de la Directiva no sólo cuando el contrato celebrado por las partes pertenece a esta categoría de contrato, sino también con respecto a los demás contratos a los que sea aplicable dicha normativa con arreglo al Derecho nacional.

Pero, sin embargo, añade el Tribunal, esto no ocurre así cuando esta regulación no está prevista para una categoría diferente de contrato, ya que la voluntad de las partes a adherirse a una normativa no puede equipararse al establecimiento por el legislador de un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

En virtud de ello, concluyó el TJUE que *el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a las cláusulas de las CG incluidas en contratos, celebrados entre un profesional y un consumidor, que reproducen una disposición del Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.*

Nos parece correcta y lógica la conclusión alcanzada por el Tribunal de Justicia. No se puede pretender que el establecimiento de una cláusula, por el hecho de que su contenido aparezca en alguna disposición legal o reglamentaria, que no sea aplicable al caso, vaya a excluir de su control por parte del Tribunal²⁵⁴. De ser así, sería fácilmente eludible por el empresario el sometimiento de este control de abusividad por los tribunales, ya que le bastaría con acogerse a lo dispuesto legalmente en otros tipos de contratos, o como indica el Abogado General en sus conclusiones, incluso a una normativa de otro Estado Miembro.

Cierto es que, en determinados casos como en el asunto que trató el Tribunal, puede dar lugar a dudas en la medida en que la norma acogida por la cláusula contractual va destinada a contratos con los que guarden una gran similitud, e incluso con los que aparentemente no se pueda encontrar una justificación para su distinción. O piénsese incluso en aquellos contratos que reciben una regulación más moderada, y se quiere acoger estas disposiciones por contratos de similar naturaleza. Aun así, seguimos manteniendo la misma postura de no incluir estos supuestos en la excepción del artículo 1.2, y ello debido a que como se ha expuesto, la interpretación debe realizarse

²⁵⁴ DOMÍNGUEZ ROMERO “Adquisición de viviendas...”(op.cit.)

restrictivamente, y si el legislador no ha previsto la inclusión de la regulación discutida en determinadas modalidades de contratos, debe prevalecer el libre control por parte de los jueces y tribunales acerca de su posible abusividad.

2-Cláusula que en origen no refleja una disposición legal, pero sí una disposición legal posterior en el tiempo

En la Sentencia de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-51/17), se trata si una cláusula contractual que aparece en el contrato, que es impuesta posteriormente por la ley, puede ser controlable en cuanto a su abusividad si en el momento en que se pactó no existía dicha ley, que fue elaborada con posterioridad para determinar el contenido de los contratos.

En el presente caso, se trataba de cláusulas contractuales en préstamos en monedas extranjeras, donde se atribuía el riesgo del tipo de cambio al consumidor. Con posterioridad a su celebración, se dictó una Ley —disposición correctora a la vista de la jurisprudencia europea— que imponía el tipo de cambio a forintos húngaros, con carácter retroactivo, a estos préstamos denominados en divisa extranjera, con la consecuencia práctica de que el riesgo de tipo de cambio recaía igualmente en estos casos sobre el consumidor.

El Abogado General consideró que no debían incluirse en la excepción del artículo 1.2 de la Directiva, y ello debido a la interpretación estricta que hay que realizar en estas excepciones, por lo que, no estando dicha ley en vigor en el momento de la contratación, no estaría incluida en la excepción. Además de ser así, argumenta, sustraería del control de los órganos jurisdiccionales la respuesta legislativa de un Estado miembro a una resolución del Tribunal de Justicia que declarase una normativa o una práctica nacional incompatible con la Directiva 93/13.

Sin embargo, el TJUE considera que esta disposición nacional posterior sí estaría dentro del ámbito de aplicación del art. 1.2, y ello debido a que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos. Sin embargo, intenta salvar esta situación de rigidez en el caso concreto alegando que ello no significa que otra cláusula contractual, como la relativa al riesgo del tipo de cambio, esté en su totalidad excluida del ámbito de aplicación de la Directiva.

Así, alega el TJUE que, debido a la necesaria interpretación estricta de la excepción, todo aquello que no sea reflejo de la previsión legislativa puede ser objeto de control. De este modo, en el presente caso señalaba que las modificaciones que

resultaban de la ley no pretendían determinar toda la cuestión del riesgo del tipo de cambio respecto al periodo transcurrido entre la celebración del contrato y su conversión a forintos húngaros por la ley. Por ello, concluye que, aunque una ley imperativa posterior esté excluida del control de abusividad, no ocurre así con la cláusula controvertida respecto al riesgo de tipo de cambio, de modo que, todas aquellas cuestiones que no estén expresamente regladas por la ley, podrían ser objeto de dicho control de abusividad.

En general, estos casos en que se dicta una ley posterior que fija determinadas condiciones de un contrato puede ocasionar cierta complejidad a la hora de valorar su inclusión o no dentro de la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13. A priori, se puede entender, como ha considerado el TJUE en la mencionada sentencia, que si el legislador ha regulado de manera expresa una determinada materia, e inclusive con mayor razón si lo ha previsto para que sea incorporado a la totalidad de los contratos existentes, cabe presumir que se ha respetado el equilibrio entre las partes por parte del legislador, y que no existe ningún abuso por parte del profesional o empresario.

Si se entiende así en los casos que el contenido de una cláusula se refleje en una ley posterior, se podría dar la paradoja de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, dichas cláusulas pudieran ser controladas e incluso ser declaradas abusivas por los órganos judiciales, y, sin embargo, una vez con la nueva ley estaría excluida de control y por tanto ser considerada lícita en todo caso. Aunque, no obstante, habría que considerar que este escenario derivaría de la distinta situación en que fueron examinadas dichas cláusulas, manteniéndose la consideración de abusivas de aquellas cláusulas anuladas por sentencia firme en atención al principio de la cosa juzgada, de modo similar a lo ocurrido con la denominada retroactividad de las devoluciones de las cuantías referentes a las cláusulas suelo y las sentencias dictadas en firme con anterioridad al pronunciamiento del TJUE sobre el asunto.

Aunque también podríamos plantear qué ocurriría en el supuesto de que se regule un determinado contenido por ley, pero que sin embargo no sea aplicable retroactivamente a todos los contratos, sino sólo a los posteriores que se concierten. Si en este supuesto, una cláusula contractual recoge una previsión que coincide con lo que ha configurado el legislador, cabría preguntarse si igualmente estaría excluido de la Directiva. En estos casos, cabría pensar en un principio que, igualmente, si esa cláusula ha sido prevista por la ley no podría considerarse que causa un desequilibrio para las partes, al ser la configuración deseada por el legislador. Sin embargo, habría que ser cautelosos con dicho criterio, ya que la ley podría haber fijado su retroacción, y al no hacerlo, quiere dejar los contratos anteriores como se hubieron configurado

originariamente, por lo que no puede considerarse como un contenido idóneo en todo caso.

A ello habría que sumar que especiales problemas se vislumbran cuando la ley regula un determinado contenido, ya sea aplicable a todos los contratos o sólo a los posteriores –aunque especialmente respecto a estos últimos–, en donde a raíz de una nueva normativa se regulan o detallan varios aspectos de la relación contractual, siendo uno de ellos el previsto previamente por la cláusula de un contrato. Aquí nos encontraríamos con que el legislador ciertamente ha querido fijar de un modo idóneo el contenido global del contrato, pero, sin embargo, al regular y configurar diversas partes del mismo modificando el conjunto de derechos y obligaciones, puede dar lugar a que esa nueva regulación –en lo que respecta a la cláusula concreta que se recogía en el contrato– no se adapte o no mantenga un equilibrio ideal en las situaciones previas.

Es decir, la nueva regulación, al modificar el contrato en su conjunto, está partiendo de una nueva situación de derechos y obligaciones para las partes, distintas a como estaba configurada anteriormente, por lo que el contenido que puede tener esa concreta previsión regulada que fue recogido en la cláusula previamente puede no ser idóneo y dar lugar a su abusividad teniendo en cuenta el resto de las circunstancias y el contenido del contrato previo examinado en su conjunto.

Por ello, aunque es cierto que cuando el legislador regula el contenido de un contrato, y una cláusula previa contractual refleja lo expresado posteriormente por la normativa, se presume o pueda dar lugar a una confianza en cuanto a su validez, habría que examinar si realmente la situación del contrato en su conjunto tras la nueva regulación ha sido modificada, para valorar objetivamente si esa previsión causa o no un desequilibrio en el contrato celebrado.

Así, piénsese por ejemplo cómo en la nueva regulación se ha fijado que los gastos de tasación son abonados por el prestatario. Eso no debería convalidar todas las cláusulas que previamente a esta Ley 5/2019 había configurado los gastos de tasación como obligación de pago del prestatario, puesto que como acabamos de referir, este sería uno de los casos en donde el legislador ha configurado de manera novedosa el cuadro total de imputación de los gastos de formalización del préstamo hipotecario, en donde todos los gastos los abona el prestamista salvo los de tasación, por lo que este equilibrio deseado por el legislador no puede ser considerado igual en los casos en donde todos los gastos se imputaron al prestatario en virtud de una cláusula contractual.

Por último, hacer referencia al motivo utilizado por el Abogado General para permitir el control, el cual sería que los órganos judiciales controlasen la adecuación de la reforma legislativa a lo dictado por una Sentencia del TJUE. Sin perjuicio de la

competencia ordinaria de la Comisión para controlar el cumplimiento de lo dictado por una STJUE y de la imposición de sanciones en su caso, cierto es que los jueces nacionales tienen la facultad de inaplicar el derecho nacional cuando sea contrario al derecho europeo —a través de la doctrina del acto claro y acto aclarado²⁵⁵—, así como a través del envío de la cuestión prejudicial al TJUE cuando existan ciertas dudas de la compatibilidad, y todo ello en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión Europea, cuestión que se tratará con posterioridad.

3-Cláusula contractual que recoge lo dispuesto en la ley con alguna modificación

En el caso abordado por la Sentencia del TJUE 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-473/00), se discutía acerca de la posible abusividad del contenido de un contrato de préstamo, estando dicho contrato basado en un modelo establecido por la legislación nacional.

Consideraba el tribunal remitente la abusividad de determinadas cláusulas por su ilegibilidad y ambigüedad en la redacción de las mismas. Por su parte, alegaba la entidad prestamista que el contenido de las cláusulas financieras se corresponde con uno de los modelos contractuales establecidos por el legislador francés. Debido a ello, el Abogado General consideró que la Directiva no se aplica a un contrato tipo que refleja disposiciones legislativas o reglamentarias.

Sin embargo, el TJUE consideró que en este caso sí se encontraba dicho contrato sometido a la Directiva, ya que las citadas cláusulas “*no se limitaban a reflejar*” las disposiciones legales o reglamentarias imperativas, y a las que se le reprocha una redacción ambigua.

Nos encontramos así con una conclusión similar a la alcanzada en el caso anterior. En la medida en que lo reflejado en el contrato no sea exactamente lo mismo que lo dispuesto por la normativa nacional, esos añadidos o modificaciones conllevaría que dicha cláusula no sea excluida de control de abusividad al estar sometida a la Directiva 93/13. Este fue uno de los razonamientos que acogió el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (rec. 2678/2015) sobre los préstamos concertados en moneda extranjera, en donde el banco alegaba que se reflejaba el principio del nominalismo monetario del 1170 Cc en relación con el 1753 y 1754CC y

²⁵⁵ STJUE 19 de enero de 2010 (asunto C-555/07), STS de 4 de abril de 2005 (rec. 502/2004), ATC de 9 de junio de 2011 (rec. 8912/2010).

312 CdC. Frente a ello, el Tribunal argumentó que *“las cláusulas impugnadas en la demanda no se limitan a reflejar los preceptos legales invocados por la recurrida. Tampoco la redacción concreta que se ha dado a esas cláusulas en la escritura pública y la ausencia de información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el desarrollo del contrato son consecuencia de la trasposición al contrato de esas normas legales. Frente a lo que parece sostener CaixaBank, las cláusulas cuestionadas no se limitan a fijar la moneda en que deben ser cumplidas las obligaciones derivadas del contrato.”*

Sobre este punto, nos podríamos plantear así si una cláusula recogida en un documento que se basa en el Anexo I de la Ley 5/2019 respecto a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), puede ser considerada abusiva o falta de transparente. El Abogado General consideraba que, al adaptarse al formato fijado legalmente, no podría ser controlado su abusividad. Sin embargo, no compartimos dicha opinión, en primer lugar, porque no creemos que el supuesto del artículo 1.2 vaya referido a este tipo de casos en que el contenido de un contrato o documento se adapta a un modelo normalizado. En efecto, tal y como hemos referido, dicho artículo 1.2 va destinado a la regulación y configuración de un contrato, de modo que se presume que el legislador ha establecido los derechos y obligaciones para las partes de modo equilibrado, por lo que nada de esto tiene que ver con el establecimiento de un modelo al que deben adaptarse las entidades para emitir la información.

De este modo, es la entidad la que incluirá la información concreta en dicho modelo, a la que podrá añadir o establecer determinados aspectos que no son los fijados por la normativa en el modelo normalizado, que puede dar lugar a confusión o falta de claridad, como ocurrió con el primer supuesto aquí analizado en donde se realizaban alusiones a cierta gratuidad, o caracteres ilegibles, o descripciones ambiguas o poco claras.

Igual ocurre con aquellas disposiciones que reflejen lo dispuesto en la ley, pero añada algún tipo de variación o consecuencia no prevista en la ley. No se puede permitir que se consideren inmunes cláusulas que amparándose en alguna previsión legal lleguen a consecuencias no previstas por la normativa, o se establezca algún tipo de variación o añadido no previsto en la normativa expresamente. En todos estos casos como bien entendió el TJUE no se está limitando a reflejar una disposición nacional, sino que modifican y configuran el desarrollo del contrato de manera diversa, lo que provoca irremediabilmente que dichas cláusulas sean sometidas al control por parte de los jueces y tribunales.

4-Cláusula que recoge y desarrolla una facultad permitida por la ley

En la STJUE de 26 de abril de 2012 (asunto C-472/10) se discutía la posible abusividad de una cláusula que facultaba al empresario la variación del coste o gastos del contrato, siendo ésta una facultad habilitada por la normativa nacional.

Así, se preguntaba al TJUE si una cláusula que forma parte de las condiciones generales que permite una modificación unilateral de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse, sin describir explícitamente el modo de fijación de dichos gastos ni especificar motivos válidos para tal modificación, puede considerarse abusiva.

El TJUE consideró, a raíz de lo dispuesto por los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la Directiva, que deberían especificarse los motivos o el modo de variación de dichos gastos, así como la posibilidad del consumidor de rescindir la relación contractual, siendo básica la información suministrada de modo que el consumidor pueda prever las modificaciones que tanto las condiciones generales, como las disposiciones legales o reglamentarias puedan establecer.

Así, concluyó el TJUE que se deberá comprobar, tanto a la luz de todas las cláusulas de las condiciones generales, así como de la normativa nacional que establezcan previsiones al respecto, si se especifican de manera clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse y, en su caso, si a los consumidores se les confiere el derecho a rescindir la relación contractual.

Partiendo de esta sentencia, el TJUE volvió a emitir similar pronunciamiento en su sentencia de 21 de marzo de 2013 (asunto C- 92/11), donde señalaba que la obligación de poner en conocimiento del consumidor el motivo y el modo de variación del coste, y su derecho a rescindir el contrato, no se cumple con la mera remisión efectuada en las condiciones generales a una disposición legal o reglamentaria que establezca los derechos y obligaciones de las partes —aunque en este caso dichas disposiciones se referían a otro tipo de contratación diferente—, señalando además que esta falta de información previa no puede compensarse porque durante la ejecución del contrato vaya a recibir esta tipo de información.

Habría así que resaltar que, en estos casos tratados en este epígrafe, no nos encontramos igualmente en la excepción que regula el artículo 1.2, ya que la cláusula que recoge esta previsión no es imperativa, ni es supletoria. Sería algo así como un supuesto de “norma autorizatoria indeterminada”, es decir, una norma que habilita la inclusión de un determinado pacto, pero que no determina el contenido del mismo, sino

que eso lo establecerán las partes –o más concretamente el predisponente– según la situación del caso concreto y la naturaleza del contrato.

Si consideramos que las normas autorizatorias estaban incluidas en el ámbito de la Directiva para su control, con más razón aún en estos casos que hemos denominado normas autorizatorias indeterminadas, porque no sólo no se prevé su incorporación de manera imperativa o supletoria, sino que ni siquiera las particularidades y facultades concretas vienen reguladas, por lo que en modo alguno se puede excluir su control de abusividad.

En un caso como el expuesto, donde la ley posibilita la incorporación al contrato de la facultad de modificación unilateral expresando motivos válidos, y concediendo la facultad de resolución a la otra parte, habría que evaluar así cuales son esos motivos válidos, en qué medida estarían justificados los motivos mencionados, si se ha expuesto al consumidor estos casos con la debida transparencia de modo que conozca los supuestos en que puede sufrir una variación del coste y sus consecuencias, así como otros valores determinantes en cuanto al funcionamiento de dicha cláusula.

Por ello, aunque sea una previsión legal la que faculta la modificación del contrato, puede ser controlada la abusividad, resultando esencial la información suministrada al consumidor respecto a todos estos aspectos mencionados. Estos casos expuestos son los que se suelen usar por parte de la doctrina, e incluso el propio magistrado ORDUÑA en su Voto particular de la STS 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016)²⁵⁶, para argumentar la necesaria información previa aun en los casos de cláusulas que reflejen disposiciones legales imperativas, aunque a pesar de la dicción usada por el TJUE en el desarrollo de su argumentación en tales sentencias, no nos encontramos propiamente ante normas imperativas o supletorias como hemos expuesto²⁵⁷.

²⁵⁶ Recoge así el magistrado, en el Voto Particular, las SSTJUE aquí mencionadas: “En esta línea, por lo demás, el Tribunal también ha resaltado que, en todo caso, resulta esencial para el consumidor que el profesional le informe adecuadamente sobre las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que resulten de aplicación (STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*, C-472/10), del mismo modo que, con carácter general, el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor (SSTJU de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11 y de 23 de octubre de 2014, asunto *Alexandre SCHUL* C-359/11 y C- 400/11).”

²⁵⁷ Aunque sí puede tener relevancia en casos de normas imperativas o dispositivas la debida información suministrada, de modo que no se perjudique las legítimas expectativas que tenga el consumidor. Así, en la STJUE de 3 de abril de 2019 (asunto C-266/18) el TJUE declaró que no se encontraba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva una cláusula que simplemente remite en cuanto a la competencia

5-Cláusula que refleja una disposición administrativa nacional aplicable al contrato

En este apartado nos vamos a referir a los casos en que se aplica un índice oficial de los previstos en la normativa sectorial, recogiendo dicho índice en una cláusula contractual del contrato de préstamo.

El caso en cuestión en el que nos vamos a centrar es en el del índice IRPH, y la cuestión pendiente ante el TJUE por la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de Barcelona.

Argumentaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016) que al ser un índice definido y regulado legalmente, *“no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente”*, por lo que sólo puede controlarse *“la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.”*

En las Observaciones de la Comisión Europea, en el presente caso, igualmente parte de la distinción entre el propio índice, que considera que al venir regulado por ley no se podría controlar, de la cláusula que fija el tipo de interés, que sí estaría sometido a la Directiva²⁵⁸. En su desarrollo recoge además los argumentos esgrimidos por el Voto Particular de la STS, y concluye en su párrafo 33 que el índice no es aplicable de forma imperativa, ni en defecto de acuerdo entre las partes, por lo que la cláusula en cuestión no puede ser incluida en la excepción del sometimiento a la Directiva.

Y, como no podía ser de otra manera, misma consideración expone el Abogado General MACIEJ SZPUNAR en sus Conclusiones de 10 de septiembre de 2019 en el asunto C-125/18: *“el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de*

judicial a lo dispuesto por la normativa aplicable, considerando, tras fijar que no estamos ante un supuesto que refleje una norma imperativa o dispositiva, que *“se trata, en un caso de este tipo, de apreciar la formulación de la cláusula contractual y sus efectos sobre las expectativas del consumidor.”*

²⁵⁸ Párrafos 25 y 26 de las Observaciones de la Comisión Europea asunto C-125/18.”

préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición no es imperativa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable. En efecto, queda fuera de toda duda, a mi parecer, que la excepción prevista en esta disposición no puede aplicarse a una cláusula contractual que refleja una disposición legal o reglamentaria que restringe o limita la autonomía de la voluntad de las partes sin por ello eliminarla”.

Es decir, una vez más nos encontramos con que se está discutiendo un supuesto que no es propiamente una norma imperativa ni supletoria. Como se recoge de manera más o menos clara de lo expuesto por dichos órganos, el índice IRPH ni se aplica de manera imperativa, ni se aplica en defecto de acuerdo entre las partes. Por lo tanto, y siendo estrictos —tal y como exige el TJUE— no nos encontramos con la excepción que prevé el artículo 1,2 de la Directiva, por lo que si la cláusula no refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa, como exige el precepto, no debería de existir mayor discusión sobre este punto.

Sin embargo, se hace por parte tanto de la Sentencia, como del Voto Particular y de las Observaciones de la Comisión, una distinción algo particular sobre si se controla la disposición administrativa que refleja el índice, o la cláusula que la incorpora. La Directiva 93/13 sólo va destinada a controlar cláusulas contractuales, por lo que no parece necesaria dicha distinción²⁵⁹, y la conclusión a la que se llega es la misma que la alcanzada por estos órganos, esto es, sí se puede controlar la cláusula que incorpora el índice IRPH puesto que no está incluida en la excepción del artículo 1.2.

Ahora bien, lo que sí va a ocurrir en estos casos, que es lo posiblemente querido manifestar por estos órganos al analizar este asunto, es que la legalidad del índice en sí no se va a discutir, lo que puede determinar además que, si se realizase el control de contenido para determinar su abusividad, conllevaría especial dificultad declarar abusiva la cláusula por su contenido al basarse en un índice oficial permitido por la normativa sectorial. Pero sin embargo, sí que cobra una especial importancia la transparencia con

²⁵⁹ Motivo de ello es que el Abogado General en sus Conclusiones, frente a la pregunta de si el IRPH puede ser objeto de control de transparencia, reformula la pregunta: “*En el presente asunto, soy de la opinión de que procede entender la primera cuestión prejudicial en el sentido de que mediante la misma se pretende que se dilucide, fundamentalmente, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.*”

que se haya establecido dicho índice, que es lo fijado por el Voto Particular cuando tras fijar primeramente que el índice no es controlable, sí que refiere con posterioridad el control de la comprensibilidad del índice, fijando así como determinante para superar la transparencia que se permita al prestatario conocer *“las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del «propio» índice de referencia”*.

Por lo tanto, estas cláusulas que reflejan un índice oficial no están excluidas de su control según la Directiva 93/13, que aunque es cierto que gozarán de cierta legitimidad en cuanto al índice utilizado por provenir de una normativa sectorial aplicable, no va a impedir que se valore la abusividad según las condiciones concretas, con el fin de determinar si supera el debido control de transparencia y de contenido, siendo esta transparencia esencial en estos casos por la trascendencia que cobra la cláusula y las consecuencias que determina, especialmente respecto a las expectativas del consumidor.

D) SITUACIÓN ANTE UNA CLÁUSULA QUE REFLEJE UNA DISPOSICIÓN LEGAL O REGLAMENTARIA IMPERATIVA

Cabría de este modo plantearse qué ocurre cuando una cláusula refleje una disposición legal o reglamentaria imperativa en el sentido incluido en la excepción del artículo 1,2 de la Directiva 93/13, si está en todo caso excluido del control por parte de los jueces o Tribunales, o por el contrario, existen algunas limitaciones o control ante las mismas. Ante ello, podríamos considerar dos posibles situaciones en que dichas cláusulas/disposiciones legales pueden ser controladas atendiendo a la normativa europea, y todo ello sin perjuicio del debido control y sujeción a las reglas generales de nulidad contractual²⁶⁰.

1-Disposiciones que afecten al control judicial de las cláusulas²⁶¹

Aunque por regla general toda cláusula que recoja lo dispuesto por una disposición legal o reglamentaria imperativa estaría excluida del control por parte de los

²⁶⁰ CUARTERO RUBIO “Artículo 4.2 “ (op.cit.) *“La presunción a favor de la cláusula justifica su exclusión pero no nos parece que esto signifique que la presunción no admita prueba en contrario. Pero la base jurídica para controlar la cláusula o determinar su carácter abusivo deberá ser otra. Cabría plantearse entonces la posibilidad de recurrir a las normas generales de nulidad contractual (como determina la propia Exposición de Motivos respecto de las cláusulas abusivas entre profesionales”*.

²⁶¹ Realmente dicho apartado podría ser incluido dentro del siguiente, porque el fundamento último entendemos que es el mismo, aunque lo recogemos de manera separada al recoger el Tribunal de manera expresa esta exclusión del 1,2 cuando se afecte al control judicial.

jueces y tribunales, el propio TJUE ha recogido expresamente una excepción a dicha regla.

Así, este sería el caso de las disposiciones imperativas o supletorias que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente aquellas disposiciones que determinan las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, como ha reconocido de manera expresa en la STJUE 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17). De este modo, tras recoger en el párrafo 43 que tal y como resulta del considerando decimotercero, la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva prevista en el artículo 1.2 se extiende a las disposiciones nacionales imperativas o dispositivas, recoge en el párrafo 44 que:

“44 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende sustancialmente que la referida exclusión abarca las disposiciones legales o reglamentarias imperativas distintas de las que se refieren al control judicial de las cláusulas abusivas, especialmente las relativas a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual (véase, en este sentido, el auto de 7 de diciembre de 2017, Woonhaven Antwerpen, C-446/17, no publicado, EU:C:2017:954, apartado 27 y jurisprudencia citada).”

Así, nos encontramos con Sentencias donde se entra a conocer sobre normas imperativas, especialmente las relativas al procedimiento, como en el caso de no prever el control de oficio y determinadas cuestiones del procedimiento de ejecución hipotecaria en la STJUE 14 de marzo 2013 Caso Aziz (asunto C-415/11); la discusión de la DT 4ª de la Ley 1/2013 sobre el plazo de preclusión para formular oposición en la STJUE 26 de enero de 2017 (Asunto C-421/14); o la STJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14) acerca de la imposibilidad de suspensión en el procedimiento de ejecución y la no previsión de recurso a favor del consumidor que ha visto desestimada su oposición a la ejecución, respecto al artículo 695.2 LEC.

En todos estos supuestos, aunque el TJUE refiera esta particularidad respecto al artículo 1.2 de la Directiva, realmente no se está cuestionando una cláusula contractual, sino directamente la propia normativa nacional. Pero igualmente ocurriría con aquellas cláusulas que recojan estas previsiones legales o alguna otra siempre que, aunque sean un reflejo de lo dispuesto en una normativa nacional, afecten a las facultades del juez a la hora de determinar la abusividad y el control sobre determinadas cláusulas, así como los derechos de los consumidores para defenderse ante ellas, siendo así susceptibles de ser controlados por los órganos judiciales.

2-Control por contravenir una disposición europea

No podemos olvidar que el hecho de que una cláusula contractual refleje una disposición legal o reglamentaria imperativa o supletoria no va a provocar la indemnidad de dicha regulación y de la cláusula en la que se expresa. En efecto, una cuestión es que dicha cláusula no se encuentre sometida al régimen de las cláusulas abusivas determinadas por la Directiva 93/13, y otra cuestión muy distinta es que dicha disposición legal o reglamentaria se oponga a una norma europea, en cuyo caso, tendrá ésta preferencia sobre la normativa nacional en el caso de conflicto entre ambas, y ello en virtud del principio de primacía del derecho europeo²⁶².

En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores COM/2008/0614, se propuso establecer la siguiente redacción en el artículo 30.3: *El presente capítulo no se aplicará a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas que se ajusten al Derecho comunitario ni a las disposiciones o los principios de convenios internacionales de los que la Comunidad o los Estados miembros sean parte.*

Es decir, aquellas cláusulas que reflejen disposiciones nacionales que no fueran acordes al derecho europeo podían ser declaradas abusivas conforme a dicha propuesta. Ya se apuntaba así a una flexibilidad del criterio para determinar abusivas determinadas cláusulas por no considerarse ajustada al Derecho comunitario, aunque esta propuesta finalmente no fue acogida por la Directiva 2011/83/UE por la que se modificaba la Directiva 93/13.

Aunque como decimos, eso no va a impedir que se controle las disposiciones nacionales imperativas o supletorias a la luz de la normativa europea, inclusive conforme a la propia Directiva 93/13. Así, aunque el artículo 1.2 establece la excepción disponiendo al final del artículo que “*no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva*”, entendemos más correctas la formulación antes recogidas en el Borrador del Marco Común de Referencia que fija que “*no estarán sujetas al control de abusividad*”. Y es que entendemos que la ley lo que quiere establecer con estas disposiciones no es la inmunidad de las disposiciones nacionales imperativas que menciona, sino simplemente, como hemos referido, que dichas cláusulas no se pueden considerar abusivas conforme a los parámetros que marca la Directiva, aunque cuestión distinta es que estas disposiciones contradigan el derecho de la Unión Europea, ya sea colisionando lo dispuesto por la normativa nacional con la europea, o porque dicha

²⁶² DOMÍNGUEZ ROMERO “Adquisición de viviendas...”(op.cit.)

normativa nacional afecte a facultades y garantías que se pretender garantizar con las disposiciones europeas, como hemos visto en el caso anterior.

Ello es así porque el propio TJUE analiza disposiciones nacionales imperativas conforme a los principios de efectividad y no vinculación de la Directiva 93/13. Y de modo similar, respecto al asunto relativo a los intereses de demora del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en la Sentencia de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), se determinó que dicho artículo, al establecer el límite máximo de tres veces el interés legal del dinero, no podía impedir que los jueces y tribunales controlasen la eventual abusividad de las cláusulas en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13, ya que, *“no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva”*.

Otra muestra de este control de legalidad conforme a la normativa europea se puede comprobar en la Sentencia de 23 de octubre de 2014 (asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11), donde se discutía acerca de una cláusula contractual, cuyo contenido estaba determinado por una normativa nacional.

Así, la mencionada normativa nacional fijaba el contenido de los contratos de suministro de la electricidad y del gas celebrados con los consumidores, y se preveía la posibilidad de modificar la tarifa de dicho suministro, pero no se garantizaba que se hubiera informado a los consumidores, con anterioridad a dicha modificación, de los motivos, las condiciones y la magnitud de la modificación.

Ante esta situación, el TJUE declaró que con arreglo al artículo 1 de la Directiva 93/13, dicha Directiva no sería de aplicación puesto que el contenido de los contratos discutidos está determinado por las disposiciones reglamentarias alemanas de carácter imperativo. Pero sin embargo, sí que consideró que dicha normativa se oponía al artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2003/54, en relación con su anexo A, y el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55, en relación con su anexo A, ya que en virtud de ambas Directivas los consumidores deben tener no sólo el derecho a resolver el contrato, sino también la posibilidad de impugnación del precio de suministro, por lo que debían ser informados, antes de que se produzca la modificación, de sus motivos, condiciones y magnitud.

Por todo ello, no hay que perder de vista que, aun reflejando una disposición nacional, dichas cláusulas pueden ser controladas por los jueces y tribunales, si no directamente por su abusividad a través de los supuestos antes desarrollados, sí a través del control de su adecuación con la normativa europea, puesto que como hemos referido

con anterioridad, el principio de primacía hace que la normativa nacional se deba ajustar al derecho europeo.

IV.- LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

Sumario: A. INTRODUCCIÓN. B.- CONTENIDO DE LA LEY 5/2019 1.-Marco normativo; 2.-Previsiones de la Ley 5/2019. C.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO. 1.-Consideraciones generales; 2.-Rescisión, resolución o modificación; 3.-Anulabilidad por error vicio o dolo; 4.-Efectos de la retroacción de las prestaciones; 5.-Participación en el incumplimiento; 6.- Indemnización de daños y perjuicios; 7.-Responsabilidad en caso de denegación del préstamo; 8.- Diferencias con los préstamos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/ 2019. D.- ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN LA VÍA JUDICIAL.

A.- INTRODUCCIÓN

En el ámbito del préstamo hipotecario, como estamos viendo, cada vez resulta más esencial que se detallen y regulen las obligaciones impuestas a los prestamistas, de modo que se garanticen cuestiones como la profesionalidad, responsabilidad y seguridad tanto en el proceso de contratación como en el desarrollo del contrato de préstamo hipotecario. Motivo de ello es la irresponsabilidad y malas prácticas²⁶³ que se han estado realizando en los últimos tiempos²⁶⁴, y que se ha puesto de manifiesto con motivo de la crisis económica y financiera sufrida.

²⁶³ CUENA CASAS, M “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 764, 2017: “En el modelo de negocio agresivo de préstamo de alto riesgo y alta rentabilidad que ha desencadenado esta crisis, tales costes eran pérdidas esperadas que eran superadas por los beneficios compensatorios obtenidos en forma de subidas de tipos de interés y altas comisiones que pagaban incluso los «buenos pagadores». Por eso se ha prestado mal «a propósito», porque se ganaba más dinero prestando mal que prestando bien”

²⁶⁴ ÁLVAREZ OLALLA, MP “La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2018 parte Legislación. Comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. BIB 2017\43643 “El fenómeno del préstamo irresponsable fue propiciado por la desregulación del sistema financiero y falta de supervisión, a nivel mundial, en los años anteriores a la manifestación de la crisis económica (Acuerdos de Basilea I –1988– y Basilea II –2004–). Con los acuerdos de Basilea III (2010), trata de superarse esta situación mediante un endurecimiento de los criterios de solvencia y calidad del volumen de capital, modificando los criterios de cálculo de riesgos e introduciendo una ratio de apalancamiento de las entidades bancarias (no podemos dejar de mencionar que, sin embargo, en la actualidad y desde la administración Trump, se presiona para rebajar de nuevo el nivel de exigencia”.

Una de estas obligaciones impuestas a los prestamistas es la necesidad de evaluar la solvencia de los prestatarios, garantizando lo que se ha venido a denominar un “préstamo responsable”, cuestión que cada vez ha ganado más incidencia e importancia a la hora de ser regulada, como veremos, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales en materia financiera internacional ²⁶⁵. De este modo, el prestamista se cerciora de las posibilidades reales de viabilidad de la operación, y el prestatario tiene la seguridad de que la entidad, como profesional y experta en la materia, ha realizado los análisis pertinentes de todas las circunstancias, y ha estimado que el préstamo se puede conceder sin que, al menos en ese momento, existan riesgos serios de impagos o inadecuación del producto para dichos consumidores.

Y es que es patente que la concesión irresponsable de préstamos, llevado por la confianza en la bonanza económica y en la revaloración del mercado inmobiliario, es lo que ha provocado la existencia de numerosos casos recientes de impagos y de situación de insolvencia de muchos prestatarios, siendo necesario poner medidas para que no se repitan estas actuaciones.

Esta necesidad de evaluar la solvencia, como han puesto de relieve autores como SÁENZ DE JUBERA HIGUERO²⁶⁶, es una obligación que puede considerarse natural e inherente al negocio del prestamista, pues le interesa valorar el riesgo que asume, siendo así una obligación intrínseca a la actuación profesional diligente. Pero con motivo de esta crisis económica sufrida, se ha puesto de manifiesto como referimos que se ha actuado sin rigor y con irresponsabilidad a la hora de conceder los créditos, lo que ha propiciado que se prevea normativamente esa obligación por parte del prestamista —

²⁶⁵ MENDEZ-PINEDO, M. ELVIRA. “Will the directive 2014/17/eu on mortgage credit protect consumers in the next economic and/or financial crisis”. *Juridical Tribune*, 8(2), 2018.: “Financial literacy as a cornerstone for European financial/credit consumer law is problematic since the choice of protecting by informing ex-ante does not guarantee adequately the protection of consumer's economic and social rights. While consumers certainly benefit from greater transparency and information relating to contracts to be signed, this paradigm and subsequent policy of consumer protection (eventual empowerment) through information has been strongly criticized by academia. Empirical research has long ago proved that this approach fails to prevent market failures and duly protect consumers, even more so in the field of financial services.

For all the above reasons, Ramsay observes the need to revise the choice made and move towards a model "responsible lending", something that has already started to happen in the aftermath of the financial crisis and the adopted MCD. The paradigm of "information as protection" is not enough anymore, a duty of "responsible lending" has now been added."

²⁶⁶ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. “Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español.” *Revista Española de Derecho Europeo* num.65/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018.

aunque habría que ver cuál es el significado y consecuencia de dicha normativa, que será estudiado con posterioridad—.

Así, esta normativa que trata de garantizar el llamado “préstamo responsable” tiene como objetivo:

1) Proteger a los prestamistas, en cuanto se afianza la solvencia de los prestatarios y sus posibilidades de cobro, lo que repercute en el buen funcionamiento de la entidad.

2) Proteger a los prestatarios, de modo que no se dejen llevar o se les someta a contratos con condiciones a los que no van a poder hacer frente, y a la vez reciben toda la información necesaria y el resultado de la evaluación, de modo que tienen la garantía de haber superado —o no— el examen de solvencia realizado por un profesional en la materia.

3) Proteger el mercado financiero, de modo que el funcionamiento sea el debido y la seguridad en el mismo se afiance, protegiendo así además a los terceros que adquieran los créditos o titulizaciones de dichos préstamos hipotecarios²⁶⁷. Así también la 2014/17/UE recoge en su considerando tercero que *“La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas”*. Además, como señala PULIDO BEGINES²⁶⁸, la protección de la clientela bancaria *procura preservar la eficiencia del sistema bancario, en interés público, porque el establecimiento de un marco adecuado de funcionamiento de los mercados financieros es esencial para el buen funcionamiento de la economía del país, en tanto promueve en última instancia la competencia entre las distintas entidades financieras*.

²⁶⁷ Como señala acertadamente GALLEGO SÁNCHEZ, las entidades de crédito recurren a diversos mecanismos para externalizar esos riesgos, como la titulización, a través de la cual consiguen *«lograr la externalización del mismo, convirtiendo el riesgo individual en sistémico que alcanza al conjunto del sistema y que, en definitiva, será soportado por los Estados»*. GALLEGO SÁNCHEZ “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en PRATS ALBENTOSA y CUENA CASAS. *Préstamo Responsable y ficheros de Solvencia*. Aranzadi. 2014.

²⁶⁸ PULIDO BEGINES, JUAN LUIS. “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.130/2013 parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013. BIB 2013\14442

4) Y en último término, protección al contribuyente, ya que como señala LUIS DE LA PEÑA²⁶⁹, *a raíz del proceso de reestructuración del sistema financiero que se está llevando a cabo en los últimos años, es este último el que finalmente paga, al menos en parte, las consecuencias de la inyección de capital público en las entidades de crédito con problemas de solvencia.*

B) CONTENIDO DE LA LEY 5/2019

1.-Marco normativo

Como consideración previa, tenemos que tener en cuenta que la obligación de evaluar la solvencia aparece recogida en otras leyes que se encuentran en vigor, igualmente aplicable al ámbito del préstamo hipotecario que estamos tratando, como son la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, que fue la pionera en establecer esta obligación con carácter general²⁷⁰, la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, creada por la habilitación conferida por la Ley 2/2011, así como la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*, que desarrolla la citada Orden²⁷¹. Esta normativa será tenida en cuenta a lo largo de este trabajo para su consideración junto a la nueva Ley.

²⁶⁹ DE LA PEÑA, LUIS. “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.130/2013 parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013. BIB 2013\14443

²⁷⁰ Aunque anteriormente, ya en la *Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, en su artículo 5, se establecía una ligera mención al respecto, recogiendo que “1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo”.

Y desde la reforma de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 24/ 2007, existía la necesidad de evaluación de la conveniencia e idoneidad de servicios de inversión en la LMV, dándose la situación como señala DE LA PEÑA, LUIS “Crédito responsable...” (op. Cit) de que: *Resulta ciertamente paradójico que aquellos que pueden invertir en productos financieros, que son, por lo general, aquellas personas que más tienen —y que sólo pueden perder hasta un máximo de la inversión realizada—, hayan gozado desde hace tanto tiempo de estas medidas de protección, mientras que no ha sido hasta 2011 cuando se han introducido estas medidas de protección del cliente de servicios financieros que, también generalmente, son aquellos que piden crédito para poder hacer frente a sus obligaciones de pago diarias y así vivir dignamente —pudiendo, además, perder todo lo que tienen—.*

²⁷¹ Aparte de estas recogidas, se podría mencionar la *Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia bancaria*, en cuyo artículo 5 recoge el deber de evaluar la solvencia, así como la *Circular 4/2016, de 27*

Con posterioridad a esta normativa, y consciente del problema existente con la crisis económica acontecida y de la actitud irresponsable de los sujetos intervinientes en la concesión de créditos, se promulgó la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*, en donde se recoge igualmente la importancia de esta obligación, ordenando a los Estados Miembros su incorporación conforme a lo dictado por dicha Directiva.

Por ello, conviene apreciar en primer lugar cuáles son las consideraciones sobre las que se basa la Directiva, para así entender el alcance que tiene o debe tener la normativa recogida finalmente en la transposición de la Ley 5/2019.

Ya en el considerando tercero de la Directiva establece las consecuencias que conlleva un préstamo irresponsable, recogiendo, como se refirió anteriormente, que *“La crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, lo que debilita la confianza de todos los interesados, en particular los consumidores, y puede tener graves consecuencias sociales y económicas”*.

Importante es destacar, como objetivo de la Directiva, la necesidad de **establecer un elevado grado de protección a los consumidores**²⁷², como señala en su considerando quinto, de modo que para garantizar que aquellos que quieran concertar un contrato de préstamo *“puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable, es necesario establecer un marco jurídico adecuadamente armonizado a escala de la Unión”*. Dicho marco jurídico, según el considerando 31, debe infundir en los consumidores confianza en que los prestamistas tienen en cuenta los intereses del aquellos, siendo fundamental un *“elevado grado de equidad, honestidad y profesionalidad, una gestión adecuada de los conflictos de intereses, en especial los derivados de la remuneración, y exigir que se preste asesoramiento al servicio de los intereses de los consumidores”*.

de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgo, que recoge la necesidad de evaluar el riesgo de las operaciones.

²⁷² CUENA CASAS, M “Evaluación...” (Op. Cit.) *“Se traslada el concepto de préstamo responsable, al igual que ya hiciera la Directiva de Crédito al Consumo, desde el Derecho de supervisión a las normas de protección de consumidores. Este cambio de perspectiva no sería real si las sanciones por incumplimiento de tales deberes son los mismos que si se trata de normas de supervisión”*

Destaca también, en relación con la evaluación de solvencia, su considerando 22, que señala que “*resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo*”. Es decir, la idea de la Directiva es un endurecimiento o mayor eficacia en este asunto, respecto a las normas vigentes en los Estados respecto al crédito al consumo, siendo así la premisa base el otorgar un plus de refuerzo en esta materia.

Sin embargo, en el considerando 56 se expresa que “*La evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*”. Esta mención, que podría ser usada para entender que el prestamista no asume responsabilidad alguna por el hecho de tener que evaluar previamente la solvencia, entendemos que debe ser entendida en el sentido más común de que, por el hecho de que se realice una evaluación de la solvencia —en principio, es de suponer que adecuadamente—, no se va a transmitir al prestamista todo caso de ulterior impago del prestatario, ya que lógicamente es éste el encargado y responsable de velar por el cumplimiento de su obligación, pero esto no debería obstar a que el prestamista, cuando incumple la diligencia debida en esta evaluación, o la concede siendo ésta negativa, deba ser responsable de los perjuicios ocasionados por su comportamiento, como se examinará más adelante, en consonancia con lo dispuesto por la propia Directiva, como se señala en el considerando siguiente.

Así, dicho considerando 57 establece que *la decisión del prestamista sobre la concesión del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación* de la solvencia, sin que se deba por ejemplo conceder un préstamo una persona con pocas posibilidades de devolverlo por el hecho de poder transferir la responsabilidad a un tercero. Para ello, establece que los Estados miembros deben exigir a sus autoridades competentes medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento de estos prestamistas, añadiendo que incluso el hecho de que el resultado de la evaluación sea positivo, no supone una obligación para éstos de conceder el préstamo.

Y especial relevancia en cuanto a las consecuencias y efectos de estas normas, son los dos últimos considerando que señalamos a continuación: En primer lugar el considerando 76, ya mencionado con anterioridad, que establece que “*Los Estados miembros deben determinar el régimen de sanciones aplicables en lo que respecta a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y velar por su aplicación. Si bien la elección de las sanciones queda a discreción de los Estados miembros, estas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.*”

Y, por otro lado, lo dispuesto por el considerando 83 que recoge que “Los Estados miembros pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal.”

Así, cabe plantearse en este punto, cual es el tratamiento que desde la Directiva europea se le quiere dar a la evaluación de la solvencia, o qué mandato es el que se realiza a los Estados Miembros. Por un lado, de los diversos considerandos expuestos, parece claro que uno de los elementos que se quiere reforzar es la responsabilidad de los prestamistas en la concesión de préstamos, siendo uno de los elementos claves la previa evaluación de la solvencia del prestatario. Sobre su cumplimiento, el considerando 76 señala que serán los Estados los encargados de establecer las sanciones por las infracciones de las obligaciones derivadas de la Directiva, debiendo ser estas sanciones, además de proporcionadas, efectivas —que la sanción sea adecuada para alcanzar el objetivo deseado— y disuasorias —con capacidad de desalentar a los posibles infractores su quebrantamiento—. Por tanto, parece claro que debe existir un régimen sancionador que castigue la conducta de los prestamistas de forma que prevenga de su infracción²⁷³.

La duda acerca de estas sanciones, y los efectos que se pueden derivar de la contravención, la encontramos a raíz del considerando 83, donde se señala que los Estados pueden transponer ciertos aspectos de la Directiva mediante “normativa prudencial”, señalando expresamente a la evaluación de la solvencia del deudor, mientras que otros aspectos pueden transponerse por medio del Derecho Civil o Penal. Así, cabe plantearse en este punto qué se entiende por normativa prudencial, que la propia Directiva desliga del derecho civil o penal.

²⁷³ CUENA CASAS, M “Evaluación... (op. Cit.) “Las consecuencias deben también extenderse al contrato celebrado con el consumidor y la DCH no prejuzga ni limita la naturaleza de las sanciones. Sí lo hacía el artículo 24 de la Propuesta de DCH107 al señalar que «los Estados miembro se asegurarán, de conformidad con su Derecho nacional, de que puedan adoptarse las medidas administrativas apropiadas o imponer sanciones administrativas a los responsables en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva (...). En el texto finalmente aprobado, esa especificación ha desaparecido, lo que significa un argumento favorable a un mayor margen de maniobra de los Estados miembro en cuanto al tipo de sanciones que pueden establecer y su naturaleza. Esta compatibilidad entre sanciones administrativas y contractuales ha sido sugerida por el Banco Mundial.”

Como señala ALBIEZ DOHRMANN²⁷⁴, hubiera sido deseable que en la propia Directiva se definiese qué se entiende por normativa prudencial, ya que ninguna definición se realiza al respecto. Como señala este autor, las normas prudenciales son normas de naturaleza administrativa, siendo normas de supervisión bancaria²⁷⁵, por lo que se podría definir “*por normas prudenciales todas aquellas cuyo cumplimiento por las entidades de crédito debe ser supervisado por un organismo competente. Quien supervise estará siempre pendiente de una norma previa*”. Y este organismo supervisor en nuestro ordenamiento es el Banco de España, quien debe velar por el cumplimiento de estas normas de supervisión.

Por tanto, siendo normas de conducta o disciplinarias, su incumplimiento sólo conlleva sanciones de carácter disciplinario, siendo así una responsabilidad administrativa, sin que tenga en principio efectos civiles o materiales en la contratación realizada, sin perjuicio de que se deriven responsabilidades por daños, o la existencia de error o vicios en la contratación, conforme a las disposiciones generales civiles que existen en nuestro ordenamiento. Así, la propia Directiva señala en su Considerando 21 in fine que “*La presente Directiva no debe afectar a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Directiva.*”

En todo caso, consideramos que nada obsta que a pesar de que se puedan usar normas prudenciales para regular esta cuestión, se puedan incorporar también en la legislación sanciones con efectos contractuales²⁷⁶, que serán las que verdaderamente

²⁷⁴ Un amplio y detallado examen de este asunto se puede encontrar en el trabajo de ALBIEZ DOHRMANN, KJ “Una invitación a los estados miembros de la ue: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la directiva 2014/17/ue, de 4 de noviembre de 2014)” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Estudios, pp. 1-30

²⁷⁵ ALBIEZ DOHRMANN, KJ “Una invitación ...” (op.cit.): “Según MISHKIN, la regulación de carácter prudencial implica, como su propio nombre indica, un ejercicio preventivo donde el gobierno establece las regulaciones dirigidas a la disminución del riesgo y los supervisores monitorean (sic) a los bancos respecto del cumplimiento de las normas y de la asunción de riesgos excesivos. Una definición encontramos en un texto de la Comunidad Andina sobre la Armonización de las Normas Prudenciales (21 de mayo de 2001): «las normas prudenciales por definición son el conjunto de leyes y reglamentos que regulan la actividad financiera y que tienen como objetivo proteger al consumidor de servicios financieros y velar por la estabilidad del sistema financiero»”

²⁷⁶ Así defiende también ZUNZUNEGUE PASTOR, quien considera que la obligación de evaluar la solvencia es una obligación preventiva de orden público, y por ello, en la transposición de la Directiva se puede separar el lado prudencial, que se deja a las normas prudenciales bajo la supervisión de las autoridades financieras, del lado de la conducta que se deja en parte al Derecho civil, con la

disuadan de las malas prácticas, debido a la poca eficacia en este sentido de la supervisión bancaria²⁷⁷. Aunque, sin embargo, como veremos, no se recoge ninguna sanción o efecto contractual ante el incumplimiento de esta obligación de evaluar la solvencia.

2.-Previsiones de la Ley 5/2019

Como es conocido, dicha Ley 5/2019 transpone —aunque no completamente²⁷⁸—, con algunos años de retraso, la Directiva que acabamos de examinar.

Reseñar que, en cuanto a la evaluación de la solvencia, en los Anteproyectos de la Ley se omitió su regulación, dejándolo al desarrollo reglamentario, debido posiblemente a que ya en la Orden de 2011 aparecen previsiones similares a las que recoge la Directiva. Esto motivó que el Consejo de Estado, en su informe de 14 de septiembre de 2017, criticase esta ausencia, y mandase a completar la regulación con esta materia²⁷⁹.

posibilidad de que los Estados Miembros consideren las conductas más graves merecedoras de sanción penal.” ZUNZUNEGUE PASTOR, FERNANDO “Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia”. En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Madrid. Editorial Bosch. 2019

²⁷⁷ CUENA CASAS “Evaluación de...” (op. Cit.) “Sin embargo, si algo ha puesto de manifiesto la crisis financiera actual es la ineficiencia del planteamiento de dejar solo en manos del supervisor el control del sistema financiero y mucho menos la tutela del consumidor. Los organismos supervisores no han actuado. Y ello tiene cierta lógica —aunque no justificada— porque las infracciones de la regulación son sancionadas, principalmente con multas, que pueden comprometer la solvencia de las entidades, que a su vez son impuestas por la entidad que pretende garantizar su solvencia. (...) o se entra en el ámbito contractual o no se habrá avanzado nada en este terreno. La protección del consumidor solo puede tutelarse directamente (no como mero reflejo de la tutela pública de la estabilidad del sistema financiero), desde su propio contrato celebrado con la entidad financiera.”

²⁷⁸ Ya que parte de la transposición se deja al desarrollo reglamentario, como recoge el propio preámbulo. La transposición completa se produce con la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, y el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, aunque la materia de la evaluación de la solvencia no ha sido desarrollada ni se ha introducido ninguna novedad al respecto.

²⁷⁹ Recoge dicho informe: “Desde esta perspectiva y como resulta de los apartados 4 a 6 del apartado IV.A) del presente dictamen, procede concluir que el anteproyecto debe completarse en aquellos aspectos cuya regulación no contiene y respecto de los cuales se introduce esencialmente una habilitación al desarrollo reglamentario. Han de incorporarse, pues, al texto proyectado, las líneas esenciales del régimen jurídico aplicable a materias tan relevantes como las relativas a la información precontractual o a la tasa anual equivalente (para las cuales, además, se prevé un grado máximo de armonización en los términos del artículo 2 de la Directiva 2014/17/UE), a los requerimientos de información en materia de

Primero, conlleva una especial mención el Preámbulo, que, atendiendo a la Directiva, señala “*Dichos considerandos ponen de relieve, además, la asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el prestamista y el prestatario, que no queda salvada por el simple hecho de proporcionar al cliente información y advertencias. Se exige, por tanto, a la parte que domina la relación que, **como profesional, tenga un plus de responsabilidad** en su comportamiento hacia el prestatario.*” Se empieza así, reconociendo la necesidad y el deber de establecer ese “plus”, ese aumento en la responsabilidad del prestamista, por lo que entendemos que de algún modo se debe materializar respecto a la situación normativa anterior.

Y continuando por el articulado, recordar que el artículo 3 establece el **carácter imperativo** de las disposiciones de esta ley —salvo aquello en que se permita disposición—, siendo nulo de pleno derecho los actos realizados en fraude de ley o la renunciar previa de los derechos reconocidos.

En cuanto a la definición de “evaluación de la solvencia”, su artículo 4 en el apartado 16, recoge prácticamente la misma otorgada por la Directiva en su artículo 17.4: *la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de préstamo.*

Respecto a los principios de actuación en toda la actividad relacionada con la concesión de préstamos, recordar que se establece que los prestamistas actuarán de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios. Al igual que preveía la Directiva, se recoge que en la concesión de préstamos, “*las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que este haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo*”.

La obligación de evaluar la solvencia se recoge expresamente en el artículo 11, estableciendo que tendrá en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad²⁸⁰ del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo. Como novedad, se incluye la necesidad de evaluación de la solvencia no sólo de los

publicidad y para prestamistas e intermediarios a la evaluación de la solvencia o a la tasación de bienes inmuebles.”

²⁸⁰ Se cambia aquí el término “perspectiva” de la Directiva por “capacidad”.

prestatarios, sino también de los fiadores y garantes, hecho que es de agradecer desde un punto de vista de la responsabilidad en la concesión de préstamos^{281,282}.

Además, como recogimos anteriormente, se incorpora también como novedad, mediante la disposición adicional séptima, que cuando un empresario, con ocasión de la transmisión del inmueble vaya a **subrogar al comprador**, debe comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, para que este pueda realizar el necesario **análisis de su solvencia** y dar cumplimiento de la información precontractual y resto de obligaciones que le incumban conforme a esta ley o reglamentos de desarrollo, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria.

Continúa el mencionado artículo 11 señalando los factores a tener en cuenta en la evaluación, que son “entre otros”, la situación de empleo, los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos²⁸³. Asimismo, se valora el nivel de ingreso tras la jubilación si parte sustancial del préstamo se abona con posterioridad a finalizar la vida laboral, acogiendo así lo dispuesto por el considerando 55 de la Directiva, aunque tal previsión ya se acogía en la Orden de 2011.

Para ello, el apartado segundo establece que se deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de la solvencia, debiendo ser estos procedimientos revisados y supervisados por el Banco de España o autoridad competente correspondiente de la Comunidad

²⁸¹ Esta necesidad había sido puesta de manifiesto, entre otros, por GALVEZ CRIADO, A. “Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.144/2016 parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016: “*el objetivo primordial debe ser la protección del cliente, de manera que, en interés de éste, un préstamo que deba contar con garantías personales prestadas por terceros solamente será responsable si estas garantías cumplen su finalidad propia de refuerzo de la posición del acreedor prestamista, y eso solamente puede ocurrir si las garantías son efectivas, al menos al tiempo de su constitución. En este sentido, uno de los «deberes de prestar responsablemente» consistiría en aceptar únicamente garantes solventes tras una rigurosa evaluación.*”

²⁸² Sólo existía una ligera mención a los garantes en el art. 18.2 de la Orden de 2011. Sí que se preveía ya la evaluación de fiadores y avalistas en el art. 13 de la *Ley 3/2016, de 9 de junio (LAN 2016, 193)*, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, de Andalucía.

²⁸³ Se podría completar dicha previsión con lo expuesto en la Circular 5/2012, en el anejo 6 donde expone los principios rectores de un préstamo responsable, donde figura que en ningún caso la renta disponible resultante tras atender el servicio de sus deudas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario.

Autónoma. Como novedad en la Ley, se incorpora que **el coste de estos procedimientos en ningún caso podrá repercutirse al potencial prestatario.**

Sobre este añadido, cabría preguntarse cuál es realmente su significado, si es que tiene algún valor añadido esta incorporación. Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017) da por hecho que los gastos que conlleva la evaluación de la solvencia son repercutidos o cobrados al cliente mediante la comisión de apertura^{284,285}. Si observamos cómo se define en el artículo 14.4 de esta Ley 5/2019, se expresa que “*Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo.*”

Resulta claro que, si tras estos trámites previos no se concede el préstamo, no se le cobra comisión ni gasto alguno al cliente, cuestión asentada en la actualidad, ya que con normalidad las entidades asumen estas actividades, pudiendo conllevar ciertos problemas o inconvenientes el hecho de cobrar cuantías a todos los interesados en solicitar un préstamo. Es con posterioridad, una vez se va a celebrar el contrato, cuando se incorporan estos gastos como comisión de apertura.

Pero con esta previsión que recoge la Ley, que establece expresamente que “en ningún caso” el coste por dicha evaluación se les podrá repercutir, cabe plantearse si debe excluirse los conceptos relacionados por la evaluación de la solvencia para determinar la cuantía de la comisión de apertura. Según el sentido de esta previsión del artículo 11, parece ser que la respuesta debería ser que afirmativa, que debe quedar excluido y no cobrarse en ningún caso, ya que, de lo contrario, quedaría vacío de contenido tal previsión. Ahora bien, ¿Cómo se podría realizar esa exclusión? ¿Cómo se verifica que efectivamente no se le cobra o repercute dichos gastos?

²⁸⁴ Señala esta sentencia en el Fundamento tercero, apartado 18: “*En segundo lugar, no puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo.*”

²⁸⁵ Entiende el Tribunal que no nos encontramos ante una repercusión de gastos, sino el cobro de un servicio prestado: “*10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.*”

El asunto parece complicado debido a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, en donde viene a avalar la posibilidad de cobrar un tanto alzado, o un porcentaje del capital, sin que sea necesario justificar ni acreditar qué conceptos concretos se cobran o la cuantificación de estos trámites previos que efectivamente se hayan realizado²⁸⁶, por lo que resulta prácticamente imposible verificar que no se cobre al prestatario por tales conceptos. Además, el Tribunal Supremo veta toda posibilidad de control de abusividad, al considerar dicha cláusula como parte de la obligación principal —forma parte del precio del prestatario, recogiénose para calcular el TAE—, así como al tratarse de la adecuación entre el precio y un servicio —el pago por los trámites previos que realiza el banco—, por lo que salvo que se acredite una falta de transparencia, no se permite el control de abusividad, y dicha falta de transparencia parece complicada, ya que el propio Tribunal se encarga de señalar que todo el mundo conoce de antemano la comisión de apertura que tiene que abonar, y que, como se ha dicho, forma parte del TAE, que es el elemento que los prestatarios usan para comparar préstamos.

Por ello, en la práctica, parece complicado que esto tenga algún cambio, ya que el prestamista seguirá cobrando la misma cuantía o porcentaje por la comisión de apertura que ha venido cobrando hasta ahora con normalidad, y no se podrá comprobar si ahí va incluido o no los gastos por la evaluación de la solvencia.

Continuado con el contenido del artículo 11, recoge el apartado tercero la previsión de que la evaluación de la solvencia **no se basará predominantemente en el valor de la garantía** que exceda del importe del préstamo, o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial, recogiénose así en los mismos términos fijados por la Directiva. Supone así una matización o refuerzo extra a lo fijado por la Orden de 2011, en donde se preveía que la concesión de préstamos no se fundamentaría “exclusivamente” en el valor esperado de la garantía. Así, ya no sólo es que simplemente se tengan en cuenta otros factores aparte

²⁸⁶ El hecho de no acreditar o justificar los concretos servicios efectivamente realizados y prestados, era uno de los elementos fundamentales que usaban los jueces y tribunales para declarar abusiva la comisión de apertura, como el caso de la AP en la sentencia del Pleno del TS. Dicho Alto Tribunal no comparte este argumento (vid. nota 284).

del valor del inmueble, sino que dicho valor no debe ser el que predomine sobre el resto de datos financieros y económicos del potencial prestatario²⁸⁷.

El apartado cuarto establece que una incorrecta evaluación de la solvencia, o si la información suministrada fuese incompleta, no dará lugar a **la resolución, rescisión o modificación** del contrato²⁸⁸, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información²⁸⁹. Sobre dicho precepto, al igual que ocurre con la Directiva en sus artículos 18.4 y 20.3, llama la atención la inexistencia de reciprocidad en las consecuencias de actuar irresponsablemente, al no habilitar ni referir ninguna sanción o medida en caso de que el prestamista no actúe debidamente. Sí que se previeron en la tramitación parlamentaria de esta Ley algunas enmiendas estableciendo sanciones y medidas frente al prestamista incumplidor de sus obligaciones, que hubiesen dado una respuesta más adecuada a tales eventos:

ENMIENDA NÚM. 99 FIRMANTE: Grupo Parlamentario Socialista

Al artículo 9, apartado 4. De modificación.

Se modifica el primer párrafo del apartado 4, con el siguiente contenido:

«4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el

²⁸⁷ Resulta así más acorde con lo fijado en la Circular 5/2012, en donde en los principios que rigen el préstamo responsable de su anejo 6, señala en su primer punto que “Los criterios de concesión de operaciones deberán vincularse con la capacidad del prestatario para cumplir con sus obligaciones, basándose en las rentas habituales del prestatario, sin depender de avalistas, fiadores o activos ofrecidos en garantía, que deberán ser siempre considerados como una segunda y excepcional vía de recobro.” Completándose con el punto tercero donde fija “Se debe contar con una política de concesión de préstamos que establezca una prudente relación entre el importe del préstamo y el valor de la garantía, sin tener en cuenta posibles revalorizaciones. Se incide en que esta ponderación no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor conforme al primer punto.”

²⁸⁸ Se añade respecto a la versión española de la Directiva el término “resolver”, incorporado a raíz de enmiendas al Proyecto de Ley. En la versión en inglés la Directiva usa el término “terminate”, que a veces en español se traduce como rescindir o como resolver.

²⁸⁹ Habría que atender como señala SÁENZ DE JUBERA HIGUERO “Evaluación de la solvencia...” (op. Cit) “*debe entenderse también como una exigencia de que, para que cupiera esa rescisión contractual, esa falsedad u ocultación se refiera a datos pertinentes sobre la solvencia del consumidor, y no cualquier dato; e igualmente cabe entender exigible que realmente esa falsedad u ocultación hubieran alterado (de haberse conocido previamente el dato) el resultado de la evaluación de solvencia del consumidor, pues de lo contrario tal rescisión no tendría ninguna justificación.*”

prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información. En caso de que no haya concurrido dicha ocultación o falsificación, la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista, con independencia de las sanciones administrativas que procedan, generará una exoneración total de los intereses remuneratorios pactados y, en caso de mora, una exoneración total de los intereses de demora».

ENMIENDA NÚM. 186 . FIRMANTE: Grupo Parlamentario Ciudadanos

Al artículo 9. De modificación.

“8. Sin perjuicio del régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes de la presente ley, cuando el deudor se vea imposibilitado de devolver el préstamo por circunstancias que estaban presentes y eran previsibles en el momento de su concesión, podrá oponerse a la reclamación realizada por el prestamista alegando, en su caso, el incumplimiento por éste de la obligación de evaluar la solvencia o la concesión del préstamo existiendo test negativo.

En este caso, el juez acordará la pérdida del derecho del prestamista al cobro de los intereses remuneratorios y moratorios, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia corresponderá al prestamista.”

Sin embargo, y consecuencia de los devenires —e incongruencias— políticas, dichas enmiendas no fueron finalmente aprobadas²⁹⁰.

²⁹⁰ CUENA CASAS, MATILDE “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. *Actualidad Civil*, Marzo 2019, Editorial WOLTERS KLUWER: “Pues bien, el PSOE retiró la enmienda y la mantuvo el Grupo Parlamentario de Ciudadanos votándose como enmienda n.o 182. Curiosamente el PSOE vota en contra de algo que primero defendió. La votación se perdió por UN VOTO: 165 votos a favor y 166 en contra (28) . Tal y como consta en los resultados de la votación, la enmienda fue apoyada por Ciudadanos, Partido Popular, Grupo Parlamentario Mixto, un diputado de Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos. Sorprendentemente la votación se pierde por la votación en contra de una diputada del Partido Popular y por no acudir a votar una diputada del Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Bastan dos votos para que el sistema de préstamo hipotecario responsable no prospere. Lo que el PSOE defendió cuando lo proponía su partido, es votado en contra cuando lo propone otro. Así nos va cuando falta sentido de Estado y solo prevalecen los intereses partidistas.”

De la transposición del artículo 18.5.a) de la Directiva, se limita la Ley en el apartado 5º del artículo 11 a transcribir lo referido por dicho precepto²⁹¹: “*El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.*” Lo que conlleva que se planteen dudas de si se puede conceder el préstamo aun siendo la evaluación negativa, protegiendo así el principio de libre contratación, o esto supone algún tipo de prohibición o limitación a dicha libertad de contratación, y qué efectos provocaría su incumplimiento. Este asunto del incumplimiento será tratado con posterioridad con mayor profundidad.

En caso de **negativa de concesión**, el apartado sexto recoge el deber de informar sin demora al prestatario, añadiendo como novedad que debe realizarse por escrito, así como la necesidad de informar al fiador o avalista si lo hubiere. Además, se recoge la necesidad de **motivar** dicha negativa, siendo así la primera vez que se impone este deber de motivación a los prestamistas²⁹². En caso de que la negativa se base en la consulta de una base de datos, se entregará copia del resultado, informándole del mismo, y de los pormenores de la base de datos “*como son el nombre, el responsable, así como del derecho que le asiste de acceder y rectificar, en su caso, los datos contenidos en la misma*”.

Y, por último, se recoge en el apartado séptimo del artículo la necesidad de **reevaluar** la solvencia ante un aumento significativo del importe del préstamo, salvo que dicho aumento ya se hubiese tenido en cuenta en la valoración inicial²⁹³.

Acerca de la **información a obtener** para realizar dicha evaluación, el artículo 12 establece que los prestamistas especificarán de manera clara y directa en la fase precontractual la información necesaria y las pruebas, comprobables independientemente, que el potencial prestatario deberá facilitar, así como el marco

²⁹¹ Más categórica era la versión de la Propuesta de Directiva de 2011 “*Los Estados miembros velarán por que: a) Siempre que la evaluación de la solvencia del consumidor arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia del contrato, el prestamista deniegue el crédito.*” En opinión e ÁLVAREZ OLALLA “la obligación...“(op. Cit.), cambio intencionado a favor de no restringir de manera tan directa la libertad de contratación.

²⁹² En efecto, como señala el Banco de España en la Memoria de 2017, no existe con la normativa anterior ninguna norma de transparencia que en caso de denegación exija a la entidad que informe sobre las razones que le llevaron a la decisión de denegación, más allá de informar del resultado de los ficheros consultados

²⁹³ Igual se recogía en el Anejo 6 de la Circular 5/2012, aunque en éste se añade no sólo un aumento de capital, sino también en los casos de aumento del plazo.

temporal para su presentación, debiendo ser esta información proporcionada y limitada a lo necesario para realizar la evaluación, y con respeto a la normativa de protección de datos.

A diferencia de cómo se prevé en la Orden de 2011²⁹⁴, se establece el **deber** de los prestamistas **de consultar el historial crediticio** del cliente, acudiendo a la Central de Información de Riesgos del Banco de España, así como a alguna de las entidades privadas de información crediticia, todo ello con los requisitos y garantías previstas en materia de protección de datos. Se establece además que, una vez concedido el préstamo, se podrá comunicar a las oficinas privadas de información crediticia: *“importe original, fecha de inicio, fecha de vencimiento, importes pendientes de pago, tipo de préstamo, garantías existentes y valor al que estas alcanzan, así como cualquier otro que establezca a persona titular del Ministerio de Economía y Empresa.”*.

Se advertirá también a los prestatarios de que cuando no se haya podido realizar la evaluación de la solvencia debido a que éste haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevarla a cabo, **el préstamo no podrá concederse**. Así, parece incidir en el carácter necesario de llevar a cabo la evaluación, como requisito previo para conceder el préstamo.

El artículo 13 establece por su parte la necesidad de que los inmuebles aportados en garantía sean objeto de una **tasación adecuada**²⁹⁵, pudiendo llevarse a cabo por una sociedad de tasación, por un servicio de tasación de una entidad de crédito, o por un profesional homologado, debiendo ser independiente del prestamista, y utilizando normas fiables y reconocidas internacionalmente.

El artículo 18 regula la **política de remuneración** del personal responsable de la evaluación de la solvencia, debiendo ajustarse a una serie de principios como son, al igual que preveía la Directiva, que no se ofrecerá incentivos por asumir riesgos que rebase el tolerado por el prestamista, y que se deben tomar medidas para evitar los conflictos de intereses, no debiendo ser la remuneración dependiente de la cantidad o proporción de solicitudes aceptadas²⁹⁶.

²⁹⁴ Se establece en dicha Orden la posibilidad de consultar al CIRBE o ficheros de solvencia patrimonial, pero no se configura como un deber. Igualmente, en la Directiva tampoco se prevé esta obligación, señalando únicamente en su considerando 59 su utilidad.

²⁹⁵ Se recogía ya en la Orden de 2011 la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés

²⁹⁶ Previsión similar a la recogida en la Circular 5/2012 en su anejo 6, donde se fijaba la obligación de establecer unos criterios de remuneración de las personas encargadas de la comercialización de estas

Se recoge que los procedimientos internos deben fijar previsiones detalladas que muestren los objetivos que inciden en la retribución o incentivos, debiendo ser compatibles con el tiempo necesario para realizar una evaluación adecuada e informar correctamente al prestatario. Dichas **políticas y procedimientos internos deberán recogerse por escrito, y ponerse a disposición de la autoridad** competente si se les solicita.

Añade esta Ley una previsión a este respecto, estableciendo en el apartado cuarto que *“dichos procedimientos establecerán medidas detalladas para evitar que alguno de los siguientes factores sea el de mayor ponderación en la remuneración: un tipo determinado de contratos de préstamo, de tipos de interés o de servicios accesorios”*. Esta regulación, al incluir la expresión *“sea el de mayor ponderación”*, ha sido criticada al habilitar a los prestamistas que tengan en consideración esos factores para aumentar la remuneración, siempre que no sea la parte predominante del salario²⁹⁷, lo que podría ir en contra del considerando 35 de la Directiva en donde establece que no se debe estructurar las políticas de modo que incentiven —con independencia de que tengan mayor o menor incidencia— a celebrar un número o tipo determinado de contratos²⁹⁸.

operaciones que incentiven el cumplimiento de estos principios y que no promueva el mero incremento incondicionado de contrataciones.

²⁹⁷ Así, respecto a la versión del Proyecto de Ley, AGÜERO ORITZ, A. “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario” *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, Nº. 42 (diciembre), 2017, pág. 2.: *“Sin embargo, nuestro PLCCI no adopta esta postura y da carta de validez a las retribuciones por objetivos ligados a estos ítems, consolidando el conflicto de intereses entre el personal y el cliente. El art. 16.4 PLCCI tan solo exige que la remuneración por alguno de los conceptos expuesto no sea la de «mayor ponderación» en la retribución, por lo tanto, bastará que el empleado tenga un sueldo base de 800€ y reciba incentivos por 200€ por colocar un determinado producto accesorio, por ejemplo, para que la práctica fuera perfectamente válida, sin que ello comporte un conflicto de interés para el PLCCI. Nos parece, cuando menos, desafortunado y esperamos que en trámite parlamentario se prohíba, sin más, la retribución de los empleados por cualquiera de estos objetivos que inexorablemente comportan un conflicto de interés con el potencial prestatario”*

²⁹⁸ Igualmente, se mereció de este modo la crítica del Consejo de Estado, en su informe de 14/09/2017: *“El Consejo de Estado comparte las dudas manifestadas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en cuanto a la adecuación de la redacción proyectada a la Directiva (y, en particular, a su artículo 7.3, que se incorpora en el apartado 2 del precepto comentado), ya que las remuneraciones del personal encargado de la evaluación de la solvencia quedan vinculadas a otros objetivos que no son estrictamente los del control del riesgo de las operaciones, aun con la matización de que estos objetivos no sean los de mayor ponderación. Y de ahí que se considere acertada la sugerencia de que, para evitar la introducción de incentivos que supongan un riesgo para la objetividad en la valoración de las operaciones por este personal, se vinculen, siquiera de modo genérico, los incentivos retributivos a los objetivos de solvencia alcanzados por el prestamista (de modo que la percepción de incentivos se hiciese depender de que los índices de morosidad no aumentaran, descontando la incidencia del ciclo económico).”*

Respecto al carácter de las normas previstas recogidas, así como de las normas de desarrollo de las mismas, como ya hemos recogido anteriormente, señala el artículo 44 que tienen el carácter **de normas de ordenación y disciplina**, estando sometida su cumplimiento a la **supervisión del Banco de España** o autoridad competente de la Comunidad Autónoma, conforme indica el artículo 43. Así, su incumplimiento está sometido al régimen sancionatorio administrativo previsto por la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*.

E importancia tiene la disposición final decimoquinta, que establece que el Gobierno podrá dictar disposiciones para el desarrollo de esta Ley, con el objeto de transponer completamente la Directiva, debiendo realizarse en un plazo de 6 meses. En concreto, en este ámbito que estamos tratando, señalar las relativas a:

“e) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

f) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.

g) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del potencial prestatario, así como el acceso a bases de datos, garantizándose que se haga en condiciones de no discriminación.

h) Las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario.”

Especial relevancia tiene el último punto, respecto de los efectos que conlleva la evaluación de la solvencia. Se ha desaprovechado la oportunidad de exponer los efectos que conlleva todo lo relacionado con la evaluación de la solvencia en esta ley, de manera que se podría establecer qué ocurre cuando no se lleva a cabo, qué consecuencias tiene cuando no se realiza correctamente, o incluso cuando se concede aun habiendo obtenido un resultado negativo en la evaluación, cuestiones que sí aparecen recogidas en otros ordenamientos, y que hubiera sido recomendable incluir en dicha ley²⁹⁹, para así poder dotar de efectividad a esta materia, imponiendo así sanciones en casos de contravención que sean efectivas y disuasorias, como ordena la Directiva.

²⁹⁹ ÁLVAREZ OLALLA, MP “La obligación...” (op. Cit)” *dudo de que la norma reglamentaria sea la adecuada para establecer tales limitaciones a la libertad de contratación, del mismo modo que la norma reglamentaria no debe establecer sanciones que incidan en la relación contractual, pues tal materia tiene reserva de ley (art. 53 CE).*”

Para concluir con este apartado, hay que mencionar que en el Proyecto de dicha Ley se preveía que la Orden EHA/2899/2011 y sus normas de desarrollo estarían vigentes hasta la entrada en vigor de las nuevas disposiciones reglamentarias que desarrollen esta Ley, en lo que no resulten incompatibles. Finalmente, la disposición transitoria que preveía esto quedó derogada mediante una de las últimas enmiendas³⁰⁰.

Aunque habría que plantearse si resulta derogada implícitamente o no las disposiciones recogidas tanto en la Orden, como en la Circular —e igualmente en la Ley de Economía Sostenible de 2011—, respecto a la absoluta libertad que establecen respecto a la libertad de contratación en relación con la evaluación de la solvencia, y lo dispuesto en la Ley 5/2019 acerca de que el prestamista “sólo pondrá el préstamo a disposición” si el resultado de la evaluación es positivo, con las consiguientes consecuencias que de ello puede derivar, como se verá posteriormente.

De hecho, significativa es la Sentencia de 24 de mayo de 2018 del Tribunal Constitucional (rec. 5359/2015), que declara inconstitucional el precepto del Código de Consumo Catalán 263-2.4 que establecía que *“El prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestamista debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito”*, al establecer que se opone a lo dictado por la normativa estatal, sin que la Comunidad Autónoma tenga competencias para establecer tal prohibición.

Bajo nuestro punto de vista, con la incorporación en la Ley 5/2019 de lo dispuesto por la Directiva, poca diferencia hay entre la disposición catalán que establece “no puede conceder”, a la española actual que dispone que “sólo pondrá el préstamo a disposición”, más allá de cierta dulcificación gramatical.

Sin embargo, no parece tan determinante la transposición italiana en el art.120-undecies TUB, donde expresa *“Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una valutazione approfondita del merito creditizio del*

³⁰⁰ Se ha publicado en el BOE con fecha de 29 de abril de 2019 el “Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera” y la “Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.”, que como se indicó, tienen como objeto transponer completamente la Directiva europea y desarrollar determinados aspectos de la Ley 5/2019. A pesar de este desarrollo e incorporación de disposiciones derogatorias, nada se añade respecto a los efectos de la obligación de evaluar la solvencia, llamando la atención que nada se diga acerca de la derogación de determinados aspectos en relación con la evaluación de la solvencia, suscitando las incertidumbres conforme se exponen en este apartado.

consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti e proporzionate e opportunamente verificate.” No obstante, la doctrina italiana entiende igualmente que se prohíbe la concesión si la evaluación es negativa, por remisión a lo dispuesto de modo genérico en el art. 120-septiesdecies al establecer la obligación del prestamista de actuar con profesionalidad.

De hecho, si atendemos al tratamiento que recibe la previsión del artículo 8.1 de la Directiva 2008 de Crédito al Consumo, la cuestión parece más clara. En este artículo no se recoge como en la Directiva 2014 que “sólo pondrán el préstamo a disposición” en caso de evaluación negativa, sino que se limita a establecer la obligación de evaluar la solvencia³⁰¹. Y a pesar de ello, resulta muy claro lo recogido sobre este precepto en las conclusiones de la Abogada General de 14 de febrero de 2019, en su apartado 77: ***“La Comisión señala acertadamente que la obligación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48 carecería de sentido si el prestamista también pudiera celebrar un contrato en caso de una evaluación negativa”.***

En todo caso, y, en definitiva, no se trataría de conculcar el principio de libertad de contratación ni restringirlo, sino de establecer un sistema preventivo y eficaz, que en caso de contravención, conlleve una adecuada sanción o responsabilidad del prestamista, que sin suponer una limitación a la libertad de contratación, logre evitar la concesión irresponsable de préstamos³⁰².

³⁰¹ Recoge el precepto: *Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación.*

³⁰² En igual sentido, ÁLVAREZ OLALLA, MP “La obligación...” (op. Cit.) “El genuino interés que debe perseguir una correcta regulación de esta cuestión no es proclamar o no la existencia de una prohibición, sino establecer un sistema sancionatorio suficientemente disuasorio, que anude unas consecuencias jurídicas a la concesión irresponsable de préstamos, establecidas de tal modo que tengan un auténtico efecto preventivo. De poco nos vale una normativa que, de un modo más o menos enérgico, prohíba la concesión del préstamo en caso de evaluación negativa, si la contravención no trae consigo una consecuencia cuya imposición tenga un impacto significativamente negativo para el prestamista”

C) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

1.-Consideraciones generales

De enorme transcendencia resultan los efectos que estas normas pueden tener en caso de incumplimiento o inobservancia, ya que estos efectos determinarán la mayor o menor eficacia que tienen este tipo de normativa.

Parece claro, conforme a lo expuesto hasta ahora, que la obligación de evaluar la solvencia es un deber de gran importancia en el ámbito de la contratación de préstamos hipotecarios, y así ha sido reconocido respecto de la *Directiva 2008/48 de Crédito al consumo* por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 9 de noviembre de 2016 (asunto C-42/15), que ha venido a reconocer que es una **obligación que reviste una importancia esencial** en el contexto de la Directiva 2008³⁰³, por lo que igualmente, o con mayor motivo aún por las implicaciones que conlleva, tiene esencial importancia en los préstamos hipotecarios.

Veamos cómo aparece recogido estos posibles efectos en la normativa mencionada y las consecuencias que se establecen al respecto, para lo que tenemos que traer a colación algunos de los preceptos anteriormente mencionados.

En principio, como hemos visto, parece claro que el incumplimiento de toda esta normativa supone una infracción administrativa, que tiene su correspondiente sanción administrativa. Así, tanto la Orden referida de 2011, como la Ley 5/2019 señala que lo previsto en esa orden tiene el carácter de **normativa de ordenación y disciplina**, estando sometido al régimen disciplinario sancionador fijado por la *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*. Pero lo que no está tan claro, es los efectos a nivel civil, contractual, que pueden generar este tipo de incumplimientos³⁰⁴. En este punto, es interesante atender a la regulación que hace la

³⁰³ Se puede comprobar de la lectura de los párrafos 64, 65, y 69 de dicha sentencia.

³⁰⁴ Ninguna consecuencia contractual entendían que conlleva, al menos con la regulación anterior a la Ley 5/2019, DE LA PEÑA y LÓPEZ-FRÍAS “Crédito responsable: Un nuevo concepto en nuestro ordenamiento” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 130: “*Creemos que el análisis debe realizarse desde el punto de vista de la finalidad de la norma. En este sentido, los artículos mencionados en el párrafo anterior confirman que las normas de crédito responsable no pretenden crear derechos individuales que sean parte integrante de los contratos y cuyo incumplimiento pueda ser alegado por parte del cliente para resolver el contrato en base al artículo 1124 del Código Civil, sino que son unos principios generales a los que se tienen que ajustar las entidades prestamistas a la hora de conceder préstamos, y cuyo cumplimiento está sujeto a verificación por parte del Banco de España en el caso de las entidades de crédito. Son normas prudenciales que pretenden evitar los conflictos de interés de las entidades en colocar sus productos financieros a los clientes «sin importar cómo» y reducir la asimetría de información que existe generalmente entre la entidad prestamista profesional y el cliente persona física.*” Aunque no descartan la aplicación del error o dolo en la contratación “otra cuestión distinta sería

propia normativa, para ver si se establece alguna consecuencia material de los deberes impuestos, ya que, en caso contrario, tendríamos que acudir a las normas generales de nuestro ordenamiento.

Partiendo así de la regulación recogida, tanto la LES 2011, la Orden EHA/2899/2011, así como la Circular 5/2012 recogen expresamente en su articulado el principio de libertad de contratación. Así, significativo es lo expresado en la mencionada Orden de 2011, donde se señala que *“La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la **libertad de contratación** que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, **en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes.**”*

Como se puede comprobar, se recoge y protege el principio de la libertad de contratación, a la vez que supone una regulación un tanto “benévola” sobre la mala práctica de las entidades, o al menos, recoge expresamente la nula trascendencia que este deber comporta, siendo así más una obligación de conducta formal, dejando la plena libertad a la entidad para decidir si decide o no conceder el préstamo, sin que “en ningún caso” lo ocurrido en relación con esta evaluación de la solvencia pueda trascender a la validez o eficacia del contrato.

A pesar de la dicción literal que establece que “en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia”, entendemos que eso sólo va referido a que si se practica una evaluación defectuosa, o si el resultado debiera ser negativo y se concede el préstamo, no va a implicar en ningún caso la automaticidad de la nulidad o ineficacia del contrato, pero sin embargo, no obstaría en ningún caso a que estos hechos pudieran ser determinantes de cara a una posible anulabilidad por error o vicio del consentimiento, con arreglo a las reglas generales de la contratación, como se mencionará posteriormente, más aún con la entrada en vigor de la nueva Ley.

Sobre este respecto, hemos visto cómo la Directiva de 2014 señala en su considerando 20 la necesidad de que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean “más estrictas” que las vigentes en relación al crédito al consumo. Por tanto, a este pronunciamiento que se realiza desde Europa tenemos que otorgarle un

aquella en que la entidad prestamista decidiera seguir adelante con un contrato de crédito a sabiendas de que no es adecuado para el cliente y sin comunicárselo a éste. En este caso, entendemos que el cliente tendría sólidas bases para alegar error (o incluso dolo) en el consentimiento para resolver el contrato en base al artículo 1265 del Código Civil.”

sentido. Y como hemos señalado, la Ley 5/2019 se ha limitado a transcribir lo expuesto por la Directiva, recogiendo que “*el prestamista sólo pondrá el préstamo a disposición...*” Pero sin embargo, no establece ninguna consecuencia o efecto en caso de contravención³⁰⁵, por lo que hace plantear la duda de si estamos ante una norma de carácter imperativo que podría conllevar la nulidad en caso de contravención³⁰⁶. E igualmente, guarda silencio sobre las consecuencias de una evaluación negativa respecto de los fiadores y garantes, obligación impuesta por el propio artículo 11 de la Ley³⁰⁷.

Es cierto que en el artículo 12.3, al mencionar que, si no se puede evaluar la solvencia por la voluntad del prestatario, no aportando los datos necesarios, parece hacer ver que este trámite es un requisito esencial, sin el cual no se puede otorgar el préstamo. Pero, sin embargo, entendemos que esto es más un mecanismo de seguridad, y un modo de implicar también a los prestatarios en el deber de colaboración necesario para un préstamo responsable. Pero no parece ser la nulidad en caso de incumplimiento o falta de diligencia en lo relativo a la evaluación de la solvencia, la intención querida por el legislador, ya que de ser así lo habría previsto³⁰⁸, teniendo en cuenta además que

³⁰⁵ Igual ocurre en otros países, como Italia, Reino Unido o Irlanda, que, a pesar de establecer sanciones administrativas en caso de contravención, guardan silencio sobre los posibles efectos civiles.

³⁰⁶ SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA “Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018. Novedades legislativas y problemas prácticos. 1ª edición 1 enero 2018 Aranzadi. “*Los términos de la norma no aclaran si estamos ante una norma imperativa, en el sentido de establecer una prohibición de conceder el préstamo cuando, a la vista de la evaluación de la solvencia realizada, o pueda garantizarse un cumplimiento posible de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo. La segunda interpretación posible es que, con independencia de la posible responsabilidad en que incurriera el prestamista, la decisión de conceder o no el préstamo está dentro de su libertad contractual.*”

³⁰⁷ GÁLVEZ CRIADO “Los terceros...” (op. Cit) “*Parece claro que lo primero que debería hacer el legislador español es incluir y regular este supuesto en la transposición de la Directiva. Aparte de ello, la respuesta lógica (tanto para el poder hacer como para el deber hacer) debería ser la misma: prohibir al prestamista aceptar a estos garantes, puesto que éstos no están en condiciones de cumplir con la finalidad propia de refuerzo del contrato de garantía que se proyecta. Téngase en cuenta la definición de «evaluación de la solvencia en el art. 4-17) de la propia Directiva: « la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito».*”

³⁰⁸ Se presentaron algunas enmiendas para incorporar la nulidad en caso de contravención, sin que fuesen finalmente aprobadas:

ENMIENDA NÚM. 1 FIRMANTE: Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea

6. Constituirá causa de nulidad del contrato hipotecario la negligencia demostrada que implique la concesión de un crédito hipotecario a deudores sin capacidad de pago, comprobada o evidente.

siempre está ahí presente la idea de no privar la libertad de contratación, siendo éste uno de los pilares de nuestra economía. De hecho, la propia tendencia del Tribunal Supremo, en el caso de la infracción de deberes impuestos al prestamista, es que no conlleve la nulidad por dicha infracción, más allá de que proceda la anulación por error vicio en el consentimiento si se dan los requisitos, como recuerda la Sentencia de 30 de junio de 2015 (rec. 2780/2013)³⁰⁹.

Se argumenta en estos casos en apoyo de la nulidad que se vulnera una norma imperativa constitutiva del orden público, al afectar a la protección de los consumidores, aunque el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018 (asunto C-109/17), argumenta que un contrato no puede ser declarado inválido por el mero hecho de contravenir lo dispuesto en la Directiva 2005/29 de prohibición de prácticas comerciales desleales, igualmente en protección de los consumidores, sino que deja a los Estados Miembros que establezcan las sanciones que correspondan³¹⁰, por lo que igual conclusión se podría llegar en este caso.

La transferencia de la titularidad de los contratos hipotecarios en favor de fondos de titulización o de Inversión será nula cuando los contratos hipotecarios que los constituyen hayan sido concedidos a deudores hipotecarios sin capacidad de pago, comprobada o evidente. Para declarar esta nulidad deberá comprobarse que la transferencia del riesgo de impago a los inversores se ha producido con evidente la intención de causar daño y beneficiarse de operaciones insolventes.

ENMIENDA NÚM. 29 FIRMANTE: Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea

6. La concesión de un crédito o préstamo hipotecario a deudores sin capacidad de pago o suficiente solvencia, conforme a los parámetros establecidos por esta ley, que pueda provocar su insolvencia futura, será considerada actitud negligente del prestamista que constituirá causa de nulidad contrato de crédito o préstamo hipotecario al prestatario.

La transferencia de la titularidad de los contratos hipotecarios a favor de Fondos de titulización hipotecaria o Fondos de inversión será nula cuando se trate de contratos suscritos por prestatarios sin capacidad de pago o suficiente solvencia, una vez quede acreditada que la transferencia de riesgo de impago a los inversores se ha producido con manifiesta intención de beneficiarse con operaciones insolventes.

³⁰⁹ Recoge así dicha sentencia: “Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención (...) Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato”.

³¹⁰ Interesante es respecto de esta Sentencia, que avala el procedimiento de ejecución hipotecaria español, al menos en consideración con dicha Directiva, permitiendo que no se pueda controlar en el mismo la validez del título ejecutivo en relación con las prácticas comerciales desleales, e incluso aunque no

Sí que se recoge expresamente en el artículo 9,4 de la Ley 5/2019 que, si la evaluación se realiza incorrectamente debido a que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente información, **se permite al prestamista la resolución, rescisión o la modificación** del contrato.

No se especifica en el artículo si estas facultades las tiene desde el momento en que descubra la información ocultada o falsificada, o en el momento en que se materialice una situación de impago como consecuencia de dicha información. Entendemos que debe ser en el primer caso, es decir, desde el mismo instante en que el prestamista tenga conocimientos de que se ha ocultado o falsificado la información, ya que, de lo contrario, tener que esperar a que se produzca alguna situación de impago puede generar mayores perjuicios para el prestamista, al poderse encontrar el prestatario en una situación de mayor insolvencia. Igualmente, entendemos que si el prestamista conocía la información ocultada o falsificada, y aun así concedió el préstamo, o aun habiéndola conocido con posterioridad, acepta la situación expresa o tácitamente, perdería en tal caso tales facultades, ya que no se puede admitir que el prestamista actúe con un oportunismo reservándose la facultad de resolver que le prescribe el artículo cuando prevea una situación de impago, hecho que no sería admisible al haber aceptado la situación real del prestatario.

Y especiales dudas suscita la facultad de modificación que el artículo prevé. Se entiende que se faculta a una modificación unilateral del contrato, pero ¿en qué términos? ¿Es una facultad de modificar el contrato que requiere cierta participación del prestatario, o debe ser libre para el prestamista?, ¿o debe estar sujeto en alguna medida? Entendemos que, a falta de acuerdo, el prestamista debería de estar facultado para modificar el contrato ajustando las condiciones del préstamo a aquellas según las cuales le hubiera ofertado, si en el momento originario de la contratación hubiese conocido la información ocultada, o la situación real del prestatario.

Aunque en este último supuesto, se puede dar el caso de que la entidad sólo hubiera admitido conceder por ejemplo la mitad del importe prestado, y esto puede ser que prive de sentido a la finalidad querida por el prestatario, ya que esa cuantía en nada

permita que el juez que conozca del declarativo pueda suspender el procedimiento de ejecución. Entiende dicho Tribunal que, basándose exclusivamente en la Directiva, sólo por dicho incumplimiento no afecta a la invalidez del título ejecutivo, siendo suficiente una indemnización en caso de contravención (considerando 46). Aunque entendemos que, aunque el Tribunal se base únicamente en la Directiva tratada, el juez que pudiera controlar el título ejecutivo podría declarar su invalidez en relación con las normas del derecho general del Cc, pudiendo acarrear las consecuencias indeseadas que recoge en el propio considerando 45 —nulidad del procedimiento de ejecución que sólo permitiría garantizar una protección a posteriori meramente indemnizatoria—.

le resultaría de utilidad. En estos casos, quizás sería más razonable acudir a la resolución del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que deba abonar el prestatario por estos hechos.

Como se expresó anteriormente, sí que llama la atención de que se prevea estas facultades en caso de que el prestatario actúe negligentemente, pero sin embargo nada se prevea para el caso de que el prestamista no realice la evaluación de la solvencia, la realice defectuosamente, o habiéndola realizado correctamente y obteniendo un resultado negativo, decida conceder aun así el préstamo³¹¹.

Pero este hecho no ha sido así en todos los ordenamientos de los Estados Miembros, donde algunas normativas de transposición sí que han otorgado efectos ante estas situaciones, penalizando al prestamista. Veamos algunas de ellas.

Así, en el BGB alemán, sí que se ha traspuesto esta obligación de evaluar la solvencia estableciendo unos determinados efectos por ley en caso de violación de la obligación de solvencia, que son³¹²:

³¹¹ Igualmente crítico con esta falta de previsión de sanciones civiles se muestra MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS “La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario” En CARRASCO PERERA (dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019: “Las sanciones administrativas son insuficientes, pues no son disuasorias, ya que el prestamista tiene más incentivos para incumplir la obligación de evaluar la solvencia que para cumplirla. Todo el régimen instaurado en los arts. 11 y 12 LCCI queda en papel mojado si el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no va acompañado de consecuencias jurídico-civiles en el contrato de préstamo. Sin embargo, la LCCI no contempla ninguna consecuencia de este tipo. Cabe sostener, por ello, que el legislador español ha incumplido la DCCI, pues las sanciones contenidas en la LCCI (sanciones administrativas) no son efectivas ni disuasorias, como exige el art. 38.1 DCCI.”

³¹² § 505d Verstoß gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung

(1) Hat der Darlehensgeber gegen die Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung verstoßen, so ermäßigt sich

1. ein im Darlehensvertrag vereinbarter gebundener Sollzins auf den marktüblichen Zinssatz am Kapitalmarkt für Anlagen in Hypothekenpfandbriefe und öffentliche Pfandbriefe, deren Laufzeit derjenigen der Sollzinsbindung entspricht und
2. ein im Darlehensvertrag vereinbarter veränderlicher Sollzins auf den marktüblichen Zinssatz, zu dem europäische Banken einander Anleihen in Euro mit einer Laufzeit von drei Monaten gewähren.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des marktüblichen Zinssatzes gemäß Satz 1 ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie gegebenenfalls jeweils der Zeitpunkt vertraglich vereinbarter Zinsanpassungen. Der Darlehensnehmer kann den Darlehensvertrag jederzeit fristlos kündigen; ein Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung besteht nicht. Der Darlehensgeber stellt dem Darlehensnehmer eine Abschrift des Vertrags zur Verfügung, in der die Vertragsänderungen berücksichtigt sind, die sich aus den Sätzen 1 bis 3 ergeben. Die Sätze 1 bis 4 finden keine Anwendung,

-Se **reduce el tipo de interés** pactado al determinado por la propia normativa, distinguiendo según se encuentre el préstamo sujeto a un interés fijo o variable.

-Da **derecho al prestatario a dar por terminado** el contrato en cualquier momento, sin preaviso, y sin tener que compensar al prestamista.

- El **prestamista no puede reclamar por incumplimiento** del prestatario si éste se produjo por circunstancias que, con la debida evaluación, hubiese llevado a la no concesión del préstamo.

Estos efectos no tendrán lugar si el préstamo se hubiese llevado a cabo finalmente con una correcta evaluación de la solvencia. Igualmente, tampoco se aplicará si por negligencia o intencionadamente, el prestatario no suministró la información correctamente.

Como se puede observar, se sanciona con cierta severidad al prestamista, viendo reducido el beneficio obtenido por los intereses, y haciéndole partícipe de la posterior insolvencia del prestatario —en casos en que haya podido advertir esta posibilidad—, privándole de la posibilidad de reclamar el incumplimiento de este en dichos supuestos.

Regulación distinta la podemos encontrar en el supuesto de la transposición francesa, que adopta una posición intermedia, estableciendo sanciones que “pueden” ser impuestas, sin que necesariamente tengan lugar en casos de contravención³¹³:

wenn bei einer ordnungsgemäßen Kreditwürdigkeitsprüfung der Darlehensvertrag hätte geschlossen werden dürfen.

(2) Kann der Darlehensnehmer Pflichten, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, nicht vertragsgemäß erfüllen, so kann der Darlehensgeber keine Ansprüche wegen Pflichtverletzung geltend machen, wenn die Pflichtverletzung auf einem Umstand beruht, der bei ordnungsgemäßer Kreditwürdigkeitsprüfung dazu geführt hätte, dass der Darlehensvertrag nicht hätte geschlossen werden dürfen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung, soweit der Mangel der Kreditwürdigkeitsprüfung darauf beruht, dass der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig Informationen im Sinne des § 505b Absatz 1 bis 3 unrichtig erteilt oder vorenthalten hat.

³¹³ Article L341-27 Code de la consommation:

Peut être déchu du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge, jusqu'à un montant ne pouvant excéder, pour chacun des manquements énumérés ci-après, 30 % des intérêts et plafonné à 30.000 euros, le prêteur qui accorde un crédit : Article L341-27

3° Sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 313-16 à L. 313-18, applicables en matière d'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur.

Article L341-28

-En caso de que no se realice la evaluación de la solvencia, **puede ser privado del derecho al interés, en todo o en parte**, en la proporción señalada por el juez³¹⁴.

-Si en el procedimiento de evaluación no se respetaron las condiciones establecidas por la normativa, el prestamista **puede ser privado de los intereses hasta el límite** del 30% del interés y un máximo de 30.000 euros.

Algunos autores se han mostrado críticos frente a esta laxitud, como VERONIQUE LEGRAND, quien entiende que para impedir que los prestamistas concedan préstamos que se consideren inadecuación tras la evaluación, sería necesario alguna medida más ejemplar, como es la de evitar que puedan acogerse a su derecho de devolución del préstamo, que ha resultado inadecuado³¹⁵.

Y entre otras normativas³¹⁶, destacar la **Suiza**, por poseer una regulación muy estricta con severas consecuencias para el prestamista. Así, en el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001 se establece una serie de criterios muy precisos que el prestamista debe cumplir a la hora de realizar la evaluación de la solvencia. En caso de “violación menor” de lo dispuesto en dicho artículo, el art. 32³¹⁷ prevé que pierde todos los intereses y comisiones, y si no es una

Le prêteur qui accorde un crédit sans réaliser l'étude de solvabilité mentionnée à l'article L. 313-16 peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge.

³¹⁴ Ya estableció el TJUE la adecuación de esta sanción de privación de los intereses en su sentencia de 27 de marzo de 2014, como recuerda en la sentencia de 9 de noviembre de 2016: “A este respecto, el Tribunal de Justicia ha apreciado ya, en la sentencia de 27 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 126), *LCL Le Crédit Lyonnais* (C-565/12, EU:C:2014:190), el respeto de tales límites impuestos al régimen de sanciones establecido por un Estado miembro, concretamente en lo que respecta a la sanción por la privación, en principio total, del derecho a los intereses del prestamista en caso de incumplimiento de la obligación precontractual que el prestamista tiene de verificar la solvencia del consumidor, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Directiva 2008/48 (LCEur 2008, 799).”

³¹⁵ LEGRAND, VERONIQUE “La normativa francesa” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

³¹⁶ Así, por ejemplo, en Bélgica se sigue un sistema similar al francés, al dejarlo a la potestad del juez, señalando la posibilidad de limitar los intereses de demora, y reducir la obligación al pago del montante prestado. Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation: Art 15, y 92: *Sans préjudice des autres sanctions de droit commun, le juge peut relever le consommateur de tout ou de partie des intérêts de retard et réduire ses obligations jusqu'au prix au comptant du bien ou du service, ou au montant emprunté lorsque :*

1° le prêteur n'a pas respecté les obligations visées aux articles 10, alinéa 1er, 11, 11bis, 11ter et 15;

(...) Dans ces cas le consommateur conserve le bénéfice de l'échelonnement des paiements.

³¹⁷ Recoge dicho artículo: “Si le prêteur contrevient de manière grave aux art. 28, 29, 30 ou 31, il perd le montant du crédit qu'il a consenti, y compris les intérêts et les frais. Le consommateur peut réclamer le remboursement des montants qu'il a déjà versés, en application des règles sur l'enrichissement illégitime.

violación menor, **pierde la cantidad de crédito que ha otorgado, incluido los intereses y comisiones**, pudiendo además el prestatario reclamar lo pagado, en base a las normas del enriquecimiento injusto³¹⁸.

Visto así la regulación recogida en la Ley 5/2019, así como las alternativas de otros países, cabe recoger qué consecuencias podríamos atribuir en nuestra legislación a un supuesto en que incumple las previsiones sobre la evaluación de la solvencia.

A pesar de que ningún efecto civil o contractual se prevé para el prestamista en este asunto, a la vista del considerando 22 de la Directiva que requiere que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia **sean más estrictas que las previstas** respecto al crédito al consumo, constituyendo **una obligación de especial importancia**, el deber de los Estados de establecer **sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias**, y el reconocimiento del legislador español de que el profesional tenga un **plus de responsabilidad**, parece necesario que se incorpore algún tipo de consecuencia civil a la infracción de esta obligación de evaluar la solvencia y actuar consecuentemente. Muestra más que explícita de ello es el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, de 29 de octubre de 2011*, que recoge que en el caso de impago, **el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista.**

Por lo que una vez establecida esta necesidad³¹⁹, cabe preguntarse qué tipo de consecuencias se le podría atribuir.

2 Si le prêteur contrevient aux art. 25, 26 ou 27, al. 1, ou contrevient de manière peu grave aux art. 28, 29, 30 ou 31, il ne perd que les intérêts et les frais.”

³¹⁸ Señala ATAMER: “Una omisión de la evaluación con base en los criterios definidos, o la extensión a pesar de un resultado negativo en la evaluación del crédito deben dar lugar a la responsabilidad contractual. A continuación, se afirma, que las disposiciones del Código de Crédito de Consumo Suizo parecen ser las más convincentes. Debido a su carácter radical son las más adecuadas para disuadir a las instituciones financieras de las prácticas de préstamos imprudentes. La violación de las normas deberá implicar la cancelación del crédito en su totalidad o, al menos, de los intereses y gastos. El juez tendrá cierto margen de discreción al analizar el caso en concreto.” ATAMER Y. M., “Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action”, en AA. VV. (Coord. Grundmann, S. y Atamer Y. M.) *Financial services, financial crisis and general european contract law. Failure and challenges of contracting*, United Kingdom, 2011. Traducción libre de JARAMILLO SIERRA, CAMILA “Proportional, effective and dissapative penalties for failure to comply with the principle of the responsible loan.” *Revista E-Mercatoria*, 16(1). 2017.

Los detractores de incluir algún tipo de facultad al prestatario alegan dos inconvenientes principalmente:

-En primer lugar, una desincentivación en la concesión del crédito, que haría que se restringiera y endureciera el acceso al crédito. Ante este argumento, se combate fácilmente haciendo notar cómo en otros países como Francia, o Alemania, que tienen previsiones que penalizan al prestamista, no ha sufrido ningún tipo de empeoramiento o restricción del crédito.

-En segundo lugar, que el prestatario se podría aprovechar de ello, y ello porque nadie como él conoce su situación real de capacidad económica, por lo que sabiendo esto, no tiene sentido que se le atribuya una facultad que le premie si contrata un préstamo sabiendo las dificultades, y luego le exige responsabilidad al prestamista cuando se manifiestan dichas complicaciones. Ante esto, igualmente se pueden aportar argumentos en contra. En primer lugar, la ley nunca ampara el abuso del derecho. Así, ante un supuesto en que el prestatario se ha querido aprovechar de una situación como esta, el ordenamiento no le ampararía, lo que habría que atender según las circunstancias del caso concreto.

Y a esto habría que añadir que el prestatario puede no ser consciente de cuál es su situación financiera real para hacer frente a un préstamo, y especialmente de su capacidad para cumplir con solvencia las condiciones del préstamo que contrata, como por ejemplo ante situaciones de aumento del tipo de interés, si éste es variable, o con mayor incidencia incluso en casos de préstamos en moneda extranjera. Es el prestamista el profesional que domina esta materia y el encargado de tener unos procedimientos internos que sepan y puedan realizar una valoración de la capacidad del prestatario de afrontar el pago en diferentes escenarios, y teniendo en cuenta todos los factores que intervienen, para así poder decidir si tiene suficiente solvencia o no, al menos en las circunstancias de ese momento, para poder hacer frente al préstamo.

Respecto al supuesto en que el prestatario pueda efectuar o reclamar algún tipo de responsabilidad frente al prestamista, habría que aclarar en primer lugar el momento en que dicho prestatario podría efectuar alguna de estas facultades. Entendemos que

³¹⁹ En el mismo sentido, CUENA CASAS, M. “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”. *La Ley Digital*. LA LEY 89/2014 “No basta con establecer tal obligación que — insisto— es de sentido común, sino arbitrar mecanismos que provean a la entidad de información financiera fiable y sobre todo, establecer un régimen de responsabilidad para el caso de incumplimiento cuyas consecuencias se propaguen en beneficio del consumidor en el ámbito contractual”

debe ser cuando se materialice el riesgo que, de haberse realizado la evaluación de la solvencia —en caso de que no se haya realizado—, o de haberse realizado correctamente —si se realizó de manera incompleta o defectuosa—, se habría de haber detectado, y, por tanto, no concedido el préstamo. E igualmente, en aquellos casos en que se concedió a sabiendas de este riesgo, cuando el resultado de la evaluación de la solvencia fue negativo. Se trata así, que **el prestamista se haga responsable del riesgo que ha asumido**, ya que si conociendo o teniendo la oportunidad de conocer una posible situación de insolvencia, concede el préstamo con ese riesgo presente, debe asumir las consecuencias que se puedan derivar de ello³²⁰.

Y no se trataría así de establecer una limitación a la libertad de contratación, siendo libres los prestamistas de conceder los préstamos, pero se les impone que actúen adecuadamente evaluando la solvencia para conocer con exactitud la situación financiera del prestatario, y en caso de que quieran libremente contratar, asuman el riesgo.

También es cierto que puedan existir casos dudosos, que prevean probabilidades de un correcto cumplimiento, pero algunos visos de dificultad de pagos en determinado escenario, que pueda hacer dudar a la entidad, y ante el temor a que se le apliquen algún tipo de penalización, decida no concertar el préstamo. Ante estos supuestos, que concretamos, deben ser aquellos verdaderamente dudosos, y no con un panorama claramente negativo, entendemos que la entidad se podría liberar de responsabilidad si advierte de manera clara y por escrito del riesgo especial existente, y de las posibilidades reales de insolvencia que pueden acontecer, de modo que sea el prestatario el que, a sabiendas de esta situación, decida si quiere asumir este eventual riesgo. Esto garantizaría la libertad de contratación, y la exención del prestamista de los incumplimientos del prestatario, pero abogando por una correcta evaluación de la solvencia y atención en la concesión, aunque si bien es cierto que debe ser tomado con la máxima cautela, de modo que no se convierta en una práctica habitual realizar una advertencia al prestatario de la situación de riesgos, y librarse así el prestamista de toda responsabilidad.

³²⁰ CUENA CASAS, M. “Préstamo responsable...” (op. Cit) “*El riesgo connatural al negocio bancario no puede ser evitado en todo caso. Ahora bien, de procederse a la concesión de un préstamo tras una evaluación negativa de solvencia, las consecuencias de la imposibilidad de pago, no deben ser las mismas que ante un incumplimiento fruto de una evaluación positiva de solvencia. El prestamista no sólo padecerá los efectos del impago, sino que deben producirse efectos adicionales que tengan impacto en la esfera contractual del consumidor, tal y como acontece en otros ordenamientos donde el préstamo responsable es una realidad*”

Para determinar qué efectos se le podría atribuir al incumplimiento, autores como SERRANO FERNÁNDEZ³²¹ han planteado las diversas posibilidades que se podrían barajar: Nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión, pérdida de intereses³²², o modificación por juez, concluyendo que: *“La solución que se adopte debe ser coherente con los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual, donde ni la nulidad, la resolución y mucho menos la rescisión, constituyen la regla general cuando se trata de proteger a una de las partes del contrato. Desde esta perspectiva la sanción de anulabilidad resultaría más adecuada. Sin embargo, presenta el inconveniente de que obliga al prestatario a litigar con los costes que ello conlleva. Además, los efectos restitutorios que el ordenamiento anuda a este tipo de ineficacia pudieran ser muy gravosos para el deudor. Sin duda, la solución que se adopte debe reunir dos características. Primero: debe ser efectiva, proporcional y disuasoria para los prestamistas. Segundo: debe posibilitar las reclamaciones de los prestatarios sin que ello les oblique, al mismo tiempo, a asumir los costes que conlleva un juicio.”*

Por su parte, GÁLVEZ CRIADO³²³, tras analizar la situación exponiendo la posibilidad de que sean normas prudenciales sin implicaciones contractuales, que pueda conllevar la nulidad, o bien la resolución del contrato, concluye que *“Por las razones antes enumeradas –y no por su posible afectación a la libertad contractual: son las normas imperativas las que establecen el marco de la libertad contractual– creemos preferible optar en los tres casos enumerados en el apartado anterior (test de solvencia negativo, ausencia de evaluación o su no constancia y evaluación positiva por negligencia grave) por la permanencia del contrato principal, pero imponiendo al prestamista una sanción tasada y fácilmente calculable, que perfectamente podría ser la pérdida de los intereses moratorios y/o remuneratorios pactados, adoptando*

³²¹ SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA "Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?" En ALBIEZ DOHRMANN, K.MORENO-TORRES HERRERA, M. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. 1ª edición 1 enero 2018 Aranzadi

³²² De hecho, la privación de intereses como sanción ya se preveía en la Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores (Bruselas, 11.9.2002 COM (2002) 443 final. 2002/0222 (CoD)): *"El artículo 31 de la presente propuesta de Directiva dispone que los Estados miembros podrán adoptar sanciones apropiadas cuando los profesionales en cuestión no respeten las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva. Nos referimos en particular a la pérdida de los intereses o a las sanciones, así como a la retirada de la autorización o la licencia"*.

³²³ GALVEZ CRIADO, A. "Los terceros..." (op. Cit.)

soluciones que ya se encuentran en algunos países de nuestro entorno, como Francia, Bélgica o Suiza”

Y así, otros autores igualmente están de acuerdo de la existencia de una normativa que fije una sanción con efectos contractuales para cuando la entidad prestamista incumple o actúa negligentemente³²⁴. El problema nos lo encontramos cuando ya ha sido aprobada y publicada la nueva ley, y no hay ningún tipo de consecuencias previstas —y habiendo sido rechazadas aquellas propuestas planteadas durante su creación—.

Ante esta situación, cabe plantearse qué efectos o consecuencias serían posible, con la regulación tal y como la tenemos actualmente. ZUNZUNEGUI PASTOR³²⁵ entiende aplicable los supuestos de resolución, rescisión, anulabilidad por error vicio, e indemnización por responsabilidad contractual, aplicando los preceptos del Código Civil, así como, *sensu contrario*, de lo previsto en el art. 11.4 de la Ley 5/2019. Examinaremos a continuación estos diversos efectos que podría conllevar el incumplimiento del prestamista, así como las consecuencias que se podría derivar de ello.

Sobre la nulidad de pleno derecho por infracción de una norma imperativa, la consideramos descartada por los argumentos referidos anteriormente, al no ser la intención querida por el legislador, y las dificultades jurisprudenciales al respecto.

2.-Rescisión, resolución o modificación

Se podría partir así en primer lugar del artículo 9,4 de la Ley 5/2019, ya que, si se le atribuye la facultad de rescisión, resolución o modificación al prestamista por mala práctica del prestatario, igualmente se podría atribuir la facultad de rescisión, resolución o modificación a este último si es el prestamista quien actúa de manera

³²⁴ Sanciones que se admiten y defienden igualmente desde sectores internacionales, como en THE WORLD BANK, *Responsible lending. Overview of regulatory tools*, octubre, Washington, DC., World Bank Group. 2013: *"El no seguir los límites de LTV [préstamo-valor]/DTI [relación deuda-ingreso] o no llevar a cabo evaluaciones adecuadas debería tener un impacto tanto en el prestamista como en el prestatario. El prestamista puede ser sujeto de una acción supervisora (incluyendo el acarrear una pena por incumplimientos repetitivos o significativos) mientras que el prestatario podría beneficiarse de la aplicación de una tasa de interés inferior, la prohibición de penalidades o pagos atrasados si incurre en mora. Los prestamistas también podrían ser considerados responsables de falta de pago por parte de clientes sobreendeudados"*. Traducción libre de JARAMILLO SIERRA, CAMILA *"Proportional..."* (op.cit.)

³²⁵ ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO *"Evaluación de la solvencia..."* (op. Cit)

incorrecta, atribuyendo así una reciprocidad de facultades a ambas partes intervinientes. Si bien, partimos de la complejidad de que no tiene dicha habilitación legal, como sí tiene el prestamista.

Aunque cierto es que ni la resolución ni la rescisión suponen, a priori, la mejor de las soluciones, al tener que devolver las cuantías debidas el prestatario, perdiendo el derecho al plazo pactado, salvo que se admitiese una función moderadora judicial de los efectos de dicha resolución o rescisión, como apunta MELERO BOSCH³²⁶.

En el caso de la resolución, si no se le aplica esta facultad por reconocimiento de la ley, cabría plantearse si se cumple los requisitos de incumplimiento esencial que la habilitaría, conforme a las reglas generales marcadas por el Código Civil y la jurisprudencia. No estamos ante la obligación principal del prestamista, hecho que de partida puede complicar la resolución, aunque entendemos que igualmente procedería si, aun siendo una obligación secundaria, tiene una incidencia importante que afecte a la finalidad del préstamo. Se podría argumentar que, si se hubiese realizado debidamente la evaluación de la solvencia y actuado en consecuencia, no se hubiera concedido el préstamo, por lo que el devenir hubiese sido distinto. Aun así, resulta difícil que esto se pueda considerar que frustre la finalidad querida por las partes en un contrato de préstamo, y más complicado aún con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de septiembre de 2017 (rec. 242/2015), por la que no cabe hablar de resolución ante un incumplimiento de una obligación precontractual, debiendo operar la resolución en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento en la ejecución del contrato³²⁷.

³²⁶ MELERO BOSCH, LOURDES V. “El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 155 Julio-Septiembre 2019

³²⁷ Refiere esta sentencia: «[...]aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265 , 1266 y 1301 CC . Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC , dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.

Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad

Igualmente complicado resulta la opción a la rescisión sin causa legal que la permita.

Y respecto de la modificación, en caso de que se admitiese, debería ser, al igual que en el caso del prestamista, modificar el contrato para convertirlo en aquel en que el prestatario hubiera contratado conociendo su situación real con la información de la evaluación de la solvencia. Esto podría ser o bien reducir el importe del préstamo —cuestión que puede no satisfacer al prestatario—, aumentar el plazo de devolución, o bien plantear el cambio de un tipo de interés por uno inferior, incluso con efecto retroactivo, de forma que se redujesen las cuotas hasta un importe que sí pueda hacer frente el prestatario acorde a su situación.

Aun suponiendo que se admiten recíprocas facultades al prestatario derivadas de la previsión legal, cabría preguntarse qué ventajas o utilidad puede conllevar al prestatario el uso de las facultades de resolución o rescisión. Para comenzar, cabría plantearse qué significado tiene la distinción introducida en la ley en este punto de la resolución y de la rescisión como facultades que se recogen en dicho artículo 9,4, si realmente son instituciones distintas, o si, por el contrario, producen los mismos efectos. El más evidente y común de estos efectos, en caso de que el prestatario pudiera acudir a ellos, nos parece que es el dar por terminado el contrato, sin necesidad de tener que abonar las comisiones por el reembolso anticipado, además de poder reclamar la indemnización de daños y perjuicios, en la que podrían incluirse los gastos de formalización —tras esta nueva ley, sería los gastos de tasación y la comisión de apertura—, además de otros perjuicios que se puedan probar, asunto que trataremos a continuación.

Señala GÁLVEZ CRIADO³²⁸ que al prestatario le podría interesar dejar sin efecto el contrato, cuando el prestamista de por vencido anticipadamente el préstamo, y de esta forma no abonaría los intereses pactados. Entiende el autor así un efecto *ex tunc* de la resolución, como si nunca hubiese tenido lugar el contrato, y por tanto, no siendo procedente los intereses pactados. No estamos tan seguros de que estos deban de ser los efectos de la resolución del contrato. Sí puede parecer esto más acorde en los casos de

previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

³²⁸ GALVEZ CRIADO, A. “Los terceros garantes...”(op cit): “Este prestatario estará interesado en dejar sin efecto el contrato en caso de vencimiento anticipado del préstamo a instancia del acreedor (generalmente, por incumplimiento del propio prestatario), de manera que podría optar entonces por la nulidad o la resolución y la restitución para quedarse en la situación que estaría si el contrato no se hubiera celebrado (no abonando gastos devenidos infructuosos ni los intereses pactados).”

rescisión, o bien nulidad o anulabilidad del contrato, en donde debe operar de forma que el contrato nunca haya existido —sin perjuicio de sus consecuencias, que trataremos con posterioridad—.

Y ello debido a que, en el caso de las obligaciones de tracto sucesivo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003 (rec. 4227/1997) estableció los efectos *ex nunc* de la resolución, imponiendo a las partes la obligación de liquidar la obligación resultante tras la resolución³²⁹,³³⁰. Esto es lo que podría ocurrir si entendemos el contrato de préstamo como un contrato bilateral, en donde el prestatario remunera el uso del dinero durante el tiempo pactado.

En efecto, en la Sentencia de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015) del Tribunal Supremo, en donde se recoge expresamente la reciprocidad y bilateralidad en los contratos de préstamos, se declara la resolución del contrato por incumplimiento. Aunque no se entra en la discusión de los efectos de la resolución, viene a confirmar lo dictado en apelación y primera instancia, en donde los demandantes solicitaban los intereses pactados hasta la fecha de la presentación de la demanda, y los intereses legales con posterioridad, siendo concedido en primera instancia, y ratificada por la AP y por el TS.

Esta tendencia de admitir la resolución, con la permanencia de los intereses pactados durante el contrato, e incluso con posterioridad respecto de los moratorios, es

³²⁹ Recoge esta sentencia: “*Efecto de la resolución contractual es la extinción de las obligaciones recíprocas de forma que éstas desaparecen y dejan de producir los efectos que le son propios; tiene además eficacia retroactiva en cuanto ha de volverse al estado jurídico preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido. Ahora bien, este principio general de retroactividad y de eficacia ex tunc de la resolución contractual, cede cuando la acción resolutoria se dirige a poner fin a un contrato de tracto sucesivo, que da lugar a relaciones duraderas entre las partes, cuando las recíprocas prestaciones de las partes han sido ya, total o parcialmente, realizadas, imponiéndose a las partes la simple obligación de liquidar la situación resultante tras la resolución. Esta carencia de eficacia ex tunc de la resolución en un contrato como el presente, de ejecución de obra, determina que el comitente venga obligado al pago de la obra ya ejecutada antes de la resolución unilateral judicialmente aprobada o al pago de los plazos debidos conforme a las estipulaciones contractuales, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del constructor.*”

³³⁰ De este modo aparece recogido también en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009), elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, en el artículo 1204, y en la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el art. 518-18 “*En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato [en su conjunto]*”

igualmente acogida por distintas Audiencias Provinciales³³¹. Además, ante la situación de incertidumbre provocada por las declaraciones de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, muchas entidades han estado planteando procedimientos declarativos por las que solicitan la resolución del contrato por incumplimiento, y lógicamente, manteniendo la validez respecto los intereses pactados.

En caso de la rescisión, sí que podría plantearse ese efecto de retroacción *ex tunc*, por la dicción del propio 1295 del Código Civil, previsto para la rescisión, entendido en el caso de que no quepa equiparar plenamente los efectos con la resolución³³². Al igual, como decimos, que ocurriría con la nulidad y anulabilidad, aunque en todos estos casos no está exento de polémica cuales serían los efectos, como ya hemos advertido.

3.-Anulabilidad por error vicio o dolo

Asimismo, como referimos anteriormente, cabría optar por dejar sin efecto el contrato con efecto retroactivo, esto es, sin pagar los intereses convenidos, en el caso de la anulabilidad. Entendemos que sería procedente conforme a las reglas generales optar por la **anulabilidad del contrato por error vicio o dolo** en el consentimiento, en la medida de que el prestatario ha accedido a contratar el préstamo sin conocer, según los procedimientos y análisis de los datos que procederían, cual es el resultado recomendable para dicha operación³³³.

Algunos autores, como GALLEGO SÁNCHEZ³³⁴, entienden que no debe prosperar la anulabilidad por error, ya que nadie mejor que el cliente para conocer su propia situación financiera. Lógicamente, esto no va a operar en todos los casos, y

³³¹ Así, las SAP Valencia de 20 de noviembre de 2018 (rec. 591/2018); SAP Bilbao de 18 de diciembre de 2018 (rec. 93/2918; SAP Vigo de 22 de octubre de 2018 (rec. 933/2017).

³³² Así, respecto a las diferencias de las figuras de resolución, rescisión y nulidad, vid. PANTALEÓN PRIETO, AF “*Resolución por incumplimiento e indemnización*” Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 42, N° 4, 1989, págs. 1143-1168

³³³ JARAMILLO SIERRA, CAMILA “Proportional...” (*op.cit.*): “*En primer lugar, cabe resaltar la posibilidad que tiene el cliente de solicitar la nulidad del contrato por vicio del consentimiento alegando bien sea error o dolo, conforme lo establece el artículo 1265 del Código Civil. Lo anterior implicaría probar que la entidad concedió el préstamo tras realizar el estudio de solvencia y verificar la improcedencia de su autorización sin informarle de ello al prestatario y sin ponerle de presente que el mismo no le convenía; existiendo de este modo un vicio en su consentimiento.*”

³³⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E (op. Cit.), y en igual sentido, SÁENZ DE JUBERA, B. “Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, noviembre-diciembre, 2017

habrá que analizarse según las circunstancias del caso concreto, ya que, si el prestatario conocía su situación de insolvencia, y de que no iba a ser capaz de afrontar el préstamo, no podría alegar la anulabilidad por estos motivos.

Es decir, se trataría de proteger aquellos casos en que el prestatario puede no ser consciente de que el préstamo le puede llegar a ser inviable, debido a posibles aumentos de cuotas u otros riesgos inherentes que puede acontecer durante la vida del mismo, hechos que sí debe conocer el prestamista, y advertir de ellos al prestatario según su situación, de modo que éste pueda contratar conociendo que según los análisis y procedimientos procedentes, cumple con los requisitos necesarios para poder contratar el préstamo, ya que de lo contrario, es probable que el prestatario no aceptase si se le comunica su inidoneidad³³⁵.

Así, se trata de proteger el deber de **actuar y negociar de buena fe**, deber existente en todo tipo de contratación en los términos ya expuestos.

De este modo, se puede defender la existencia de error vicio, cuando se dan los requisitos fijados por la jurisprudencia, de que sea un error esencial, y excusable.

Sería **esencial** cuando dicho error se proyecte sobre las cuestiones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa³³⁶. Así, en este caso de la evaluación de solvencia, sería la confianza de que el prestatario contrata un producto que se adecua a sus capacidades financieras y económicas, de modo que lo contrata confiando en que, tras el análisis llevado a cabo por un profesional, resulta apto para él, entendiendo que en las circunstancias analizadas puede hacer frente al préstamo sin problemas. En caso contrario, dicha contratación no la habría realizado, ya que no sería apta para la finalidad querida.

³³⁵ Muestra de ello es también la necesidad de educación financiera que invoca la Directiva 2014/17/UE, con el objetivo de que los prestatarios sean conscientes de los productos que contratan y los efectos de los mismos. Dicha obligación ha sido traspuesta por los diferentes ordenamientos, recogándose en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 5/2019 que “El Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, promoverán medidas de fomento de la educación de los consumidores sobre los riesgos que pueden derivarse de la contratación de préstamos, y la gestión de deudas, en particular en relación con los contratos de préstamo inmobiliario, los derechos que ostentan los consumidores, su forma de ejercicio, las obligaciones que recaen sobre las entidades de crédito, los prestamistas, los intermediarios inmobiliarios y las sociedades de tasación.” Asimismo, se recoge que “El Banco de España elaborará y mantendrá actualizada una «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» y una «Guía de Acceso a la Hipoteca Inversa».”

³³⁶ Vid. STS 20 de enero de 2014 (rec. 879/2012)

Y sería **excusable** cuando el error no provenga del propio prestatario, o haya sido evitable con una diligencia debida. Este requisito de la excusabilidad es el mecanismo que evita los comportamientos abusivos que critican algunos autores. Así, si el prestatario contrata un préstamo, a sabiendas de que no dispone o dispondrá de liquidez para hacerlo efectivo, con el fin de anularlo en el futuro, no sería amparado por este motivo del error vicio. Habría que analizar las causas de insolvencia que se manifestaron, y si era manifiesto que el prestatario las conociera o podía conocer, o por el contrario, necesitaba de la advertencia y asesoramiento profesional del prestamista, quien acorde a su situación debería de haber advertido, y en su caso denegado la concesión, a raíz de posibles problemas que se pueden manifestar en el futuro.

El caso más típico de esto último, como referimos anteriormente, es el que se puede dar cuando se contrata un préstamo con interés variable, o en moneda extranjera, en la que es posible que en el momento de contratación, como ocurre en la situación actual, los tipos de interés variable estén muy bajos, o en el caso de los préstamos en moneda extranjera, que confíe el cliente en la devaluación de dicha moneda extranjera, o la fuerza del euro en el momento en que contrata —como ha ocurrido en numerosos casos de préstamos en yenes, por ejemplo—, pero sin embargo, no se le advierte de la posible o más que probable subida de los tipos de interés, que puede conllevar que las cuotas varíen significativamente, y no sean aptos de afrontarlo conforme a su situación económica³³⁷.

E incluso sería posible la existencia de **dolo** por parte de la entidad, como en aquellos casos en que maliciosamente omite los deberes de evaluación, o a sabiendas de que la evaluación es negativa, omite tal información y los resultados al prestatario, haciéndole creer en la superación de la evaluación, para así seguir adelante con el préstamo.

Hacia esta idea de necesaria información al prestatario de la evaluación de la solvencia, apunta también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, Caso CA Consumer Finance SA (asunto C-449/13), cuando al interpretar este deber de evaluar la solvencia en el caso de los créditos al consumo, señala que *“si bien no se opone a que el prestamista facilite explicaciones adecuadas al consumidor antes de haber evaluado la situación económica y las necesidades de éste, se puede poner de manifiesto que la evaluación de la solvencia del consumidor hace necesaria una adaptación de las explicaciones adecuadas facilitadas, que deben*

³³⁷ Así, ya en la Orden EHA/2899/2011 se prevé que *“En casos de tipo de interés variable y otros en los que el valor de las cuotas pueda variar, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones”*

comunicarse en tiempo oportuno al consumidor, antes de la firma del contrato de crédito, sin que no obstante deban formalizarse en un documento específico". Es decir, establece el TJUE la necesidad de una información adecuada respecto a la información obtenida de esta evaluación de la solvencia, de modo que pueda afectar al proceso volitivo del prestatario.

De este modo, se estaría estableciendo una protección al derecho de los prestatarios a recibir correctamente la información relativa a su solvencia, ya que podría condicionar su voluntad de contratar, en modo similar a lo ocurrido, salvando las diferencias, con los casos de anulación de swap en la jurisprudencia más reciente³³⁸.

4.-Efectos de la retroacción de las prestaciones

Como acertadamente señala GÁLVEZ CRIADO³³⁹, hay que tener en cuenta que, en todos estos casos en donde hay que volver al estado originario, se prevé expresamente para los casos de nulidad en el art. 1303 Cc —al igual que en el 1295 Cc para los casos de rescisión— la restitución del dinero percibido, con los intereses legales que se hayan devengado.

Esto nos plantea la problemática de que, aun a pesar de que la entidad no haya obrado adecuadamente, surgiendo la posibilidad de rescindir o anular el contrato, en este caso debido a no proceder correctamente con la evaluación de la solvencia, el consumidor tenga que abonar el interés legal del capital recibido, que posiblemente sea superior al interés remuneratorio convenido, lo que conlleva un claro perjuicio para el consumidor.

³³⁸ De modo similar, MAYORGA TOLEDANO, MC "Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente" en SIERRA FLORE. *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. ISBN 978-84-9085-668-0: "Por otro lado, si lo que en apariencia se pretende es proteger al colectivo más débil en el contrato, el consumidor que cuenta con menor capacidad económica, resulta lógico que sólo a él se le ofrezca información más concreta y ajustada sobre la conveniencia del crédito ofrecido a su capacidad de endeudamiento y se le den explicaciones completas para que comprenda las obligaciones que asume. Es una obligación que guarda ciertos paralelismos con lo prescrito en la normativa MiFID para el cliente minorista aunque no deben ser equiparadas."

³³⁹ GALVEZ CRIADO, A. "Los terceros..."(op. Cit): b) *La restitución objetiva que establecen los art. 1303 CC y 1123 CC en caso de nulidad y resolución puede no resultar adecuada, al menos en los préstamos hipotecarios, donde resulta muy factible que los intereses legales que deban abonarse al prestamista conforme al art. 1303 CC sean superiores al interés remuneratorio pactado en el propio contrato. El carácter objetivo de la restitución (y lo complicado de la reclamación de daños y perjuicios) no desincentiva estas conductas muy reprochables del prestamista si no se introducen elementos sancionadores claros y efectivos.*

Así lo podemos observar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 noviembre de 2017 (rec. 389/2017), en donde declara en un caso de nulidad del préstamo que:

*“Por lo tanto, una vez declarada la nulidad del préstamo, el prestatario "Pilar Fanjul Camino e Hijos" deberá restituir al banco la totalidad de lo percibido con sus intereses legales, y a su vez el banco deberá restituir y reintegrar al prestatario de todos los pagos, gastos e intereses que dicho préstamo le haya generado; teniendo en cuenta para ello las restituciones ya realizadas o que se deban realizar como consecuencia de la sentencia dictada en el previo juicio ordinario seguido entre las mismas partes 554/2010. Lo que conlleva una estimación parcial del recurso.”*³⁴⁰

Sin embargo, este efecto restitutivo no debe operar de manera automática y con igualdad en todos los casos, tal y como lo afirmó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de marzo de 2012 (rec. 675/2009), argumentando que:

“No obstante, la "restitutio" no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra - sentencias 485/2000, de 16 de mayo, y 541/2008, de 23 de junio - y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes - sentencia 109/2009, de 26 de febrero -, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida.

³⁴⁰ Igualmente, parece lógico que la entidad prestamista deba abonar también los intereses de las cantidades que deba devolver, como indica el Fundamento siguiente “*da derecho [al prestatario] a ser restituido de todos los gastos que al mismo le ha generado con sus intereses*”, aunque en el fallo no lo deja tan claro, ya que parece hacer mención a la devolución de los intereses ordinarios del préstamo, pero no al devengo del interés legal de todas estas cuantías: “*que manteniendo la nulidad total del préstamo, se impone al prestatario "Pilar Fanjul Camino e Hijos" la obligación de restituir al banco la totalidad de lo percibido con sus intereses legales, y a su vez el banco deberá restituir y reintegrar al prestatario de todos los gastos e intereses que dicho préstamo le haya generado*”

Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento.”

En base a ello, algunas Audiencias Provinciales, tratando el asunto de las consecuencias de la nulidad de los productos de inversión, estimaban que los clientes debían restituir los rendimientos que hubiesen percibido, pero no incrementados en el interés legal del dinero. Así, la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de abril de 2015 (rec. 345/2014), añade argumentaciones, de las cuales algunas recogemos aquí, ya que consideramos de interés su exposición:

a) porque, como venimos razonando a lo largo de toda esta Resolución, en línea con la interpretación jurisprudencial dominante, la esencia de la declaración de nulidad está en la existencia de un vicio estructural en el negocio a consecuencia de la situación de error generada en el cliente, -consumidor-, por la actuación de la entidad financiera. Ello determina una situación de desigualdad en la información y de desequilibrio en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, con vulneración de la normativa legal, que no fue restablecida por la entidad demandada; situación de desequilibrio que debe traducirse también en la reposición de las cosas al momento de la celebración del contrato, en aplicación del artículo 1.303 sustantivo.

b) porque el análisis de la conducta de la entidad financiera, tal como se desprende de los hechos probados, permite su consideración como una actuación de mala fe, que debe tener traducción en la restitución de las cosas a su origen.

d) porque la normativa protectora del consumidor, -en particular los artículos 60 y 62 del Texto Refundido 1/2.007, además de la normativa específica citada sobre protección del consumidor adquirente de servicios y productos financieros-, constituye base suficiente para incrementar el estándar de la buena fe contractual exigible a la entidad financiera, que en el caso se ha visto vulnerada de forma palmaria, y da fundamento a la modulación de los efectos de la retroacción de efectos con el fin de evitar situaciones de desprotección de los consumidores.

e) porque, en esta misma línea de razonamiento, se sitúa la legislación especial dictada para la reestructuración de entidades de crédito, -Ley 9/2.012, de 14 de Noviembre (EDL 2012/234482)-, que establece, en su apartado IV, como uno de sus objetivos la adopción de

medidas de protección del inversor "... en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años"; prácticas irregulares de comercialización como las que han constituido el objeto del presente litigio".

Apela así a argumentos tales como que es la entidad la que ha originado con su actuación la situación de nulidad, que dicha actuación puede considerarse de mala fe, la necesaria protección debida a los consumidores respecto a los posibles perjuicios por la restitución, así como la infracción de la normativa específica por parte de la entidad.

Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 30 de Abril de 2015 (rec. 53/2015), llega a una solución similar, argumentando en este caso las normas de la liquidación del estado posesorio de los artículos 451 a 458 del Código Civil, por lo que los clientes habrían estado en posesión de dichas cuantías con buena fe, a diferencia de la entidad que es la que operó con mala fe.

Todos estos argumentos se podrían compartir perfectamente en el caso que estamos examinando de la evaluación de la solvencia³⁴¹. Pero a pesar de estos argumentos, el Tribunal Supremo vino a establecer una jurisprudencia distinta, desterrando las argumentaciones antedichas por las Audiencias mediante la Sentencia de 30 de noviembre de 2016 (rec. 2559/2014), defendiendo que

"2.- Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero;

Interpretación jurisprudencial que considera, además, que las mencionadas normas - arts. 1295.1 y 1303 CC - se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (sentencias de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre

³⁴¹ De modo análogo a lo dictado por el TS en caso de anulación por usura en la STS de 14 de julio de 2009 (rec. 325/2005), aunque en este supuesto amparado en el art.3 de la Ley Azcárate de represión de la usura de 1908.

de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate (sentencias núm. 439/2009, de 25 de junio; y 766/2013, de 18 de diciembre).”

Igualmente, la Sentencia de 16 de octubre de 2017 (rec. 1985/2015) argumenta que:

“Si la pérdida de valor por el paso del tiempo es la razón que justifica que el capital invertido deba incrementarse con los intereses legales desde el momento en que se entregó el dinero a la entidad, la misma razón juega para concluir que la entidad puede recuperar los rendimientos abonados al cliente incrementados por los intereses legales desde el momento que los percibió. No se trata de que el cliente pague interés del interés vencido (que, en tal caso, se debería desde que fuera reclamado, cfr. art. 1109 CC) sino de que los abonos efectuados por el banco carecen de causa y, dada la eficacia «ex tunc» de la nulidad, la restitución es debida por el cliente desde que los percibió.”

Está claro que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a fijar la necesidad del cliente bancario a pagar intereses por las cantidades recibidas. Ahora bien, en un caso como en el préstamo hipotecario, en el que se devengan unos intereses pactados por la tenencia del dinero, entendemos que se podría plantear que esos intereses a pagar sean los convenidos en la escritura, y no el interés legal, siempre que aquellos sean inferiores a éstos. Y ello, en apoyo igualmente de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este efecto retroactivo.

Así, la Sentencia de 26 de febrero de 2009 (rec. 192/2004) establecía: “, la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el art. 1303 CC puede tener unos **límites racionales** similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTs 17-7-07 y 28-6-77).

Y determinante nos parece lo referido en la Sentencia de 13 de marzo de 2012 (rec. 675/2009), en lo relativo a que el fundamento de esta restitución es **evitar que se produzca el enriquecimiento injusto**, por lo que “pese a la constancia de que la

atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento.³⁴²”

Por ello, tenemos que tener en cuenta que en un caso como en el presente, en el que el prestatario ha estado abonando unos intereses convenidos por el uso del dinero, no parece muy acorde con la idea de justicia que, debido a una infracción de la entidad prestamista, se vea abocado dicho prestatario a abonar un interés superior, teniendo en cuenta la situación actual con los tipos de intereses muy bajos, estando el Euribor en estos últimos tiempo incluso en negativo, por lo que no resulta procedente imponer un gravamen de tal calibre al prestatario. Puede parecer lógico, como establece el Tribunal Supremo, que no se le exima de todo pago de intereses, puesto que ha disfrutado durante un tiempo de su posesión con la consiguiente privación a la contraparte, pero como decimos, abonando el interés que ambas partes han acordado.

A todo ello, habría que sumarle el hecho de que estas causas que suelen conllevar la anulación o rescisión del contrato, suelen ser por contravención de la normativa establecida en defensa de los consumidores, como suele ser la necesaria información previa, o en este caso la evaluación de la solvencia. Por ello, en ningún caso podría ser admisible que se perjudicase a dichos consumidores por ejercer actos en defensa de sus intereses.

En este punto, conviene traer a colación lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de marzo de 2014 (asunto C-565/12). En dicha sentencia, se analiza la normativa francesa que prevé la supresión o disminución de los intereses convencionales, cuando el prestamista no respete sus obligaciones respecto a la evaluación de solvencia. Se discutía que la *Cour de cassation* francesa, tenía dictaminado que esta penalización no afecta a los intereses legales del 1153 del *code civil*. Ante esta situación, el TJUE argumenta en el párrafo 53 que “***En efecto, si la sanción de privación de los intereses se viera debilitada, o pura y simplemente perdiera todo efecto, porque la aplicación de los intereses al tipo legal incrementado puede compensar los efectos de dicha sanción, de ello se deduciría necesariamente que ésta no presenta un carácter realmente disuasorio***”, estableciendo la siguiente conclusión que transcribimos por su interés:

³⁴² A esto añadir igualmente lo fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005 (rec. 4313/1998), que, a favor de esta restitución del dinero con el interés legal, para evitar el enriquecimiento injusto, consideró que “*de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual*” cuestión que aquí sería distinta, puesto que quien va a recibir el interés legal es quien provocó esa patología contractual. O igualmente la mención que añade la STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. 2241/2018), para justificar los intereses legales de los gastos abonados por el prestatario, al acudir al art. 1896 y la mala fe de la entidad prestamista.

“Habida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 23 de la Directiva 2008/48 (LCEur 2008, 799) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un régimen nacional de sanciones con arreglo al cual, en caso de que el prestamista incumpla su obligación precontractual de evaluar la solvencia del prestatario consultando una base de datos adecuada, el prestamista se ve privado de su derecho a los intereses convencionales, pero se beneficia de pleno Derecho de los intereses al tipo legal, exigibles desde el pronunciamiento de una resolución judicial por la que se condena a dicho prestatario al pago de los importes aún adeudados, que además se incrementan en cinco puntos si, al expirar un plazo de dos meses tras dicho pronunciamiento, el prestatario no ha abonado su deuda, cuando el tribunal remitente estime que, en un supuesto como el del litigio principal, que entraña la exigibilidad inmediata del capital del préstamo restante adeudado por la falta de pago del prestatario, los importes que puede efectivamente percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario.”³⁴³

Cierto es que en este caso el Tribunal de Justicia analiza una sanción legal, supuesto distinto al analizado aquí con los efectos de la restitución por figuras como la anulación o rescisión, pero creemos que igual conclusión se puede alcanzar, porque incluso no argumentamos que el prestamista pierda todo interés —que sería una sanción en sí—, sino que no se le agrave al prestatario el ejercicio de sus derechos, imponiéndole un gravamen al actuar ante una infracción del prestamista.

³⁴³ Respecto al caso enjuiciado, sin entrar a valorar la “suficiencia” o eficacia de la sanción, no tenemos claro que, como argumenta el tribunal remitente (párrafo 21 de la sentencia), o algún autor como MAYORGA TOLEDANO “Obligaciones...” (op. Cit), este régimen francés “beneficie al prestamista infractor”. En el caso de que —como parece indicar el párrafo 25, y los argumentos de la Comisión en el párrafo 49— los intereses legales, que conforme al art.1153 tienen por finalidad indemnizar daños y perjuicios, se apliquen siempre y en todo caso, haya sido o no privado de los intereses convencionales, parece claro el perjuicio que sufre el prestamista de no cobrar esos intereses convencionales, ni los intereses legales sobre los mismos. Cuestión distinta sería si, como parece indicar en el párrafo 26, los intereses legales se devengan porque se priva de los convencionales, en cuyo caso sí que se podría acabar premiando al prestamista con dicha regulación. También se beneficiaría el prestamista si se eliminasen los intereses moratorios pactados, y se aplicasen en su lugar el interés legal siendo éste superior, aunque nada refiere la sentencia concretamente a intereses moratorios pactados.

En base a todo lo expuesto, se podría concluir que la declaración de rescisión o la anulación del contrato por error, vicio, o dolo —y en igual sentido, en los casos de nulidad de pleno derecho— conllevaría que el prestamista debería de devolver todos los pagos de capital e intereses recibidos, aumentados en el interés legal del dinero desde la fecha de cada abono. Y por parte del prestatario, éste debería de abonar el capital recibido, aumentado en el interés remuneratorio pactado.

Se podría plantear también que el prestamista abonase el mismo interés remuneratorio, para equiparar ambas devoluciones. Aunque entendemos que hay fundamentos para que esto no sea así, acogiendo algunos de los argumentos antes referidos: a) La posesión del interés por el prestatario fue de buena fe, y amparada en el contrato, por lo que el interés remuneratorio se pactó para esta posesión para el prestatario, y no a la inversa; b) El prestamista se encontraría en posesión de mala fe, sin norma o pacto que le ampare a obtener ese interés pactado c) El prestamista es el que ha incumplido y quebrantado sus obligaciones, siendo el responsable de la anulación o rescisión del contrato; d) El principio *pro consumatore*, a la vez que la necesidad de que las medidas que se adopten en casos de infracción por parte del prestamista sean eficaces y disuasorias.

Por último, acerca de estos efectos de la restitución de las prestaciones, cabría plantearse si, debido a estos perjuicios que se le causa al prestatario como hemos visto, podría concederse un plazo a dicho sujeto para que llevara a cabo la restitución. Sería como una aplicación similar a lo establecido en el art. 1128 Cc³⁴⁴, en donde el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, atemperase la obligación de devolución en beneficio del prestatario, otorgando un plazo razonable. Piénsese que en estos casos se están anulando o dando por terminado el contrato por causas imputables al prestamista, por lo que puede resultar lógico que se ampare en cierta medida al prestatario que se ve perjudicado en tales casos.

5.-Participación en el incumplimiento:

También debemos tener en cuenta, en aquellos casos en que se produce un incumplimiento, la idea ampliamente admitida por la doctrina, así como por la jurisprudencia, de que **no se le puede exigir responsabilidad al incumplidor cuando**

³⁴⁴ Dispone dicho artículo: “Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.

También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.”

dicho incumplimiento haya sido provocado por el acreedor, o su comportamiento haya colaborado o incrementado dicho riesgo.

Así, aunque nuestro Código Civil no recoge una previsión al respecto, sí que encontramos referencia expresa en diversos textos internacionales. Así, en el Proyecto de Código Europeo de Contratos, de la Academia de Pavía, en donde se establece en el artículo 114 apartado 6º, que *“El acreedor **no tiene derecho a proceder a la resolución del contrato si el incumplimiento depende exclusivamente de una acción o de una omisión que a él le sea imputable**”*

Igualmente, su artículo 167 establece en su apartado primero que *“**Ninguna reparación es debida por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las medidas necesarias por su cuenta, antes de que aquél se produzca**”* recogiendo en los apartados 3º y 4º que *“3. Si una acción o una omisión del acreedor ha **concurrido** a causar el daño, la reparación es **disminuida** en relación con las consecuencias que de ella han derivado. 4. El hecho del que el deudor **no haya sido advertido por el acreedor de riesgos** particulares, conocidos por él o que él hubiera debido conocer, y que habrían comportado el cumplimiento, es apreciable conforme al párrafo precedente.”*

Similares previsiones encontramos en los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, elaborada por la Comisión de derecho Contractual Europeo presidida por O. Lando, en donde en el artículo 8:101 recoge que una parte **no puede recurrir a los remedios** previstos en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra. Así como el artículo 9:504 que recoge que *“Cuando el perjudicado hubiera **contribuido** al incumplimiento o a sus efectos, la parte que incumple **no responde de las pérdidas sufridas por la parte perjudicada en lo que es consecuencia de dicho comportamiento**”*, y el artículo 9:505 que recoge que *La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables*³⁴⁵

Y redundando en la idea³⁴⁶, el artículo 80 de la Convención de Viena establece igualmente que no se podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por

³⁴⁵ De igual manera se recoge en el artículo III.-3:101 (3) Remedios disponibles del Borrador del Marco Común de Referencia, en el III.-3:704: Daños imputables al acreedor, y en el III.-3:705: Mitigación del daño.

³⁴⁶ Así aparece también recogido en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009), elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, en el artículo 1188 *“Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque.”*, y en el 1211 *“No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe”*. De igual manera en la

acción u omisión de la otra parte, y muy expresivamente para este caso, el artículo 7.1.2 de los Principios Unidroit en su versión de 2010: *Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.*

De estas líneas, la consecuencia que se podría extraer parece clara. Vendría a ser una consecuencia similar a la prevista en el BGB alemán, que preveía como vimos que el prestamista no puede reclamar por incumplimiento, siempre y cuando, como es lógico, dicho incumplimiento deriva de una situación que el prestamista pudo y debió haber previsto, y, por tanto, evitado de que concurra.

Ello habría que ser entendido en sus justos términos. No es cuestión de establecer una liberación absoluta del prestatario, ni que éste no deba cumplir, o que se prive al prestamista de cualquier acción frente a aquél. Se trata de que cuando se manifieste aquella situación que debió haber previsto, no podrá recurrir al mecanismo principal y relevante que tiene en cuestión de incumplimiento, como es el vencimiento anticipado. De la normativa referida se aprecia con claridad, cuando hace mención a que no podrá “resolver” el contrato —que como hemos visto, se le suele otorgar mismos efectos que al vencimiento anticipado—, y de especial relevancia resulta el término utilizado por los Principios Unidroit cuando señala que no se podrá amparar en el incumplimiento de una parte cuando haya asumido dicho riesgo de incumplimiento.

Así, el prestamista debería hacerse cargo del propio riesgo que ha generado y asumido, no estando entonces legitimado para vencer anticipadamente el préstamo³⁴⁷.

Pero entendemos que, además, habría otra consecuencia de importancia, que, partiendo de estos mismos principios, se podría aplicar, y es **la privación al prestamista de los intereses moratorios.**

Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el art. 518-1.2º respecto al concepto de incumplimiento, así como en el artículo 518-25 Deber de mitigar el daño.

³⁴⁷ De manera similar lo entiende MELERO BOSCH, LOURDES V. “El incumplimiento...” (op. Cit.), quien aboga por su inclusión como penalización legal —al igual que prevé el BGB—, entendiendo que “Incluir como penalización tasada, junto con la pérdida de intereses y comisiones que se hubieran generado a favor del prestamista, la pérdida de la facultad de vencimiento anticipado puede acercar la sanción contractual a la proporcionalidad y eficacia de la medida, así como hacerla disuasoria.” En contra de esta posibilidad tendríamos a la STS de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014), que, como hemos visto, estima dicho vencimiento anticipado como un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, sin el cual el contrato no debería subsistir.

Y esto es así, tomando en consideración la concepción que hace el propio Tribunal Supremo sobre la naturaleza de estos intereses. Así, considera en su reciente Sentencia de 05 de marzo de 2019 (rec. 1582/2016, que los intereses remuneratorios y moratorios tienen distinta naturaleza, en la medida en que el interés remuneratorio es el precio que abona el prestatario por el préstamo, **“Mientras que los intereses moratorios sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable, y su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirían el impago o la mora.”**

De esta manera, el incumplimiento que derive de la obligación del prestamista de evaluación de la solvencia —no bastando así cualquier incumplimiento del prestatario y ante cualquier circunstancia³⁴⁸—, y acorde con las disposiciones mencionadas, no debería dar lugar al resarcimiento de estos daños y perjuicios que se deriven, por lo que siendo éstos satisfechos mediante los intereses moratorios, se tendría que ver el acreedor privado de ellos.

Por último, y en línea con lo expuesto, se podría plantear la **liberación del prestatario una vez subastado el inmueble** tras el procedimiento de ejecución, de modo que no responda personalmente del resto de la deuda que quede pendiente.

Esto tendría encaje fundamentalmente en aquellos casos en que el prestamista prepondera la valoración del inmueble dado en garantía en detrimento de las demás consideraciones, infringiendo así uno de los mandatos que impone la Directiva y la Ley española traspuesta, por lo que se le hace responsable de los perjuicios que se deriven, responsabilizándose de los riesgos asumidos.

De este modo, si el prestamista ha tenido en cuenta única o principalmente la valoración del bien, asumiendo así que daba por bueno esa garantía, sin importar la situación económica y financiera del prestatario, se acordaría que, una vez surgida la situación de crisis e impago, y ejecutado por el prestamista el vencimiento anticipado del préstamo, únicamente se pueda cobrar la deuda con el valor del bien dado en garantía, liberando al prestatario del resto.

³⁴⁸ Así, MAYORGA TOLEDANO “Obligación...” (op. Cit.) estima que “bien pudiera argumentarse en contra de esta medida que conlleva el riesgo de que no incentiva al prestatario a extremar su diligencia si sabe que ante un comportamiento negligente va a resultar premiado con ventajas contractuales, como puede ser la condonación de los intereses.” Para evitar este comportamiento, defendemos que no procedan estos intereses moratorios cuando el incumplimiento derive de la obligación del prestamista, es decir, cuando dicho incumplimiento haya podido ser previsto, y no sea causado intencionalmente por el prestatario.

Se basaría así una vez más en que el prestamista asuma el riesgo que él mismo ha provocado. Si dio por bueno y asumió conceder el préstamo valorando principalmente el bien dado en garantía, no podría ir en contra de los actos propios, por lo que el pago finalmente se haría con dicho bien, de manera análoga a lo establecido en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria. De esta manera, se protegería al prestatario, y se incentiva el cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte del prestamista³⁴⁹.

6.- Indemnización de daños y perjuicios

Otra de las herramientas de las que se podría servir el prestatario, sería la posibilidad de solicitar una **indemnización de daños y perjuicios**³⁵⁰ que se le hayan causado, ya sea al ejercitar una acción de anulabilidad por error vicio, resolución o rescisión; independientemente en un proceso declarativo³⁵¹; o como veremos, aunque algo más complejo, en el procedimiento de ejecución.

En Italia, donde al igual que en el caso español, no existe sanción contractual ante el incumplimiento del prestamista de esta obligación, la doctrina defiende la procedencia de dicha compensación. Así, SIRENA³⁵² siguiendo la resolución adoptada

³⁴⁹ CUENA CASAS, M “Evaluación...” (Op. Cit.) “*La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor insolvente de buena fe constituye un estímulo favorable al préstamo responsable*”

³⁵⁰ Aunque no con mucha claridad, hacia esa indemnización parecía apuntar una de las enmiendas realizadas al Proyecto de Ley, que no fue aprobada:

ENMIENDA NÚM. 29 FIRMANTE: Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea

3. La ausencia o insuficiencia en la valoración de la capacidad de paro se entenderá como una conducta negligente v culposa del prestamista y susceptible de sanción, por los perjuicios que puedan causar directamente al prestatario v a posibles terceros como inversionistas, accionistas o fiadores. También causará el mismo efecto la distorsión o alteración de la información o documentación.

³⁵¹ Misma posibilidad de indemnización admite MELERO BOSCH, LOURDES V. “El incumplimiento... (op. Cit.) quien entiende que, no obstante dicho reconocimiento, *no resulta suficiente como medida disuasoria, efectiva y proporcionada*, debiendo ir acompañado de otras medidas, como la pérdida de interés del prestamista, o la pérdida del vencimiento anticipado —aunque dichas medidas requieren un reconocimiento legal expreso—.

³⁵² SIRENA, PIETRO “I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. *Commentario alla direttiva 2014/17/UE*”. Gruppo 24ore, 2016. “*Si deve pertanto ritenere che, valutando nella fase precontrattuale il merito creditizio del consumatore, la banca sia specificamente obbligata a dissuaderlo dalla stipulazione di contratti di finanziamento che non sono adeguati alla sua situazione finanziaria e patrimoniale, prevenendo così il rischio di un eventuale sovrindebitamento del consumatore. L’omissione di un comportamento del genere obbligherà la banca al risarcimento del danno cagionato, a titolo di responsabilità precontrattuale.*”

por el Arbitro Bancario Financiero (ABF, Collegio di Roma, 20 agosto 2013, n. 4440), considera procedente la indemnización de los perjuicios causados. ROSSI³⁵³ y ADDANTE³⁵⁴ consideran que el prestamista ha inducido a asumir un riesgo (el sobreendeudamiento) al prestatario, riesgo que no hubiese corrido si hubiera sido informado adecuadamente del resultado negativo de la verificación, por lo que la entidad debería compensar el daño correspondiente al de una pérdida de oportunidad, indemnizando todos aquellos perjuicios que se podrían haber evitado. Otros autores como NATOLI³⁵⁵ y DE CRISTOFARO³⁵⁶, consideran que la indemnización no debe quedar limitada al interés negativo, según la diferencia con un hipotético crédito concedido acorde a la solvencia, sino que se deben indemnizar todos los daños patrimoniales causados, incluso indirectos, por la concesión del préstamo de forma irresponsable.

Asimismo, en los textos internacionales recogidos anteriormente³⁵⁷, al reconocer la obligación de negociar con buena fe, establece el deber de indemnizar de los daños y perjuicios que se causen por su actuación contraria a dicha buena fe.

Y siguiendo con el paralelismo de lo establecido en el caso de la falta de información en productos de inversión, ya declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de abril de 2013 (rec. 1979/2011), que *“El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.”* Por ello, igualmente en estos casos en que se infringen disposiciones que establecen obligaciones precontractuales, se puede establecer este deber de indemnizar, cuando se haya provocado un daño.

En estos productos de inversión, el daño consiste en la pérdida económica sufrida por dicha inversión³⁵⁸. En el caso del deber de evaluar la solvencia, el asunto no está tan claro de determinar.

³⁵³ ROSSI, GIULIA “Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016...” (op. cit.)

³⁵⁴ ADDANTE, ADRIANA “Profili civilistici...” (op. cit.). Igualmente, considera la autora de “decepción” —delusione— la transposición de la directiva en materia de remedios, ya que, al igual que España, Italia no incorpora consecuencias contractuales ante el incumplimiento de las obligaciones de información y de evaluación de solvencia.

³⁵⁵ NATOLI, R “Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione” Milano, 2012.

³⁵⁶ DE CRISTOFARO, G. Y OLIVIERO, F. “I contratti di credito ai consumatori”, en ROPPO, V. Y BENEDETTI, AM (dir.) *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Giuffrè, 2014.

³⁵⁷ Art. 6 y 7 del proyecto de Código Europeo de contratos, art. 2:301 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, y artículos II.-3:301, II.-7:204 del Borrador del Marco Común de Referencia

Así por ejemplo, SERRANO FERNÁNDEZ argumenta la posibilidad de prever la privación de los intereses remuneratorios por los daños ocasionados al prestatario³⁵⁹, aunque surge la cuestión, de no fácil respuesta, de determinar cuáles son esos daños, y cómo se cuantifican.

Parece claro que, en caso de terminación al contrato, ya sea por la resolución, rescisión o anulación, unos perjuicios claros y cuantificables serían los gastos hechos para su contratación, como son los gastos de tasación, y la comisión de apertura que haya abonado.

Respecto de los intereses moratorios, igualmente se podría acoger la idea antedicha de que este devengo de intereses de demora por incumplimiento se ha provocado debido a un incumplimiento previo del prestamista, que hizo que se materializase el riesgo, debiendo ser reintegrado en los pagos hechos por estos intereses moratorios, ya que la falta de pago de las cuotas ha sido consecuencia del comportamiento del prestamista, siendo el abono de estos intereses moratorios un daño ocasionado por ello.

Más complicado resulta justificar como daños los intereses remuneratorios. Para ello, podríamos acudir a cómo se define esta indemnización en los diferentes textos internacionales referidos anteriormente. Así por ejemplo, en el borrador del Marco Común de Referencia, en el art. II.-7:214 denominado “Indemnización por daños” recoge:

(1) La parte que, conforme las reglas de la presente Sección, tiene derecho a anular el contrato (o que tenía dicho derecho antes de perderlo por caducidad o por confirmación del contrato), está legitimada, tanto si el contrato es anulado como si no, para solicitar a la otra parte una

³⁵⁸ Igual sentido en la STS de 20 de enero de 2003, en donde condenó a una entidad por actuar con “ligereza”, sin el cuidado exigible, o en la de 10 de julio de 2015 en donde exponía: “*En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, podía ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor del Bono Fortaleza.*”

³⁵⁹ SERRANO FERNÁNDEZ “Efectos del ...” op cit. , quien incluso defiende la posible alegación por medio de excepción a la reclamación de la entidad: “*Tomando en consideración lo anterior y cuando el deudor ha sufrido un perjuicio económico como consecuencia de una evaluación de la solvencia que no ha cumplido el nivel de diligencia exigido a un profesional, la solución más idónea es que el prestatario sólo se vea obligado a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En todo caso, dicho efecto necesariamente habría de ser valorado por los jueces y podría oponerse como excepción cuando el acreedor reclama la devolución del préstamo, de forma que los deudores no se vieran obligados a litigar*”

indemnización por los daños sufridos a consecuencia del error, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta, siempre que esta otra parte conociese o fuera razonable esperar que conociese dicha causa de anulación del contrato.

(2) La indemnización que puede solicitar la parte perjudicada es la que, en la medida de lo posible, le permita **volver a colocarse en la misma situación en que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado**, con la limitación adicional de que, si dicha parte perjudicada **no anula** el contrato, la indemnización no podrá exceder de las **pérdidas causadas** por el error, dolo, coacción, amenazas o explotación injusta.

(3) Por lo demás, y con las adaptaciones pertinentes, se aplicarán las reglas de la indemnización por daños causados por el incumplimiento de una obligación contractual.

Con esta dicción, podríamos argumentar que, en caso de anular el contrato, no sólo conlleva la consecuencia lógica de la restitución de las cosas, sino que dicha indemnización consiste en colocarla en la situación en que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado³⁶⁰, por lo que se podría entender como base para argumentar que los intereses pagados deben ser devueltos, sin que esté obligado el prestatario a abonar ningún tipo de interés, siquiera el legal, ya que no estamos tratando de los efectos que conlleva la retroacción en el sentido de equilibrar a ambas partes en la situación originaria, sino que esto es una función de indemnización para la parte que ha sufrido el perjuicio.

Así, habría que diferenciar a su vez según el propio precepto, de los casos en que no se produzca la anulación del contrato. En estos casos, si se continuase con el préstamo, no se le liberaría al prestatario de los intereses remuneratorios, puesto que no es un perjuicio que le haya causado por el error en la contratación —como requiere el mencionado artículo—, pero sí se podría argumentar respecto de los moratorios, en la medida en que estos se devengan por un incumplimiento que debería de haber previsto y evitado por el prestamista, como ya explicamos anteriormente.

³⁶⁰ De manera similar en el art. 166 del Código Europeo de Contratos, en el artículo 4:117 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, así como en el art. 1245 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

E interesante resulta lo dictado por el Tribunal Italiano de Macerata³⁶¹, que, ante la ausencia de sanción o consecuencia contractual legalmente prevista, considera en su resolución de 24 de mayo de 2018 que cualquier instrumento de protección pública debe ir acompañado de remedios privatistas o civiles. En el caso enjuiciado, en ausencia de pruebas de que la violación haya tenido un efecto esencial en el consentimiento del consumidor, con efectos invalidantes, estima que el incumplimiento conllevaría que el prestamista tuviese que compensar la pérdida patrimonial causada por su propia conducta indebida, identificando esta reparación de los daños y perjuicios con la pérdida de los intereses convencionales y de mora previstos en el contrato.

De este modo, dicho tribunal entiende procedente que sólo se tenga que restituir el capital prestado, de modo que no genere un beneficio para el prestatario, pero librándole del resto de consecuencias derivadas del contrato, como son los intereses convencionales y moratorios.

Otro de los efectos que se podría derivar de esta indemnización de daños y perjuicios, podría ser la **anulación y restitución de aquellos gastos o contratos realizados en consideración al préstamo anulado**, como por ejemplo es el caso de un préstamo personal posterior que se hubiera concertado para hacer frente al anteriormente anulado, debido a la situación de poca solvencia para hacer frente al préstamo originario. Así, siguiendo entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010 (rec. 1506/2006), las consecuencias económicas de una operación pueden ser consideradas como un perjuicio vinculado a una operación anterior declarada nula, si se aprecia la existencia de la debida vinculación causal. Y esto es lo que se produciría en este caso, en el que entendemos que se deberían de devolver todos los importes pagados al prestatario, sin que tenga éste que abonar interés alguno, ni siquiera los remuneratorios ni el legal, debido a que dicho segundo préstamo se produjo sólo y exclusivamente para atender al primero, por lo que si éste no se hubiese celebrado, no le habría sido necesario contratar el segundo préstamo, por lo que ninguna utilidad le ha reportado el mismo.

³⁶¹ El caso sometido era en base al art. 124 bis TUB de crédito al consumo, aunque igualmente aplicable son sus conclusiones para el préstamo inmobiliario al consumo, no previéndose consecuencias civiles en ninguno de los dos casos ante el incumplimiento del prestamista de esta obligación de evaluar la solvencia.

7.-Responsabilidad en caso de denegación del préstamo

No se establece en la ley el plazo en el que el prestamista deberá evaluar la solvencia y decidir si concede o no finalmente el crédito. Así, hay que seguir lo marcado por el Banco de España en su Memoria de 2017, donde señala que la respuesta que se dé por parte de la entidad, —ya sea negativa o positiva—, ha de hacerse dentro de un tiempo razonable, siendo una actuación contraria a las buenas prácticas bancarias la que excede del tiempo razonablemente previsible según las circunstancias del caso concreto, pudiendo conllevar al prestatario una serie de perjuicios.

Y ello en base igualmente al principio que establece el deber de negociar de buena fe, en donde trayendo nuevamente a colación los textos internacionales mencionados, en todos ellos se establece la responsabilidad por daños y perjuicios en casos en que no se haya llevado a cabo finalmente el contrato, por la actuación contraria dicha la buena fe³⁶².

Por ello, los perjuicios que se ocasionen al prestatario por el incorrecto ejercicio de dicha evaluación, privándole de la oferta de crédito indebidamente, deben ser indemnizados, tal y como admite ZUNZUNEGUI PASTOR³⁶³. Y entre estos perjuicios, señala el Banco de España en la mencionada Memoria que pueden ser el coste de oportunidad de poder adquirir una determinada vivienda a un determinado precio, o incluso la pérdida de arras emitidas para la compraventa, por haberse excedido del plazo fijado para formalizar la adquisición. Dichos perjuicios, si se acreditan los mismos, así como la actuación negligente de la entidad de no tramitar la solicitud, o una demora excesiva, deberían ser resarcidos por dicha entidad.

Igualmente, cabría plantearse con aquellos gastos que conlleve al prestatario para la formalización del préstamo. Así, conforme establece el artículo 14 de la Ley 5/2019, los gastos de tasación son abonados por el prestatario, lo que en principio no plantea mayor problema. Pero cabría plantearse si deben ser resarcidos de estos gastos los prestatarios cuando el banco les solicita informe de la tasación de una manera

³⁶² Así, por ejemplo, recoge el art. 2:301 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos:

- (1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.*
- (2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.*
- (3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.*

³⁶³ ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO “Evaluación de la solvencia...” (op. Cit.)

previa, pero le acaba denegando el préstamo ante una evaluación negativa de la solvencia, ante la insuficiencia de recursos económicos para satisfacer el préstamo.

Es decir, como hemos visto, la evaluación debe de basarse principalmente en las capacidades económicas de los prestatarios, y no en la valoración del bien. Por ello, una actuación diligente de la entidad debería de ser hacer un análisis previo de esta situación financiera y económica, entablado las investigaciones necesarias para, una vez llegado al convencimiento de que el cliente resulta apto, solicitar el informe de tasación, o al menos, que dicha evaluación de la solvencia se encuentre en un estado avanzado, y sea éste en principio positivo. De lo contrario, conllevaría al cliente un gasto innecesario, ya que dicha información de tasación no va a ser decisiva para la evaluación, por lo que podría ser igualmente resarcido de los gastos ocasionados por la tasación.

8.- Diferencias con los préstamos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/ 2019

Cabe plantearse para concluir este epígrafe dedicado a los efectos del incumplimiento de la evaluación de la solvencia, qué diferencias existirían, si es que las hay, de estas consecuencias tras la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2019, respecto a la normativa anterior regulada principalmente por la Orden de 2011 y su Circular de desarrollo 5/2012.

Entendemos que debido a la falta de previsión específica en la nueva Ley acerca de sanciones civiles al prestamista, la mayoría de los efectos analizados se podrían compartir con la regulación previa a la nueva Ley, con ciertas matizaciones.

Así, parece lógico descartar la posibilidad de aplicar recíprocamente las facultades de modificación, rescisión o resolución previstas en el art. 11 de la nueva Ley, puesto que tal previsión no existía con anterioridad. Pero sí que se podría compartir el resto de los efectos como son la anulación por el error vicio o dolo, la imputación de la responsabilidad por participar en el incumplimiento ocasionado, la indemnización por daños y perjuicios, así como la responsabilidad en casos de denegación del préstamo cuando no se actúa correctamente.

Y ello es así porque dichas consecuencias están basadas en las normas generales de la contratación, teniendo en cuenta para acreditar su responsabilidad y buena fe las

obligaciones de conductas que le imponen dichas normativas³⁶⁴. Muestra de ello es, como hemos visto, la interpretación acogida por el Tribunal Supremo que establece la posibilidad de incurrir en error vicio, así como el deber de indemnizar, por la infracción de los deberes de conducta impuestos por la normativa sectorial respecto a los productos de inversión.

El matiz que se podría añadir a la nueva Ley respecto a la normativa anterior a ella, es que tras esta Ley se debería ser más estricto aún respecto a la conducta del prestamista, estableciéndose así ese “plus de responsabilidad” que mencionaba el Preámbulo de la Ley, y derivada de los refuerzos en la materia que incide tanto la Directiva como la citada Ley en los términos expuestos, por lo que se le exigiría un celo mayor en su actuación, debiendo además acreditar aquellos requisitos que la nueva Ley establece como obligatorios, como es el deber de consultar la Central de Información de Riesgos del Banco de España, o los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

D) ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN LA VÍA JUDICIAL

Con carácter preliminar, conviene realizar una sucinta crítica al sistema de ejecución hipotecaria tal y como está instaurado en nuestro ordenamiento. Así, nos encontramos con el problema que surge cuando existe una serie de incumplimiento por parte del prestamista, y, sin embargo, éste ejercita la acción ejecutiva mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, haciendo uso a su vez del vencimiento anticipado del préstamo.

Tal y como expone RUIZ-RICO RUIZ³⁶⁵, adoptando el término usado por MONTERO AROCA, **el procedimiento de ejecución hipotecaria es “hiperprivilegiado” para el acreedor**, llegando el título de ejecución hipotecaria a ser incluso más favorable que una sentencia firme.

³⁶⁴ De modo similar ALBIEZ “Una invitación...” (op. Cit.) al considerar respecto a las normas de “conducta” de la Directiva, la posibilidad de acudir a las normas generales de la contratación para controlar la conducta que sea contraria a la buena fe subjetiva de los contratantes, señalando además que la infracción de dichas normas podrá servir al Juez para determinar la existencia de un cumplimiento negligente y contrario a la buena fe, conforme exigen los artículos 1101 a 1106 del Código civil.

³⁶⁵ RUIZ-RICO RUIZ : “La reforma del proceso de ejecución hipotecaria: aspectos civiles.” En ALBIEZ DOHRMANN y MORENO-TORRES HERRERA *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. 1ª edición Aranzadi. 1 enero 2018.

Como argumenta este autor, es la publicidad registral la que otorga este carácter reforzado al procedimiento de ejecución hipotecaria. Esto hace que sean los datos del Registro lo que determine el inicio y la válida prosecución de la ejecución, prescindiendo de la realidad extrarregistral del préstamo, hecho que ha sido criticado por la doctrina, al excluir numerosas causas de oposición a la ejecución, como puede ser incluso el pago, dejando en gran medida el procedimiento a voluntad del prestamista.

Motivo de ello fue la famosa Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 Caso Aziz (asunto C-415/11), en donde se establecía que la normativa española existente se oponía a la europea, al no permitir la oposición por cláusula abusivas, así como la posibilidad del juez de controlar de oficio y tomar medidas cautelares como la suspensión ante este tipo de hechos, originando así la reforma de la LEC.

A pesar de la inclusión con ocasión de esta reforma de la posibilidad de oposición con motivo de cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o determinen la cuantía, lo cierto es que sigue siendo insuficiente para dar una completa garantía al ejecutado.

Así, como se ha expuesto, de todos los supuestos en relación con la existencia del préstamo, pago, incumplimiento, etc, no existe cauce legal previsto para oponerlos y evitar la ejecución. Por ello, un supuesto como el que se analiza en este apartado respecto a la evaluación de la solvencia, así como respecto al resto de incumplimientos de las obligaciones que se analizan en este trabajo, no tendría en principio cabida en la oposición del ejecutado, debiendo proseguir la ejecución, siendo indiferente la actitud del prestamista o los incumplimientos que haya podido provocar.

Por ello, a pesar de poder el juez apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, así como poder el ejecutado oponerse con motivo a ellas, **debería de admitirse igualmente la posibilidad de oponer —e incluso controlar de oficio en determinados casos— aquellos supuestos de “prácticas abusivas”**, en donde se pueda analizar la buena fe y diligencia del prestamista. De este modo, como argumenta RUIZ-RICO RUIZ, sería necesario un juicio valorativo previo en el que se examinase las conductas de las partes, así como la gravedad del incumplimiento, porque no tenemos que olvidar que estas ejecuciones se realizan como hemos dicho mediante el ejercicio a su vez del vencimiento anticipado, en donde como hemos indicado se limita la defensa del ejecutado, siendo recomendable que pudiese existir una posibilidad de análisis de estas circunstancias.

Por ello, parece claro que, siendo la hipoteca accesoria al préstamo, es de sentido determinar que es el incumplimiento de éste el que debe conllevar la correcta

ejecución³⁶⁶, y sin embargo, tal y como está configurado hoy día, existe una completa indefensión para el ejecutado en este sentido, siendo difícil poder acreditar el cumplimiento, o la justificación en su caso del impago ante conductas del prestamista.

Efectuadas tales consideraciones, y respecto a este caso concreto, habría que observar la posible actuación frente a la no observancia de las reglas que obligan al prestamista a evaluar la solvencia del prestatario.

Así, una de las consecuencias extraídas anteriormente es la posibilidad de alegación de nulidad por error vicio en el consentimiento. Sobre este motivo, apreciamos cómo el propio artículo 698 de la LEC recoge que la reclamación del deudor sobre la nulidad del título no queda comprendida en el procedimiento de ejecución, debiendo ventilarse en el juicio que corresponda. A esto, añadir, como ya ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que esta nulidad por error necesita ser ejercido por vía de acción, a través de una demanda, o en su caso reconvención³⁶⁷, sin que sea alegable como mera oposición.

Esta privación de poder alegar motivos de nulidad por error como oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ya fue advertida por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Sabadell, quien, mediante Auto de 30 de septiembre de 2010, planteó una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Dicho Tribunal se pronunció mediante Auto de 19 de julio de 2011 (rec. 7223/2010), por el que inadmitía la cuestión planteada, por ser “manifiestamente infundada”, cerrando la cuestión remitiendo a lo expuesto en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (rec. 55, 56 y 57/2018), a pesar de los esfuerzos del Juzgado de desligarse de lo pronunciado en dicha sentencia. Esta decisión del Tribunal mereció un Voto Particular concordante, en el que estando a favor de lo acordado, criticaba esta falta de argumentación, siendo necesaria una fundamentación y argumentación acorde a la realidad del tiempo en que vivimos.

Los argumentos que expone a lo largo del auto el Juzgado de Sabadell nos parecen muy acertados y bien fundamentados. Carece de toda lógica que, observando en un procedimiento la más que probable existencia de nulidad del título ejecutivo, se tenga que seguir forzosamente adelante con dicha ejecución, con todos los perjuicios

³⁶⁶ RUIZ-RICO RUIZ, JM. “La reforma del proceso...”: Según los parámetros tradicionales de la accesoriadad, no se duda por la doctrina que para poder ser efectivo el derecho real de hipoteca y dar lugar a un procedimiento de ejecución hipotecaria con probabilidades de éxito, debemos hallarnos ante un contrato de préstamo subyacente que sea, por un lado, *válido* (en su conjunto y en sus partes) y *actualmente existente*, y por otro, ante *un contrato que haya sido incumplido en todo o en parte*. Así lo afirma de forma rotunda, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien señala que «... *para que la hipoteca despliegue definitivamente su eficacia básica (ejecución del bien hipotecado) debe existir una deuda válida, eficaz e incumplida...*»

³⁶⁷ Vid. STS 23 de marzo de 2018 (rec. 3227/2015).

que eso supone, más aún en el ámbito en que se suele desarrollar, afectando a consumidores y viéndose afectado un bien tan esencial como es la vivienda habitual en la mayoría de los casos.

Aunque hay que tener en consideración que el Tribunal Constitucional posteriormente flexibilizó un poco este criterio, y siguiendo la estela de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (rec. 2962/2012), argumentó acertadamente en su sentencia de 02 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012) respecto al incumplimiento de los requisitos procesales del título ejecutivo que:

*“En estas condiciones, **la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir una premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión, remitiendo a la parte demandante a un proceso posterior, resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista, e incompatible con el derecho fundamental invocado.** Lo que planteó el demandante de amparo en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, fue el incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y apreciable de oficio por el órgano judicial, argumento suficiente para que hubiera sido resuelto en el seno del incidente de oposición, **a pesar de no estar previsto así expresamente por la norma** (como, por cierto, también ha sido mantenido recientemente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia núm. 462/2014, de 24 de noviembre (RJ 2014, 5985), fundamento de derecho sexto, relativa a una ejecución de título no judicial). La decisión de no entrar en la cuestión, remitiendo al declarativo posterior para su resolución, no es, por excesivamente formalista, conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tratándose además de una alegación de fácil comprobación por parte del órgano judicial, que debió favorecer así una respuesta más rápida y compatible con la **economía procesal** que la sostenida por la resolución impugnada.”*

Y la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (rec. 2962/2012) recogía entre los supuestos de defectos formales “han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución, como son la falta de nacimiento de la obligación por estar supeditada a una condición suspensiva, su carácter no exigible por no haber vencido todavía o, en fin, la falta de aportación de los documentos que prueben la n o iniciación de las obras o la falta de entrega de las viviendas en los casos de ejecución fundada en un aval de la Ley 57/1968”.

A tenor de esta última tendencia a ampliar las causas de oposición, podría ser planteable oponerse a la ejecución por la nulidad del título ejecutivo en que se basa, debido a un error vicio en el consentimiento, así como incluso los supuestos de rescisión, resolución, modificación, e indemnización, en los términos expuestos anteriormente. Aunque lo cierto es que resulta complejo en la práctica la viabilidad de su admisión por los jueces y tribunales, ya que suelen seguir aferrándose a la rigurosidad de la ley. De este modo lo ha manifestado la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 28 de octubre de 2016 (rec. 864/2016):

“Que la nulidad del título por vicio de error del consentimiento no puede articularse como motivo de oposición al despacho de ejecución pues no está previsto en el art. 695 LEC, debiendo ventilarse en un procedimiento declarativo. El legislador no ha optado por regular una oposición a la ejecución por motivos de fondo en la que el ejecutado pueda alegar cualesquiera hechos que fundamenten la inexistencia o la no subsistencia, total o parcial, del derecho del ejecutante a la prestación que consta en el título ejecutivo, sino que ha establecido un numerus clausus de causas de oposición entre las que no se encuentra, cuando de títulos no judiciales se refiere, el pretendido por el recurrente Y mucho menos puede el Juez, como pretende el recurrente, examinar de oficio los defectos del consentimiento³⁶⁸”

También hay autores como SERRANO FERNÁNDEZ³⁶⁹ o CUENA CASAS³⁷⁰, que defienden la alegación del incumplimiento del prestamista en la evaluación de la solvencia como excepción. Si lo que se quiere alegar es la excepción de contrato no cumplido o *exceptio non (rite) adimpleti contractus*, el Tribunal Supremo, mediante la sentencia de 23 de marzo de 2018 (rec. 3227/2015), parece dejar cerrada tal posibilidad ante la reclamación en un procedimiento ordinario, argumentando:

*“»Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que **tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una***

³⁶⁸ Misma idea expuesta también en su Auto de 27 de diciembre de 2016 (rec. 9/2016).

³⁶⁹ Vid. Nota 359.

³⁷⁰ CUENA CASAS “Evaluación...” (Op. Cit.) “Otras consecuencias que se pueden derivar cuando se concede un préstamo con un test negativo y el deudor deviene insolvente por tal razón es la pérdida de intereses remuneratorios y moratorios. Tal efecto se opone como excepción cuando el acreedor reclama la devolución del préstamo y, por lo tanto, será evaluable por los jueces.”

relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que **se conecta con la fase precontractual** de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la **resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual**».

3.- En consecuencia, si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo per se, sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvencional la correspondiente acción de nulidad por error vicio del consentimiento, conforme a la jurisprudencia antes citada”

Aunque la resolución contractual y la excepción de contrato no cumplido sean figuras distintas³⁷¹, sí que es cierto que ambas comparten su fundamento en operar respecto a obligaciones recíprocas, en donde el fundamento originario de dicha excepción es la suspensión de una prestación, en tanto la otra parte no cumpla la que le corresponde. En este caso, al ser una obligación precontractual, no existe una reciprocidad de dicha evaluación de la solvencia, con el deber de pagar las cuotas del préstamo, ni tiene sentido una suspensión de la prestación.

No obstante, el propio Tribunal Supremo también ha entendido esta excepción para compensar los daños y perjuicios sufridos en el caso de un cumplimiento defectuoso, cuando la prestación debida ya ha sido ejecutada. Así lo definió en su Sentencia de 4 de marzo de 2013 (rec. 1175/2010):

*“En el presente caso, se insta la excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus) **después de que ya se haya ejecutado la prestación de la contraparte**, para justificar la improcedencia del pago convenido. Propiamente, como ya hemos expuesto, esta excepción frente a la exigencia de cumplimiento presupone que la contraprestación esté pendiente de un exacto cumplimiento y sea todavía susceptible de tal cumplimiento, pues si ya se ha ejecutado y no cabe esperar un cumplimiento íntegro y correcto, **el eventual cumplimiento defectuoso tan sólo podría valorarse** si se opone con efectos resolutorios, siempre que equivalga a un*

³⁷¹ Para mayor detalle sobre las diferencias de ambas figuras, se puede ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 (rec. 1315/2010).

incumplimiento esencial que frustre la finalidad del contrato, o bien para reducir el precio estipulado pendiente de pago, en función del valor de los daños y perjuicios ocasionados por el denunciado cumplimiento defectuoso.”

Por ello, si bien esta excepción no puede ser usada para suspender la obligación de pago, puesto que esto es un remedio temporal hasta que la otra parte cumpla la obligación debida, sí que podría tener sentido alegar esta excepción para reducir el importe debido, aun siendo una obligación precontractual, ya que la misma es una obligación que la ley impone al prestamista, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso tiene una incidencia directa en el desarrollo del contrato en caso de que llegue a materializarse el riesgo que pudo y debió evitar el prestamista con una correcta evaluación de la solvencia.

Esta reducción del precio ya podría consistir en una reducción o privación de los intereses remuneratorios y/o moratorios, o la privación del resto de deuda debida tras la subasta del inmueble, conforme a los términos antes expuestos.

Esta excepción no plantea problemas algunos en cuanto al trámite procesal para oponerla en un proceso declarativo, aunque sí es más complicado nuevamente su encaje en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta falta de previsión sobre la capacidad de oponer el incumplimiento de la otra parte en un procedimiento ejecutivo motivó que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad por el juzgado de lo mercantil número 2 de Alicante el 06 de julio de 2016, aunque lamentablemente fue inadmitida por Auto del TC de 29 de noviembre de 2016 (rec. 4542/2016), por haberse planteado extemporáneamente³⁷², perdiéndose así la posibilidad de que entrase sobre este asunto, de gran interés por su trascendencia.

Con posterioridad se tratará con mayor detenimiento el uso de esta excepción, y su posibilidad de encaje en un procedimiento ejecutivo.

Por último, decir que igualmente procedente sería el planteamiento por el prestatario de un procedimiento declarativo, en el que solicitase o bien la resolución, rescisión, o modificación —intentando aplicar recíprocamente los derechos atribuidos

³⁷² Se alegó por el Tribunal Constitucional que se planteó la cuestión de manera extemporánea, al plantearse dicha cuestión una vez había sido aplicado el régimen procesal de oposición que se cuestionaba, quebrando la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Y respecto del 698 que también se discutía, argumentaba el TC que versa sobre un procedimiento que no es el sustanciado, sino que es otro al que también se puede acudir al margen de la ejecución, por lo que no procede igualmente la cuestión, aunque habría que decir que tiene incidencia directa sobre el procedimiento de ejecución y está íntimamente ligado con lo que se planteaba.

al prestamista en el art. 19—, la anulación por error vicio o dolo en el consentimiento, o simplemente la indemnización por daños o perjuicios con la subsistencia del préstamo, todo ello en los términos expresados y según las circunstancias del caso.

CAPÍTULO II.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA DURANTE LA VIGENCIA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

I.- OBLIGACIONES DURANTE EL CONTRATO

Sumario: a) Entrega del dinero y mantenimiento del préstamo en las condiciones pactadas. b) Cumplimiento de la normativa de los servicios asociados al préstamo. c) Obligación de atender las quejas y reclamaciones. d) Obligación de subsanar los errores. e) Obligaciones de información acerca de los intereses durante la vida del préstamo. f) Información en caso de préstamos en moneda extranjera. g) Información en amortización anticipada. h) Obligación de comunicar la cesión del préstamo hipotecario. i) Información en supuestos de novación y transacción. j) Ejecución de los derechos reconocidos por los seguros de vida vinculados. k) Obligación de cumplimiento del Código de buenas prácticas del Real Decreto-ley 6/2012.

En cuanto a las obligaciones del prestamista durante la vigencia del contrato, además de la principal de entregar el capital y respetar las condiciones pactadas, conllevará una serie de deberes, especialmente de comunicación y atención al cliente, debiéndose cumplir con los requisitos establecidos por el art. 8 de la Orden EHA/2899/2011, donde se exige que **se comunique de manera clara y fiel** los términos en que se desarrolla el servicio, debiendo ser suficiente para que un destinatario medio entienda los términos esenciales de dichos servicios.

Igualmente establece el Banco de España que, vigente la relación contractual, es exigible a las entidades la claridad y transparencia **facilitando a los clientes la información necesaria para poder cumplir con las obligaciones y hacer valer los derechos** que le puedan corresponder, tanto por el propio contrato, como en la normativa que sea de aplicación.

Y en el Real Decreto 309/2019 se recoge asimismo en su artículo 6 que esta información que permita el seguimiento del contrato debe cumplir las siguientes características:

a) Reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrolla el contrato de préstamo.

b) No destacar ningún beneficio potencial del contrato de préstamo ni ocultar expresamente los riesgos inherentes al mismo.

c) Resultar oportuna y coherente con el contenido y los términos esenciales del contrato de préstamo sobre el que se traslada la información.

d) No omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante.

Toda esta información habrá de cumplir los requisitos señalados en el art. 10 del Real Decreto 309/2019, señalado que se deberá hacer en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estará redactada en términos fácilmente accesibles y comprensibles, debiendo cumplirse, en su caso, con los modelos normalizados e información que se deba resaltar.

Además, como recuerda acertadamente el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones de 2018, este derecho de transparencia e información, manifestado en hechos tales como suministrar las liquidaciones periódicas y los desgloses detallados de los cargos o pagos, de manera que permitan a los prestatarios conocer la evolución y seguimiento del contrato, así como el suministro de información que se le solicite, **no desaparece porque se encuentre en situación de mora o impago** respecto a las cuotas del préstamo, debiendo mantener en todo momento esta transparencia informativa, ya que de lo contrario quebrantaría las buenas prácticas bancarias.

Además, como novedad, recoge el artículo 9 del Real Decreto 309/2019 que los prestamistas deberán facilitar la **información a los sucesores** del prestatario, fiador o garante, que permita conocer el estado del préstamo en el momento del fallecimiento del causante. Para ello, deberán acreditar la condición de sucesor por cualquier medio admisible en Derecho, sin que se pueda exigir la aceptación de la herencia como requisito previo al suministro de la información.

Recojamos las principales obligaciones una vez celebrado el contrato:

a) Entrega del dinero y mantenimiento del préstamo en las condiciones pactadas

Partiendo de la idea señalada al comienzo de esta tesis de que nos encontramos ante un contrato consensual, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, una vez perfeccionado el contrato por el consentimiento de las partes, queda el mismo pendiente a la entrega del capital por parte del prestamista en la forma y modo pactado, debiendo mantener las condiciones de su restitución según lo pactado en la escritura de préstamo. Esta podríamos considerar la obligación principal del prestamista, la puesta a disposición del dinero, y el respeto de los términos pactados en cuanto a su restitución, que se materializará en la gestión por parte de la entidad del cobro de las cuotas según el sistema de amortización y tipo de interés pactado.

La consecuencia de su inobservancia será la posibilidad de exigir por parte del prestatario su correcto cumplimiento según el contrato. Podría dar lugar a la resolución del contrato ante un incumplimiento grave del prestamista, como podría ser la negativa injustificada a la entrega del capital acordado, así como a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Esta obligación de respetar las condiciones pactadas, así como la posible aplicación de la *exceptio non (rite) adimpleti contractus* ante su incorrecto cumplimiento será examinada en el epígrafe siguiente.

b) Cumplimiento de la normativa de los servicios asociados al préstamo.

Relacionado con la mencionada gestión del cobro del punto anterior, la entidad estará obligada a respetar lo dispuesto por la normativa de aplicación para todos los servicios que preste al cliente relacionado con el contrato de préstamo, y, entre ellas, destaca la **normativa relativa a los servicios de pago**, regulada en el *Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*, en vigor desde el 25 de noviembre de 2018 —que sustituye la *Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (LSP)*—, por la *Orden 1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago*, así como por las disposiciones sobre dichos servicios de pago dispuestas en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012³⁷³.

Entre estos servicios es habitual la existencia de una cuenta corriente en donde se domicilien los pagos de las cuotas del préstamo hipotecario, sin perjuicio de otros servicios o productos que puedan ofrecer, como son las tarjetas de crédito o débito, depósitos, o los servicios de caja propia de la actividad bancaria.

Respecto a esta cuenta bancaria, en virtud del artículo 17.4 de la Ley 5/2019 que permite la vinculación de un producto al préstamo siempre que “sirva de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo”³⁷⁴, el artículo 32 sexies de la Orden EHA/2899/2011 recoge que **el prestamista podrá vincular el préstamo a la**

³⁷³ Además, habría de estar a lo dispuesto por el *Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones*, la *Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación*, y el *Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo*, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera

³⁷⁴ Recoge dicho precepto: “4. Igualmente, el prestamista podrá vincular el préstamo a que el prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco contrate ciertos productos financieros establecidos por orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, siempre que sirva de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo y que el deudor y los garantes reciban información precisa y detallada.”

apertura o el mantenimiento de una cuenta de pago o de ahorro, por parte del prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, siempre que dicha cuenta tenga como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses del mismo o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago.

Así, la normativa permite la obligatoriedad de tener una cuenta abierta para el cobro del préstamo. De modo similar se recoge en el art. 32.2 del RDL 19/2018 de Servicios de Pago—con idéntica redacción a lo que preveía el art. 21.2 de la Ley 16/2009 —, donde señala que el usuario no puede resolver el contrato marco de la cuenta de pago si *tuviera contratado con el proveedor de servicios de pagos otro producto o servicio financiero para cuya gestión sea necesario mantener abierta una cuenta de pago con el proveedor de servicios de pago, o en aquellos otros supuestos que se determinen reglamentariamente*. En igual sentido se ha pronunciado el Banco de España, donde permitía tal obligación, siempre y cuando constase expresada en el contrato en cuestión³⁷⁵.

Otra de las polémicas suscitadas en torno a la existencia de esta cuenta vinculada al préstamo, es si la entidad estaba legitimada para cobrar una **comisión de mantenimiento**, para lo cual, el Banco de España estableció una serie de criterios según la fecha de contratación³⁷⁶:

-Para aquellos contratos celebrados con anterioridad al 29 de abril de 2012 — fecha de entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011—, el Banco de España consideró que cuando el mantenimiento de la cuenta es una exigencia de la entidad, y se utilizaba únicamente para dar servicio al contrato de préstamo hipotecario, como es el pago de las cuotas del préstamo —permitiéndose además otros pagos y domiciliaciones relacionadas con el préstamo, como el pago de los seguros vinculados al dicho préstamo hipotecario— no correspondía al cliente el pago de ninguna comisión por mantenimiento o administración. Así, entendía que el cliente *estaría pagando por cumplir una obligación —apertura de cuenta para facilitar la gestión de la entidad— que esta le impuso en interés propio, lo cual se valoraba contrario al principio de reciprocidad y a las buenas prácticas y usos bancarios*.

³⁷⁵ Así, en el expediente R-201704487, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España argumenta: *el criterio de este Departamento es que la entidad estaría legitimada para exigir a la parte reclamante el mantenimiento de la cuenta corriente con objeto de atender los recibos del préstamo hipotecario que mantiene con la misma en tanto que tal previsión se incluyese expresamente en el correspondiente contrato*.

³⁷⁶ Memoria de reclamaciones del Banco de España, año 2018.

-Con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, y de la Circular 5/2012 que la desarrolla, se revisó este criterio anterior, que se mantenía debido *a la falta de una regulación que garantizara mayor información al cliente a este respecto*. Así, con la nueva normativa normativa, se garantizaba dos aspectos en materia de transparencia: 1) la información previa que se ha de suministrar respecto al cobro de la comisión y su inclusión para la determinación del coste del servicio. 2) se garantiza que dicha comisión no pudiera ser modificada unilateralmente por la entidad mientras dure el préstamo.

Así, en aquellos contratos de préstamo hipotecario celebrado —o novados— con posterioridad al 29 de abril de 2012, se permite el cobro de la comisión de mantenimiento, aunque se dedique exclusivamente dicha cuenta para el pago del préstamo hipotecario, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se informe en el FIPRE y FIPER la exigencia de contratar la cuenta vinculada
- b) Que se informe de la parte del coste total que corresponde al mantenimiento de la cuenta, incluyéndose en la TAE³⁷⁷.
- c) Que tanto la necesidad de contratación como su coste se recoja en el contrato.
- d) Que dicho coste no podrá ser modificado unilateralmente por la entidad a lo largo de la vida del préstamo³⁷⁸.

Fuera de estos supuestos mencionados —esencialmente, cuando se use la cuenta además para otros fines—, la entidad podrá cobrar la comisión que se pacte, así como

³⁷⁷ Así, el artículo 12 párrafo segundo de la Orden EHA/2899/2011 establece que “En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.”

³⁷⁸ De este modo, el Banco de España extiende a todos los servicios bancarios afectados la previsión de la norma sexta 2.5 j) de la Circular 5/2012: “j) *En su caso, los gastos de mantenimiento de una o varias cuentas, si estas fueran necesarias para registrar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito (salvo que la apertura de la cuenta o cuentas sea facultativa), los gastos relativos a la utilización de un instrumento de pago que permita efectuar a la vez las operaciones de pago y de disposición del crédito, así como cualquier gasto derivado del contrato de crédito y las condiciones en que dichos gastos podrán modificarse. Cuando la apertura de una o varias cuentas sea obligatoria para el cliente, los gastos de mantenimiento de ellas no podrán ser modificados unilateralmente por la entidad, siempre que la cuenta o cuentas se utilicen exclusivamente para las operaciones de pago o de disposición del crédito.*” En el mismo sentido, el art. 21.2 párrafo tercero de la LSP 2009, y el 32.2 párrafo tercero del nuevo RDL 19/2018 de Servicios de Pago.

modificar dicha comisión. Respecto a esta **modificación**, el art. 22 de la LSP de 2009 obligaba a la entidad a preavisar con una antelación mínima de dos meses de la modificación propuesta, así como notificar del derecho del usuario de resolver de forma inmediata el contrato sin coste alguno. Igual previsión recoge el Real Decreto Ley 19/2018 de Servicios de Pago³⁷⁹, añadiendo que dicha información debe ser suministrada sin acumularla a otra información o a publicidad, y que la resolución tendrá efecto a partir de cualquier momento anterior a la fecha en que se habría aplicado la modificación.

Además, respecto a estas cuentas, el artículo 15 de la Orden dispone que las entidades están **obligadas a comunicar todos los movimientos producidos en su cuenta corriente**, si los hubiera, con información relativa a la fecha, concepto e importe de la operación. Dicha información se realizará al menos mensualmente, y de forma gratuita. Señala además el precepto que, en todo caso, se deberá proporcionar al cliente una copia de la información relativa a cualquier operación realizada a través de cualquier depósito a la vista.

Junto a todo ello, en relación con los servicios de pago en general, a las entidades le corresponden una serie de obligaciones, como son: la **protección de los fondos** de los usuarios de los servicios de pago —art.21 RDL 19/2018—, **suministrar de manera transparente y gratuita**³⁸⁰ **la información** relativa a los servicios de pago —art.29 y 30—, **asegurar las credenciales de seguridad** personalizada de los instrumentos de pago, poniendo los medios adecuados para ello —art.42—, **rectificar operaciones de pago** no autorizadas o ejecutadas incorrectamente —art.43—, **responder frente a las operaciones de pago no autorizadas**, devolviendo de manera inmediata el importe de la operación —art.45—, **responder por los casos de no ejecución o de ejecución defectuosa o con retraso** de una orden de pago —art. 60—, y todo ello sin perjuicios de las **indemnizaciones adicionales y de los gastos** que ocasionen que sean de su responsabilidad —art.62—.

Asimismo, de conformidad con la norma octava de la *Circular 2/2019, de 29 de marzo, del Banco de España, sobre los requisitos del Documento Informativo de las*

³⁷⁹ Dicho RDL de 2018 será igualmente aplicable para aquellos contratos en vigor con anterioridad, ya que la DT quinta establece su aplicación para las disposiciones de carácter imperativo que resulten más favorables para los consumidores y microempresas

³⁸⁰ Sin perjuicio de que el 30.2 del RDL establece que “*El proveedor de servicios de pago y el usuario de servicios de pago podrán acordar que se cobren gastos por la comunicación de información adicional a la exigida por norma legal o reglamentaria o con mayor frecuencia que la exigida por las mismas, o por la transmisión de ésta por medios de comunicación distintos de los especificados en el contrato marco, siempre y cuando la información se facilite a petición del usuario del servicio de pago*”.

*Comisiones y del Estado de Comisiones, y los sitios web de comparación de cuentas de pago, y que modifica la Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, la entidad **deberá comunicar el Estado de Comisiones anualmente**, reflejando, durante el mes de enero de cada año, y de forma gratuita, un estado de todas las comisiones en que hayan incurrido durante el año natural anterior por los servicios asociados a una cuenta de pago y de los tipos de interés que señala la normativa.*

Y, en virtud del artículo 13 de la *Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago*, el usuario podrá, **en cualquier momento de la relación contractual**, solicitar y recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales del contrato marco, así como la información y las condiciones relativas al servicio de pago, especificada en su artículo 12.

c) Obligación de atender las quejas y reclamaciones

Con carácter general, el art.21 de la LGDCU establece que “*El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso*”

Se establece así la necesidad de un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamaciones que presenten los clientes, velando por el buen y correcto funcionamiento de los servicios que presten. Además, en el apartado segundo se señala que el consumidor debe tener constancia de la queja o reclamación presentada, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero.

En el ámbito concreto del sector financiero, según dispone la *Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras* en su art.3, dichas entidades estarán obligadas a **atender y resolver las quejas y reclamaciones que sus clientes les presenten**, relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos.

Para ello, deberán contar con un **departamento o servicio especializado** de atención al cliente, como señala su artículo 4, así como la posibilidad de contar con un Defensor del cliente. La existencia de estos departamentos, con indicación de su dirección postal y electrónica, deberán ser comunicados a todos los clientes mediante información disponible en las propias oficinas, así como en la página web, así como la **obligación de responder en 2 meses** a las quejas y reclamaciones que le presenten.

Además, los usuarios de servicios financieros tiene **derecho a presentar consultas, quejas y reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones**, que estén relacionadas con sus intereses y derechos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros, tal y como dispone el art. 30 de la *Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*.

Esta facultad se desarrolla en la *Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre*, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, donde se recoge quiénes están legitimados para presentar dichas reclamaciones, así como la forma de presentación y su contenido, estableciendo como requisito de admisión y tramitación que **las quejas y reclamaciones se hayan presentado previamente** al departamento o servicio de atención al cliente, o en su caso, al defensor del cliente de la entidad contra la que se reclame.

En dicha Orden se prevé además en su art. 14 que, si estos organismos emitiesen un informe negativo para la entidad, ésta deberá comunicar en el plazo de un mes si acepta lo manifestado en dicho informe, justificando el haber rectificado su situación con el reclamante, en su caso. Si no cumple este deber se entenderá que la entidad no ha aceptado lo impuesto en el informe. Tras dicha comunicación o transcurrido el plazo del mes, se archiva el expediente, “*sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o de otro orden en que haya podido incurrir la entidad.*”, pudiendo remitirse a los servicios de supervisión correspondientes si se aprecian indicios de incumplimiento o quebrantamiento graves o reiterados de normas de transparencia y protección de la clientela.

Igualmente, el art. 18 de esta Orden señala que el servicio de reclamaciones remitirá los hechos a los organismos o departamentos competentes cuando en la tramitación de los expedientes revelen “*datos que puedan constituir indicios de conductas sancionables, en particular, cuando se dedujese el quebrantamiento grave o*

reiterado de normas de transparencia o protección a la clientela, o se detecten indicios de conductas delictivas, o de infracciones tributarias, de consumo o competencia, o de otra naturaleza.”

Además, con motivo de los abundantes casos de reclamaciones judiciales producidas para la reclamación de la nulidad y consiguiente devolución de las cuantías debidas por la aplicación de la cláusula de limitación a la baja del tipo de interés, la cláusula suelo, se estableció mediante el *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*, la obligación de las entidades de disponer de un departamento o **servicio especializado en materia de cláusulas suelos**, debiendo atender y resolver las consultas planteadas en el plazo de 3 meses —ampliación del plazo de resolución de reclamaciones en este ámbito, frente a los 2 meses establecido con carácter general—.

Asimismo, mediante el *Real Decreto 536/2017, de 26 de mayo*, se crea y regula la Comisión de seguimiento, control y evaluación prevista en el Real Decreto-ley 1/2017. Por ella, se establece el deber de las entidades de crédito de remitir a la Comisión, a través del Banco de España, y con carácter mensual, la información que aquella les requiera, debiendo contener los datos indicados en el propio Real Decreto, publicando semestralmente la Comisión un informe sobre los datos obtenidos y el grado de cumplimiento de dicho Real Decreto 1/2017.

Y, por último, en cuanto a lo señalado por la Ley 5/2019, la disposición adicional primera establece la posibilidad de interponer quejas y reclamaciones por parte los prestatarios o garantes, en relación con sus intereses y derechos, que deriven de incumplimientos de la ley, normas de desarrollo, buenas prácticas o usos financieros, que será resuelto por la entidad de resolución de litigios de consumo en el sector financiero a la que hace referencia la disposición adicional primera de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre. Hasta que no se cree y entre en vigor la ley que crea dicho organismo, la disposición transitoria quinta atribuye la atención de estas quejas y reclamaciones al servicio de reclamaciones del Banco de España.

d) Obligación de subsanar los errores:

Consecuencia del punto anterior y fruto de una correcta atención al cliente y de una diligente gestión y profesionalidad, es la obligación de la entidad de atender los errores que se hayan podido advertir en el desarrollo del préstamo, ya se haya tenido conocimiento por la propia entidad, ya a través de la puesta en conocimiento por parte del prestatario. Así se recoge además en el artículo 13 de la Orden EHA/2899/2011.

Por ello, las entidades están obligadas a tener una **actitud diligente para la subsanación de los errores detectados**, dándoles una solución lo más pronto posible.

Asimismo, si estos errores afectan a la correcta liquidación de las cuotas del préstamo, las entidades están obligadas a una **reliquidación del préstamo de manera correcta**, al igual que cuando se produce esta reliquidación debido al incumplimiento normativo de estas —caso de las cláusulas abusivas—, **debiendo tener en cuéntala cantidad abonada pero actualizada a la fecha** en que se vaya a producir el abono, sin que baste la suma aritmética de las cantidades abonadas en exceso, ya que de lo contrario, como argumenta el Banco de España, se estaría beneficiando injustificadamente a las entidades con mayor número de incumplimientos normativos o errores e incidencias de tal naturaleza. Así, argumenta este organismo en su Memoria de Reclamaciones de 2017 que: *las cantidades abonadas deben tener en cuenta el momento en que se produjeron los cargos incorrectos, sin que los cálculos se correspondan únicamente con la suma aritmética simple de las diferencias entre las cuotas realmente pagadas y las que se debieron pagar con arreglo a las condiciones pactadas o la normativa de aplicación, ya que, en caso contrario, se podría producir un desfase que correspondería con la falta de actualización del valor de las cantidades obtenidas en dicha rectificación, sin haber tenido en cuenta la entidad el lapso de tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación de las cuotas indebidamente calculadas hasta su rectificación.*

En relación con esta cuestión, este DCMR entiende que, conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, una **subsanación diligente** pasaría, **bien por recalcular el préstamo considerando las cuotas realmente pagadas por la parte prestataria como amortizaciones anticipadas** e imputando cada uno de los importes pagados de más en cada vencimiento, **bien por abonar al cliente los importes pagados de más en los respectivos vencimientos, actualizados a la fecha de abono, con el tipo de interés vigente para el préstamo en cada período de interés³⁸¹**, según el vencimiento. Ello, sobre la base de que, desde el punto de vista financiero, no es indiferente el momento en el que se hacen efectivos los flujos monetarios.”

³⁸¹ O según el tipo de interés legal, si éste es superior, añade la Memoria de 2018.

e).-Obligaciones de información acerca de los intereses durante la vida del préstamo.

En los casos de modificaciones de las condiciones del préstamo, de manera general, se recoge en el apartado segundo del artículo 8 de la Orden que dicha modificación deberá ser comunicada al cliente con una antelación mínima de un mes, especificando los términos de la modificación, y los derechos que goce el cliente.

Por su parte, el *Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera*, regula igualmente la información que debe facilitarse al cliente durante la vigencia del préstamo.

El artículo 6 de este Real Decreto establece que la información a suministrar, con carácter general, debe ser clara y fiel, objetiva, coherente con el contenido y términos del contrato, y sin que se desnaturalice ninguna información relevante.

Según el artículo 7 –con casi idéntico contenido que el artículo 8.3 de la Orden 2011–, en cada liquidación de intereses, así como de las comisiones, se deberá facilitar un documento de liquidación en el que se exprese con claridad:

“a) El tipo de interés nominal aplicado en el periodo ya devengado y, en su caso, el que se vaya a aplicar en el periodo que se inicia.

b) Las comisiones aplicadas en el período al que se refiere el documento de liquidación, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo.

c) Cualquier otro gasto incluido en la liquidación.

d) Cuantos antecedentes sean precisos para que el prestatario pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular los costes asociados.³⁸²”

En el caso de pagos periódicos prefijados —interés fijo—, no será necesaria esta comunicación de las liquidaciones, ya que la norma undécima 1.2 Circular 5/2012 prevé que podrá sustituirse por la inclusión en el contrato de una tabla con todos los pagos o amortizaciones, con sus respectivas fechas, así como con los demás datos necesarios, sin perjuicio de la entrega de los justificantes de cada pago.

Además de ello, se recoge en la circular en dicha norma undécima apartado quinto, que toda esta información expresada anteriormente acerca de las liquidaciones

³⁸² El modelo normalizado a utilizar para esta información será el recogido en el Anejo 4 de la Circular 5/2019.

se deberá suministrar de manera gratuita en la forma convenida por las partes, siempre que se permita al cliente almacenar la información y reproducirla sin cambios.

Junto a esta información de la liquidación, se recoge el apartado segundo del artículo 7 del Real Decreto –al igual que lo hace el artículo 8.4 de la Orden de 2011– la obligación de emitir una comunicación anual³⁸³ en enero que de manera completa recoja toda la información sobre las comisiones, gastos, y tipos de intereses aplicados durante el año anterior.

Y por su parte, el artículo 8 establece el deber de informar de las modificaciones del tipo de interés aplicable, con una antelación mínima de quince días antes de que esta se aplique, debiendo incluir:

- “a) La variación del coste total del préstamo que implica dicha modificación.*
- b) El importe de cada uno de los pagos que deban efectuarse tras la aplicación del nuevo tipo de interés.*
- c) Los detalles correspondientes al número o la frecuencia de los pagos, si éste se modifica por haberse acordado contractualmente.”*

Si el interés se determina según subasta en los mercados de capital, recoge el apartado segundo que, si no se puede informar con antelación, se comunicará el procedimiento de determinación del tipo de interés, y la forma en que ello podría afectarle con una antelación a la subasta de al menos quince días naturales.

Este deber de informar de manera previa de la modificación del tipo de interés, en materia de préstamos hipotecarios, es consecuencia de la transposición del artículo 27 de la Directiva 2014/17/UE, que impone a los Estados a que velen porque los prestamistas informen con carácter previo de la modificación del tipo deudor. Si bien su artículo segundo establece la posibilidad de que se pacte que la comunicación se haga de forma periódica en caso de tipos de referencia que se hagan públicos, esta previsión no ha sido recogida en la normativa española³⁸⁴.

Habría que plantearse si esta obligación de informar de manera previa acerca de la modificación de los tipos de interés existía con anterioridad a esta nueva regulación, y

³⁸³ El modelo normalizado a utilizar para esta información será el recogido en el Anejo 5 de la Circular 5/2019.

³⁸⁴ Sin embargo, la Ley de Contratos de Créditos al Consumo en su artículo 18 sí prevé junto a este deber de informar de las modificaciones del tipo deudor con anterioridad a su aplicación, la posibilidad de pactar esta comunicación de forma periódica cuando se trate de un tipo oficial.

en qué condiciones, por lo que habría que analizar las diferentes normativas existentes en cada momento. Sí que parece claro la existencia siempre del deber de informar de las liquidaciones practicadas, debiendo informarse los tipos de interés aplicado en cada una de ellas. Este deber de informar de las liquidaciones aparece ya en el texto original de *la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito*, y del desarrollo de la misma por *la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*, manteniéndose en las regulaciones posteriores, por lo que al menos, a posteriori, siempre se debe informar de la variación experimentada en el tipo de interés al remitir la correspondiente comunicación de liquidación.

Respecto al deber de informar con carácter previo de la modificación

- La redacción originaria de esta Orden de 1989, así como de la Circular de 1990, establecían el deber de informar con antelación “razonable” de la modificación del interés pactado, incluyendo también los supuestos sujetos a un tipo de interés variable³⁸⁵, con la excepción de que esta comunicación puede sustituirse por la publicación en un diario de general difusión, siempre que así se prevea en el contrato. Así, en estos casos, cuando se pacte que la puesta en conocimiento se hará por medio de la publicación habría que entender que, tratándose de un tipo oficial, al ser publicado en el Boletín Oficial, se podría dar por cumplido este requisito.

Constando además que “*sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, la información sobre modificaciones deberá facilitarse a la clientela afectada en la primera comunicación que, en el marco de la relación contractual, se dirija al cliente*”, por lo que sí se debe comunicar con posterioridad, que normalmente será con la comunicación de la liquidación de intereses expresada.

- Con la *Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, se reguló aún de forma más específica, estableciendo en el artículo 6.3 que no será precisa la notificación individualizada de la variación del tipo de interés cuando se haya utilizado un índice oficial previsto en dicha Orden, a los que se le sume un margen o porcentaje³⁸⁶.

³⁸⁵ Así aparece según la redacción del precepto por la Orden en la norma séptima, y en la norma Sexta apartado 7 de la Circular 8/1990.

³⁸⁶ Igual previsión aparece, incluso manteniéndose hoy día, en 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 –normativa no aplicable cuando el prestamista es una entidad de crédito–.

A raíz de esta Orden, la Circular de 1990 fue modificada por medio de la Circular 5/1994, que a pesar de añadir que en los préstamos hipotecarios *“Las entidades pondrán la máxima diligencia en comunicar, con exactitud y sin demora, las variaciones que se produzcan en los tipos de interés”*, se introdujo igualmente que *“la comunicación previa al cliente no será precisa cuando...”* se utilice un tipo oficial al que se le añada un margen o porcentaje, tal y como expone la Orden.

- Por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, desaparece esa previsión de que no será precisa notificación individualizada, y aparece en el artículo 29 que en la documentación contractual *“se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés”*, sin establecer ninguna excepción, aunque no especifica la Orden si esa notificación debe realizarse con anterioridad o no. Tampoco aparece recogida previsión al respecto en la Circular de 2012.

No obstante, al desaparecer la excepción prevista en la Orden anterior, y recogerse la necesidad de notificación de las variaciones del tipo de interés, entendemos que se deberían de comunicar previamente el nuevo tipo de interés, para así dotar de significado a la nueva regulación de esta Orden.

Y tenemos que señalar que esta Orden de 2011 y la Circular de 2012, incluso con las nuevas reformas de 2019, permanecen inalterables en este sentido, sin incorporar ninguna novedad acerca de la notificación previa de la modificación de los tipos de interés.

- Y tras el Real Decreto 309/2019, se establece, como hemos visto, la obligación expresa de informar, al menos con 15 días de antelación, de la modificación de los tipos de interés en los términos expresados.

Por ello, se podría concluir que la información a suministrar en las diversas etapas se configura del siguiente modo:

-Ya con la Orden de 1989, se establecía el deber de informar con antelación razonable de la modificación, salvo que se pacte que se comunicará vía publicación.

-Con la Orden de 1994, si se utiliza un tipo oficial, no es necesario comunicación previa alguna, sin necesidad de que conste pactado.

-Con la Orden de 2011 sólo se dispone que se deberá comunicar las variaciones experimentadas, por lo que entendemos necesaria la notificación previa.

-Y con el Real Decreto de 2019, se impone el deber específico de informar con 15 días de antelación.

Y todo ello hay que entenderlo sin perjuicio del deber de comunicar al cliente, con carácter posterior, estas modificaciones que haya experimentado a través de la información de la liquidación de los intereses, obligación ésta siempre presente en la mencionada normativa.

Y estas disposiciones habría que entenderlas no sólo aplicables a las escrituras públicas que se constituyeron después de su entrada en vigor, sino que sería aplicables a aquellos préstamos concertados con anterioridad, debiendo cumplir con estas obligaciones de información y comunicación acorde a lo que disponga la normativa en vigor, actualmente, el Real Decreto de 2019³⁸⁷.

Así, actualmente, resulta necesario informar al menos con 15 días de antelación de los cambios de tipos de interés. Sin embargo, se pueden plantear problemas con aquellos casos en que se toma como referencia el último tipo de interés publicado a fecha de la revisión, o no se diga nada al respecto y se entienda aplicable el último publicado como hemos visto. En estos casos es posible que no puedan comunicarse con 15 días de antelación las variaciones, pero no por ello entendemos que no se puedan pactar estos supuestos, ni mucho menos van a perder su validez los así pactado, pero sí que sería altamente recomendable que en el momento de la contratación —comenzando lógicamente con la información precontractual—, se informara de este hecho y de la dificultad o imposibilidad —dependerá de la fecha de revisión fijada en la escritura— de informar con 15 días de antelación como impone la normativa, aunque eso sí, debiendo informar tan pronto se tenga noticia del nuevo índice a aplicar.

³⁸⁷ Así lo entiende el Banco de España, en su Memoria de 2017, donde argumenta: “El DCMR consideró que la entidad estaría obligada a prestar dichas comunicaciones no solo en virtud de los pactos establecidos con su cliente, sino también de acuerdo con la normativa de transparencia aplicable, por lo que podría haber quebrantado la normativa de transparencia y protección de la clientela de servicios bancarios, dado que no había acreditado haber facilitado a su cliente las comunicaciones correspondientes a las revisiones del tipo de interés practicadas tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 y asimismo se había alejado de las buenas prácticas bancarias, ya que no constaba acreditado que hubiese entregado a su cliente las referidas comunicaciones correspondientes a las revisiones del tipo de interés practicadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha orden, según lo pactado en el contrato de préstamo hipotecario”

f) Información en caso de préstamos en moneda extranjera

En los casos de préstamos en moneda extranjera, el prestamista estará obligado a **informar periódicamente**, tal y como recoge el art. 20.3 de la Ley 5/2019, *del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión*, así como del mecanismo que se haya pactado en su caso para limitar el riesgo del tipo de cambio.

Dicha información se suministrará junto con el documento de liquidación del artículo 7 del Real Decreto 309/2019 antes mencionado, salvo que las liquidaciones se realicen en períodos superiores al trimestre, en cuyo caso se desvinculará del documento de liquidación y se realizará dentro de los 20 días siguientes a la finalización del trimestre natural —art.31 Orden 2011—. En todo caso, dicha información se facilitará cuando el valor del importe adeudado por el prestatario o de las cuotas periódicas difiera en más del 20% del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo —art. 20.4 Ley 5/2019—.

Asimismo, dispone el art. 31.1.2 de la Orden 2011 que esta información se facilitará *a elección del prestatario, o bien en la moneda en que el prestatario perciba la mayor parte de los ingresos, o bien en la moneda en que tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de préstamo, o bien en euros*.

Respecto al incumplimiento de esta información, igualmente habrá de estar a lo dispuesto en el art.20.6 de la Ley 5/2019, pudiendo conllevar la nulidad de las cláusulas multidivisa, permitiendo al prestatario solicitar la modificación como si el préstamo fuese concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos.

g) Información en amortización anticipada.

Señala el artículo 23.2 de la Ley 5/2019 que cuando el prestatario manifestase su voluntad de reembolsar anticipadamente la totalidad o parte del préstamo, el prestamista *le facilitará, en el plazo máximo de tres días hábiles, en papel o en otro soporte duradero la información necesaria para evaluar esta opción*, debiendo expresarse las consecuencias de dicha liquidación, exponiendo con claridad las hipótesis razonables y justificables que se hayan tomado en consideración para su elaboración. Recoge, a

diferencia de su Anteproyecto y siguiendo la Directiva en su art. 25,4, que dicha información sea "en papel u otro soporte duradero", mención que, aunque pueda parecer obvia, evita supuestos de posibles informaciones verbales y facilita la acreditación a posteriori de lo manifestado por la entidad, máxime en estos supuestos donde la información puede incluir cálculos y datos de cierta complejidad.

Así, como señala el Banco de España en sus Memorias de Reclamaciones, las entidades deben encontrarse en condiciones de poder acreditar por un lado, haber informado a su cliente con carácter previo a la cancelación de su coste y, por otro, para poder percibir dicha compensación en el momento de la cancelación definitiva, acreditar también que existe una pérdida de capital, presupuesto habilitante para el cobro de la compensación, debiendo para ello facilitar todos los cálculos que sea preceptivos para su comprobación y verificación.

En caso de que no se informe del coste de la amortización, o no se justifique debidamente el mismo así como la existencia de pérdida financiera, la entidad no estaría legitimada para cobro alguno. Así, nótese como la SAP Barcelona de 21 de noviembre de 2014 (rec. 629/2012), siguiendo lo dictado por la Resolución del Banco de España en ese caso, consideró como daño patrimonial el importe de la compensación ante la falta de información en el certificado final de deuda, al omitir la existencia e importe de dicha compensación, condenándose a la entidad prestamista a la devolución de dicha cuantía.

h) Obligación de comunicar la cesión del préstamo hipotecario

La facultad de cesión del préstamo hipotecario aparece recogida en el art. 149 de la Ley Hipotecaria, que recoge que podrá cederse en todo o en parte³⁸⁸, regulándose por lo dispuesto por el art. 1526 del Código Civil. Señala que la cesión de la titularidad de la hipoteca debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. En todo caso, el deudor no queda obligado a más de lo que se obligó, subrogándose el cesionario en todos los derechos del cedente, a lo que habría que añadir, que también se subroga en las obligaciones que le incumbían al cedente.

³⁸⁸ Como señala BLASCO GASCÓ. *La hipoteca inmobiliaria...* (op.cit.) “Si es parcial no significa la división de la hipoteca sino la constitución de una suerte de cotitularidad respecto del crédito hipotecario (PEÑA, GARCÍA GARCÍA), configurada en régimen de mancomunidad o de solidaridad, según la naturaleza indivisible o divisible del crédito y los pactos establecidos entre cedente y cesionario”

De esta cesión, el artículo 242 del Reglamento Hipotecario señala que se dará conocimiento al deudor, salvo que haya renunciado a este derecho en escritura pública, o se hallase en el caso del artículo 150³⁸⁹.

Respecto a los efectos de esta notificación, es necesario que, para que tenga efectos para el deudor, se le notifique dicha cesión, ya que, de lo contrario, dispone el artículo 1527 Cc que “el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”. Sin embargo, tal y como recoge el Banco de España en la Memoria, esto no es requisito para la perfección de la cesión³⁹⁰, ya que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo fijada en la sentencia de 13 de junio de 1997 (rec. 2041/1997), *“el consentimiento del cedido no es requisito que afecta a la existencia de la cesión, sino que queda al margen del contrato, y solo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor (sentencias de 16 de octubre de 1982, 11 de octubre de 1983 y 23 de octubre de 1984, entre otras), mientras que la simple puesta en su conocimiento solo tiene finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el artículo 1527 del Código Civil”*

Y en sentido similar el artículo 347 del Código de Comercio, donde dispone que *“Los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a este»”*

Por tanto, las partes realmente intervinientes en el contrato de cesión son el acreedor cedente y el acreedor cesionario, quedando fuera el deudor cuyo consentimiento no es necesario.

³⁸⁹ Establece dicho precepto: *Transcurridos treinta días desde la fecha de la notificación sin que los legatarios acrediten haber instado judicialmente la anotación, podrá pedir el heredero la inscripción de todos los bienes hereditarios, presentando en el Registro, además de su título, testimonio bastante de las diligencias practicadas. Si los legatarios pidiesen la anotación también podrá inscribir el heredero los bienes que se anotaren y no hubiesen sido especialmente legados.*

La inscripción, tanto en este caso como en el de renunciar los legatarios a su derecho de anotación, deberá hacer referencia, bien a la escritura de renuncia de los legatarios o bien a las diligencias de notificaciones y su resultado.

³⁹⁰ Al igual ocurre con el requisito de la escritura pública e inscripción, cuya falta no impide su validez, aunque sí tiene su eficacia respecto a terceros, como señala BLASCO GASCÓ. *La hipoteca inmobiliaria...* (op.cit.) *“Así lo deriva la doctrina mayoritaria de los arts. 1.526 y 1.527 C.C., 149 y 151 L.H. y 176, 242 a 244 R.H. Y así lo proclaman las SSTs 16 de octubre de 1982 (R.J. 1982/5558), 11 de octubre de 1983, 23 de octubre de 1984 (1984/4972) y 29 de junio de 1989 (R.J. 1998/4797).”*

No obstante, de cara a las buenas prácticas bancarias, el Banco de España viene determinando que *“desde una perspectiva estrictamente circunscrita a las buenas prácticas en materia de transparencia informativa en las relaciones de las entidades de crédito con su clientela, a la entidad cedente le es exigible que ponga en conocimiento del deudor o de los deudores cedidos tanto el hecho mismo de la cesión como la identidad del cesionario y los medios para ponerse en contacto con él a cualesquiera efectos, incluidas las eventuales propuestas de reestructuración de la deuda.”* Y es que como se está viendo, al prestamista le incumben una serie de obligaciones durante la vida del préstamo, resultando así necesario para el prestatario conocer quien está gestionando su préstamo para poder ejercer todos los derechos oportunos.

i) Información en supuestos de novación y transacción.

La Disposición Adicional sexta señala que las disposiciones de la Ley serán aplicables a los supuestos de novación modificativa del contrato, sin concretar más su alcance. Habría que completarlo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, que, respecto a los contratos preexistentes, establece que las disposiciones de la Ley son igualmente aplicables para las novaciones realizadas con posterioridad a su entrada en vigor, especificando que *“En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.”* Así, esto podría ser aplicado también para los contratos posteriores a la entrada en vigor de la Ley, entendiendo que, en todo caso de novación, el prestamista debe cumplir con las obligaciones de información determinadas en el artículo 14.

Respecto a los préstamos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 —16 de junio de 2019— entiende ALBIEZ DOHRMANN³⁹¹ que *“No necesariamente se tiene que aplicar en bloque la LCCI. La DT Primera, apartado dos, se refiere con carácter general a las previsiones de esta Ley que sean de aplicación. Habrá que precisar el cambio concreto que se produce en el contrato de préstamo inmobiliario para dar la información necesaria y la transparencia que requiere. Como regla general, el prestamista deberá especificar de forma clara, concisa y destacada cualquier dato o elemento nuevo del préstamo (cfr. arts. 6, 9, 10 LCCI). En particular,*

³⁹¹ ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas” *Diario La Ley*, Nº 9439, Sección Tribuna, 19 de Junio de 2019, Wolters Kluwer

según el apartado segundo de la DT Primera, el prestamista deberá cumplir con las normas de transparencia previstas en el art. 14 LCCI³⁹². Entendiendo, además, en estos casos de novación, la necesidad de sustituir la Ficha de Información Personalizada (FIPER) por la Ficha de Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE).

Y sobre este apartado merece hacer una especial consideración, por la complejidad y controversias creadas en la práctica, a aquellos contratos celebrados entre la entidad y el consumidor por el que se modifica o se ve afectada una cláusula que puede ser considerada abusiva, especialmente en aquellos casos en que incluyen una cláusula de renuncia de acciones para el consumidor, existiendo un debate a nivel doctrinal y judicial acerca de si tiene la consideración de contrato novatorio o naturaleza transaccional. Estos tipos de acuerdos se han producido en masa en los casos de cláusulas suelos, así como en menor medida, con la cláusula de gastos hipotecarios.

La práctica de esta situación acontecida ha puesto de manifiesto, en nuestra opinión, que la clasificación entre si nos encontramos ante una novación o ante una transacción dependerá del supuesto en el caso concreto. Cada entidad ha utilizado su propio *modus operandi* para salvar los posibles conflictos con las denominadas cláusulas suelos, se han utilizado diversos acuerdos o “modelos estandarizados de acuerdos”, incluyendo cada uno su propio contenido. Además, los supuestos que se pueden dar son variados, así, no es lo mismo cuando la entidad toma la iniciativa ofreciendo al cliente unas nuevas condiciones, incorporando una cláusula de renuncia de acciones —o incluso pretendiendo obtener dicha renuncia a través de una discutible cláusula declarativa de conocimiento, por la que el prestatario consumidor afirma conocer las cláusulas financieras existentes en su préstamo—, que aquellos supuestos en donde el abogado del consumidor, durante la tramitación judicial de la demanda, alcanza un acuerdo con la parte contraria poniendo fin al procedimiento.

Como se puede comprobar, resulta difícil hacer un tratamiento unitario de esta cuestión. No obstante, cierto es que no hay que olvidar la posible naturaleza transaccional de este tipo de operaciones, como ha puesto de relieve RUIZ-RICO

³⁹² Igualmente, entiende la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que “la remisión no debe entenderse limitada al art. 14.1 de la Ley 5/2019, excluyendo los otros preceptos de su articulado. Más bien, parece tener carácter puramente aclaratorio, en el sentido de que el legislador quiere resaltar que los deberes de información se limitan a «aquellas cláusulas del préstamo o crédito que son objeto de modificación», que serían aquellas que serían objeto específico del acta prevista en el art. 15”, entendiéndose además que este deber de información se debe extender a aquellos aspectos nuevos incorporados imperativamente por la ley, como puede ser la información relativa al vencimiento anticipado.

RUIZ³⁹³, y es que ciertamente lo verdaderamente pretendido en muchos casos es realizar una auténtica transacción, de modo que cada parte cede en determinados aspectos de sus pretensiones, obteniendo algo a cambio, y poniendo fin a una controversia existente. Señala RUIZ-RICO la validez de este tipo de contratos, que sólo podría ser anulado mediante la alegación de vicio en el consentimiento, que estima difícil de admitir³⁹⁴. No obstante, entendemos que, en estos casos de transacción, especialmente cuando se celebre con consumidores, los deberes de información deberán ser extremados, ya que, de lo contrario, podría dar lugar a la anulación por error vicio o dolo, sin perjuicio de la posible abusividad por el contenido o por la falta de transparencia que pueda tener su clausulado predispuesto.

De los casos tratados por el Tribunal Supremo, nos encontramos con sentencias que han otorgado un tratamiento de novación, frente a otros supuestos que han sido considerados como transacción.

Así, respecto de las novaciones, el TS declaró en primer lugar, en su Sentencia de 16 de octubre de 2017 (rec. 1985/2015), la nulidad de la novación de la cláusula suelo. En este supuesto, ante las quejas de los clientes solicitando la rebaja del suelo equiparándolos al de otros prestatarios de la misma promoción, la entidad redujo el límite mínimo temporalmente. Ante esta situación, declaró el Tribunal que la novación efectuada sufría de la misma nulidad que la referida cláusula suelo, apoyándose en el artículo 1208 Cc que dispone que la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, sin que se trate de un vicio subsanable.

Sin embargo, esta posición cambia en la posterior Sentencia de 13 de septiembre de 2018 (nº recurso 1026/2016), en la que declaró la validez de la novación efectuada por los prestatarios rebajando la cláusula suelo, entendiendo respecto la cláusula

³⁹³ RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL “Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios” *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 37, Nº 150, 2018.

³⁹⁴ Esta dificultad de atacar estos contratos de transacción parte del supuesto base que analiza el autor. Así, se centra principalmente en aquellos supuestos, comúnmente acontecidos hace unos años, en donde con anterioridad a la STJUE que declaraba la retroactividad total de la devolución de las cuantías por la cláusula suelo, las entidades llegaban a un acuerdo ante las reclamaciones extrajudiciales o judiciales, por la que accedían a devolver las cuantías desde la STS de mayo de 2013, renunciando el consumidor a reclamar la cuantía anterior a esa fecha. Efectivamente, en estos supuestos, que normalmente se suelen tratar por el abogado del consumidor que está llevando el pleito, la transacción es perfectamente válida y difícilmente atacable, ya que es uno de los mecanismos más habituales para poner fin a las controversias existente en los juzgados. No obstante, como referimos en el texto, la disparidad de supuestos existentes hace que no podamos generalizar esta dificultad de que acontezca un error vicio invalidante, ya que en muchos casos ocurre lo contrario, siendo evidente la falta de validez por error o incluso dolo de la entidad.

originaria que, *“sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado”*, diferenciándolo del caso anteriormente mencionado alegando que, en aquel supuesto, no había existido ningún acuerdo entre las partes, sino que el banco reaccionó ante las quejas del cliente, señalando que *“la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida. En consecuencia, sin perjuicio de que se mantenga la razón principal de la decisión adoptada en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, advertimos que la referencia al art. 1208 CC en estos casos resultaba improcedente.”*

Respecto a la vertiente transaccional, en la STS de 11 de abril de 2018 (rec. 751/2017)—que cuenta con un voto particular en contra del magistrado Orduña—, donde se enjuiciaba un caso en el que se firmó un documento privado por el que se reducía el límite mínimo, constando una expresa renuncia de acciones, reconoció el Tribunal que se trataba de una transacción —y no novación—, y que como tal, era válida, ya que, ante las incertidumbres existentes en ese momento, se realizó dicho acuerdo con el fin de evitar la controversia judicial de la nulidad de la cláusula suelo y sus efectos. Afirmaba así la validez de esta transacción siempre que *“se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.”*, entendiendo el Alto Tribunal que se cumplen estos deberes de transparencia ya que era notoria la STS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), conociéndose la posible nulidad de las cláusulas suelos, y la existencia de una expresión manuscrita con el siguiente tenor *“Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual”*.

Al igual que entiende el Tribunal Supremo, compartimos la validez de los acuerdos transaccionales en el ámbito de consumo³⁹⁵, aunque consideramos discutible la

³⁹⁵ Acerca de los motivos a esgrimir para sostener esta validez, puede consultarse RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL “Acuerdos transaccionales...” (*op.cit.*), y MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “«Falta de transparencia», posible ineficacia y acuerdo transaccional válido.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.152/2018 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. En contra de la

solución alcanzada en el caso enjuiciado. Así, a diferencia de lo que entiende el Alto Tribunal, entendemos que en estos supuestos debe extremarse la diligencia en la información a suministrar, sin que baste para cumplir con la transparencia, como menciona, que sea conocida notoriamente la situación de conflictividad de la cláusula suelo, y que exista una expresión manuscrita acerca del nuevo suelo pactado. Esto último podría, a lo sumo, dar validez a la nueva cláusula suelo —que aun así sería discutible—, pero no por ello acredita un conocimiento de la transacción realizada con todo lo que ello implica.

Y es que en estos casos igualmente concurren los presupuestos que habilitan la especial protección a los consumidores, existiendo un claro desequilibrio entre las partes a la hora de celebrar dicho acuerdo transaccional, apreciado en:

a) La posición privilegiada de la entidad prestamista, quien tiene unos mayores conocimientos e información del asunto controvertido. Así, la entidad conocerá y tendrá un seguimiento férreo sobre la situación y tendencia judicial de cara a las posibles controversias, conociendo la postura que suelen seguir los jueces y tribunales, y, además, en cada caso concreto conocen con precisión el alcance de las consecuencias que puede conllevar la resolución vía judicial —por ejemplo, cuantía a devolver en caso de anulación de la cláusula suelo, o del índice IRPH— respecto de cada cliente.

Frente a ello, nos encontramos con la posición de los consumidores, cuya controversia les puede ser totalmente ajena. Pueden conocer la situación litigiosa que existe respecto a un determinado asunto, pero posiblemente desconozcan la verdadera tendencia judicial de cara a la resolución del conflicto —especialmente en aquellos casos en donde en cada municipio o provincia se ha tenido una postura judicial distinta—, qué posibilidades tiene su caso concreto de prosperar en la vía judicial, o de qué cuantías podían recuperar en caso de iniciar o proseguir una reclamación judicialmente.

b) La entidad posee mayor capacidad de negociación y fijación de las nuevas condiciones. Salvo en aquellos asuntos sometidos a la vía judicial, en donde los abogados pueden tener mayor poder de negociación de cara a alcanzar un acuerdo, en la mayoría de los supuestos en donde la entidad toma la iniciativa para poner fin a una

libertad de acuerdos transaccionales ESTANCONA PÉREZ, ARAYA ALICIA “Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales” *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 2, 2019, entendiendo esta autora la indisponibilidad del objeto de transacción: “No queda más que aclarar, sobre la base de lo ya afirmado, si las denominadas «cláusulas suelo» pueden constituir objeto de transacción y si la «acción de nulidad» puede ser considerada un derecho renunciante. En este sentido, ya adelantamos nuestra opinión desfavorable a su consideración.”

posible controversia, es la entidad la que define su política de pactos, estableciendo normalmente una serie de acuerdos o modelos ya prerredactados, respecto de los cuales el consumidor se limita a aceptarlos o no.

Ante esta situación, y el posible aprovechamiento por parte de la entidad de ello, resulta muy conveniente que de cara a la validez del acuerdo transaccional la información a suministrar sea detallada, de modo que el consumidor tome plena conciencia de lo que supone el acuerdo que se le propone. Para ello, lo ideal sería la intervención de un tercero independiente que lo asesorase³⁹⁶ o de un abogado que pudiera asesorar a los consumidores acerca de todas las implicaciones, de modo que pueda quedar paliada esta situación de inferioridad^{397,398}.

En todo caso, para considerar la validez del acuerdo transaccional, **debería de quedar expresamente claro en el propio contrato** —así como en la información previa que se suministre— **el objeto motivo de controversia, y las pretensiones transigidas** en la operación, de modo que se debería especificar que por dicho acuerdo la entidad accede a conceder una determinada ventaja —supresión del suelo, restitución de una determinada cuantía, etc—, a cambio de que el consumidor renuncia a proseguir o plantear cualquier tipo de reclamación respecto a esa determinada cláusula controvertida. De este modo, debe quedar manifiestamente claro esta recíproca concesión de cada parte, sin que estimemos válido aquellos acuerdos por los que la entidad resalte y señale la pretensión que ofrece, y oculte o disimule la renuncia del

³⁹⁶ Ejemplo de intervención de un tercero para salvaguardar los intereses del cliente, se puede observar en lo dispuesto por el TUB italiano en los casos de estipularse el llamado pacto marciano en el contrato, disponiendo el *Articolo 120-quinquiesdecies 4.b)* “*se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza*”. En similar sentido, MORALES MORENO propone como media para evitar conflictos a la hora de concertar operaciones en el mercado financiero, que los clientes no profesionales sean asesorados por un tercero. MORALES MORENO, ANTONIO M. “*Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012*” Revista de derecho mercantil, ISSN 0210-0797, Nº 289, 2013.

³⁹⁷ En sentido similar lo propone ESTANCONA PÉREZ, ARAYA ALICIA “Resolución extrajudicial...” (*op. Cit.*): “*El desequilibrio entre las partes debe ser compensado por una tercera figura que garantice una negociación equilibrada o que evite toda clase de abuso por una de las partes frente a la otra. (...) Para ello, parece una solución ideal aquella que combine la oportunidad dada por la mediación previa a la celebración del contrato de transacción y que sirva para reequilibrar la posición de las partes, procurando el acuerdo más ajustado a sus posiciones y necesidades.*”

³⁹⁸ Expresivo de esta falta de transparencia por parte de las entidades, y de las dificultades que puede encontrar el consumidor, es el comportamiento llevado a cabo por muchas entidades a la hora de ofrecer estos acuerdos novatorios/transaccionales, en donde impedían que dichos clientes se pudiesen llevar una copia del mismo fuera de la oficina antes de su firma, de modo que se le dificultaba su examen y asesoramiento con la debida claridad.

consumidor, como puede ser a través del uso de letra pequeña, camuflando la cláusula de renuncia entre otras estipulaciones —como ocurre en el caso enjuiciado por el TS—, no advirtiendo tal circunstancia, o a través de fórmulas ambiguas o poco claras, sin que baste asimismo pretender alcanzar esta renuncia a través de una declaración de conocimiento de que se conocen las cláusulas financieras del contrato originario.

Y respecto de esta renuncia, para paliar la situación de inferioridad negocial y de información en que se encuentra el consumidor, entendemos que la entidad debería mostrar al consumidor la situación en que se encontraría si se anulase la cláusula, especificando además la cuantía a la que realmente renuncia —como puede ser la restitución resultante de la anulación de la cláusula suelo desde su aplicación—, de forma que ambas partes cuenten con los mismos datos a la hora de tomar la decisión.

De modo similar, la Comisión Europea en el informe emitido en el asunto C-452/18, ante el mismo tipo de documento contractual examinado por el TS, declara en el punto 41 de su informe que *“Para ser transparente, además, el profesional debe haber explicado debidamente al consumidor las consecuencias económicas de la modificación contractual en su conjunto, **incluyendo las consecuencias de la no vinculación de la anterior cláusula suelo declarada abusiva**. Así, deberá explicar al consumidor, entre otras cosas, que sin esa cláusula no habrá límite inferior a la variación del tipo de interés, y que por tanto los pagos mensuales serán sensiblemente inferiores.”* Así, conforme a lo expuesto, estas consecuencias de la no vinculación a explicar no sólo debe ser la nueva cuota resultante, que expresamente señala la Comisión, sino también la cuantía que le correspondería recuperar en caso de anulación de la cláusula suelo judicialmente.

Esta información que expresamos no es la suministrada por la entidad, ni en cuanto al modo ni en cuanto al contenido, en el caso enjuiciado por el TS, que se trata del mismo modelo de contrato que el sometido en la cuestión prejudicial C-452/18. Así, en dicho supuesto se trata de un modelo preconfigurado por la entidad, sometido por tanto a las normas de la Directiva 93/13 en cuanto al control de abusividad por el contenido y transparencia, como advierte el magistrado Orduña en el Voto particular, y en el mismo sentido el informe de la Comisión en dicho asunto C-452/18.

Se puede apreciar cómo dicho contrato se denomina “contrato de novación modificativa del precio”, con 7 expositivos, 6 estipulación, y una expresión manuscrita final. En el expositivo quinto se señala *“Que ante la coyuntura económico financiera actual, totalmente diferente a las circunstancias existentes cuando fue formalizado el préstamo antes reseñado, es deseo de LA PARTE PRESTATARIA rebajar el tipo de interés mínimo pactado, y del BANCO atender dicha solicitud”*, recogiendo el resto de clausulado menciones específicas destinadas a “asegurar” la existencia y conocimiento

de la incorporación de la nueva cláusula suelo, siendo la expresión manuscrita igualmente referida únicamente a dicha circunstancia³⁹⁹. Sin embargo, respecto de la renuncia, sólo se recoge una mención dentro de las estipulaciones, concretamente en la tercera, que expresa *“Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.”*.

Como se puede comprobar, no se establece con claridad la existencia de ninguna controversia, se disfraza este supuesto acuerdo transaccional como una mera “novación” del tipo mínimo pactado, y, de hecho, así se incide en todo el contrato, y se expresa como motivo o causa del mismo, como hemos indicado, que, “ante la coyuntura económica”, se acepta reducir el suelo. No hay así una expresa mención a las recíprocas concesiones, ni qué implicaciones conlleva la renuncia para el consumidor. En igual sentido se expresa el magistrado Orduña en su voto particular:

*“En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria **no contienen ese «plus» de información, principal y comprensible, acerca de la transcendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad** con las liquidaciones y pagos realizados (estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su formulación y clausulado», **justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera»** (exponiendo V); por lo que **la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo»**, sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que **se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición**, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de*

³⁹⁹ Expresando así: »"SOY CONSCIENTE Y ENTIENDO QUE EL TIPO DE INTERÉS DE MI PRÉSTAMO NUNCA BAJARÁ DEL 2,25% NOMINAL ANUAL"

las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario.”

Y esta situación es lo que lleva a la Comisión europea a considerar que esta cláusula de renuncia “*es abusiva per se, considerada en abstracto y sin que sea necesario apreciar las circunstancias de cada caso concreto*”, y es que, como expresa dicho organismo, no se puede plantear esta cláusula como renuncia “mutua” cuando realmente el único que renuncia es el consumidor en dicho caso, ya que no consta incumplimiento previo de éste por el que la entidad se vea privada de reclamar, y sí que pierde el consumidor la posibilidad de reclamar por la cláusula suelo con todas las consecuencias que conlleva. Y, además, en los términos en que se expresa la cláusula, puede considerarse una renuncia previa a acciones judiciales del consumidor, ya que no se especifica que se renuncia a la reclamación por la cláusula suelo —que sería la controversia que transigir—, sino que impide cualquier acción que traiga causa de la formalización y clausulado del contrato.

Por ello, este modo de renuncia es lo que puede llevar a considerar la indisponibilidad de esta facultad de renunciar, en el sentido indicado por Orduña cuando señala que la declaración de abusividad por falta de transparencia es indisponible por ser una materia de orden público, pero ello no quiere decir que en todo caso sea indisponible, ya que, dicho magistrado diferencia este supuesto de aquellos otros donde hay una disponibilidad “no predispuesta”, siendo el consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula⁴⁰⁰.

De este modo, podríamos concluir que los acuerdos transaccionales pueden tener plena validez siempre y cuando se especifique con claridad la controversia o disputa a solventar, y las recíprocas concesiones de cada parte, siendo el consumidor plenamente informado y consciente de lo que supone dicha renuncia, ya que, en caso contrario,

⁴⁰⁰ Recoge así el magistrado diversos casos donde podría ser admisible la renuncia o transacción: “*En todo caso, de acuerdo con la base fáctica acreditada, el presente caso no puede ser reconducido a aquellos supuestos en donde puede haber una cierta disponibilidad de las partes, «no predispuesta», sobre el objeto del pleito, esto es, consciente el consumidor del carácter no vinculante de la cláusula suelo, o de su carácter litigioso, casos, entre otros, del RDL 1/2017, de 20 de enero o de la homologación judicial de convenios transaccionales relativos a cláusulas suelo (autos de la sala de 8 de junio y de 6 de julio de 2016). (...) En el presente caso que, como se ha señalado, no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional (...). La entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero, 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio).*”

podrían considerarse abusivos por el contenido del mismo o por falta de transparencia, además de la posible anulación por error vicio o dolo.

Y acerca de los supuestos más alejados de la transacción, en donde no hay renuncia para el consumidor, igualmente se puede plantear una serie de dudas por la complejidad del asunto. La Comisión, en el caso señalado, igualmente se pronuncia acerca de la posible validez de una modificación de una cláusula potencialmente nula, siempre que no prive de eficacia la Directiva 93/13 respecto al antiguo contrato o cláusula, debiendo el nuevo acuerdo, lógicamente, respetar también dicha Directiva, concluyendo al respecto que:

“(E)l principio de no vinculación de las cláusulas abusivas no debe extenderse automáticamente, en principio, a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación. Ahora bien, los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas no pueden mermar los efectos, en particular, restitutorios, derivados de la declaración de abusividad de la antigua cláusula. Además, el carácter abusivo de esa antigua cláusula es un elemento importante que el tribunal nacional competente deberá tener en cuenta a la hora de valorar el posible carácter abusivo de la nueva cláusula.”

Parece claro así, en un principio, que la novación efectuada no va a impedir la reclamación acerca de la anterior cláusula y sus efectos, al igual que reconoce la STS mencionada de 13 de septiembre de 2018 (rec. 1026/2016), donde se abogaba por la validez de la novación. Ahora bien, dicho acuerdo novatorio por la que se modifique la cláusula controvertida debe superar igualmente la transparencia en la contratación, tal y como se indica en la STS de 11 de enero de 2019 (nº recurso 1504/2016), ya que, de lo contrario, adolecería igualmente de nulidad⁴⁰¹.

No obstante, habría que plantearse cuál es esta transparencia necesaria para la novación sobre una cláusula posiblemente abusiva. Habría que partir, lógicamente, que habría de respetarse todo lo dicho sobre la información y transparencia de una cláusula *ex novo*, pero a ello, entendemos que se le debe sumar un refuerzo o añadido a esta situación, en el sentido indicado por la Comisión, que indica que el carácter abusivo —o

⁴⁰¹ Así, en dicha STS de 11 de enero de 2019 (rec. 1504/2016), se celebró una novación por ampliación del préstamo con una nueva cláusula suelo, señalando la sentencia que: “*En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia pues, como expresamente reconoce, la entidad bancaria en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la formalización de los referidos contratos, suministró a los clientes un plus de información previa y tratamiento principal de la cláusula suelo que les permitiera adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba la aplicación de la cláusula.*”

presuntamente abusivo— de la cláusula anterior debe ser tenida en cuenta por el juzgador a la hora de valorar la abusividad de la nueva cláusula, debiendo extremarse las cautelas.

Así, si la nueva cláusula se pactó para paliar los efectos de la anterior o con motivo de ella, y bajo el desconocimiento de la posible abusividad de la misma, parece claro que la nueva modificación trae causa y deriva de la anterior, de modo que no se hubiera realizado si ésta no hubiese existido, por lo que hace plantearse el posible vicio existente en la voluntad novatoria.

Y para ello, la solución debería ser similar a lo referido para el caso de la transacción antes mencionada, en el sentido indicado por la Comisión, esto es, que el consumidor sea informado de las consecuencias de la posible no vinculación de la cláusula anterior⁴⁰². Así, si conociendo que su contrato podría no incluir la cláusula abusiva, admite la inclusión de otra distinta o parecida a la anterior, con pleno conocimiento de causa, la nueva cláusula sería lícita. Ahora bien, en el momento en que se desconociese la posible abusividad de la cláusula, y la existencia de ella haya llevado a la celebración de la novación, dicha novación debería ser igualmente nula por abusiva, en los mismos términos que la cláusula original, faltando asimismo la transparencia debida en esa nueva novación, y conllevando el vicio de voluntad en la nueva contratación novatoria realizada.

Para finalizar este apartado, y en lo relativo a la transacción, consideramos necesario hacer unas reflexiones sobre las últimas noticias⁴⁰³ tendentes a extender estos pactos transaccionales desde los propios juzgados, existiendo protocolos en los juzgados de Barcelona y Pamplona, con el fin de desatascar la situación judicial en que se encuentran los juzgados conocedores en exclusiva de las cláusulas abusivas. Ciertamente es absolutamente lamentable que los juzgados se encuentren en tal situación de colapso, afirmando que necesitarían 15 años para poder resolver todos los asuntos

⁴⁰² Así, tras la afirmación de la Comisión del punto 41 antes expresada, donde señalaba la necesidad de informar de las consecuencias de la no vinculación de la anterior cláusula, proponer en el punto 43: *“Al analizar un contrato de novación modificativa como el controvertido en el asunto principal, los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, debe interpretarse en el sentido de que la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de la falta de transparencia, si el profesional no informó al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja.”*

⁴⁰³ Entre otros, puede consultarse:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/20/companias/1569005828_195342.html

planteados, y que es necesario tomar medidas para solventar esta situación, si bien tenemos que mostrar cierta reticencia y crítica ante esta práctica anunciada —más aún cuando gran parte de la responsabilidad de esta situación se encuentra en el comportamiento de las entidades negando reclamaciones claramente procedentes en virtud de la jurisprudencia asentada—.

Dicho protocolo de actuación consiste en que, en aquellos asuntos en que se presente una demanda judicial y exista criterio claro asentado por los juzgados —como puede ser en el asunto de gastos hipotecarios o intereses de demora—, se conmine a las partes a aceptar este criterio ya asentado, desistiendo el demandante del procedimiento y abonando cada parte sus costas. Lo llamativo de este protocolo es que, si dicho criterio está asentado, y se ha solicitado a la entidad en la propia demanda, o bien vía reclamación extrajudicial —con anterioridad a la presentación a la demanda, o con carácter posterior si el criterio del TS se estableció tras la presentación de la demanda—, por qué el consumidor tiene que abonar las costas del abogado y procurador, cuando planteó la demanda convencido de recuperar las costas ocasionadas ante la evidente mala fe del prestamista.

Es decir, dicho protocolo entra sólo en actuación cuando se presenta la demanda, obligando al consumidor a tener que contratar a un abogado y un procurador, para alcanzar un acuerdo con una solución que el demandante posiblemente haya reclamado a la entidad —e incluso sea su petición principal o subsidiaria en la demanda—, y que la entidad, a sabiendas del criterio uniforme del TS, opta por negar restitución de cuantía alguna actuando con una evidente mala fe, siendo conocedora de que el consumidor posiblemente no presente una demanda ante el atasco judicial y que en muchos casos la cuantía a recuperar —especialmente en tema de gastos hipotecarios— sea tan reducida que no merezca la pena contratar a un abogado y un procurador, evitando así restituir cuantía alguna.

Es decir, dicha situación que presenta los protocolos favorece indudablemente a las entidades ya que, por un lado, premia y fomenta la no restitución en vía extrajudicial, debido a que al final acaban abonando sólo lo que deberían abonar cuando se les realiza dicha reclamación extrajudicialmente, y, a la vez, evita un gran número de reclamaciones, al tener los consumidores que valorar el coste que les va a suponer contratar a un abogado y un procurador, echando para atrás a muchos de ellos.

Por ello, en nuestra opinión, para ser más justos, lo ideal sería que en dichos acuerdos que se proponen en el protocolo existiese una cláusula según la cual, si el demandante ha reclamado con anterioridad a dicho acuerdo la solución propuesta, le deberían ser restituidos además las costas a dicha parte, aunque cierto es que en estos casos la entidad no tendría nada que perder con no aceptar el acuerdo e ir a juicio. Así,

en vez de establecer en dicho acuerdo la totalidad de las costas, una solución para favorecer el mismo podría ser que se añadiese al importe correspondiente por la nulidad de la cláusula un porcentaje en concepto de compensación de costas, o que fuese el tercio de la cuantía recuperada —con cierta analogía al art. 394.3 LEC—, con objeto de que el consumidor se viese en cierto modo paliado de los gastos que se ha visto forzado a realizar por la actitud de la entidad⁴⁰⁴.

Y, a diferencia de este criterio, para aquellas entidades que aún en estos supuestos quiera continuar con la vía judicial, ante esta evidente malicia en que existiendo un criterio claro de solución, y habiéndose reclamado dicho criterio a la entidad, continúa negándose a restituir cuantía alguna, entendemos que los juzgados deberían de aplicar la excepción prevista en el art. 394.3 párrafo segundo, por la que el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso no debería de aplicarse, al existir temeridad del litigante condenado en costas, y teniendo así que abonar la entidad por este concepto lo que marque el correspondiente baremo de tasación de costas para este tipo de procedimientos ordinarios⁴⁰⁵.

j) Ejecución de los derechos reconocidos por los seguros de vida vinculados.

Una de las problemáticas que se presentan en la práctica es si la entidad está obligada a ejecutar los derechos derivados de un contrato de seguro de vida e invalidez, vinculado al préstamo hipotecario, que tiene reconocido a su favor como beneficiaria, en el caso en que concurra el supuesto de hecho habilitante para ello.

Ante ello, entiende GÁLVEZ CRIADO⁴⁰⁶ que la vinculación de este tipo de seguros al préstamo supone en realidad una cesión del derecho de cobro al prestamista,

⁴⁰⁴ Se podría argumentar que, como transacción que es, el consumidor debe ceder también en su pretensión, que sería en estos protocolos al importe de las costas. La solución que proponemos sería que al menos recuperase una parte de dichas costas que le corresponderían. Y en todo caso, creemos que en realidad en estos asuntos donde la situación está clara no existe ya tal “controversia” a transigir, sino que sólo hay un comportamiento obstativo y malicioso de la entidad a entregar lo que debe, que debería ser sancionado —bien a través de las medidas propuestas, o vía administrativa— con el fin de evitar dicha actuación y proteger a los consumidores.

⁴⁰⁵ Este criterio de aplicar la temeridad y no limitar la cantidad al tercio de la cuantía del procedimiento, es el que entendemos que debería ser aplicable, independientemente de que exista o no estos protocolos, a todas las entidades que han negado restituir la cuantía reclamada, cuando dicha reclamación se haya ajustado a la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo.

⁴⁰⁶ Un completo y detallado estudio del tema puede encontrarse en su trabajo GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO “El seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario y la designación del prestamista como beneficiario” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n.156. 2019.

constituyendo una cesión *pro solvendo*, que supone a su vez una obligación de dicha entidad de ejercitarlo si acaece el siniestro contemplado, debiendo destinar dicha cantidad al pago del capital pendiente.

Así, entiende este autor, que, en caso de incumplimiento de esta obligación por parte del prestamista, el prestatario podrá ejercer ante el prestamista todas las acciones derivadas de este incumplimiento —como parte (cedente) que es en el contrato de cesión *pro solvendo*—, así como frente a la aseguradora —como parte (tomador) que es en el contrato de seguro—.

Respecto a esta última acción, el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la legitimidad activa de los prestatarios o asegurados para reclamar el cumplimiento a esta aseguradora, ante la inactividad del prestamista, como recoge en su Sentencia de 5 de abril de 2017 (rec. 542/2015), donde expone:

1.º) *Estando ante un seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a un préstamo hipotecario (...), es indudable que al producirse el siniestro objeto de cobertura -reconocimiento de la invalidez-, y **ante la inactividad de la entidad prestamista beneficiaria, la asegurada/tomadora**, demandante y hoy recurrente, **tenía legitimación activa para interesar el cumplimiento del seguro en vigor y, por tanto, para reclamar de su aseguradora** el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, entre ellas, y como principal, el pago de la suma asegurada, sin perjuicio de respetar los derechos de la entidad prestamista beneficiaria.*

2.º) *Esto fue lo que aconteció pues (...), la acción principalmente ejercitada fue la de **cumplimiento contractual, para la que la demandante se encontraba legitimada como parte del contrato de seguro y como titular del interés asegurado**. No admitir tal legitimación podría dar lugar a que, por la sola inactividad de la entidad prestamista en cuanto beneficiaria del seguro y su actividad en cuanto prestamista frente al prestatario, este tuviera que seguir amortizando el préstamo, que es precisamente aquello frente a lo que le protege el seguro cuya prima corre a su cargo.*

3.º) (...). Pero en cualquier caso es más que evidente el **interés legítimo** de la asegurada, y en caso de muerte el de quienes le sucedan en sus derechos y obligaciones, en que el seguro responda a la causa por la que se contrató, se haga efectivo y, en consecuencia, se la libere de su obligación de devolver el préstamo por quedar entonces la obligación de devolver el capital pendiente a cargo de la aseguradora. Entenderlo de otra forma equivale a poder dejar inermes al asegurado o a su familia en un

trance especialmente difícil que el asegurado quiso evitar precisamente mediante la concertación del seguro y el pago de la prima correspondiente, cuya contrapartida no puede ser otra que la respuesta de la aseguradora entregando el dinero a la prestamista designada como primera beneficiaria pero para saldar la deuda que aparezca en la cuenta del asegurado, lo que demuestra que también este es beneficiario desde un punto de vista sustancial o material y no puramente formal.

E igualmente en la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 3537/2015), recogiendo su jurisprudencia anterior, vuelve a justificar esta legitimación en el “interés legítimo”, de modo que nos encontramos ante “negocios vinculados que *“llevan vidas paralelas”*, de modo que, producido el siniestro (muerte o invalidez), la buena fe y el respeto a la moral (arts. 7.1 , 1255 y 1258 CC (LEG 1889, 27)) determinan que no resulte jurídicamente explicable que el banco no reclame a la aseguradora y decida seguir *exigiendo el pago del capital pendiente a los prestatarios asegurados”*

Frente a esta postura, GÁLVEZ CRIADO⁴⁰⁷ siguiendo la argumentación antes descrita, defiende que la legitimación del prestatario-tomador para el ejercicio de esta acción frente a la aseguradora no es subsidiaria ni exige el previo incumplimiento o falta de ejercicio del prestamista, sino de la aseguradora a quien va dirigida la acción, pues su base jurídica es el contrato de seguro, del que el prestamista no es parte, debiendo respetarse lógicamente los derechos del beneficiario prestamista en cuanto al cobro de la indemnización.

Sea como fuere, lo cierto es que no cabe duda de la obligación existente del prestamista de ejercer los derechos derivados del seguro, ya sea como cesionario del derecho de cobro, ya derivado del propio del contrato de préstamo, y es que no debemos olvidar que como refiere el artículo 1258 Código Civil, los contratos obligan “*no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”, por lo que dicha obligación podría entenderse igualmente como “contractual” derivada del contrato de préstamo en el que se incluye, conforme a la buena fe, el ejercicio de esta acción de cobro ante los siniestros asegurados, y en sentido similar la jurisprudencia del TS –entre ellas la mencionada de 21 de enero de 2019 (rec. 3537/2015)–, o más concretamente en este sentido la SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2019 (rec. 854/20128)^{408,409}.

⁴⁰⁷ GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO “El seguro de vida e invalidez...” (op. Cit.)

⁴⁰⁸Expone esta SAP: “De esta forma, en el supuesto en que se trate de un préstamo concedido a más de un deudor, estos respondan solidariamente del pago de las cuotas, y la entidad bancaria haya impuesto a cada uno de ellos la obligación de suscribir un seguro de vida con la finalidad de garantizar el capital

Además de esta acción de cumplimiento, como argumenta acertadamente GÁLVEZ CRIADO, el prestamista y la aseguradora deben ser responsables de los daños y perjuicios causados al prestatario o herederos por el incumplimiento de sus obligaciones, como puede ser en el caso de que se continúe abonando las cuotas, o en caso contrario, por los perjuicios derivados de la ejecución hipotecaria, en su caso.

k) Obligación de cumplimiento del Código de buenas prácticas del Real Decreto-ley 6/2012

Las entidades que se encuentran adheridas a dicho Código están obligadas a su cumplimiento. Debido a la trascendencia de esta materia será objeto de desarrollo con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

II.- LAS OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA RESPECTO AL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DEL REAL DECRETO-LEY 6/2012

Sumario: A.-INTRODUCCIÓN; B.- REGULACIÓN; C.-OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y APLICACIÓN DE MEDIDAS. 1.-Obligación de información. 2.- Obligación de aplicar las medidas. D.-CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO. 1.- Supuestos examinados por los jueces y tribunales. 2.- Consideraciones sobre el incumplimiento.

*pendiente en su parte proporcional en el supuesto de fallecimiento de uno de los deudores, **la entidad bancaria se obliga** en su condición de tomadora y beneficiaria, aunque no se establezca expresamente en el contrato de préstamo, a reclamar el pago de la cantidad asegurada si fallece uno de los deudores. Así, de conformidad con el [art. 1258](#) CC, las partes del contrato quedan obligadas "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", por lo que si pese al fallecimiento de uno de los deudores la entidad bancaria que impuso el seguro de vida, máxime con una aseguradora a ella vinculada, decide seguir reclamando al resto de deudores el pago de las cuotas del préstamo sin reclamar la cantidad asegurada, impidiendo la reducción del importe de las cuotas y su asunción por los deudores supérstites, es evidente que **habrá actuado contraviniendo las consecuencias propias de la buena fe que resultan de la suscripción del préstamo hipotecario con la obligación de suscribir un seguro** de vida con una aseguradora a ella vinculada."*

⁴⁰⁹ Puede ser igualmente el fundamento utilizado en la reciente STS de 9 de julio de 2019, en donde estima la acción de reclamación de cumplimiento de contrato de seguro de vida contra la entidad bancaria, al ser la que contrató con el prestatario –mediante el contrato de préstamo–, y no acreditarse en ese procedimiento otro contrato autónomo firmado con la aseguradora, aunque dicha Sentencia no desarrolla en mayor medida su argumentación.

A) INTRODUCCIÓN

Dispone el art. 28,1 de la Directiva 2014/17 que *“Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución”*. Dicha previsión no ha sido objeto de espacial transposición en la Ley 5/2019, más allá de la nueva regulación sobre el vencimiento anticipado ya referida, recogida en el art.24, en donde, aparte de ampliar generosamente las cuotas impagadas para permitir el vencimiento, señala que el prestamista debe requerir de *pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo*.

Sin embargo, en el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, con sus posteriores reformas, sí supone un importante instrumento de cara a permitir soluciones a las personas que se encuentren en el umbral de pobreza según determina dicha normativa, a la que, como veremos, le corresponden una serie de derechos de obligado cumplimiento por el prestamista.

Esto no ocurre en otros países como Italia, donde en el art. 120 quinquiesdecies establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40, párrafo 2 —que establece la posibilidad de vencimiento anticipado ante el retraso de 7 cuotas, como ya se expresó— el prestamista adoptará procedimientos para gestionar las relaciones con los consumidores en dificultades en los pagos, dejando al Banco de Italia la adopción de disposiciones para la implementación de estos procedimientos.

Esto ha sido desarrollado por las normas de transparencia del Banco de Italia en la *Disciplina di attuazione del capo i-bis, titolo vi, del testo unico bancario in materia di credito immobiliare ai consumatori – Modifiche Alle Disposizioni Di Trasparenza Documento per la consultazione Agosto 2016*. Dicha cuestión aparece en el apartado 8 referido al incumplimiento del deudor, donde realmente se limita a recoger lo dispuesto por las directrices de la autoridad bancaria europea: EBA/GL/2015/12 de 19.08.2015.

De este modo, se establece en el ordenamiento italiano la necesidad de establecer procedimientos internos para identificar dificultades de pago de los deudores. Se requiere que las comunicaciones sean en lenguaje claro y comprensible, resultando fundamental la cooperación con el consumidor para encontrar la solución a los problemas. Sin embargo, recoge el texto que las iniciativas propuestas por la entidad

“pueden”⁴¹⁰ incluir una serie de medidas que se recogen —refinanciación total o parcial del crédito; y la modificación de las condiciones del contrato de crédito: aumentar su duración, carencia de capital o intereses, diferir el pago de las cuotas, o la renegociación del tipo de interés—, no siendo obligatorio para la entidad establecerlas, debiendo finalmente documentarse las razones de la evaluación e idoneidad de las iniciativas presentadas.

Por ello, a diferencia de estas medidas genéricas y potestativas de la versión italiana, en el caso español se goza de un sistema de ayuda a los prestatarios obligatorio para las entidades adheridas, y recogiendo de manera precisa en qué consisten dichas medidas.

De este modo, nos centraremos en el análisis de las obligaciones del prestamista hipotecario respecto del Código de Buenas prácticas (CBP) para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, recogido en *el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*.

No se pretende realizar un estudio en profundidad de todos los aspectos del citado Código de Buenas Prácticas, como pueden ser el ámbito de aplicación, sujetos afectados, o el contenido de las medidas propuestas, sin perjuicio de las menciones a estos asuntos en lo que sea necesario para el desarrollo de este trabajo.

Lo que interesa aquí es determinar cuáles son estas obligaciones del prestamista, de qué modo deben realizarse y, especialmente, qué consecuencias tiene el incumplimiento de estos deberes. Para ello, se realizará un estudio de lo dispuesto en la mencionada normativa, así como de las diferentes resoluciones más recientes que se han ido emitiendo por los jueces y tribunales, con el fin de extraer una serie de conclusiones.

Se creó dicho Código de Buenas Prácticas con el propósito de poner fin a situaciones de precariedad en que, debido a la actual crisis sufrida, se ha visto sumida una parte importante de la población. A pesar de estas buenas intenciones, adelantamos ya cómo uno observa con cierta perplejidad el panorama actual ante esta materia, y de cómo se infringen constantemente estos deberes del prestamista con la consiguiente

⁴¹⁰ A pesar de recoger sin variación lo marcado por las directrices de la autoridad bancaria europea, resulta llamativo que, mientras en el texto de estas directrices recoge que se “podrán incorporar una o ambas” [*possono comprendere una o entrambe le seguenti*] de estas medidas —refinanciación y/o modificación—, en la normativa de transparencia italiana recoge simplemente que las iniciativas “pueden incluir” [*Le iniziative possono prevedere*], describiendo las medidas descritas. Es decir, mientras que en las directrices puede dar a entender que al menos se debe ofrecer una de las medidas, en la versión italiana parece claro que es potestativo cualquier medida.

vulneración de los derechos de los prestatarios consumidores, aprovechando deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico actual sin que por parte de los órganos judiciales se tomen medidas que pongan fin a esta problemática, y siendo el resultado final que el prestatario, al que se le ha privado de unos derechos que tiene reconocidos, se ve claramente perjudicado sin posibilidad en muchos casos de remediar esta situación.

B) REGULACIÓN

Para contextualizar el ámbito y finalidad en que se deben desarrollar estas obligaciones del prestamista, comenzaremos por determinar cuál es el objeto del mencionado Real Decreto-ley 6/2012, que lleva por denominación “*de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*”. Así, en su artículo 1 se fija como el objeto de dicha ley el “*establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria.*”.

Así, lo que se pretende es establecer medidas para favorecer la continuación de la vigencia del préstamo hipotecario, así como de flexibilizar el procedimiento de ejecución de la garantía, a través de una serie de mecanismos que no son sino ayudas — derechos— que se conceden a los prestatarios más favorecidos. Se pretende así dar solución a una situación que el propio Preámbulo considera “dramática” por la que están pasando muchas familias. Además, se justifica la urgencia argumentando que:

“El Gobierno considera, por ello, que no puede demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitan aportar soluciones a esta situación socioeconómica en consonancia con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (...) La adopción de las medidas contempladas en este real decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis.”

Se pone así de relieve la urgente necesidad de dictar ese Real Decreto Ley en 2012, que ha sido objeto de diversas modificaciones posteriormente⁴¹¹, aludiendo la

⁴¹¹ A través de: la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social que dio lugar a la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad,

imperiosa necesidad de adoptar estas medidas para dar solución a una problemática existente, siendo verdaderamente un drama social.

Para ello, resulta loable el establecimiento de estas medidas de ayuda a los prestatarios más desfavorecidos, concediéndole una serie de derechos —con las correspondientes obligaciones del prestamista— al que se podrán acoger aquellos que se encuentre en el denominado “umbral de exclusión” recogido en el artículo 3, con los demás requisitos que establece la normativa⁴¹². Pero, sin embargo, el legislador no ha desarrollado el contenido de dicho Real Decreto Ley de una forma completamente adecuada que garantice su cumplimiento, además de no ser previsor en los posibles inconvenientes que se podrían en su aplicación, como se verá a lo largo de este trabajo.

Hay que tener en cuenta en primer lugar que el citado Código de Buenas Prácticas es de adhesión voluntaria, por lo que son las entidades las que libremente deciden si se acogen o no a lo establecido en el mismo, aunque, eso sí, **una vez adherido es de obligado cumplimiento**. Se criticó este hecho de ser de adhesión voluntaria, aunque se entiende que sea así debido a que estas medidas suponen una intromisión directa en el contrato del préstamo hipotecario concertado, de modo que se establecen una serie de novaciones y efectos al contrato que, repetimos, es de obligado cumplimiento para el prestamista, por lo que debido a esta injerencia en el desenvolvimiento del contrato, se exige que sean estas entidades las que decidan si se quieren adherir al citado Código —así como a las futuras revisiones, a las que se pueden no adherir—, aunque lo cierto es que la mayoría de las principales entidades prestamistas se encuentran adheridas a dicho Código⁴¹³.

Conviene ahora señalar cuáles son esas medidas que permite aplicar el CBP, medidas que como hemos referido son de obligado cumplimiento —con la excepción que

reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto- ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

⁴¹² Junto a los requisitos de encontrarse en el umbral de exclusión, el precio de adquisición de la vivienda habitual que constituye la garantía del préstamo hipotecario debe encontrarse dentro de los límites establecidos en el artículo 5.2 de dicho Real Decreto Ley.

⁴¹³ Se puede consultar en la *Resolución de 5 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual*, en donde se aprecia que 90 entidades se encuentran adheridas al Código según la redacción dada por el RDL 5/2017 y 3 han solicitado permanecer en el ámbito de aplicación de las versiones anteriores que correspondan —2 en la versión del RDL 1/2015 y tan solo una en la versión dada por la Ley 1/2013—.

veremos—, por lo que forman parte de las obligaciones que la entidad debe realizar, tanto en la hora de su información como en su aplicación, tal y como se examinará. Hay 3 medidas principalmente a las que se puede acoger el prestatario, siendo estas de aplicación escalonada o sucesiva, de modo que sólo se puede acudir a la siguiente cuando la anterior resulte inviable. Estas medidas son:

– **Primera medida: Reestructuración viable de la deuda hipotecaria.** Consistirá en la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

i. Carencia en la amortización de capital de cinco años. El capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

iv. En todo caso, se inaplicarán con carácter indefinido las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

Por lo que cuando el prestatario se encuentre en el umbral de exclusión, el prestamista está obligado a aplicarle todas estas medidas, salvo la reunificación de las deudas, que es facultativo para el acreedor. Además, se prevé que esta medida de reestructuración no será aplicable cuando el deudor se encuentre demandado en un procedimiento de ejecución y se haya producido el anuncio de la subasta.

–**Segunda medida: Quita del capital pendiente.** En caso de inviabilidad de la medida anterior, se puede solicitar la quita de parte del capital pendiente, empleando alguno de los siguientes métodos de cálculo:

i. Reducción en un 25 por cien.

ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas.

iii. *Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.*

Se entiende que concurre la inviabilidad de la medida anterior cuando tras la reestructuración resulte una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos de la unidad familiar. A diferencia del caso anterior, esta medida sí podrá aplicarse aunque se haya producido el anuncio de la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Sin embargo, esta quita tiene una especial particularidad, y es que es la única medida que es potestativa para la entidad, pudiendo libremente aceptar o no la aplicación, recogiendo el texto legal que *“la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración”*

–**Tercera medida: Dación en pago**⁴¹⁴. Si la reestructuración y la quita, si se ha producido, sigue sin resultar viable, podrá acogerse el deudor a la dación en pago, quedando cancelada la deuda y liberado de la deuda tanto el deudor como los terceros frente a la entidad. Además, el deudor podrá permanecer durante dos años como arrendatario en dicha vivienda abonando un interés anual del 3% del importe total de la deuda.

Al igual que en el caso de la reestructuración, no se podrá aplicar esta medida cuando se haya anunciado la subasta en el procedimiento de ejecución, a lo que se añade, además, los supuestos en los que la vivienda esté gravada con una hipoteca posterior.

Hay que señalar que estas dos últimas medidas —quita y dación— exigirán de unos requisitos más estrictos, debiendo cumplirse no sólo los requisitos previstos en el artículo 3.1 —exigido para la reestructuración—, sino también los dispuestos en el artículo 3.2.

⁴¹⁴ Aunque hay autores que consideran que no estamos ante una auténtica dación. Así, DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca” En AAPP Derecho Civil. Vivienda e hipoteca. Tecnos. 2018: *“creo que no estamos ante una verdadera dación en pago en sentido estricto pues, para ello, el cambio en la prestación sólo es admisible cuando satisface el interés del acreedor, lo que exigiría una declaración de éste en cada caso concreto, y no mediante una adhesión genérica al CBP. En este sentido, se ha mantenido que, al faltar el acuerdo de los contratantes, estamos ante una «dación forzosa o impuesta», extraña a nuestro ordenamiento. Parece más bien que estamos ante una novación objetiva legalmente dispuesta”*.

Además de estas medidas principales, se recoge en el citado Código que para aquellos deudores que se encuentren en el umbral de exclusión, una **limitación del interés moratorio**, siendo como máximo *el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo*, y ello desde el momento en que se solicite cualquiera de las medidas del código y se acredite las circunstancias de precariedad.

Estas son los principales remedios que se recogen en el Código de Buenas Prácticas y que tienen incidencia directa en el desenvolvimiento de la vida del préstamo, y especialmente frente a la posible iniciación del procedimiento ejecutivo. Como se puede comprobar, el objeto principal de la reestructuración y de la quita es evitar la situación de impago, y conseguir el mantenimiento del contrato de préstamo y su viabilidad futura. Y en el caso de la dación, debido a la extrema situación en que se encuentra el deudor para la aplicación de dicho supuesto, se pretende que dicho deudor pueda seguir adelante sin una gran carga pendiente, que será muy difícil de sobrellevar.

Aunque tenemos que mencionar que, junto a estas medidas, se recoge también la posibilidad del alquiler tras la ejecución de la vivienda, así como una serie de ventajas fiscales, notariales y registrales para los casos de novación y dación en pago.

Y respecto a todas estas medidas hay que tener en consideración que los fiadores, avalistas, e hipotecantes no deudores, según el artículo 2, podrán acogerse a estas mismas medidas recogidas en el Real Decreto, debiendo reunir las mismas condiciones que las requeridas para el deudor hipotecario, a lo que sumarán la facultad de ejercer el beneficio de excusión, sin perjuicio de que se aplique a estos prestatarios deudores las medidas previstas, incluso en el caso de que en el contrato hubieran renunciado expresamente a este beneficio de excusión.

C) OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y APLICACIÓN DE MEDIDAS

Dentro de las concretas obligaciones que de modo expreso se imponen a las entidades prestamistas —como ya hemos dicho, siempre que se encuentren adheridas—, podemos recoger dos principalmente y que engloba todo el contenido, siendo estas obligaciones el deber de información al prestatario, y el deber de aplicación obligatoria de las medidas del Código cuando sea de aplicación.

1.-Obligación de información

Esta obligación se concreta principalmente en el artículo 5.9 del Real Decreto Ley, que no se encontraba en la redacción original de 2012, siendo incluida por la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, recogiendo así en dicho precepto 5.9:

*“Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de **informar adecuadamente** a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él **para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.**”*

Y con carácter previo al contrato, se recoge en la Circular 5/2012 del Banco de España, norma sexta 2.4 respecto a la información precontractual, que se deberá informar *“acerca de si la entidad se ha adherido o no a un código de buenas prácticas y, en particular, a las implicaciones que dicha sujeción pudiera tener en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria y a las posibilidades de negociación y de acuerdo previos a la ejecución.”*

Por tanto, resulta claro que antes de la celebración del contrato debe informarse al prestatario no sólo de que la entidad se encuentra, o no, adherida al Código de Buenas Prácticas, sino también se debe informar de las consecuencias que ello implica, especialmente en los casos de dificultades económicas e impagos, poniendo en conocimiento del deudor las facultades que dicho Código les confiere.

Pero más determinante aún es la información que durante el contrato debe realizar el prestamista, que no sólo deben estar a disposición de los clientes que se interesen por ella, sino que se les impone a las entidades un deber de actuar expreso, debiendo informar por escrito de la existencia del Código y detallando el contenido del mismo, de modo que ante tal situación de dificultad y precariedad económica sean conocedor de los derechos que le asisten, debiendo emitirse dicha comunicación por escrito **cuando hayan incumplido el pago de cualquier cuota o manifiestan, de cualquier modo, dificultades para pagar las cuotas.**

Por ello, tan pronto como la entidad detecte que el prestatario se halla en dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones, así como cuando se recibe cualquier petición de flexibilización o novación de la deuda por dificultades de pago, se

debe proceder a esta información al prestatario, ya que, tal y como señala el Banco de España, no es necesario que se invoque por el deudor explícitamente que quiere acogerse a las medidas del Código de Buenas Prácticas, porque puede no conocer su existencia, debiendo actuar tan pronto como conozca las dificultades del prestatario y, en todo caso, con el incumplimiento de la primera cuota, informando así del contenido del Código y de las posibilidades que el mismo ofrece.

En este sentido, señala el Banco de España que la actitud de las entidades debe ser **proactiva y diligente**, no bastando con anunciar en su página web o en tablones de anuncio de su oficina que se encuentra adherida al Código, debiendo informar personalmente al consumidor tan pronto se tenga noticia de sus dificultades para hacer frente al pago de sus deudas. Además, se exige especial cautela en estos casos, debiendo resolverse las solicitudes lo antes posible sin demoras injustificadas, y en caso de denegación, el rechazo de la solicitud deberá ser motivado en todo caso.

Tal y como se refleja en la Memoria de Reclamaciones del Banco de España de 2017, por parte de la Autoridad Bancaria Europea se realizó una Directriz sobre “demoras y ejecución hipotecaria”, donde se preveía, entre otras cuestiones, que las entidades *“deben proporcionar una **ayuda eficaz a los consumidores que se encuentren en dificultades** para atender los pagos derivados de sus créditos hipotecarios, a través de las siguientes vías:*

- el establecimiento por parte de la entidad de políticas y procedimientos para detectar, tan pronto como sea posible, aquellos consumidores que se encuentren en dificultades para atender los pagos;*
- la colaboración activa con el consumidor de cara a establecer las causas de la aparición de dichas dificultades y, de esta manera, facilitar el proceso de identificación de las soluciones oportunas;*
- el suministro de información relevante y de asistencia apropiada, y*
- la adopción, en su caso, de medidas que contribuyan a aliviar la situación del consumidor, de forma previa al proceso de ejecución hipotecaria.”*

A la vista de todo ello, resulta una obligación esencial de la entidad la información a los deudores que se encuentren en problemas de afrontar la deuda, debiendo tener una actitud proactiva y diligente en todo momento, garantizando que los prestatarios sean informados y puedan acogerse de manera efectiva a todas las medidas enunciadas anteriormente, ya que puede cambiar de manera drástica el devenir del contrato de préstamo, evitando que se vea abocado a la ejecución hipotecaria. Por todo ello, pudiendo evitarse la ejecución con una actitud diligente y, no olvidemos, estando

obligado a ello, entendemos que el incumplimiento de esta obligación que conlleve finalmente la ejecución de la hipoteca debe tener una serie de consecuencias y responsabilidad que luego trataremos.

Además, cierto es que las entidades no están obligadas a aceptar aquellas peticiones de flexibilización del préstamo hipotecario fuera del ámbito previsto y con los requisitos señalados en el Real Decreto-ley 6/2012, pero incluso en estos casos, ello no obsta a una atención especialmente cuidada a las personas que se encuentren en dificultades de pago, debiendo, tal y como señala igualmente el Banco de España, de actuar diligentemente en la tramitación de dichas solicitudes, debiendo informar del resultado en un plazo razonable y tratando de evitar los perjuicios derivados de las demoras injustificadas en la toma de las decisiones que se adopten.

2.-Obligación de aplicar las medidas

Esto se contempla en el artículo 5.4 del Real Decreto Ley: *“Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, **serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas**. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.”*

De este modo, una vez el deudor acredita que cumple con los requisitos que pide el Real Decreto Ley, la entidad bancaria resulta **obligada** a poner en marcha las medidas del Código, empezando por la formulación del plan de reestructuración.

Es cierto que el precepto señala que esto tiene lugar cuando “se produzca la acreditación por parte el deudor de que se encuentra situado en el umbral de exclusión”, pero esto no quiere decir que la puesta que la aplicación efectiva de las medidas dependan en todo caso del deudor y de que haya presentado y justificado su situación, de modo que si éste no realiza actividad alguna, o no presenta correctamente la documentación, la entidad se vea exonerada de su cumplimiento. Y ello es así porque hay que relacionar esta obligación de aplicar las medidas, con la obligación anterior de informar activa y correctamente al deudor.

Es decir, no se puede amparar —como por desgracia ocurre en ocasiones y se admite por algunos tribunales como luego veremos— en la no aplicación de las medidas porque el deudor no solicitase previamente la aplicación del Código, no justificase su

situación, o solicitase directamente la dación en pago. Corresponde a la entidad el deber de informar de forma correcta al deudor que se encuentre en situación de dificultad de pago, de modo que es el prestamista el obligado a dar toda la información necesaria al prestatario, velar porque comprenda las medidas aplicables y la documentación a aportar, y de requerirle la documentación y acreditación que le falte.

Y esto es así ya que el prestatario no tiene por qué conocer de la existencia el Código de Buenas Prácticas, ni qué requisitos tiene que cumplimentar, y estando por su parte la entidad obligada a aportar toda esta información. Por ello, sólo una vez que la entidad informa en tiempo y forma al prestatario, explicándole la situación en la que se encuentra con la posibilidad de acogerse al Código y de lo que ello supone, y tras poder acreditar que se le requirió de la documentación necesaria al prestatario y no recibir comunicación alguna por parte del cliente, se puede entender que la responsabilidad pasa al prestatario, siendo de su parte entonces las consecuencias de no aportar los documentos necesarios y de no acreditar la situación requerida por el citado Real Decreto, habiendo la entidad cumplido con las obligaciones que le corresponde.

D) CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

Una vez más, sorprende la falta de previsión legal específica sobre qué consecuencias puede conllevar, en materia contractual, la falta de cumplimiento por parte del prestamista de estas obligaciones. Sólo se prevé en el artículo 15 del Real Decreto que *“Lo previsto en los apartados 4 [obligación de aplicar las medidas] y 9 [obligación de información] del artículo 5, y en el artículo 6.5 [remisión de información al Banco de España] tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha Ley.”*

Así, el incumplimiento de estas obligaciones de información y aplicación sólo conllevan, según este Real Decreto Ley, la infracción grave de una norma de ordenación y disciplina, con la correspondiente sanción administrativa. El artículo 6 prevé que el cumplimiento será supervisado por una comisión de control, quien emitirá informes al Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados, estableciéndose además que podrán plantearse reclamaciones ante el Banco de España por el incumplimiento del citado Código, teniendo el mismo tratamiento que el resto de las reclamaciones cuya tramitación y resolución corresponde al Banco de España.

Nada se prevé respecto a las consecuencias contractuales, derechos que se han privado a los prestatarios, o la posibilidad de ejercer la acción hipotecaria aun incumpliendo estos deberes. Y llama la atención comprobar cómo sí que se recogen consecuencias para el prestatario cuando se beneficia indebidamente de las medidas mencionadas, al recoger su artículo 7:

“1. El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.

2. El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.

3. También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito.”

Visto este precepto por el cual se le hace responsable al deudor de todos los daños y perjuicios así como de los gastos generados que, por la aplicación de las medidas, se haya producido al prestamista, se podría entender, siendo justos, que igual responsabilidad por los daños y perjuicios se le podría imputar al prestamista cuando es éste el que incumple sus obligaciones e impide que el deudor se beneficie de las medidas previstas en el Código.

Y aún más motivo para ello si tenemos en cuenta que el prestamista es el profesional en la materia, que conoce en profundidad toda esta regulación, e imponiéndole la normativa unas determinadas conductas de obligado cumplimiento, y siendo el prestatario consumidor la parte débil del contrato y el que puede sufrir graves consecuencias, como es el sometimiento al mismo de una situación insalvable de impago, la pérdida de la vivienda habitual, y el mantenimiento de una carga que le va a ser muy difícil de afrontar en el futuro.

Sería recomendable que el legislador hubiese estipulado mecanismos para garantizar el exacto cumplimiento de este Código, salvaguardando de este modo su finalidad última, como pudiera ser la previsión expresa según la cual el prestamista que no acreditase haber cumplido con la obligación de informar de manera clara y precisa al prestatario de estas medidas se viera privado de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria; medidas para suspender u oponerse al procedimiento de ejecución por parte del prestatario cuando denunciase la inactividad o incumplimiento por parte del prestamista respecto a la aplicación del Código; o simplemente recoger, al igual que hace con el prestatario, que el prestamista será responsable de todos los daños y perjuicios que se le deriven al deudor cuando aquel haya incumplido sus obligaciones. Nada de esto se recoge, pero, a pesar de esta falta de regulación, entendemos que no por ello esta actuación negligente —cuando no dolosa— debe quedar indemne y carente de consecuencias, aunque para ello tendremos que acudir a las reglas generales del Derecho.

1.-Supuestos examinados por los jueces y tribunales

Respecto a las consecuencias del incumplimiento, veremos en este apartado cómo ha sido tratada dicha circunstancia por parte de los jueces y tribunales:

STJUE 19 de septiembre de 2018 (asunto C-109/17)

Interesante resulta examinar este caso, que comenzó con el Auto del Juzgado de Cartagena de 20 de febrero de 2017 y terminó con una Sentencia del TJUE, que consideramos poco afortunada, aunque quizás ello sea debido a las dudas surgidas de origen en el juzgado y al planteamiento utilizado.

Se consideraba por el juzgado que el hecho de modificarse a la baja la tasación del inmueble dado en garantía, aprovechando una novación del contrato, podía resultar una práctica comercial desleal. Además, si se hubiese cumplido el Código de Buenas Prácticas, el prestatario podría haberse acogido a la dación en pago y poner fin a su deuda. Surge la problemática de qué ocurre cuando esto se detecta en un procedimiento de ejecución, debido a los limitados medios de defensa del ejecutado.

Como se puede constatar en el auto que emite la cuestión prejudicial, ya en ese procedimiento principal tramitado en el juzgado se solicitaba a las partes para que se pronunciasen si el Código de Buenas Prácticas puede considerarse un Código de Conducta en el sentido de la Directiva 2005/29, y si tiene o no carácter vinculante —siendo Bankia la entidad prestamista en cuestión, que sí se encontraba adherida al CBP—. Realmente dicha duda sobre el carácter vinculante se solventa con la simple

lectura de los preceptos antes recogidos, así como lo dispuesto por el Banco de España y la Comisión de Control del Código, como luego veremos.

Para justificar el planteamiento de las cuestiones, recoge el juzgado que *“Si el Código de Buenas Prácticas fuera imperativo para las entidades de crédito, significaría que la dación en pago podría ser esgrimida por el consumidor para poner fin a la ejecución hipotecaria y a su responsabilidad personal. Por lo tanto, es necesario saber, si el Juez que conoce de la ejecución hipotecaria, puede, dentro de este proceso especial y sumario, valorar si concurren los presupuestos reglados para que se produzca la dación en pago, revisar la negativa del ejecutante a esa dación en pago.”*

A pesar de estas dudas, acaba planteando al TJUE las siguientes cuestiones, que recogemos por su trascendencia, ya que tal y como están redactadas resultan de interés, aunque finalmente el TJUE variará el sentido de dichas preguntas. Pregunta así el juzgado:

1) Si la Directiva 2005/29/CEE (LCEur 2005, 1143) debe interpretarse en el sentido de que se opone, por dificultar o impedir el control judicial de los contratos y los actos en los que puedan existir prácticas comerciales desleales, una normativa nacional como la vigente regulación de la ejecución hipotecaria española- artículos 695 y ss LEO- en la que no está previsto el control de las prácticas comerciales desleales incluso a instancia de parte.

2) Si la Directiva 2005/29/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone una normativa nacional como el ordenamiento español que no garantiza el efectivo cumplimiento del código de conducta si el ejecutante decide no aplicarlo, artículos 5 y 5 en relación con el artículo 15 todos del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo (RCL 2012, 315).

3) Si la Directiva 2005/29/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone una normativa nacional como el ordenamiento español que no permite durante un proceso de ejecución hipotecaria al consumidor plantear el cumplimiento de un código de conducta en cuanto a la dación en pago y extinción de la deuda - apartado 3 del Anexo del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, Código de Buenas Prácticas-.

Como se puede comprobar, más allá de las dudas iniciales del juzgado y de si se considera finalmente un código de conducta o no, las cuestiones planteadas resultan de gran interés y utilidad. Se pone en cuestión la limitada defensa que permite el procedimiento de ejecución, sin permitir el control de prácticas desleales, la

imposibilidad de garantizar el cumplimiento del Código si el ejecutante decide no aplicarlo, o la imposibilidad del deudor de pedir su cumplimiento en un procedimiento de ejecución.

El Abogado General Wahl, en sus conclusiones de 21 de marzo de 2018, comienza recogiendo en el párrafo 12 que *“El artículo 5 del Real Decreto-ley establece que, una vez que la entidad de crédito se adhiera al Código de Buenas Prácticas, las disposiciones de este Código serán de obligada aplicación”*, por lo que asume así la postura correcta del carácter vinculante del Código. Y acerca de las preguntas segunda y tercera, considera que se solicita por el juzgado si el consumidor debe disponer de “vías de recurso” —entendemos que “recurso” entendido en sentido amplio, y no como segunda instancia— para obligar que un comerciante cumpla el código de conducta. Al entender el Abogado General que la Directiva 2005/29 persigue imponer sanciones a los infractores, y no generar efectos contractuales, considera que la normativa española, al permitir acudir al Banco de España con las consiguientes sanciones que este organismo puede imponer, no se opone a esta Directiva 2005/29.

Por parte del TJUE, empieza analizando la primera cuestión prejudicial, que ya desvirtúa su sentido. Mientras que el juzgado cuestionaba la privación en el procedimiento de ejecución de controlar los “contratos o actos” donde puedan existir prácticas comerciales desleales, el TJUE reconduce la pregunta al “control del título ejecutivo” en relación con prácticas comerciales desleales.

Partiendo de la misma idea que argumenta el Abogado General, considera que la existencia de práctica desleal no puede acarrear consecuencias —basado sólo en la Directiva de 2005— sobre la validez del contrato y del título ejecutivo, por lo que acaba concluyendo que dicha Directiva no se opone a la normativa nacional que no permite en el procedimiento de ejecución el control del título ejecutivo en relación con las prácticas comerciales. Y puesto que el contrato entiende que no se va a modificar en virtud de dicha Directiva, considera que no hay inconveniente en que el juez que conoce del procedimiento declarativo no pueda suspender el procedimiento ejecutivo, puesto que no va a afectar a aquel procedimiento.

Igual desvirtuación ocurre con las otras dos cuestiones prejudiciales. Mientras el órgano judicial cuestionaba que no se pudiera hacer cumplir el Código si el ejecutante decidía no aplicarlo, así como la imposibilidad de solicitar su cumplimiento en el procedimiento de ejecución, el TJUE reconduce estas cuestiones a si la Directiva se opone a una norma nacional que “no confiere carácter jurídicamente vinculante a un código de conducta”. Como argumentamos, no compartimos esta interpretación de las cuestiones por parte del TJUE, ya que cambia sustancialmente lo que se está preguntando, así como la conclusión a la que se alcanza, como es lógico.

Así, recoge dicho Tribunal que la Directiva “*no exige a los Estados miembros prever consecuencias directas para los comerciantes por la única razón de que no se hayan atendido a un código de conducta tras haberse adherido a él*”, concluyendo que dicha Directiva no se opone a una normativa nacional que no atribuye carácter vinculante a un Código de Conducta.

Como se puede comprobar, el resultado ofrecido por dicha Sentencia no es nada satisfactorio. Ello puede deberse, tal vez, de las dudas iniciales del juzgado de origen sobre el carácter vinculante del Código de Buenas Prácticas, o que el planteamiento por parte dicho juzgado en exponer y detallar las cuestiones prejudiciales no haya sido todo lo detallado y certero que el asunto necesitaba, circunscribiéndolo a la Directiva 2005/29, pero lo cierto es que parece una oportunidad perdida para poner de relieve los defectos existentes en nuestro ordenamiento, provocando finalmente incluso el efecto contrario —al menos aparentemente— al convalidar esta la situación.

Comencemos aclarando cuestiones, siendo la primera de ellas el carácter vinculante del Código de Buenas Prácticas. Aunque durante el juicio ante el juzgado de Cartagena surgió esta cuestión, no se preguntó por medio de las cuestiones prejudiciales si se oponía a la Directiva que un código de conducta no tuviese efecto vinculante, como dicho Tribunal interpretó.

Como ya hemos incidido en varias ocasiones, el Código de Buenas Prácticas sí tiene eficacia vinculante para todas aquellas entidades que se hayan adherido al mismo. Así lo dispone el propio Real Decreto con las obligaciones —que no potestades— de información y aplicación de las medidas, y así lo reconoce, como no puede ser de otra manera, tanto el Banco de España como la Comisión de Control del Código quien en el compendio de consultas⁴¹⁵ responde que “*Dado que el apartado 1 del CBP establece que aquellos deudores hipotecarios comprendidos en el umbral de exclusión, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma, la Comisión considera que dicho precepto debe entenderse de obligado cumplimiento por parte de aquellas entidades que se hayan adherido al CBP, toda vez que desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del CBP (artículo 5.4 del Real Decreto-ley 6/2012).*”

⁴¹⁵ Compendio de consultas planteadas a la comisión de control, sobre la aplicación del código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual, mayo de 2019:

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/190527_Compendio_Consultas_CBP.pdf

Incluso el Defensor del Pueblo se ha pronunciado en este sentido, estableciendo en su Recomendación de 20 de abril de 2015 que, en caso de controversia sobre si resulta aplicable el Código a un caso concreto, dichas previsiones del Código deben ser de obligado cumplimiento tras la resolución favorable al interesado por parte del Banco de España, y, en caso de no acatar la resolución, el Banco de España debe utilizar el régimen sancionador previsto en la normativa.

Y decisiva resulta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2019 (rec. 607/2017), en donde reconoce que la adhesión voluntaria por parte de la entidad al Código de Buenas Prácticas supone la sujeción de ésta a lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas, surgiendo así un derecho para los prestatarios que cumplan los requisitos, con las correspondientes obligaciones que dicho Código impone a la entidad, teniendo —usando los términos del Tribunal Supremo— un *deber legal* de cumplir con el mismo, sin que se pueda amparar en causas no previstas legalmente para excluir su aplicación.

Una vez aclarado el carácter vinculante del Código de Buenas Prácticas, donde sí que surgen problemas es a la hora de hacer valer el contenido del Código, especialmente en aquellos casos en donde el acreedor, incumpliendo sus obligaciones, decide iniciar un procedimiento de ejecución en vez de informar y acudir a las medidas del Código que podían evitar dicho procedimiento, y los problemas que surgen una vez iniciado dicho procedimiento ejecutivo que, debido a los motivos de oposición tasados, impiden oponer el incumplimiento de contrario así como solicitar su cumplimiento.

Sí que goza el prestatario del derecho de acudir a la tutela judicial a través de un procedimiento declarativo donde se condene a la entidad a dar cumplimiento a las medidas que correspondan⁴¹⁶, pero como decimos, los problemas surgen con relación al inicio y sustanciación el procedimiento ejecutivo, donde el prestatario se ve desamparado.

En el asunto enjuiciado, quizás uno de los inconvenientes es la necesidad de circunscribirse a la Directiva 2005/29, y la simplificación realizada por el Tribunal de Justicia. Se ponía en cuestión el hecho de si el Código de Buenas Prácticas era o no un

⁴¹⁶ No cabe duda de ello, y así también lo entiende la Comisión de control al establecer en el compendio de consultas referidos que: “*En caso de que la reclamación fuera inadmitida o desestimada o hubiera transcurrido el plazo de dos meses (plazo reducido a un mes por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo) desde su presentación sin haber recibido contestación, se podrá dirigir la reclamación al Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales competentes en defensa de los derechos legítimos.*”

Código de conducta en el sentido de dicha Directiva. El Gobierno español está en contra de tal consideración, posiblemente ya que la propia Directiva considera “código de conductas” aquellos acuerdos o normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado, siendo de ordinario estos códigos de conductas creados por organismos o asociaciones privadas a los que va destinado. Aunque sí que comparten el hecho de ser normas reguladoras de su comportamiento, de adhesión voluntaria, siendo de obligado cumplimiento tras dicha adhesión. Y fuera como fuese, sin entrar a determinar si sería o no un código de conducta⁴¹⁷, lo cierto es que, si la diferencia es el origen legal de dicho Código, no es sino motivo para su mayor importancia y mayor control frente a su incumplimiento, más aún en un ámbito tan sensible como el presente.

La propia STJUE reconoce que, según el considerando 9 de la Directiva, lo dispuesto en ella se entiende *“sin perjuicio, en particular, de las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal y de las normas del Derecho nacional y de la Unión en materia contractual, incluidas, según resulta expresamente del artículo 3, apartado 2, de esta Directiva, las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos.”*

Así, se parte del ámbito propio de la Directiva, diferenciado del resto de cuestiones contractuales o normativas que puedan existir. Tal y como argumentaba el Abogado General, *“La Directiva 2005/29 se limita a imponer sanciones a los comerciantes y no garantiza a los consumidores una vía de recurso contractual”*, sin que la aplicación de la Directiva tenga efectos sobre el Derecho contractual, y bastando para la efectiva aplicación de dicha Directiva que los Estados dispongan de un sistema de sanciones. Por ello, diferenciaba este supuesto del Caso Aziz, donde el consumidor, al verse imposibilitado de alegar o controlar la abusividad de una cláusula, solo podría obtener posteriormente una protección de naturaleza meramente indemnizatoria que el Tribunal de Justicia consideró incompleta e insuficiente. Pero esto, entiende, no ocurre en el presente caso con la Directiva 2005/29, ya que, al no prever efectos contractuales, el proceso declarativo que se sustancia no tendrá tampoco consecuencias contractuales, y no afectará a lo dictado en el procedimiento de ejecución.

⁴¹⁷ En contra de la consideración como Código de Conducta ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA “El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual” *Revista de Derecho Civil* ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Estudios. Considera dicha autora que no puede ser un Código de conducta ya que no ha sido elaborado por los agentes a quienes va destinado y, además, se contiene en una norma con rango de Ley. Para la autora, se trata de un supuesto de Derecho opcional, al que el prestamista se compromete al adherirse a dicho Código, y el deudor solicitando las medidas.

Al poderse interponer reclamaciones ante el Banco de España, imponiendo éste las sanciones oportunas, entiende el Abogado general que cumple los requisitos de establecer medios adecuados y suficientes para garantizar el cumplimiento de la Directiva, a lo que añade el TJUE que como se permite además el ejercicio de acciones individuales debido a una práctica desleal o según normativa nacional o europea, *“una protección indemnizatoria puede considerarse uno de los medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales exigidos por dicha disposición.”*

Pero entendemos que se realiza una visión demasiado simplista o abstracta del asunto, basado en lo que dispone la Directiva de 2005. Porque más allá de lo previsto en dicha Directiva, lo cierto es que, en el asunto en cuestión respecto al Código de Buenas Prácticas Bancarias, **dicho Código sí que impone derechos y obligaciones contractuales a las partes**, por lo que su cumplimiento o incumplimiento tiene un efecto directo y decisivo en el contrato y en el devenir de los acontecimientos. Por lo tanto, los razonamientos utilizados por el Abogado General y por el TJUE no son aplicables al presente caso.

En efecto, no cabe alegar que ninguna consecuencia tiene su cumplimiento respecto al contrato con el consumidor, y que en nada afecta al procedimiento de ejecución. Más bien todo lo contrario, se le está privando al consumidor de derechos que tiene reconocido, por lo que, en modo alguno, por simple negligencia, o directamente por mala fe en su actuación, se puede permitir al prestamista continuar con el procedimiento de ejecución sin mayores consecuencias.

Los argumentos que señaló el TJUE en el caso Aziz, tal como indicaba el juzgado de primera instancia, son plenamente aplicables a un caso como el presente. ¿Qué sentido tiene que se condene en un procedimiento declarativo a la reestructuración del préstamo conforme al CBP si dicho préstamo ya no existe al haber sido vencido anticipadamente y ejecutada la hipoteca? No se puede pretender que en estos casos con una indemnización se vaya a solventar la situación, porque el deudor ha perdido el préstamo, la vivienda, y sufrido todo el procedimiento que esto conlleva, y todo ello por la actitud negligente o maliciosa de la entidad.

Cierto es que, estos últimos años, se ha vuelto común que se tenga que recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que sea este órgano, a través del Derecho europeo, el que denuncie y ponga de relieve las evidentes vulnerabilidades de nuestro sistema judicial, con el fin de buscar remedios con posterioridad a sus Sentencias. Pero tampoco tenemos que depender en exclusiva de dicho Tribunal, ni sólo acudir al Derecho Europeo, con el fin de solventar las deficiencias que se detecten en nuestro ordenamiento.

De este modo, sin perjuicio de los remedios y cuestiones que se puedan plantear ante el TJUE o incluso ante el Constitucional —Tribunal que parece haber perdido protagonismo ante el auge del TJUE—, los jueces y tribunales deben de poder hacer cumplir la ley y establecer criterios de justicia en el ejercicio de las diferentes acciones judiciales, de modo que ante las evidentes infracciones y mala fe por parte de los prestamistas, se le impidan acudir al procedimiento de ejecución ya que en ningún caso se puede permitir el ejercicio abusivo de los derechos.

Continuamos con el examen de otros supuestos tratados por los tribunales, para ir desgranando las diferentes situaciones y respuestas emitidas, con el fin de llegar a una serie de consideraciones finales tras el examen de este asunto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de abril de 2018 (rec. 2437/2015)

Resulta de interés dicha Sentencia por la determinación del ámbito de aplicación del Real Decreto Ley 6/2012, fijado en el artículo 2, respecto a aquellos contratos de préstamo hipotecario que se encontraban vencidos anticipadamente, pero sin que hubiese finalizado el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Ante esta situación, el artículo 2 del Real Decreto disponía que:

“Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de su entrada en vigor, con excepción de las contenidas en los artículos 12 y 13, que serán de aplicación general.”

En el caso enjuiciado, la entidad bancaria había vencido anticipadamente e iniciado ejecución de dos préstamos hipotecarios que tenían con dos deudores, encontrándose dichos prestatarios ya divorciados con el régimen de gananciales extinguido. Ante esta situación, uno de los prestatarios presentó demanda en un juicio ordinario solicitando el cumplimiento de las medidas del Código de Buenas Prácticas, ante el incumplimiento por parte del prestamista de poner en conocimiento de los mismos la posibilidad de aplicar las medidas de dicho Código.

Tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia desestimaron la demanda, al entender que a la entrada en vigor del Código ya se había resuelto el contrato e instada la ejecución de la hipoteca y, además, siendo dos los deudores, sólo se había justificado la situación de encontrarse en el umbral de exclusión de uno de ellos.

El Tribunal Supremo alega sin embargo que la Audiencia optó por una interpretación literal del precepto, por la que debería de estar dichos préstamos vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto. Pero esta no es la interpretación que debe acogerse, según el Alto Tribunal, quien opta por realizar una interpretación sistemática y teleológica de la norma, en la que según la exposición de motivos se pretende que se persigue evitar la pérdida de la vivienda para los deudores sin recursos, haciéndose referencia al incremento de ejecuciones hipotecarias, por lo que lo decisivo es que el deudor esté a tiempo de acogerse a alguna de las medidas propuestas. De hecho, argumenta el Tribunal, el propia Código establece que las medidas de reestructuración y la dación podrán aplicarse incluso cuando el procedimiento de ejecución se hubiera iniciado, antes de haberse producido el anuncio de la subasta, y permitiéndose incluso la quita con posterioridad a dicho anuncio.

Sin embargo, en el caso enjuiciado se acabó desestimando el recurso del deudor, al concluir igualmente que al ser dos los deudores hipotecarios, sólo se había acreditado la situación respecto a uno de ellos, pero no respecto al otro, por lo que no podía aplicarse las medidas del Código.

Nos parece lógica la interpretación realizada por el TS del artículo 2 y su ámbito de aplicación. Puesto que una de las medidas que pretende el Código de Buenas Prácticas es poner solución a la crisis social vivida por muchas familias que se encontraban inmersas en una situación de precariedad, estando a punto de perder sus viviendas, resulta lógico con la finalidad de dicha normativa que todos aquellos deudores que puedan acogerse a estas medidas y ver paliadas su situación, se pueda acoger a las mismas.

Aunque es de agradecer esta interpretación del Tribunal Supremo por la que abre así de manera expresa la aplicación del Código a un amplio abanico de casos en donde el préstamo se encontrase ya vencido anticipadamente, hubiera sido de agradecer que, a la vista de la actividad proactiva que debe tener las entidades en cuanto a la información de las medidas del Código, se hubiera recogido en la sentencia que todas las entidades que tengan iniciado un procedimiento de ejecución, cuando el Código entró en vigor, deberían ser diligentes en informar a todos los deudores de la posibilidad de acogerse al Código si se cumplen con los requisitos, aplicando así las obligaciones que impone el Real Decreto, sin que deban ser los prestatarios los encargados de solicitar y hacer el esfuerzo probatorio de justificar su situación, que suelen recibir generalmente el rechazo del prestamista, quien debería de colaborar para informar y requerir a los deudores de aquella documentación que faltase.

Y respecto al ámbito de aplicación, hay que añadir que, con motivo de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, se ha modificado el artículo 2.1 del Real Decreto, resultando como sigue:

“Las medidas previstas en este Real Decreto-Ley se aplicarán a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente.”

Hay quien no ha entendido muy bien el cambio producido con esta reforma⁴¹⁸, aunque lo cierto es que supone un cambio trascendente en cuanto al ámbito de aplicación de dicho Real Decreto Ley, quizás no apreciado por todos debido a la confusa redacción o falta de claridad en sus términos.

Y ello se debe a que el gran cambio producido se debe a que **ahora** —cosa que no ocurría con la redacción original— dicho Real Decreto sí **se aplica a todos los préstamos hipotecarios, inclusive los celebrados tras la entrada en vigor** de la mencionada normativa. Así, con anterioridad a esta reforma, había que entender que sólo aquellos préstamos “en vigor” en el momento de su entrada en vigor —a los que habría que añadir los préstamos vencidos que pudieran acogerse a alguna medida siguiendo la interpretación del TS— podían acudir a tales medidas, pero no aquellos deudores que, concertando un préstamo en la actualidad, se encontrasen en dificultades y cumpliera con los requisitos de estar en el umbral de exclusión.

Ello se aclara además con la exposición de motivos de la Ley 5/2019, donde se señala que esta reforma se realiza *“con el fin de convertir el código de buenas prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda contenidas en el mismo.”*⁴¹⁹

Por lo tanto, estas medida de protección se ha instaurado con carácter permanente en nuestro ordenamiento, siendo aplicable a todos los nuevos deudores que se encuentren en situaciones protegidas por dicha normativa, que aunque supone como hemos referido una intromisión en los contratos donde el prestamista pudiera ser

⁴¹⁸ JUAN GÓMEZ, MATEO “Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar” *Diario LaLey* LA LEY 5771/2019, quien entiende erróneamente —a nuestro parecer— que nada ha cambiado la situación con la nueva reforma.

⁴¹⁹ Esta misma interpretación de limitación temporal con la redacción anterior es la acogida por la Comisión de Control, en su Compendio de consultas de mayo de 2019, como se puede apreciar en la consulta 22.

perjudicado, no olvidemos que estos han podido optar libremente por no acogerse a esta nueva reforma —según la DA 11ª de la Ley 5/2019—, así como optar por no prorrogar su adhesión al citado Código, por lo que estando adheridos todas estas entidades se comprometen voluntariamente a su cumplimiento.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2019 (rec. 607/2017)

Dicha sentencia pone de relieve una vez más el carácter vinculante del Código de Buenas Prácticas para las entidades adheridas, obligando a su cumplimiento bien *in natura*, siempre que sea posible, o en equivalencia mediante la indemnización de los daños y perjuicios causados.

En este caso los deudores solicitaron la medida de reestructuración una vez iniciado el procedimiento de ejecución, pero antes del anuncio de la subasta. La entidad denegó dicha medida alegando que no habían satisfecho las deudas pendientes, y que se debían cancelar las cargas posteriores del inmueble. Ante dicha negativa se presentó demanda solicitando su cumplimiento, a lo que la entidad se opuso en base a las mismas razones, argumentando además durante el procedimiento la falta sobrevenida de objeto al no estar ya el bien objeto de ejecución en propiedad de los demandantes.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestimaron la demanda al entender que no podía ser cumplida y carecer de interés legítimo al no existir ya el préstamo hipotecario ni ser titulares de la vivienda hipotecada. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el recurso, afirmando que el RDL 6/2012, de 9 de marzo *es de obligado cumplimiento, sin que deje de serlo porque después de requerida la reestructuración, sin atender a esta solicitud, se haya ejecutado la hipoteca.*

Consideró el Tribunal que el banco incumplió su deber legal de atender a la solicitud, rechazándolo por motivos que no estaban contemplados como excepción. Argumenta que el previo pago de las cuotas pendientes no constituye un presupuesto de aplicación de las medidas según la normativa, y que el plan de reestructuración no altera el rango de la hipoteca, por lo que la negativa estaba injustificada. La consecuencia de ello es que el procedimiento de ejecución hipotecaria no debe impedir que el procedimiento judicial donde se solicita la aplicación de las medidas siga adelante, debiendo cumplirse *in natura* en aquellos casos que sea posible, o por el cumplimiento en equivalencia indemnizando los daños y perjuicios.

Consideramos positiva la emisión de esta sentencia, en el sentido de recordar —como no puede ser de otra manera— el carácter vinculante y obligatorio para las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas, resultando loable que en casos como

el presente de proceda a la indemnización de daños y perjuicios, y no la mera desestimación.

Pero, aun así, la solución se antoja insuficiente. Una vez más se ven las “costuras” del sistema judicial, evidenciándose sus defectos. No se puede admitir que en todos los casos en donde la entidad bancaria inicie la ejecución bien inadmitiendo indebidamente la solicitud de aplicación del Código, o bien sin siquiera haber informado a los prestatarios de los derechos que le puedan corresponder, la solución sea tener que indemnizar a posteriori a los perjudicados debido a que en nuestro sistema no se puede oponer estos incumplimientos en el procedimiento de ejecución. Indemnización, además, que no creemos fácil de determinar, habiendo perdido la vivienda, el préstamo, y los demás perjuicios derivados de ellos.

Como ya ha reconocido el TJUE en el Caso Aziz, o el TC en la sentencia de 2 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012), la tutela judicial se ve mermada si la única solución posible es la indemnización posterior. Por ello, a falta de una deseable regulación legal al respecto que permitirá la oposición a la ejecución ante los incumplimientos legales del prestamista, debe existir un criterio flexible que permita en la práctica dicha oposición, evitando así situaciones irremediables con los graves perjuicios que conlleva.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2019 (rec. 753/2017)

En esta sentencia se discutía la procedencia de a una sanción administrativa impuesta por el Banco de España, al incumplir el prestamista el deber de información previsto en el artículo 5.9, así como el deber de aplicar las medidas correspondientes conforme al art. 5.4, antes expresados. Resulta de interés para determinar una vez más la obligatoriedad de dichas medidas, y de cómo debe realizarse dichas obligaciones, condenando la actitud de la entidad en los términos que veremos a continuación.

Así, recoge el Consejo de Gobierno del Banco de España cómo en el presente caso los clientes venían incumpliendo el pago desde el año 2011 y manifestando sus dificultades de pago. La entidad se encontraba adherida al CBP en su versión originaria, y desde junio de 2013 a la revisión de dicho año que obligaba a informar según el art. 5.9.

A pesar de ello, se recoge que *“la Entidad no sólo tardó más de dos años (hasta el 28 de septiembre de 2015) en informar, individualizadamente y por escrito, a los Clientes Reclamantes de la existencia y contenido del CBP, así como de las posibilidades de acogerse al mismo, sino que, además, antes de hacerlo, instó contra los Clientes Reclamantes un procedimiento*

judicial para la ejecución de la hipoteca en relación con la deuda de aquéllos que habían solicitado la reestructuración, hecho que, una vez publicado el anuncio de la subasta, podría haber llevado a la eliminación de los eventuales derechos de los Clientes Reclamantes a la aplicación de las medidas del CBP [vid. el apartado 1 .a), in fine, del CBPJ, y, específicamente, a la del procedimiento en él previsto, diseñado expresamente por el legislador para evitar la ejecución hipotecaria.

Además de ello, se expresa que dicha entidad tardó más de un año y medio para resolver sobre la solicitud de reestructuración presentada por los clientes, a lo que además se le añade el hecho de que se denegó la aplicación en base a motivos que no estaban amparados por el Real Decreto ni por el Código, por lo que realmente resultaba de aplicación obligatoria dichas medidas.

Como se puede apreciar en este caso, existe una evidente mala fe por parte de la entidad que no informa a los deudores, hace caso omiso a la solicitud de reestructuración solicitada, inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria a pesar de todo lo anterior, y culmina esta actuación reprochable denegando la reestructuración en base a motivos que no proceden.

A pesar de todo ello, la entidad niega la existencia de incumplimiento alguno, alegando que los hechos traen causa de los incumplimientos de los prestatarios producidos con anterioridad a la reforma de 2013, y el hecho de la actitud colaborativa y flexible mantenida con los deudores, ofreciéndole otras alternativas y préstamos para facilitar su continuidad. A la vez, argumentaba que los deudores estaban asesorados por un abogado, por lo que estaban plenamente informados de las medidas que tenían a su disposición.

Frente a ello, alega correctamente la Audiencia nacional que no se está aplicando retroactivamente norma alguna, sino que es a partir de junio de 2013 cuando se produce el incumplimiento de la obligación por parte de la entidad de informar individualmente y por escrito de las medidas del Código. Además, remarca que no basta una actitud supuestamente cercana y comunicativa con el cliente, sino que deben informarle y ofrecerle las medidas del CBP, puesto que son de obligado cumplimiento, y se acreditó en el procedimiento que las condiciones del nuevo préstamo concedido eran menos beneficiosas que las previstas por el Código, por lo que no puede alegar cumplimiento alguno del Real Decreto.

E importancia también tiene cómo dicha Audiencia establece que carece de relevancia que los clientes estuvieran asesorados por algún abogado, ya que el artículo 5.9 es claro respecto al deber de informar a los mismos, sin que se condicione la

obligación a que los interesados carezcan de asesoramiento o de conocimiento alguno sobre el Código.

Así, resulta clara la importancia que goza esta obligación de información, de obligado cumplimiento para todas las entidades que, desde su adhesión a la reforma de 2013 del Código, deben tener una actitud activa de informar a todos sus clientes que se encuentren en situación de impago o con dificultades, sin que lógicamente baste entablar negociaciones o nuevos préstamos que no se adapten a las previsiones del Código siempre que se cumpla con los requisitos del mismo.

Asimismo, una vez acreditada la situación de cumplir los requisitos previstos en el Real decreto, se debe aplicar las medidas de dicho Código de forma obligatoria, sin que quepa alegar ningún tipo de motivo que no esté previsto en dicho Real Decreto.⁴²⁰

Sentencias de Audiencias Provinciales:

-Incumplimiento del Código como oposición a la resolución del artículo 1124

Cc:

En la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018 (rec. 514/2018), se esgrimía por los deudores el incumplimiento previo de la entidad bancaria, para oponerse a la resolución del contrato del artículo 1124, cuestión que, entre otras, acoge el juzgador de instancia.

Sin embargo, la Audiencia no considera relevante el incumplimiento de la entidad, entendiendo “*que la aplicación de dicha norma exige una iniciativa de los prestatarios, o en este caso, también de hipotecantes no deudores, pues la entidad prestataria normalmente ignora la concurrencia de esta situación, y es la parte prestataria la que debe presentar la documentación acreditativa*”, sin que conste, desde que se produjeron los impagos e 2016, que por parte de los deudores se haya iniciado negociación alguna sobre ello.

No podemos sino oponernos totalmente a lo dictado por dicha Audiencia. No se le puede exigir que sean los deudores los que tengan la iniciativa y tengan que acreditar fehacientemente todos los extremos que solicita el Real Decreto para su aplicación, sin

⁴²⁰ En la página del Banco de España se puede apreciar las últimas sanciones impuestas por estas infracciones. Así, se puede comprobar las dos multas de 4.000.000€ a Bankia por infracción de los artículos 5.4 y 5.9 por resolución de 30 de junio de 2017; la multa de 485.000€ a Banco Santander por infracción del 5.4 por resolución de 24 de octubre de 2017; y la multa de 350.000€ a Caixabank por infracción de los artículos 5.4 y 5.9 por resolución de 30 de mayo de 2018.

que la entidad tenga obligación alguna mientras tanto. Como ya hemos expuesto, es la entidad la que debe informar y ofrecer, tan pronto tenga conocimientos de las dificultades de pago, que en todo caso se produce desde el primer impago, de las medidas que ofrece el Código y de los requisitos para obtenerlas.

Por tanto, entendemos que el incumplimiento por parte de la entidad de esta obligación de informar y ofrecer las medidas del Código supone un incumplimiento esencial y relevante de sus obligaciones, que impide acudir a la resolución contractual del 1124, más aún cuando precisamente dichas medidas del Código lo que pretende es continuar con la subsistencia del préstamo y ayudar a los deudores en situación de precariedad, por lo que en modo alguno se puede pretender resolver el contrato sin cumplir con lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas.

Y en modo similar a lo argumentado, es lo dispuesto en el Auto de la AP de Barcelona de 5 de abril de 2016 (rec. 169/2016), en donde en un procedimiento donde se discutía la abusividad del vencimiento anticipado, confirmó la nulidad de dicha cláusula, y argumentaba que *“en un contrato con 30 años de duración, el incumplimiento por impago de tres cuotas no justifica la drástica medida del vencimiento anticipado, máxime cuando era posible la negociación o reestructuración de la deuda, a la vista de lo dispuesto en el R.D. 6/2012, sobre el Código de Buenas Prácticas.”*

Situación algo distinta la podemos encontrar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 21 de mayo de 2015 (rec. 94/2014), donde encuadrándose en un momento anterior a la reforma de 2013 que imponía el deber de información, dicha Audiencia entendía que no hubo incumplimiento por parte de la entidad, y que ésta sólo estaba obligada una vez se acreditaba la situación de precariedad fijada en la norma, para lo que es necesario aportar toda la documentación exigida, que no ocurrió en el caso concreto.

Sí que puede ser más discutido en estos casos en donde no se imponía la obligación de informar tan pronto se tenga conocimiento de las dificultades de pago, pero aun así, entendemos que una actitud diligente y de buena fe de la entidad debe pasar por poner en conocimiento del prestatario la documentación necesaria a aportar, especialmente cuando se le aporta documentación incompleta, sin que pueda meramente ampararse en la insuficiencia de la documentación para denegar la aplicación de tales de medidas.

Otro caso que podemos encontrar, donde no podemos sino mostrar también nuestro desacuerdo, es lo argumentado por la Sentencia de la AP de Santander de 4 de marzo de 2019 (rec. 672/2018) que considera, frente a la oposición del incumplimiento

de este Código a la aplicación de la resolución del 1124, que *“Lo cierto es que la resolución combatida no conculca ninguna de las previsiones contempladas en la norma [RDL 2012], entre las que en ningún caso se contempla que su omisión por parte de la entidad bancaria puede oponerse por vía de excepción en el presente procedimiento declarativo, en el que se ejercita la acción resolutoria del préstamo conforme a lo dispuesto en el art. 1.124 del CC”*, y entiende que la normativa lo que habilita es la interposición de reclamación ante el Banco de España, teniendo la obligación del artículo 5.9 la consideración de normativa de ordenación y disciplina, teniendo la correspondiente sanción administrativa, siendo *“Esta, y no otra, es la consecuencia específica prevista para los supuestos de contravención (art. 6.3 del CC), de acuerdo con el contenido del art. 15”*.

Bastante es ya que la propia normativa no haya establecido ninguna consecuencia contractual como sabemos, para que por parte de los tribunales ni siquiera se admita que se alegue como incumplimiento previo para impedir la resolución del artículo 1124. No es necesario que la norma indique si se puede o no alegar u oponer su incumplimiento, resultando de aplicación las reglas normales de aplicación para las obligaciones, por lo que, siendo dichas obligaciones reclamables judicialmente, con mayor motivo en estos casos es que se admita para combatir la resolución del contrato, que como hemos referido, precisamente estas medidas pretenden impedir tal situación, reconociendo derechos materiales a los prestatarios.

Hacia algo similar apunta la Sentencia de la AP de Girona de 28 de mayo de 2019 (rec. 930/2018), que aunque recoge que la obligación del art. 5.9 no condiciona la interposición de la resolución, entiende que *“dado que para la resolución del contrato, como veremos, se exige un incumplimiento grave de una de las partes, el incumplimiento del código de buenas prácticas o la no aceptación de un plan de reestructuración de la deuda puede ser un elemento a tener en cuenta para valorar si ha existido incumplimiento grave. Pero la consecuencia será la desestimación de la resolución del contrato, pero no el sobreseimiento y archivo del procedimiento.”*

Compatibilidad del Código con el inicio del procedimiento de ejecución

Se alegaba en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de junio de 2018 (rec. 706/2017), recogiendo lo dictado por la Sentencia de 21 de mayo de 2015 de Las Palmas de Gran Canaria mencionada (rec. 94/2014), que el hecho de que esté en trámite el procedimiento de reestructuración de la deuda, no acarrea la nulidad del procedimiento de ejecución iniciado por el prestamista, ya que como recogió la AP de Las Palmas, argumenta que las medidas del Código no son incompatibles con la

tramitación de la ejecución, y ello en cuanto el propio Código establece la aplicación de las medidas también durante el procedimiento de ejecución hasta el anuncio de la subasta —reestructuración y dación— e incluso posteriormente —quita—.

No consideramos que esta interpretación realizada acerca de las disposiciones del Código para la aplicación de las medidas durante el procedimiento de ejecución sea la más acertada. Como bien realizó el Tribunal Supremo en la sentencia antes recogida, entendemos que el Código lo que pretende es abarcar a los máximos deudores posibles, inclusive a los que se encuentren en un procedimiento de ejecución, que estén a tiempo de ver paliada en cierta medida su situación. Pero no se puede pretender que por el hecho de que se pueda realizar medidas durante la ejecución, signifique eso que la entidad pueda libremente plantear el procedimiento de ejecución haciendo caso omiso a lo dispuesto por el Código e incumpliendo asimismo las obligaciones que se le imponen.

Una medida correcta pasaría por informar previamente al deudor de la existencia del Código y de los documentos necesarios para aplicar las medidas dispuestas en el mismo. Sólo ante una actitud despreocupada y falta de actuación del deudor una vez requerido de la documentación, podrá la entidad plantear el procedimiento de ejecución, sin perjuicio de que entonces pueda acogerse el deudor de las medidas si acredita los requisitos necesarios, pero sin que se pueda reprochar nada a la entidad por tal actuación.

Esto último es lo que parece apuntar que ocurrió en el caso de la Sentencia de Alicante que referimos, ya que recoge la sentencia que *“la entidad bancaria, lejos de rechazar de plano la petición del actor de acogerse a los mecanismos de ese Real decreto ley de diciembre de 2013 (los escritos anteriores de moratoria de préstamos no mencionan este Real Decreto Ley) le indicó en cuatro ocasiones la documentación que debía aportar, la última de ellas el 10.6.14, fecha en que aun le faltaba presentar el actor la declaración responsable de reunir los requisitos fijados por el RD Ley 6/12 en el modelo normalizado y el certificado de acción social del Excmo. Ayuntamiento de Elche.”*

Igualmente criticable es por este motivo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de noviembre de 2018 (rec. 668/2018), quien a pesar de alegarse el incumplimiento del Código, estima dicha Audiencia que, además de no probarse que los deudores están amparados en dicho Código, *“basta la lectura del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (RCL 2012, 315) , de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que publicita el Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse las entidades financieras para constatar que el incumplimiento de sus previsiones a favor de deudores que se encuentran situados dentro del umbral de*

exclusión, no conlleva la pérdida del crédito ni de la posibilidad de reclamarlo judicialmente, pues, como se lee en la exposición de motivos del citado RDL 6/2012 "Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario".⁴²¹

Es decir, entiende esta Audiencia que, por el hecho de que el Real Decreto establezca en la exposición de motivos que este Código no va a “deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria”, quiere decir ello que el incumplimiento que realice no va a afectar en ningún caso a su posibilidad de ejecutar la hipoteca. Nos parece una interpretación un tanto frívola, ya que el propio Real Decreto lo que refleja es el respeto al procedimiento de ejecución hipotecaria, que es la principal garantía que tienen los acreedores en estos casos, pero eso no significa que el propio Real Decreto se vaya a vaciar de contenido con esa expresión, y que las entidades puedan libremente saltarse las obligaciones a las que se comprometieron, y ejecutar la garantía.

Como hemos referido, los derechos deben de ejercitarse de buena fe, por lo que no se puede admitir que se omitan de forma negligente o dolosa el cumplimiento de unas normas, que confiere unos derechos al deudor que le garantiza continuar con el préstamo, o en su caso, una quita o dación, de modo que resulte superflua toda esta normativa y obligaciones que establece, y se perjudique a un sector tan débil y perjudicado que es el que se pretende proteger.

Además, si se permite ejercitar el procedimiento ejecutivo, puede conllevar que el posterior procedimiento declarativo que se plantee para forzar su cumplimiento carezca de sentido una vez se ha ejecutado la garantía y adjudicado el inmueble. Eso es lo que ocurrió en la Sentencia de la AP de Valladolid de 2 de noviembre de 2016 (rec. 326/2016)⁴²², en donde declaró la carencia sobrevenida del objeto del procedimiento, concluyendo que *“carece de objeto el presente procedimiento declarativo (art. 22 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)), pues el antecedente lógico de las medidas interesadas no es otro que la existencia de un préstamo con garantía hipotecaria, circunstancia que no concurre en el caso que nos ocupa a la vista del resultado del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el JPI nº 4.”*

Añade ante esta situación esgrime unas reflexiones el Tribunal, que recogemos por su interés al reflejar una crítica al legislador en la sentencia:

⁴²¹ Argumento también acogido por la SAP Girona de 27 de marzo de 2019.

⁴²² Sentencia finalmente casada por la mencionada STS de 9 de julio de 2019 (rec. 607/2017)

“A modo de reflexión general nos parece oportuno llamar la atención sobre los limitados efectos de la regulación concebida por el legislador para reestructurar los préstamos hipotecarios de los deudores hipotecarios de un sector tan sensible como el definido en el art. 3 del RD 6/2012, siendo un buen ejemplo la situación padecida por los actores. Así, a diferencia del modelo francés en el que se inspira la norma, llama la atención la absoluta prevalencia de la voluntad del acreedor hipotecario en todo el proceso, no solo en lo referente a la necesidad de adherirse al CBP para la posible adopción de las medidas (art. 5), sino también, tras su adhesión, el acreedor hipotecario se encuentra facultado para rechazar motivadamente el plan de reestructuración propuesto por el deudor, decide sobre la reunificación o no de las deudas, puede rechazar las quitas (sin motivación), o se excluye la dación en pago en supuestos de ejecución hipotecaria en los que se hubiera realizado el anuncio de la subasta (Anexo 3. e). Hubiera sido deseable una regulación que tutelara más intensamente al deudor hipotecario consumidor que se encontrara en una situación de exclusión social, para lo cual hubiera sido preferible que las medidas tuvieran carácter imperativo y que el acreedor hipotecario no gozara de una posición tan preeminente, bien mediante la dotación de verdaderas funciones de intervención neutral en la negociación a la Comisión de Control del art. 6, u otorgando la facultad a los órganos jurisdiccionales civiles de imponer una reestructuración en supuestos de - siguiendo la terminología francesa- situación " irremediablemente comprometida ", o cuando no es irremediablemente comprometida, pero no es posible alcanzar un acuerdo entre el acreedor y deudor.

El supuesto de hecho objeto del presente litigio resulta ciertamente paradigmático: la entidad incumple la obligación de informar al cliente deudor que ha incumplido cuotas (art. 5.9 del RD-ley 6/2012 y pto. 4 del CBP contenido en el Anexo), no contesta motivadamente al plan de reestructuración remitido por el deudor en plazo (Anexo 1.b), tampoco presenta un plan de reestructuración propio aplicando las medidas incluidas en la letra b (periodo de carencia, ampliación del plazo, reducción de tipo de interés aplicable durante el periodo de carencia...), sino que se limitó a rechazar "motivadamente" la solicitud. A pesar de encontrarse en periodo de negociación con su cliente deudor, y poder ser de aplicación en el momento de la solicitud de la medida sustitutiva de dación en pago (Anexo 3.e), continuó con el procedimiento ejecutivo hasta la adjudicación del inmueble, quebrando de esta manera la posibilidad de reestructuración

o dación en pago, lo que, a todas luces, resulta contrario con los principios inspiradores del RD 6/12, en cuya Exposición de Motivos defiende la necesidad de dar una respuesta al sobreendeudamiento de los particulares junto con la protección del derecho a la vivienda. Finalmente, no declaró expresamente inviable el plan de reestructuración presentada, y no permitió la solicitud de deudor de las medidas complementarias de quita previstas en el Anexo 2.

En definitiva, si bien es cierto que jurídicamente no es posible la reestructuración en los términos interesados tanto por la carencia sobrevenida de objeto (adjudicación del inmueble en la ejecución hipotecaria a la propia entidad), como por la limitada intervención de los órganos jurisdiccionales contemplada en el RD 6/2012, esta Sala coincide con el juzgador de instancia al apreciar importantes incumplimientos de la entidad acreedora del CBP, los cuales podrán en su caso ser objeto de reclamación ante el Banco de España a los efectos del art. 6.6 del RD 6/2012 .”

Resulta loable la crítica realizada por el Tribunal, y la puesta en evidencia ante una situación donde se aprecia de forma manifiesta los incumplimientos y la mala actuación de la entidad prestamista. Aunque tenemos que precisar que no es del todo correcta su argumentación, especialmente en cuanto al rechazo de la reestructuración de forma “motivada”.

Como venimos repitiendo insistentemente, las medidas del Código —con excepción de la quita— son de aplicación obligatoria para la entidad⁴²³. Ese supuesto de rechazo motivado al que alude es un añadido que se produjo con la reforma de 2013, en el que se introdujo en el párrafo que trata la reestructuración que *“Sin perjuicio de lo anterior, el deudor podrá presentar en todo momento a la entidad una propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.”*

⁴²³ En el sistema francés que menciona, se prevé un sistema algo complejo con intervención de un organismo llamado la “Comisión de endeudamiento”, que intenta lograr un acuerdo entre las partes, y en su defecto interviene el juez. Sin embargo, en el caso español es más sencillo ya que, si la entidad se encuentra adherida y el deudor acredita reunir los requisitos del Código, sus medidas —que ya están prefijadas— se deben aplicar automáticamente desde ese mismo instante, sin intervención de más trámites ni de terceros. Ahora bien, los problemas surgen especialmente como estamos viendo cuando la entidad incumple sus obligaciones y además acude al procedimiento de ejecución hipotecaria, que es donde se pone de relieve los defectos del sistema.

Es decir, la ley imponía e impone la reestructuración por parte de la entidad con la aplicación conjunta de las medidas arriba expuestas. Pero “sin perjuicio de ello”, el deudor podría plantear un plan alternativo, que al salirse de lo dictado por el Código, necesita de la aceptación de la entidad, debiendo ser su rechazo motivado, pero esto en ningún caso va a suponer que, si no se acuerda este plan propuesto por el deudor, no sea de aplicación el propio plan que la ley prevé de forma obligatoria para las entidades, en el sentido ya expuesto, siendo esta obligatoriedad defendida por organismos como el Banco de España.

Falta de prueba en el procedimiento de los requisitos exigidos por el Real Decreto Ley

Unos de los principales escollos que impiden que prosperen las alegaciones el Código de Buenas Prácticas, es que los jueces y tribunales consideran que no se ha probado en el procedimiento que el deudor en cuestión pudiera acogerse a las medidas justificando los requisitos que exige la normativa.

Este motivo fue el que originó también la desestimación final por el Tribunal Supremo en el asunto anteriormente expuesto, al faltar la acreditación de uno de los deudores.

Dentro de un procedimiento de ejecución, el Auto de 17 de noviembre de 2016 de la AP de Barcelona (rec. 1108/2015), al margen de las dudas que suscita su valoración a través de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, igualmente considera que no se justifica ni se alega por parte del deudor que hubiera podido acogerse a las medidas del Código.

Igual desestimación se obtuvo en el procedimiento ordinario donde se pretendía la aplicación de la reestructuración de la deuda, o la indemnización de daños y perjuicios en su caso, siendo desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de abril de 2018 (rec. 993/2016), que a pesar de aportarse el informe del Banco de España que declaró que el banco incumplió el Código de Buenas Prácticas, entendía dicha audiencia que el Banco de España se limitó a indicar el defecto formal en la actuación por parte de la entidad, al no comunicar en tiempo los documentos que faltaban a la solicitud presentada, pero que en ningún momento en el procedimiento se ha acreditado que se cumplan con todos los requisitos, por lo que no procede la reestructuración de la deuda, ni la indemnización de daños y perjuicios, para lo que era necesario que acreditaran que en el momento de la solicitud cumplían con todos los requisitos que exige la normativa.

Cuestión distinta es la ocurrida con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de abril de 2017 (rec. 105/2015). En ella, se solicitaba la extinción de la deuda por dación en pago, en base al Código de Buenas Prácticas, y ello ante la negativa del banco tras haber recibido formalmente diversas peticiones de reestructuración, quita y dación, dando la entidad la llamada por respuesta. El juzgado entiende que no procede la dación solicitada, puesto que las medidas del Código son de aplicación sucesiva, sin que la no contestación de la entidad habilite a optar directamente por la dación ya que no justifica la inviabilidad de la reestructuración, como exige el Código, por lo que acaba desestimando la demanda e imponiendo las costas al actor. Sin embargo, la Audiencia Provincial, revoca el pronunciamiento respecto de las costas, puesto que entiende que la entidad operó de mala fe, y obligó al deudor a ejercitar las acciones judiciales, debiendo haber respondido en tiempo y forma a las solicitudes recibidas

Así, parece lógico que el juzgado no atienda a la petición de dación si no se dan los presupuestos permitidos por la ley para ello, pero sí que resulta acertada la posición de la Audiencia al no imponer las costas al demandante, y es que como bien argumenta, no se puede pretender que tal actuación reprochable de la entidad, que provoca que se pida judicialmente una medida del Código, conlleve que se impongan las costas al demandante por el hecho de que no corresponda en su caso particular aplicar una de las medidas del Código, correspondiendo a la entidad dar esta clase de respuestas y atenciones a los clientes, por lo que al menos parece correcto que abone sus propias costas.

Oposición a la ejecución

En otros casos se han descartado la valoración del incumplimiento de la entidad prestamista en el procedimiento de ejecución, alegando que las causas oposición están legalmente tasadas, sin que este hecho se encuentre entre dichas causas oponibles.

Así, por ejemplo, en el Auto de la AP de Barcelona de 23 de octubre de 2015 (rec. 307/2015) se argumenta por el Tribunal que a pesar de alegarse el incumplimiento del Código en el escrito de oposición, nada se dice en el suplico ni se contiene pedimento alguno al respecto, cuestión que sí realiza en apelación, pero entiende que no procede igualmente al no ser una causa de oposición permitida, sin que además tampoco se justificase seguir los pasos previstos en el Código para aplicar la dación.

Y en igual sentido se recoge también por el Auto de la AP de Córdoba de 7 de julio de 2017 (rec. 326/2017), quien argumenta que *“En este sentido tenemos el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 4 de diciembre de 2014 , Audiencia*

Provincial de Barcelona, sección 11º, de 23 de julio de 2015 y los autos de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de septiembre de 2014 , 5 de febrero de 2015 y 3 de marzo de 2015 en los que se indica que la inaplicación del Código de Buenas Prácticas no constituye motivo de oposición del artículo 695 de la ley de Enjuiciamiento , ni el incumplimiento de los deberes previstos en el Real Decreto Ley 6/12 de 9 de marzo (RCL 2012, 315) , constituye causa de oposición a la ejecución hipotecaria y por tanto, determinantes del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria.”⁴²⁴

Y termina justificando este hecho debido a que como se permite hasta el anuncio de la subasta la aplicación de medidas, entiende que los deudores aún pueden formular solicitud de reestructuración de su deuda si cumplen los requisitos, obviando la posible carencia sobrevenido del objeto como antes hemos expuesto, con la imposibilidad de obtener los derechos reconocidos en el Código.

2.- Consideraciones sobre el incumplimiento

Como se ha podido comprobar, el panorama judicial al respecto es algo descorazonador, ya que casi en todos los casos que hemos podido encontrar donde se alegase el incumplimiento del Código por parte de las entidades, han acabado resolviéndose en contra de los deudores. Bien es cierto que en muchos casos se pueda deber a defectos de la propia parte, bien en el modo de plantear la petición, o a la hora de acreditar correctamente que se cumplen los requisitos que exige el Código, pero aun así no tenemos que olvidar, tal y como hemos visto en estos casos, que lo que subyace detrás es un previo incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestamista, actuando en algunos casos con una mala fe manifiestamente evidente.

Cuando las entidades se adhieren a dicho Código, se comprometen a su cumplimiento. O como recoge el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones de 2017, “*se ha configurado como un código de voluntaria adscripción para las entidades acreedoras, que renuncian, para los específicos deudores y préstamos contemplados en la normativa, y no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general les confiere el ordenamiento.*”. Es decir, las propias entidades asumen las limitaciones y medidas que el Código impone, por lo que han de ser respetadas en todo caso.

Como resultado de la labor supervisora del Banco de España respecto al cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Bancarias, dicho organismo emite una

⁴²⁴ Esta falta de encaje en los motivos de oposición se repite también en el AAP Córdoba de 19 de diciembre de 2017 (rec. 473/2017), AAP Valencia de 16 de febrero de 2016 (rec. 1701/2015).

serie de medidas para las entidades, con el fin de dar respuesta a las deficiencias y debilidades más recurrentes. Dichas medidas más frecuentes se encuentran en la Memoria de reclamaciones del año 2017⁴²⁵, de las que señala actuaciones a desarrollar respecto de la obligación de información del 5.9, y de la aplicación de medidas del 5.4. Recogemos alguna de ellas por su interés, y relación con los problemas prácticos vistos en las sentencias y autos recogidos:

Respecto al deber de información del 5.9, establece que dicha información se hará de forma proactiva sin que necesite la iniciativa del deudor, siendo comunicada usando una terminología comprensible; asegurar que cuando se solicite la quita o dación sin previamente solicitar ni justificar la inviabilidad de la reestructuración —algo habitual—, la entidad no se limite a denegar esta medida, sino que informe de que estas medidas son de aplicación sucesiva y de la posibilidad de solicitar la medida previa de reestructuración; y responder en plazo y de forma motivada las solicitudes —especialmente en los casos de denegación—.

Y en cuanto al deber de aplicar las medidas del art. 5.4, recuerda su carácter imperativo; la necesidad de notificar y ofrecer el plan de reestructuración en el plazo de un mes desde la acreditación de los requisitos, informando de su viabilidad o inviabilidad, así como de las medidas sucesivas; y aplicándose desde esta acreditación los efectos de la reestructuración, y en todo caso, la limitación de los intereses moratorios.

-Incumplimiento del prestamista y ejecución de la hipoteca

Como hemos referido, uno de los principales problemas que se pueden observar es cómo el prestamista, obviando sus obligaciones de información, e incluso haciendo caso omiso de las solicitudes de los prestatarios, vencen anticipadamente el préstamo e inician un procedimiento de ejecución hipotecaria, con todo lo que ello puede conllevar.

Quizás lo más deseable en estos casos es que existiera una norma específica que estableciese que no se puede iniciar un procedimiento de ejecución sin acreditar haber informado previamente de forma correcta al prestatario sobre la existencia del Código de Buenas Prácticas y las medidas a las que puede acogerse. Aunque lo cierto es que, aun no existiendo norma que explícitamente refiera esta circunstancia, sí que es esto lo querido claramente por el legislador, por lo que debe imperar esta idea.

En efecto, el procedimiento de ejecución se debe iniciar en los casos en que haya un incumplimiento grave que dé lugar al vencimiento anticipado —en los términos del

⁴²⁵ Memoria de Reclamaciones del banco de España año 2017, páginas 327, 328 y 329

artículo 24 de la Ley 5/2019, o según lo pactado para los vencimientos anteriores a su entrada en vigor—, pero de una interpretación conjunta del ordenamiento, nada más se produzca el primer impago — incluso antes si por manifestación del deudor o por cualquier otro motivo tiene conocimiento de las dificultades de pago— el prestamista está obligado a informar de las medidas del Código para su puesta en marcha si se cumplen los requisitos. Si no se cumplen estos requisitos por parte del prestatario, o éste tiene una actitud nada colaborativa sin aportar ninguna documentación, ante los sucesivos incumplimientos, el prestamista podrá vencer anticipadamente el préstamo cuando se dé los requisitos necesarios.

Este es, y no otro, el curso lógico y legal del modo de proceder. Lo contrario supone un falseamiento del sistema, vaciar de contenido una normativa que está destinada a paliar una crisis social como recogía su exposición de motivos, vulnerar los derechos de las personas más desprotegidas, y abusar en el ejercicio de un derecho reconocido instando la ejecución.

Por eso, pudiera parecer lógico que los jueces, tal y como hemos recogido anteriormente, a la vista de estos hechos y cuando se pone de relieve el incumplimiento por parte del prestamista, no admitan el procedimiento de ejecución, al no estar ejercitándose de buena fe su derecho.

Otra posibilidad es llevar a cabo el procedimiento de ejecución, pero cuando se alegue el incumplimiento del Código por parte del deudor, o bien se suspenda el procedimiento de ejecución hasta que se verifique si se puede o no aplicar las medidas del Código, o bien se estime la ejecución, pero ordenando que la entidad se pronuncie sobre la posible aplicación de las medidas, o justifique su inaplicación.

Esto último es lo que se debatió en la Sentencia de la AP de Ourense de 28 de junio de 2018 (rec. 297/2017), en donde el juzgado de primera instancia, tras estimar en parte la ejecución, ordenó al ejecutante pronunciarse sobre la dación. La entidad recurrió en apelación este último extremo, y la Audiencia acabó revocando tal pronunciamiento, recurriendo una vez más a que las incidencias relacionadas con el RDL 2012 no estaban recogidas como motivo de oposición.

Como ya hemos manifestado, no compartimos ese rigorismo extremo en el desarrollo del procedimiento de ejecución. Y este caso expuesto es fiel reflejo de ello, en nada se perjudica al procedimiento de ejecución, que se tramita hasta su finalización, sólo que el juez planteó a la entidad que se pronunciase sobre la medida solicitada, puesto que es obligación de la entidad pronunciarse sobre tal extremo. En caso de no ser aplicable, simplemente se llevaría a cabo la ejecución conforme a sentencia sin mayor

inconveniente, pero en caso contrario, se debe cumplir con la medida del Código, puesto que eso es lo que ha querido el legislador.

Y es que no se puede pretender alegar el incumplimiento del deudor, cuando ha sido provocado tal situación por la actitud del prestamista, ya que éste podía y debía haberlo evitado con una actuación diligente. Ya que, si tan pronto como comienzan las dificultades de pago reciben esta información, y se cumplen los requisitos, automáticamente se debería de aplicar la reestructuración, que conllevaría evitar los incumplimientos de pago, y en caso de ser aun así inviable, la quita o dación, lo que en todo caso supone evitar la situación de impago permanente del deudor.

Igual planteamiento, y con mayor motivo, cabe respecto a la resolución por vía del artículo 1124 Cc como hemos visto, donde sería perfectamente alegable tal incumplimiento de la entidad, que impediría acudir a resolver el contrato.

Aunque es cierto que habría que distinguir aquellos casos en que se incumple los deberes del Real Decreto siéndole aplicables, de aquellos casos en que, aun incumpliendo el deber de información, las medidas no serían aplicables por no cumplirse los requisitos que establece dicha normativa.

Así, habría que distinguir diferentes supuestos.

-Si nos encontramos ante un procedimiento declarativo iniciado por el deudor para que el prestamista le aplique las medidas, debe ser dicho deudor quien acredite que cumple los requisitos que marca el Real Decreto, puesto que es el fundamento de su petición, por lo que, no acreditando tales extremos, no se podría hacer valer sus pretensiones.

-Si nos encontramos ante un procedimiento declarativo de resolución iniciado por el prestamista, el incumplimiento de éste del deber de información y aplicación de las medidas puede servir para desvirtuar las pretensiones del acreedor. Si el deudor acredita que cumple los requisitos para que se le aplique alguna de las medidas, debería conllevar la desestimación de la resolución —con la consiguiente aplicación de las medidas, que se habrán solicitado por medio de la reconvención—. La mera oposición del deudor de que el prestamista no informó del CBP, sin acreditar nada más allá, entendemos que no debería ser suficiente para decidir la cuestión, debiendo el juez requerir a las partes sobre si se cumplen o no los requisitos, para inclinar la balanza hacia un lado u otro. Y estas facilidades se le otorgarían al deudor en dicho procedimiento ya que es la parte débil que puede verse seriamente perjudicada, y al encontrarnos ante un incumplimiento de una obligación del prestamista, por lo que se debe ser garantista y protector con el consumidor.

-En los supuestos en que nos encontremos ante una ejecución hipotecaria, más allá del motivo de oposición por el que se examine la cuestión, que trataremos a continuación, la solución debería ser parecida al anterior. Si se acreditan los requisitos, debería conllevar el sobreseimiento de la ejecución, y ante la mera alegación de incumplimiento del prestamista, el juez debería de solicitar a las partes la información necesaria o suspender el procedimiento mientras se dilucida si se cumplen o no los requisitos del Real Decreto. Y todo ello teniendo en cuenta que, aunque el procedimiento de ejecución sea un procedimiento beneficioso para el prestamista, no se puede permitir absoluta libertad a éste una vez puesto de manifiesto el incumplimiento de sus obligaciones, teniendo especial relevancia los graves efectos que supone llevar a cabo la ejecución sin contemplar estas cuestiones, ya que el resultado puede ser irreversible.

-Causas de oposición tasadas

Efectivamente, como sabemos, no existe causa de oposición prevista legalmente por la que se pueda amparar los incumplimientos del prestamista respecto al Código de Buenas Prácticas.

Algunos jueces han tratado la cuestión aprovechando que se valoraba la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que entran a valorar el correcto “ejercicio” de dicha cláusula de vencimiento. Aunque es cierto que a través de este método se pone en conocimiento la mala praxis de la entidad en la aplicación de dicha cláusula, no es lo técnicamente correcto, ya que la abusividad de las cláusulas se valoran en el momento de su celebración, tal y como tiene fijado el TJUE, sin que quepa —por desgracia— entrar a analizar las “prácticas abusivas” en que incurrir las entidades, como ya hemos advertido.

Además, teniendo en cuenta la nueva reforma de la Ley 5/2019 que impone a todos los préstamos el vencimiento anticipado conforme a esa ley, no va a caber la posibilidad de alegar la nulidad por abusividad de la cláusula alguna por vencimiento anticipado ni oponerse por dicho motivo.

Asimismo, como motivo de oposición concreto de los previsto en la ley, podría intentarse con cierta analogía el motivo de oposición basado error en la cuantía exigible del art. 695.1.2º, aunque legalmente va referido a los supuestos en que “la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado”,

es decir, vinculado a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito⁴²⁶. No obstante, aunque así se pretendiese usar dicho motivo —a pesar de la complejidad de admisión de un supuesto no previsto específicamente—, la LEC señala que no suspende la ejecución, aunque, en todo caso, se podría solicitar el sobreseimiento a través de las interpretaciones judiciales por las que proceden a ello en los casos de inexigibilidad e iliquidez de la deuda con amparo en las ya mencionadas STS de 24 de noviembre de 2014 y la STC de 2 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012), como igualmente veremos con posterioridad. En este caso, sería alegar la improcedencia de los intereses moratorios —en caso de que fueran superiores a los marcados por el RDL—, así como por la inexigibilidad de la totalidad del préstamo, por todos los motivos expresados.

Por todo ello, a pesar de no ser un motivo de oposición recogido de forma expresa por la LEC, no por eso debe entenderse que no se deba tener en cuenta el incumplimiento del Código por parte del prestamista. Como hemos expuesto, los impagos del prestatario que origina la exigibilidad de la deuda derivan del incumplimiento del prestamista por no informar y aplicar las medidas previstas en el CBP —en aquellos supuestos donde se cumplan con los requisitos—, por lo que es la actitud de la entidad la que ha originado la situación final del deudor, ya que, de haber informado y aplicado las medidas, tal situación con total seguridad no se habría producido en los mismos términos.

Y tal y como expone el Tribunal Constitucional, ningún sentido tiene acudir al declarativo mientras la entidad inicia o continúa con el ejecutivo —sin perjuicio de intentar solicitar la suspensión de dicho procedimiento—, ya que la prosecución de éste frustraría la finalidad del declarativo. Como hemos venido exponiendo, iniciar un ejecutivo sin informar del Código o haciendo caso omiso a las solicitudes del prestatario supone un ejercicio abusivo de su derecho, una actuación totalmente contraria a la buena fe, al encontrarnos además con una serie de medidas que expresamente están destinadas a evitar la ejecución hipotecaria, por lo que ningún sentido tendría que no se pudiese de algún modo controlar o impedir la ejecución en estos casos.

⁴²⁶ Ya planteó DOMÍNGUEZ LUELMO la necesidad de que “*De lege ferenda parece aconsejable ampliar la causa de oposición al error en la determinación de la cantidad exigible en todo caso, y no sólo en los supuestos regulados en el art. 153 LH de hipoteca en garantía de cuantía corriente de crédito*”. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N.º. 5, 2013.

-Responsabilidad por daños y perjuicios

Además, la entidad puede ser responsable de todos los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento. Así, si ha perdido el préstamo y se ha visto despojado de la vivienda por la ejecución realizada, cuando realmente podía haberse acogido a las medidas del Código, la entidad debería indemnizar de todos estos daños causados al prestatario, aunque todo sea dicho, no sería una cuestión de fácil cuantificación.

Este derecho a ser indemnizado es el reconocido por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2019 (rec. 607/2017) antes mencionada, donde tras el rechazo injustificado de la entidad de aplicar las medidas del Código, se solicitó judicialmente la aplicación de estas medidas, sin que se estimase inicialmente la demanda al haberse producido la aprobación de la adjudicación de la vivienda, considerando en este caso el TS que:

“Ejercitada esta acción judicial a tiempo (antes de que se hubiera consumado la ejecución de la garantía y los prestatarios hubieran perdido la vivienda hipotecada), su prosperabilidad no puede quedar supeditada a que el banco no consume la realización de la garantía. La posterior ejecución hipotecaria no impide que el procedimiento judicial continúe adelante, sin perjuicio de que, en caso de estimación de la demanda, ante la imposibilidad de dar cumplimiento in natura a la condena de hacer (otorgar la reestructuración de la deuda reclamada), haya que optar por el cumplimiento por equivalencia (la indemnización de los daños y perjuicios sufridos).”

Confirma así esta Sentencia que no por el hecho de que la entidad siga adelante con la ejecución se va a librar de cumplir con sus obligaciones legales. Incluso aunque, a diferencia de este caso tratado por el TS, no se haya iniciado un procedimiento judicial a tiempo para aplicar la reestructuración o cualquier otra medida del Código, igualmente entendemos que debe prosperar la petición judicial de indemnizar los daños y perjuicios causados una vez que el prestamista rechazó la aplicación del Código infundadamente, o incluso cuando no cumplió con su deber de informar a tiempo al prestatario, si estos podían haberse acogido a dichas medidas.

Y es que debemos tener en consideración que el incumplimiento del deber de información puede tener graves consecuencias para el prestatario, pudiendo perder los derechos que el Código les atribuye. Esto se debe a que el Real Decreto exige para acreditar encontrarse en el umbral de exclusión en su artículo 3, que en los cuatro años anteriores a la solicitud se hayan producido una alteración significativa de las circunstancias económicas, o que durante ese período hayan sobrevenido circunstancias

familiares de especial vulnerabilidad —además de otras particularidades que señala el precepto—. Por lo que si se aplica en sentido estricto dicho precepto, que es la interpretación que da la Comisión de Control⁴²⁷, puede ocurrir que por negligencia de la entidad, o por simple malicia en su conocimiento, deje transcurrir una serie de años sin informar de estas medidas, de forma que si se presenta finalmente la solicitud, y la alteración de las circunstancias económicas se han producido con anterioridad a esos 4 años, perdería así el derecho a acogerse a estas medidas. Consideramos que, en estos supuestos, si se debe por la actitud del prestamista, debería estar obligada a hacerse responsable de los daños y perjuicios que se deriven, como podría ser o bien admitir la aplicación de estas medidas en todo caso, o la imposibilidad de dar por vencida la deuda, ya que por su negligencia no se puso remedio a tal situación de impago, pudiendo evitarse.

Aun así, entendemos que ese plazo de cuatro años hay que entenderlo de manera relativa. Una manera de evitar lo anterior sería valorar que este cambio de circunstancias se produjese en el plazo de cuatro años desde que se manifestó las dificultades económicas o el primer impago, de forma que se acredite la “causa” sobrevenida de ese cambio de circunstancias, y así no se hace depender de la fecha de solicitud formal, que como vemos, puede dilatarse en el tiempo por diferentes motivos.

Además, si nos fijamos en la exposición de motivos del Real Decreto, comienza fijando que *“España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años”*, plazo que coincide curiosamente con el otorgado para verificar el cambio de circunstancias, por lo que posiblemente lo querido por el legislador —sobre todo si tenemos en cuenta que dicha normativa se creó para los préstamos vigentes en ese momento— es que la crisis sufrida por el país haya afectado a sus circunstancias económicas, de forma que debido a ella se haya empeorado su situación, por lo que hoy día, habiendo transcurrido 7 años desde su publicación, habría que entender de un modo relativo tal requisito temporal.

No obstante, fuera como fuese, entendemos que bajo ningún concepto este riesgo puede hacerse recaer sobre el prestatario, cuando no se le ha informado debidamente de sus derechos por un incumplimiento del prestamista, por lo que ésta debe responder de todos los perjuicios que por ello se causen.

⁴²⁷ En el Compendio de Consultas a esta Comisión de control, consta: “17. El artículo 3.1 apartado b) establece que “en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud...”. Se alberga la duda de que mantener en el año 2015 dicho requisito tenga base objetiva. Pudiera ser que determinadas familias no hayan solicitado antes la aplicación del CBP por distintos motivos y que ahora se esté penalizando el no haberlo hecho”, a lo que respondió que *“La Comisión considera que se debe estar a la literalidad de la norma que se refiere expresamente a los cuatro años anteriores a la solicitud.”*

Además, hay que tener en cuenta que las medidas del Código se deben aplicar desde el momento en que se acredita encontrarse dentro de los supuestos que marca la normativa, por lo que todos los daños y perjuicios que se deriven con posterioridad al momento en que la entidad debía informar al prestatario —siendo por tanto el momento en que el prestatario podía solicitar en consecuencia las medidas—, deberían ser de su cuenta y riesgo. Así, piénsese cómo desde el momento en que se acrediten dichas circunstancias los intereses moratorios deben ser, como máximo, los remuneratorios pactados más dos puntos, obligación legal impuesta por el artículo 4 del Real Decreto, por lo que todos los intereses moratorios que se hayan devengado superiores a esto —además de su posible abusividad— serían responsabilidad del prestamista, y debía soportarlo este.

Y en igual sentido, ser responsable de todos los perjuicios que se causa por la no aplicación desde ese momento de la medida que correspondiese ya que, como efectivamente recoge el Banco de España en su memoria de reclamaciones, *“ante situaciones de dificultad sobrevenida para el pago de la deuda hipotecaria, resulta de suma importancia su detección y solución temprana. Una política activa por parte de las entidades frente al deudor en situación de crisis puede minorar el riesgo de incumplimiento, evitando que se genere una deuda hipotecaria —capital impagado, intereses de demora, costas y gastos— que dificulte su reestructuración, que es la medida fundamental perseguida por la norma.”*

Por lo que desde que tuvo conocimiento de la situación de dificultad de pagos, hasta que efectivamente informó conforme a sus obligaciones, debe acarrear la entidad con los riesgos que haya asumido y los perjuicios que haya ocasionado.

III.- LA "EXCEPTIO NON (RITE) ADIMPLETI CONTRACTUS" EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Sumario: a.- INTRODUCCIÓN. B.- LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. B.1.-Definición y tipologías, B.2.-Regulación de la excepción. C.- REQUISITOS DE LA EXCEPTIO: ANÁLISIS EN EL PRESENTE CASO. C.1.-Obligación bilateral. C.2.- Incumplimiento afecte a una obligación principal. C.2.1.- Obligación principal desde la perspectiva de la Directiva 93/13. C.2.2.- Obligación accesoria esencial. C.3.- Trascendencia del incumplimiento. C.3.1.- Incidencia en las partes del contrato. C.3.2.- Diferencia del incumplimiento resolutorio. C.4.-Consencuencia: No devengo de intereses moratorios. D) EL USO DE LA EXCEPTIO EN OTRAS OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA. E.- EXCEPTIO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

A) INTRODUCCIÓN:

Como se puede comprobar, desde diferentes ámbitos se fortalece el carácter tuitivo hacia los prestatarios y consumidores, encontrándonos en estos últimos años, como se ha expuesto, con nuevas normativas en defensa y protección de los mismos, y de cómo por parte de los órganos judiciales se ha llegado a la consideración de abusivas de muchas de las cláusulas que suelen estar incorporadas a este tipo de operaciones.

Junto a todo ello, nos planteamos la posibilidad de utilizar un mecanismo de protección para el prestatario, consumidor y no consumidor, que se encuentra reconocido tradicionalmente en nuestro ordenamiento en materia contractual, especialmente en los contratos de obras y servicios: se trata de la excepción de contrato no cumplido, o contrato no cumplido adecuadamente (*exceptio non adimpleti contractus*, y *exceptio non rite adimpleti contractus*).

Nos basaremos su posible aplicación en aquellos supuestos que tienen lugar cuando, por parte del prestamista, se aplica un tipo de interés al prestatario que resulta ser superior al que contractualmente corresponde, pudiendo esto deberse a una serie de situaciones diversas, como pueden ser:

-Mantener la aplicación del mismo tipo de interés originalmente pactado, a pesar de haberse concertado un ulterior pacto novatorio donde el nuevo tipo de interés es menor.

-Aplicar el tipo de interés recogido en la escritura, pero sin la reducción de dicho interés por las bonificaciones pactadas y concurrentes, por tener diversos productos contratados con la entidad prestamista, como pueden ser, entre otros, seguros diversos —vida, hogar...—, domiciliación de nóminas, o tarjetas.

-Aplicación de una cláusula suelo superior a la establecida en la escritura de préstamo —por ejemplo, se tiene pactado un tipo mínimo del 2,5%, pero se aplica un mínimo del 4%—.

-Aplicación de una cláusula suelo que no aparece recogida en la escritura de préstamo, por haberse fijado un interés variable sin tipo mínimo.

Parece evidente cómo estos casos suponen un incumplimiento manifiesto de las obligaciones del prestamista, que debe respetar las condiciones pactadas en el préstamo, afectando a un elemento principal como es el precio, tal y como se ha examinado, y siendo dicha entidad la encargada de informar y llevar a cabo las sucesivas revisiones y cobro de las cuotas del préstamo hipotecario.

Esto genera además una situación de indefensión para el prestatario, que viéndose perjudicado continuamente mediante el cobro de un precio superior al debido, se encuentra imposibilitado de hecho para poder corregir esta situación a menos que la entidad prestamista acceda a corregirla, o se proceda a iniciar un procedimiento judicial reclamando la aplicación de lo pactado. Ante tal escenario de inferioridad que suele existir entre las partes, y el abuso de la posición dominante del prestamista que insiste en no cumplir correctamente con lo pactado, sería posible plantearse, sin necesidad de acudir a la vía judicial, la suspensión del pago por parte del prestatario hasta que la entidad corrigiese la situación, conforme a la citada *exceptio non(rite) adimpleti contractus*, pudiendo ser un medio eficaz de protección del deudor prestatario, así como un mecanismo coactivo para forzar el cumplimiento adecuado del contrato.

B) LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS.

B.1 Definición y tipologías

Antes de comenzar sobre su aplicabilidad al supuesto mencionado, tenemos que hacer un breve análisis sobre dicha excepción, para conocer sus fundamentos y categorías, con la finalidad de valorar posteriormente el correcto encaje del incumplimiento del prestamista, y sus posibles consecuencias.

Dicha excepción supone la facultad de una de las partes de suspender el cumplimiento de su prestación, mientras la otra parte no cumpla correctamente con la que le corresponde. El fundamento, como señala CRUZ MORENO⁴²⁸, lo encontramos en **razones de equidad y buena fe**, dado que se pretende mantener el equilibrio de la relación recíproca, siendo además un medio indirecto de presión al cumplimiento, ya que resulta contrario a dicha equidad que un contratante que no cumple exija el cumplimiento a la otra, de modo que de lograr este propósito se habría conseguido desequilibrar la relación.

Hay que señalar que nos podemos encontrar ante dos modalidades distintas en esta excepción, la "*exceptio non adimpleti contractus*" —excepción de contrato no cumplido—, y la "*exceptio non rite adimpleti contractus*" —excepción de contrato no cumplido adecuadamente—, figuras que los órganos judiciales no han definido siempre con claridad de criterios, encontrándonos con definiciones y efectos diversos.

⁴²⁸ CRUZ MORENO, MARÍA. *La exceptio non adimpleti contractus*. Edición tirant lo blanch "colección privado". Valencia 2004.

En cuanto a la definición, se puede considerar que la "*exceptio non adimpleti contractus*" tiene lugar cuando no se ha realizado nada de la prestación debida, existiendo un incumplimiento total de la prestación, mientras que la "*exceptio non rite adimpleti contractus*" existe cuando realizada la prestación correspondiente, ésta es incompleta, inadecuada o defectuosa.

Dicha distinción terminológica tiene trascendencia a la hora de determinar los efectos de cada excepción, siendo necesaria con el fin de encajar el supuesto a tratar en este trabajo. A pesar de cierta contradicción y vaivenes en la jurisprudencia en la determinación de ambas figuras⁴²⁹, lo cierto es que con independencia del nombre que se le atribuya al incumplimiento —ya sea la "*exceptio non adimpleti contractus*" o "*non rite adimpleti contractus*"—, parece claro que siguiendo toda esta jurisprudencia, se está de acuerdo en que **un cumplimiento defectuoso o inadecuado, si tiene suficiente entidad o trascendencia, legitimaría para suspender provisionalmente la prestación debida.**

A nuestro parecer, por la propia naturaleza y terminología de esta excepción con sus dos variantes, entendemos más acertada la denominación de "*exceptio non adimpleti contractus*" cuando hay pleno incumplimiento, y la de "*exceptio non rite adimpleti contractus*" cuando se ha realizado la prestación, pero la misma es defectuosa, teniendo en ambos casos la virtualidad de poder suspender provisionalmente la pretensión reclamada, siempre y cuando en el caso del cumplimiento defectuoso sea éste de cierta entidad, que como se examinará, no debemos confundir con una entidad resolutoria, sino que tenemos que basarnos para ello en la protección del principio de buena fe y equidad⁴³⁰.

De este modo, nos parece muy acertada la argumentación recogida por numerosas sentencias de Audiencia Provinciales⁴³¹, de la que dejamos constancia a

⁴²⁹ Del modo expuesto lo ha entendido tradicionalmente el Tribunal Supremo (STS 27/03/1991) distinguiendo las modalidades referidas según sea el "*contrato no cumplido*", o "*no cumplido adecuadamente en -cantidad, calidad, manera o tiempo-*". Sin embargo, también nos encontramos con sentencias del TS en que se distingue entre una figura y otra según el grado de gravedad del incumplimiento (STS 20/12/2006), reconociéndose sólo la suspensión ante el incumplimiento grave, identificándolo con la *exceptio non adimpleti contractus*: "*Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas exceptio non adimpleti y exceptio non rite adimpleti contractus*".

⁴³⁰ Estos principios aparecen reconocidos de manera expresa en la STS 14 de julio de 2003 (rec. 3673/1997).

⁴³¹ Entre otras: SAP Ciudad Real 27 de febrero de 2017 (rec. 246/2016); SAP León 11 de noviembre de 2016 (rec. 360/2016); SAP Madrid 09 de diciembre de 2015 (rec. 105/2015); SAP Cantabria 25 de junio de 2015 (rec. 408/2013).

continuación por su claridad:

"La excepción de cumplimiento inadecuado o de contrato no cumplido regularmente ("exceptio non rite adimpleti contractus") constituye, como se ha visto, una variante de la excepción general de incumplimiento contractual (exceptio non adimpleti contractus), con idéntica apoyatura legal, por la que "cuando el demandante sólo ha cumplido la prestación a su cargo parcialmente o de manera defectuosa, el demandado puede rehusar su propia prestación hasta que la primera haya sido cumplida totalmente o ejecutada de forma rigurosa, rectificando de modo pertinente los defectos que la prestación presentaba". En principio, de la variante "non rite..." no se derivan consecuencias sustantivas y procesales distintas de las que determina la excepción general. En una y otra, la ejecución de la prestación reclamada al demandado queda en suspenso, diferida o condicionada a la total y exacta realización simultánea por parte del actor de la prestación que correlativamente le incumbe. La diferencia entre ambas excepciones radica en sus presupuestos, pues, mientras la exceptio non adimpleti contractus supone que el actor no ha cumplido ni ofrecido su prestación, la non rite adimpleti contractus supone que la ha realizado, pero inexactamente, de manera parcial o defectuosa. La identidad de efectos y diversidad de presupuestos aparece clara en la Sentencia de 19.11.1994 (EDJ1994/9013), cuando señala, en relación al arrendamiento de obra que "el dueño o comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no le pone la obra a su disposición (exceptio non adimpleti contractus), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (exceptio non rite adimpleti contractus)"."

Por ello, resulta perfectamente admisible el supuesto de la *exceptio non rite adimpleti contractus* para evitar el pago de la prestación debida, mientras la contraparte no ejercita la suya correctamente. Si bien, dicho incumplimiento debe tener trascendencia para amparar la suspensión al amparo del equilibrio contractual, ya que, en caso contrario, la jurisprudencia se decanta por la simple reparación, reducción del precio, o compensación debida, sin que se admita la suspensión de la prestación por la otra parte⁴³².

⁴³² Así por ejemplo lo recoge la STS 08/06/1996.

B.2.-Regulación de la excepción

La existencia de esta excepción la encontramos en la práctica judicial así como en la doctrina, sin que tengamos ninguna norma que habilite expresamente a esta excepción, extrayéndose la misma a través de diversos preceptos del Código Civil.

Así, el Tribunal Supremo **entiende implícita la existencia de dicha excepción a través de los artículos 1100, 1124, 1154, 1157, 1466, y 1500 del Código Civil, recogiendo los principios de respeto a la palabra dada, buena fe, y en el mantenimiento del equilibrio de la relación jurídica**⁴³³.

Esta falta de regulación legal hace que tengamos que partir de los principios inspiradores de la legislación, y de la interpretación que ha realizado la jurisprudencia, a la hora de determinar y apreciar los requisitos a concurrir para poder alegar dicha excepción.

En el derecho italiano sí aparece expresamente recogido en el Codice Civile, en su artículo 1460, donde se establece que, en los contratos con prestaciones recíprocas, cada uno de los contratantes puede negarse a cumplir su obligación si el otro no cumple o no ofrece cumplir simultáneamente la suya, a menos que las partes hayan establecido términos diferentes para el cumplimiento o resulten en por la naturaleza del contrato, estableciéndose que no procede dicha suspensión si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa es contraria a la buena fe⁴³⁴. Así, no se hace referencia a la esencialidad de la obligación, usando como límite el criterio de la “buena fe”.

Igualmente, a nivel europeo, sí que podemos encontrar ciertos Proyectos y Propuestas que recogen esta figura, aunque referidos a supuestos aplicables distintos al que estamos examinando⁴³⁵. Entre ellos, y algo más desarrollada, se recoge en la

⁴³³ SSTs 27 de marzo de 1991, y 17 de noviembre de 2004 (rec. 3042/1998).

⁴³⁴ Art. 1460 Cc Italiano: *Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario all'buona fede.*

⁴³⁵ Así, podemos encontrarnos con la Propuesta de modificación del año 1998 sobre la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, donde sí recogió esta previsión en su artículo 4: *«si el vendedor y el consumidor acordaren el pago a plazos, se podrá suspender el pago de los plazos hasta que se haya subsanado la falta de conformidad denunciada»*, aunque tal previsión no se incorporó al texto definitivo.

Propuesta de Reglamento Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)), cuyo conocimiento puede resultar de utilidad a la hora de proceder a la interpretación o aplicación de esta excepción y su facultad suspensiva. Así, se recoge en dicha Propuesta:

Artículo 106 Enumeración de los remedios del comprador

1. Si el vendedor no cumple una obligación, el comprador podrá ejercer alguno de los siguientes remedios:

(b) dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones conforme a la sección 4 del presente capítulo;

Recogiendo la citada Sección:

Artículo 113 Derecho a suspender el cumplimiento

1. El comprador que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que el vendedor, o después de este, tendrá derecho a dejar en suspenso la ejecución de su prestación hasta que el vendedor haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente.

2. El comprador que deba cumplir su obligación antes que el vendedor y crea razonablemente que el vendedor no cumplirá su obligación cuando esta venza, podrá suspender el cumplimiento de la obligación mientras, razonablemente, siga creyéndolo.

3. En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento. Cuando las obligaciones del vendedor deban cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo, el comprador solo podrá suspender el cumplimiento en relación con la parte que no se haya cumplido, a menos que el incumplimiento del vendedor sea tal que justifique la suspensión total del cumplimiento del comprador.

Sí que se vuelve a recoger dicha facultad en la *Propuesta de Directiva Del Parlamento Europeo Y Del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes COM/2015/0635 final - 2015/0288 (COD)*:

Art.9.- Formas de saneamiento del consumidor por la falta de conformidad con el contrato:

4. El consumidor tendrá derecho a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad con el contrato.

Y de igual modo se recoge a favor del vendedor en el art. 131.1.b, y para ambas partes en las obligaciones referentes a prestación de servicios vinculados con la compraventa en los art. 155 y 157.

Se puede apreciar cómo faculta la suspensión ante cualquier clase de incumplimiento, sin exigir ningún tipo de gravedad, ni que sea dicho incumplimiento "esencial", requisito que sí se exige en la misma normativa para la facultad de resolver el contrato en el artículo 114. A su vez, en el art. 87 define lo que se considera "incumplimiento" e "incumplimiento esencial", hallándose en la primera categoría — que es la que faculta la suspensión— todo supuesto de falta de conformidad de lo ejecutado con el contrato.⁴³⁶

Aunque sí que hay que tener en cuenta que a pesar de no requerirse gravedad o entidad alguna al incumplimiento, el apartado tercero del art. 113 recogido anteriormente sí que hace referencia a una adecuada proporcionalidad entre la suspensión y dicho incumplimiento, al expresar que *"podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento en la medida justificada por el incumplimiento"*, por lo que con este requisito se persigue un uso correcto de esta facultad de suspensión, evitando así el uso abuso, y procurando la sujeción a la buena fe.

Igualmente, este instrumento aparece recogido en los *"Principios de Derecho Europeo de los Contratos"*, preparado por la Comisión e Derecho europeo de los contratos y presidida por el profesor Ole Rando, en el artículo 9:201 *"Derecho a*

⁴³⁶ Artículo 87 Incumplimiento e incumplimiento esencial

1. Constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada, en particular:

- (a) la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega;
- (b) el no suministro de los contenidos digitales o los retrasos en su suministro;
- (c) la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato;
- (d) el suministro de contenidos digitales que no sean conformes con el contrato;
- (e) el impago o la demora en el pago del precio; y
- (f) cualquier otro presunto cumplimiento que no sea conforme al contrato.

2. Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si:

- (a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o
- (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora.

suspender la ejecución de la prestación. (1) La parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. (2) Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma.

Se hace aquí alusión a la "razonabilidad" a la hora de la suspensión parcial o total de la prestación, que podemos relacionarlo con la buena fe y la equidad en el ejercicio de este derecho, que será analizado según las circunstancias concurrentes del caso concreto.

Y siguiendo la estela de estos principios europeos, nos encontramos en España con la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, en donde de manera similar regula esta excepción en el artículo 1191: *"En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento."*

En este caso, sí que establece expresamente el requisito de la buena fe como límite al ejercicio de este instrumento. Parece claro así que este requisito de la buena fe, que de una manera u otra aparece reiterado, es el límite que existe y debemos tener en cuenta a la hora del ejercicio de esta *exceptio*, como se examinará más adelante.

C) REQUISITOS DE LA EXCEPTIO: ANÁLISIS EN EL PRESENTE CASO.

Estos supuestos en donde el prestamista aplica un tipo de interés superior, lo entenderemos como un cumplimiento inadecuado o defectuoso, que según la *"exceptio non rite adimpleti contractus"*, permitiría la suspensión de la prestación. Para ello, se analizará en este epígrafe los requisitos necesarios para aplicar esta figura.

C.1. Obligación bilateral

El primer problema que abordar que nos encontraríamos en la aplicación de la *exceptio* al préstamo hipotecario es si debemos considerar al contrato de préstamo hipotecario como unilateral o bilateral, ya que esta excepción en principio únicamente se aplica a los contratos bilaterales, en donde existen obligaciones para ambas partes⁴³⁷.

Ya se expuso, al comienzo de este trabajo, las consideraciones que han llevado a la doctrina y jurisprudencia más reciente a considerar el contrato de préstamo como bilateral. En este supuesto, nos encontramos con un contrato donde una entidad bancaria presta una determinada cantidad de dinero a cambio de su restitución por parte del prestatario, con un determinado tipo de interés, que podríamos considerar el "precio" o contraprestación de la operación.

Durante la persistencia del contrato de préstamo, y **en lo que respecta al cumplimiento del tipo de interés pactado**, por la naturaleza de esta contratación y de las particularidades de su ejecución a lo largo de la vida del préstamo, en el sentido ya indicado con anterioridad, se establecen además una serie de obligaciones que la entidad prestamista tiene que llevar a cabo durante el desarrollo del mismo en la gestión del cobro, por formar parte de su funcionamiento, y ostentar la facilidad de medios en su desenvolvimiento. Así, y especialmente en los supuestos de interés variable, **incumbe también al prestamista:**

-La fijación del tipo de interés referencial pertenecientes a cada periodo de revisión según las condiciones pactadas.

-El cálculo del importe de las cuotas a pagar, determinando el tipo de interés aplicable según lo pactado.

-La comunicación al prestatario de las revisiones del tipo de interés, así como de la cuota resultante.

-El cobro de las cuotas al prestatario en la cuenta que tenga domiciliada el préstamo.

Todo ello resulta determinante a la hora de configurar la importancia del incumplimiento que estamos tratando. No nos encontramos ante un supuesto en donde una parte presta un servicio, y la otra paga según lo acordado, sino que **dicho pago lo**

⁴³⁷ Entiende CRUZ MORENO “La *exceptio non...*”(op.cit.) que este requisito de la bilateralidad debe entenderse en un sentido amplio, abarcando no sólo los sinalagmas perfectos, sino también los supuestos donde existe correlación o conexión entre las obligaciones.

articula el prestamista, quien se encarga de toda la gestión de revisión y cobro de las cuotas.

Por lo que resulta obvio que **el comportamiento del prestamista afecta de manera inescindible a la obligación de pago por parte del prestatario, afectando a lo que sería su obligación principal en este contrato de préstamo**, como se examinará a continuación.

Esta afectación al pago es lo que provoca que cuando el prestamista incumple el tipo de interés pactado, aplicando uno superior, encarece así la prestación del prestatario, provocándole un claro perjuicio que le podría habilitar por su trascendencia la suspensión de la prestación de pago. Parece lógico que un mero defecto o ausencia del deber de información acerca del tipo de interés aplicado, más allá del derecho del consumidor a exigir que se le facilite correctamente dicha información, no daría derecho a ejercer esta suspensión, pero sí en aquellos casos en que se constate que la entidad bancaria está incumpliendo lo pactado aumentando el tipo de interés, con el consiguiente gravamen y perjuicio que le causa al prestatario.

C.2 Incumplimiento afecte a una obligación principal.

La jurisprudencia ha exigido que se incumpla una obligación principal o básica, sin que baste el incumplimiento de una obligación accesorio o complementaria⁴³⁸, aunque como veremos, esta consideración puede ser matizada.

C.2.1: Obligación principal desde la perspectiva de la Directiva 93/13.

Así, respecto a qué se considera "obligación principal", aunque a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el TJUE ha ido definiendo este concepto, que podemos usarlo a modo orientativo en lo que nos ocupa, y relacionar los conceptos de obligación principal con objeto principal. Así, dicho Tribunal forma una **concepción de obligación principal relacionándolo con las prestaciones esenciales** del contrato de préstamo hipotecario⁴³⁹, haciendo en la STJUE de 20 de septiembre de

⁴³⁸ Así recoge la STS 26 de febrero de 2013 (rec. 1082/2010).

⁴³⁹ Establece la STJUE de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/13:

"49 En cambio, teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan.

2017 (asunto C-186/16) alusión en dicha definición al **pago de los intereses como integrante de la obligación principal del prestatario**⁴⁴⁰.

Esta obligación del pago de los intereses como "precio" o prestación principal, igualmente la encontramos con mayor claridad en la jurisprudencia nacional, donde además de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo mencionadas, podemos citar la Sentencia de 24 de enero de 2018, donde al tratar una cláusula suelo, menciona que se trata de un "*elemento definitorio del objeto principal (afectaba al precio del préstamo)*", así como en sentencias de Audiencias Provinciales⁴⁴¹.

Igualmente, con motivo del análisis de la cláusula suelo, en la mencionada Sentencia de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012) se realiza un análisis de qué se consideraría objeto principal del contrato, ofreciendo varias teorías posibles:

50 En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

51 Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista."

⁴⁴⁰ Señala: "A este respecto, ha de señalarse que, mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada"

⁴⁴¹ SAP A Coruña 29 de noviembre de 2017 (rec. 560/2017): "Es, por consiguiente, inadmisibile, que tan trascendental condición contractual, quede desdibujada, ocupando un lugar secundario o subordinado en el préstamo concertado, pese a su incidencia directa sobre el precio, que conforma la prestación principal del deudor, y sin que se trate además de un elemento esencial del contrato, como sí lo es el tipo de interés pactado en un préstamo, al referirse a la obligación principal del prestatario de devolver el capital con sus intereses, determinantes de la onerosidad del contrato que, en otro caso, sería meramente gratuito.". O la SAP Alicante de 30 de junio de 2016 (rec. 178/2016): "En efecto, los intereses remuneratorios no pueden ser calificados como abusivos -aunque pueden ser usurarios- al constituir un elemento esencial del contrato, por ser su precio, como se desprende del art. 4.3 Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) . Por el contrario los intereses moratorios no pueden ser usurarios aunque sí abusivos. (...) siendo así que en un contrato de préstamo o crédito el precio de la prestación son intereses remuneratorios y ello constituye el objeto principal del contrato. En el mismo orden de cosas, la SAP Pontevedra (Sección 6ª) núm. 524/2013 de 18 julio (JUR 2013, 285637) señala que el juez de instancia acierta cuando desestima las alegaciones al entender que el control de abusividad no puede realizarse sobre los intereses remuneratorios (precio del crédito, elemento esencial del contrato)"

"186. No define la norma [Directiva 93/13] qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo."

Según se extrae de estas líneas, todas estas teorías tienen en común la consideración del precio o contraprestación como elemento principal, por lo que una cláusula que determina directamente dicho precio, como es la cláusula que fija el tipo de interés, y siendo éste el coste que le va a conllevar al prestatario —lo que condiciona y determina a su vez su comportamiento—, formaría parte del objeto principal del contrato de préstamo.

Recoge también esta Sentencia la distinción entre objeto principal, y elemento esencial del préstamo, al considerar:

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y

315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

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.

Señalando nuevamente en el apartado 274 de la sentencia, que "no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" ".

Por lo que no cabe duda de que **la cláusula contractual en la que se establece el tipo de interés aplicable, aun no siendo conceptualmente un elemento esencial para la existencia del contrato de préstamo⁴⁴², formaría parte del objeto principal del contrato, y su incumplimiento, ya sea por el prestatario o por el prestamista, supone un quebranto de una obligación principal⁴⁴³, y es lo que determinó que el prestatario concertara el préstamo con esa entidad.**

Es claro que el tipo de interés de un préstamo es lo que determina que el prestatario se haya acogido a lo ofrecido por una determinada entidad, en detrimento de otras, al constituir ello el precio o coste que tiene que afrontar. Al igual resulta cuando este precio viene condicionado por los productos que el prestatario ha podido contratar con el prestamista —como pueden ser seguros de diferentes tipos, tarjetas, o planes de pensiones— con el fin de abaratar el coste que el préstamo le va a suponer. Un incumplimiento así de este coste supone un quebranto de las expectativas y derechos más elementales del prestatario, ya que cambia las condiciones por las que contrató con el prestamista, pudiendo en tal caso haber optado por otras ofertas que fueron rechazadas ante el tipo de interés pactado.

⁴⁴² Cuestión distinta es que se pueda considerar el "objeto" del contrato de préstamo para la entidad bancaria, siendo su "precio" por el servicio prestado, constituyendo un pilar básico del contrato sin el cual no se hubiese celebrado.

⁴⁴³ Así lo determina la mencionada STS de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016): " En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio)."

C.2.2.- Obligación accesoria esencial.

Se podría alegar, a pesar de lo expuesto, que la obligación del prestamista de gestionar el cobro y el tipo de interés según lo acordado, aunque afecte a la obligación principal del prestatario, no supone un incumplimiento de una obligación principal del prestamista, sino que se infringe una prestación accesoria. Por ello, se analiza en este apartado cómo incluso el quebranto de una obligación aparentemente accesoria puede tener la relevancia suficiente para facultar a la otra parte a suspender su prestación, en base a dicha *exceptio*.

Como se acaba de exponer, en el momento en que se produce la quiebra del programa prestacional según lo acordado nos hallaríamos en un cumplimiento defectuoso susceptible de facultar a la suspensión de la prestación. Acerca de la definición de este cumplimiento defectuoso y su trascendencia, mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de junio de 2014 (rec. 463/2012), donde recoge:

"En términos generales, se dice que el cumplimiento es defectuoso o inexacto en todos aquellos supuestos en los que la prestación realizada por el deudor, al cumplir su obligación, no contiene los requisitos que integraban su contenido o prestación.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso por lo general, al no ajustarse a lo convenido, se perjudica el fin de la prestación y por consiguiente puede originar un determinado daño en el patrimonio, es decir, puede llegar a tener la misma importancia que un incumplimiento en el cual no se ha comenzado ni siquiera a cumplir con parte del contrato."

Este programa prestacional puede contener una serie de obligaciones, de las cuales algunas podrían ser calificadas de principales, y otras accesorias. Incluso para quienes consideren que la única prestación esencial del prestamista es la entrega del capital que realizó correctamente, **tenemos que tener en cuenta como hemos visto que le incumben otra serie de obligaciones, que aun no siendo prestaciones esenciales o inescindibles del contrato de préstamo, sí que constituyen elementos de gran importancia en el desenvolvimiento de la vida del préstamo⁴⁴⁴, afectando a la**

⁴⁴⁴ A esto parece también apuntar la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, en cuanto establece un concepto amplio de incumplimiento, más allá de la ejecución de la prestación principal, al establecer que: *"Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten."*

obligación principal del prestatario, que es la devolución del préstamo con su interés correspondiente.

Muy ilustrativo es lo expuesto por Díez Picazo respecto al incumplimiento de aquellas prestaciones aparentemente accesorias⁴⁴⁵:

*"Lo primero que convendrá observar es que existe una falta de interna armonía entre la línea dibujada como obligaciones sinalagmáticas/ obligaciones principales y aquella otra que acuña el concepto de incumplimiento esencial y lo sitúa en la privación que a la parte que sufre el incumplimiento se le produce respecto de aquello que podía esperar de acuerdo con la finalidad que tenía el contrato, pues **no resulta extraño que para la finalidad del contrato determinados deberes, que, en abstracto, son accesorios, pueden tener una especial trascendencia en orden a la consecución de los objetivos propuestos.***

*(...) hay que admitir que el incumplimiento de determinadas obligaciones, que son accesorias, contemplado el tipo en abstracto, puede ser un incumplimiento esencial y que, por ello, desde el punto de vista de la voluntad de las partes y de sus objetivos no se puede predicar la accesoriedad. En este sentido Haza señala con razón que al TS le importa, más que la clasificación teórica de principal y accesorio o interdependiente de la obligación incumplida, la verdadera trascendencia que pueda producir en la relación obligatoria y, más concretamente, en el cumplimiento de su prestación por la contraparte, el incumplimiento de una determinada obligación, con independencia de cómo se califique ésta. Y con parecidas palabras Fernández Urzáinqui señaló que **no ha de estarse sólo a la obligación abstractamente considerada, en la estructura típica del contrato, sino también a la voluntad de las partes y al fin perseguido por ellas al contratar.** Y es verdad que, en la práctica esa es la línea seguida por el TS en relación con las obligaciones accesorias."*

Y sobre esta misma idea apunta BERROCAL LANZAROT⁴⁴⁶ cuando trata la definición del término "incumplimiento esencial", considerado a éste una categoría propia dentro de los incumplimientos obligacionales con trascendencia resolutoria recogida en el art. 1124 —que igualmente nos podría servir para el uso de la *exceptio*

⁴⁴⁵Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial . Volumen II: Las relaciones obligatorias. *La protección del derecho de crédito lesionado y las relaciones obligatorias sinalagmáticas*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). 2008

⁴⁴⁶ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. "El incumplimiento esencial como categoría y su régimen diferenciado del incumplimiento obligacional resolutorio". *Actualidad Civil*, Nº 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, Septiembre 2014, pág. 922, tomo 2, Editorial LA LEY

por la importancia reconocida a dicho comportamiento incumplidor— y diferenciándolo así del clásico incumplimiento resolutorio basado en las obligaciones principales sinalagmáticas, idea que extrae de recientes sentencias del Tribunal Supremo⁴⁴⁷, que a su vez deriva del derecho contractual europeo y de los principales textos de armonización que se han ido elaborando.

De este modo, **en este denominado incumplimiento esencial, la valoración sobre qué actos u obligaciones se han incumplido puede alcanzar a la totalidad de las prestaciones pactadas, aun cuando sean accesorias o meramente complementarias, si del contrato o de las expectativas a conseguir por las partes se infiere que, pese a su carácter accesorio, fueron estas prestaciones las determinantes para la celebración o fin del contrato.** Se sitúa de este modo desde esta interpretación en un espacio mucho más amplio, pudiendo alcanzar al ámbito obligacional que no forma parte del sinalagma en sentido estricto, como son las obligaciones accesorias de carácter meramente complementario.

Se pone así de relieve la importancia que puede operar en el incumplimiento de una obligación accesorio, que según esta teoría podría conllevar el más grave de los efectos, como es la resolución contractual, por lo que más plausible resulta en el caso de la *exceptio*, donde se procura la simple suspensión de la prestación. Por lo que válida resulta esta teoría a la hora de establecer la trascendencia de la obligación incumplida por el prestamista en el supuesto objeto de análisis en este trabajo, porque como hemos visto, su obligación principal abstractamente considerada es la de entregar el capital, pero sin embargo de las otras obligaciones mencionadas que podría considerarse accesorias o complementarias a ella, como es la gestión del cobro, sí que puede resultar una quiebra del fin perseguido por las partes, y de las causas que motivaron la celebración del contrato, ya que aumenta la carga del prestatario aumentando lo considerado como el precio del contrato, que a su vez afecta a su obligación principal.

Interesante en relación con lo analizado en este trabajo y expuesto hasta ahora resulta la SAP de Burgos de 05 de noviembre de 2004 (rec. 422/2004)⁴⁴⁸, donde en un

⁴⁴⁷ Como la STS de 18 de noviembre de 2013 (rec. 2150/2011).

⁴⁴⁸ Expone dicha sentencia: «el precio del seguro o importe de la prima no es elemento accidental del contrato de seguro, sino esencial en cuanto constituye la principal de las obligaciones del asegurado establecida en el art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980). De ahí que sea uno de los que ha de contener la póliza según así lo establece el art. 8.6 (LA LEY 1957/1980) de la Ley. Corolario de ello es la obligación de la aseguradora de atenerse en este punto a los términos pactados y de someter cualquier variación al alza, que exceda del coste de la vida, al previo consentimiento del asegurado, consentimiento que incluso el art. 5 de la propia ley obliga a efectuar por escrito. Por ello en este caso el aumento unilateral del precio del seguro exigía de la aceptación por el asegurado, que al no haberse obtenido, pues es patente su rechazo con la orden de impago de la prima, justifica el uso por el citado de

asunto con una aseguradora, se puede apreciar ciertos paralelismos al aquí analizado, salvando las diferencias —siendo la obligación principal de ésta la cobertura del hecho asegurado, también le corresponde a ésta otras obligaciones como la gestión del cobro al asegurado— en la que ante un aumento unilateral del precio por parte de una entidad aseguradora, considera que este precio constituye la principal de las obligaciones del asegurado, estando la aseguradora obligada a respetarlo durante todo el tiempo del contrato, otorgando a este incumplimiento el alcance resolutorio del 1124 Cc. Igual consideración puede hacerse así ante el aumento del tipo de interés —precio— indebido por parte del prestamista, y la relevancia de dicho incumplimiento de lo pactado a la hora de operar la *exceptio*, tal y como se ha argumentado.

C.3 Trascendencia del incumplimiento:

C.3.1.- Incidencia en las partes del contrato.

Se exige por la jurisprudencia que el incumplimiento tenga importancia y trascendencia en relación con la finalidad perseguida, de modo que si tiene escasa incidencia, no facultaría para suspender la prestación. De lo analizado, se pueden extraer las siguientes consideraciones acerca de la importancia del incumplimiento desde el punto de vista de ambas partes:

-Desde el punto de vista del prestamista, **incumple el deber de mantener el préstamo durante el tiempo y con las condiciones pactadas**. Y es que como hemos visto, es a éste a quien corresponde la determinación de las cuotas y la gestión del cobro, por lo que durante la vida del préstamo estas actividades debe realizarlas ajustándose a lo pactado. Por ello, como se ha referido anteriormente, al infringir lo dispuesto por la cláusula que determina el tipo de interés aplicable, **incumple lo que constituye un elemento principal en el préstamo hipotecario, al constituir el precio que tiene que abonar el prestatario**. Así, TAPIA HERMIDA⁴⁴⁹ considera que el pago de estos intereses constituye la verdadera causa económica del contrato desde el punto de vista del prestamista, ya que constituye su remuneración.

Esta infracción de un elemento principal del contrato, con independencia de la

la facultad resolutoria del art. 1124 del C. Civil (LA LEY 1/1889), ya que en otro caso quedaría al alcance de uno solo de los contratantes la variación de las obligación pactadas, obviando así la prohibición del art. 1256 del C. Civil (LA LEY 1/1889). Cuanto se lleva razonado hace inaplicable a este supuesto el régimen de la denuncia de la prorroga establecido en el art. 22 de la Ley del Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980) y, por ello inexistente la prima objeto de reclamación».

⁴⁴⁹ TAPIA HERMIDA "Los contratos bancarios de préstamo..." Op. Cit.

incidencia que pueda tener a efectos resolutorios —cuya relación con esta excepción trataremos después— posibilitaría la facultad de usar la *exceptio* que tratamos al incumplir el prestamista parte de las obligaciones que le incumben, teniendo especial relevancia al afectar a un elemento principal del contrato como es el precio o contraprestación del prestatario.

-Desde el punto de vista del prestatario, como se acaba de referir, **afecta a la obligación del pago de los intereses, que forma parte de su prestación principal del contrato pues es el precio** que tiene que pagar por el préstamo y la retribución que conseguirá el prestamista. Por lo que el incumplimiento del tipo de interés pactado por parte del prestamista no sólo condiciona dicho pago, sino que **impide al propio prestatario el correcto cumplimiento de su obligación**. Así, aparte de aumentar la carga económica que el contrato debía suponer, conlleva que a falta del cálculo correcto por parte de la entidad bancaria, resultará sumamente complejo a un prestatario medio conocer cuál es la cuota correcta que realmente debería de pagar, no ya sólo aplicando el tipo de interés correcto, sino teniendo en cuenta que el capital pendiente —que determinará el interés a pagar— posiblemente deba ser reducido en la fecha en que el prestatario se percate de que ha estado un tiempo pagando de más, por no mencionar la deuda que se haya originado a su favor, así como los daños y perjuicios sufridos⁴⁵⁰.

Por lo expuesto, este comportamiento del prestamista de aplicar un tipo de interés superior determina, junto al hecho de que el prestatario no pueda cumplir su obligación de pago correctamente, un **desequilibrio en las prestaciones**, en la medida que la entidad prestamista se ve beneficiada indebidamente por su comportamiento obteniendo una prestación mayor que la debida, a costa de un agravamiento o sobre coste de la prestación del prestatario, quebrando así el equilibrio originario, y fruto del cual se concertó el contrato.

⁴⁵⁰ Aunque no es aplicable a los préstamos hipotecarios, nótese como referencia que la Ley de Créditos al Consumo establece una indemnización mínima del interés legal incrementado en cinco puntos en los supuestos de cobro de lo indebido:

Artículo 25. Cobro indebido.

1. *Todo cobro indebido derivado de un contrato de crédito devengará inmediatamente el interés legal. Si el interés contractual fuese superior al legal, devengará inmediatamente el primero.*
2. *Si el cobro indebido se hubiera producido por dolo o negligencia del prestamista, el consumidor tendrá el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que en ningún caso será inferior al interés legal incrementado en cinco puntos o al del contrato, si es superior al interés legal, incrementado a su vez en cinco puntos.*

De este modo, se viene reconociendo por la jurisprudencia la aplicabilidad de esta excepción cuando **la persistencia del incumplimiento provoca un desequilibrio entra las prestaciones, viéndose frustrada la finalidad económica perseguida por las partes**, tal y como sucedería en este caso, que de persistir aplicándose un tipo de interés superior al debido, se agravaría la prestación del prestatario, y la finalidad económica perseguida. Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre de 2006 (rec. 320/2000):

"A) El incumplimiento que permite oponer a la acción de cumplimiento o de resolución la exceptio non adimpleti contractus [excepción de contrato incumplido], según ha declarado la jurisprudencia con reiteración, debe ser un incumplimiento que tenga la relevancia suficiente para ser tomado en consideración como determinante de la frustración, en términos de razonabilidad, de la finalidad económica del contrato para la parte frente a la que se exige la resolución o a la que se exige el cumplimiento.

*Es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que significa el daño originado por incumplimiento del demandante **tiene la suficiente entidad para determinar que si el otro contratante no quedara exonerado de su obligación se produciría un desequilibrio de prestaciones** (SSTS de 13 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2388] , 24 de octubre de 1986 [RJ 1986, 5954] , 10 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3679] , 12 de julio de 1991 [RJ 1992, 1547] y 17 de febrero de 2003 [RJ 2003, 1165])."*

De estos razonamientos, y tal como han señalado algunos autores como CRUZ MORENO⁴⁵¹, **la limitación a la aplicación de esta excepción se encuentra en el principio de la buena fe**⁴⁵², de modo que no se podría suspender la prestación cuando el incumplimiento no afectase al equilibrio de las prestaciones, siendo contrario al principio básico de equidad, pudiendo entonces considerarse el uso de esta excepción desproporcionada en relación con el incumplimiento de la otra parte⁴⁵³, como ha

⁴⁵¹ CRUZ MORENO. *La exceptio non...* (Op cit.) Insiste la autora en que no se debe de caer en el error de exigir "gravedad" al incumplimiento como si de una resolución se tratase, sino que se quiere en este caso mantener el equilibrio contractual, y exigiendo tal gravedad puede vaciar de contenido los supuestas más típicos de la *exceptio*, como son los cumplimientos parciales, debiendo encontrar el límite en la buena fe de su uso según las circunstancias.

⁴⁵² Este límite de la buena fe viene recogido expresamente en el parágrafo 320 del BGB alemán, para los supuestos de incumplimiento parcial. E igualmente, como se mencionó, se recoge esta previsión en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*.

⁴⁵³ Sobre este punto señala la Sentencia de la AP de Madrid de 04 de mayo de 2009: *"no es menos cierto, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo 1979 ya puso de manifiesto que la llamada «exceptio non rite adimpleti contractus» o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el*

señalado igualmente MAGRO SERVET⁴⁵⁴. Pero como hemos visto, en los supuestos que analizamos no consideramos que sean situaciones donde la suspensión pueda ser contraria a la buena fe, ya que el incumplimiento del prestamista supone una carga onerosa para el prestatario, que además se ve agravada por la persistencia y mantenimiento en el mismo, sin que se vea solucionada su situación sino es acudiendo ante los tribunales, por lo que este remedio de defensa y a la vez coactivo al correcto cumplimiento, puede considerarse ajustado a derecho y a la buena fe.

Además, **este principio de la buena fe también obligaría al prestatario a no suspender automáticamente la prestación de pago, sino primeramente poner en conocimiento del prestamista tal situación**, con el fin de dar la oportunidad de que proceda a la subsanación⁴⁵⁵. En caso contrario, la suspensión a la vista de cualquier "error" o incorrección sin comunicar nada al prestamista, podría considerarse desajustado a los principios de la buena fe, ya que es posible que dicha entidad no tenga conocimiento del error, o sea un supuesto fácilmente subsanable. En caso de negativa de la entidad prestamista a solventar y corregir la situación, sí que es ésta la que se hallaría en posición contraria a la buena fe, pudiendo entonces anunciarse a la misma la voluntad de suspender el pago hasta el correcto cumplimiento del contrato.

deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar en ocasiones contraria al principio de buena fe en la contratación, proclamado en el Art. 1258 del Código Civil EDL 1889/1, siempre, como se ha dicho, atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflicto de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción de precio."

⁴⁵⁴ MAGRO SERVET, VICENTE. "La exceptio non adimpleti contractus por daños causados en los contratos de arrendamiento de servicios en la ejecución de una obra." *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 119, Segundo trimestre de 2014, Editorial LA LEY. LA LEY 1172/2014 : "Y de nuevo volvemos a la exigencia de la prueba al requerirse que para que se produzca ese efecto, es necesario probar que el incumplimiento de la contraparte que reclama es de la suficiente entidad y de influencia tal en el equilibrio de las prestaciones, que impide obtener la debida contraprestación, por quebrar la reciprocidad. En armonía con lo anterior, es requisito indispensable que el demandado pruebe que el montante cuantitativo que significa el daño originado por incumplimiento del demandante tiene la suficiente entidad para determinar que, si el otro contratante no quedara exonerado de su obligación, se produciría un desequilibrio de prestaciones."

⁴⁵⁵ Como señala ORTÍ VALLEJO en su obra. *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*. Editorial Comares 2002, sería contrario a la buena fe el ejercicio sorpresivo de la excepción de incumplimiento.

C.3.2.-Diferencia del incumplimiento resolutorio.

Determinante a la hora de apreciar la posibilidad de aplicación de esta excepción es la diferenciación del incumplimiento resolutorio. Así, suele confundirse en la práctica judicial la aplicación de la *exceptio non rite adimpleti contractus*, con el incumplimiento resolutorio, desestimándose la facultad de suspensión al no concurrir un incumplimiento de carácter esencial. Por ello, en el caso del préstamo, **no es necesario que el incumplimiento tenga la misma entidad que un incumplimiento resolutorio, que por otra parte, tampoco interesa en nada dicha resolución contractual al prestatario** por los perjuicios que le conllevaría al verse obligado a restituir la cuantía íntegra del préstamo.

Así, **lo determinante para la aplicación de esta excepción es la frustración del exacto cumplimiento del "programa prestacional"**, es decir, que la relación contractual se desenvuelva tal y como se acordó, por lo que entendemos perfectamente aplicable el supuesto en donde el prestamista quiebra el equilibrio contractual pactado, y aplica un tipo de interés superior al convenido. Por ello, como se ha expuesto, el límite no lo encontramos en que deba tener cierta gravedad el incumplimiento, sino en el principio de buena fe en su ejercicio.

Sobre este punto, ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 (rec. 1315/2010), que trata la distinción entre estas dos figuras. Así, en primer lugar, deja claro que **la exceptio no modifica la relación obligatoria, no pone fin a la misma, sino es una mera suspensión provisional**, distinción que pone así de relieve su diferente naturaleza y finalidad:

*"3. Delimitada, en estos términos, la correlación existente entre la acción de cumplimiento y la exceptio non adimpleti contractus, también conviene, en aras a la mejor comprensión del correcto alcance de los motivos y alegaciones vertidas en el presente caso, que puntualicemos, pese a su ineludible proximidad conceptual, las diferencias existentes en la correlación de la exceptio non adimpleti contractus y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código Civil . En primer término, y respecto a sus efectos, hay que señalar que la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación **provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación**; por contra, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007 , RJ 2007, 8646)."*

Y en segundo lugar, recuerda que **no es necesario el mismo nivel de gravedad en el incumplimiento que en los casos de resolución, siendo suficiente la quiebra del programa prestacional**, y lo que es más relevante, en los supuestos de la *exceptio* **interesa al que suspende la prestación la continuación y cumplimiento de la relación contractual en los correctos términos**, mientras la resolución presupone la insatisfacción del contrato y la necesidad de ponerle fin:

"En segundo término, conforme a lo afirmado, y en relación al ámbito común de la valoración del incumplimiento, hay que señalar que la gravedad requerida en el incumplimiento se sitúa en dos planos o perspectivas que deben ser matizadas. Así, en la aplicación de la exceptio, resulta suficiente con que dicha gravedad o entidad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente. Sin embargo, en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevenida fortuita, transcurso del término esencial, aliud pro alio, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato (STS 20 de diciembre de 2006,RJ 2007, 384).

Desde estas puntualizaciones, se comprende mejor la correlación que puede darse en la valoración de la gravedad del incumplimiento exigido. Así, en el plano de aplicación de la exceptio, y aunque no resulte necesario conforme a la finalidad y función de la figura, las partes pueden recurrir a extremos de prueba que, en principio, pueden servir tanto para la posible apreciación del incumplimiento resolutorio, como para reforzar la aplicación de la exceptio. En el presente caso, las alegaciones referidas al posible retraso en el cumplimiento de las obligaciones de gestión urbanística. Sin embargo, en el plano de la acción resolutoria, y dada la trascendencia de la situación de irreversibilidad de la utilidad de la prestación, los extremos de prueba que podrían servir para acreditar la aplicación de la exceptio resultan insuficientes ante la necesidad de probar el incumplimiento esencial respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor. En el ejemplo señalado, que el cumplimiento de las obligaciones de gestión urbanísticas hubiese estado configurado bajo un plazo o término esencial de cumplimiento."

Así, parece clara la necesidad de distinguir entre ambas figuras, sin que sea admisible el requerimiento de los presupuestos de la resolución a la aplicación de esta

excepción, y como se acaba de referir, en el supuesto a tratar lo que realmente busca el prestatario es la subsistencia del contrato de préstamo en los términos pactados. En nada interesa poner fin al mismo con la consiguiente devolución recíproca de las prestaciones, sino continuar en el mismo según lo acordado, por lo que el uso de la *exceptio* cobra todo su sentido en estos supuestos⁴⁵⁶.

C.4.-Consencuencia: No devengo de intereses moratorios

Una vez suspendida la prestación de pago por parte del prestatario amparado en la *exceptio non rite adimpleti contractus*, el acreedor prestamista no se encuentra facultado para exigir la misma, hasta que él no cumpla la que le corresponde. Consecuencia inevitable de ello es que el prestatario no se encuentra en situación de mora, por lo que **no pueden devengarse ningún tipo de interés moratorio por la suspensión de la prestación, ya que el obligado no incurre en mora hasta que la otra parte cumple con su prestación debidamente**, por lo que el uso de la *exceptio* correctamente nunca conllevará el devengo del interés moratorio, al no ser su prestación exigible. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el uso de esta excepción, como se recoge en su Sentencia de 20 de diciembre de 2006 (rec. 420/2000):

En el motivo segundo, propuesto como subsidiario del anterior por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881, 1) , denuncia el recurso la infracción de la doctrina relativa a la excepción de incumplimiento contractual en su reflejo respecto de la regulación de la mora en el artículo 1100 del Código civil (LEG 1889, 27) así como –dice– por infracción de la jurisprudencia aplicable al artículo 1462 CC.

⁴⁵⁶ Igualmente, sobre el carácter de la *exceptio*, y de cómo es esencial que sea útil e interese la subsistencia de la obligación contractual, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre de 2006 (rec. 420/2000): "La excepción, pues, enerva la reclamación temporalmente, y tiene sentido en tanto la prestación no realizada siga siendo útil. Si en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el aliud pro alio, la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización. No parece, en tal caso, de utilidad el recurso a la *exceptio*, que en todo caso sólo sirve para enervar o paralizar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación, si se presenta para obtener la resolución, que en todo caso ha de solicitarse por vía de acción, en demanda o en reconvencción, salvo que se trate de una resolución convencional o que ya haya sido declarada judicialmente."

El motivo debe ser estimado, con efectos limitados a la condena al pago de intereses.

*En efecto, tal y como se previene en el párrafo final del artículo 1100 CC en las relaciones obligatorias sinalagmáticas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe, y añade que uno de los obligados cumple empieza la mora para el otro. Dejando de lado la interpretación que haya que dar al inciso final en orden a si se trata o no de un supuesto de mora automática o mora ex re, que aquí no se plantea, hemos de señalar que en el caso la asignación de trasteros y la fijación del espacio para garaje no se había producido o no se había producido conforme a lo convenido, y en este sentido no hay más que destacar que la sentencia de primera instancia rechaza la pretensión formulada en el pedimento c) de la reconvencción sobre el ajuste de las plazas de garaje a lo convenido, a lo que se aquietan los demandados reconvinentes, en tanto que se estima la pretensión de los actores sobre la asignación de plazas de garaje y de trasteros. **No se había producido, pues, un cumplimiento ajustado a los cánones contractuales ni a las reglas de identidad, integridad y tempestividad por parte de los demandados, acreedores del precio y deudores de la entrega, y por esa razón no cabe considerar en mora a los deudores del precio y acreedores de la prestación de entrega, conforme a lo establecido en el artículo 1100, párrafo final, del Código civil.** Por tal razón la excepción de incumplimiento contractual ha podido ser opuesta con eficacia para suspender el pago hasta el momento en que se produzca la entrega en las condiciones pactadas, conforme con la doctrina de esta Sala en Sentencias como las de 23 de marzo de 1992, 2 de julio (RJ 1994, 2222) y 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8364) , entre otras.*

En consecuencia, entiende esta Sala que ha de rectificarse el pronunciamiento de condena al pago del precio, más IVA e intereses legales desde la papeleta de conciliación, en el sentido de sostener la condena en cuanto al precio y al IVA, pero sin dar lugar al pronunciamiento sobre intereses, que sólo se generarán desde la fecha en que la parte obligada a la entrega de las viviendas, plazas de garaje y trasteros realice la entrega o la oferta de entrega (si la otra parte no la acepta injustificadamente) de lo convenido con arreglo a las condiciones pactadas."

Es claro así que sólo la exacta realización de la prestación se puede calificar de cumplimiento, y en casos de ejecución parcial de la prestación, así como en supuestos donde la ejecución que no se ajusta al programa establecido en el contrato, deben ser considerados como un incumplimiento contractual, y por tanto, no habilita a que se

devenguen intereses moratorios⁴⁵⁷. Por ello, en el presente caso ante la suspensión del prestatario del pago por el aumento indebido del tipo de interés, no podrá la entidad prestamista nunca pretender el cobro de intereses moratorios durante esta suspensión, sino sólo a partir del momento en que, aplicando correctamente el interés debido, se negase el prestatario a abonarlos sin justificación alguna.

D) EL USO DE LA EXCEPTIO EN OTRAS OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA

Además de la posibilidad de aplicar esta exceptio en los supuestos en que el prestamista no respeta el interés pactado en la escritura, podríamos también plantearnos la posibilidad o no de aplicar igualmente esta excepción en caso de incumplimiento de las demás obligaciones que hemos visto que corresponden al prestamista.

Respecto de las obligaciones precontractuales, la cuestión como ya expresamos anteriormente parece zanjada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (rec. 3227/2015), que entiende que dicha excepción no opera para obligaciones en la fase precontractual, sino sólo durante el desarrollo del contrato. Efectivamente, si la función propia de la exceptio es la suspensión de la prestación hasta que la otra parte cumpla correctamente la obligación que le corresponde, no parece muy indicado una “suspensión” de la prestación, ya que no se espera ninguna concreta prestación por la parte contraria.

De este modo, en los casos de información y documentación previa, o de la necesaria evaluación de la solvencia, no sería aplicable esta facultad de *exceptio non (rite) adimpleti contractus* en cuanto a la suspensión de la prestación debida, sin perjuicio de recurrir a este mecanismo para conseguir los otros efectos que, como hemos argumentado en sus respectivas secciones, deba de tener el incumplimiento de las obligaciones del prestamista, alegando la improcedencia de lo reclamado así como la reducción de lo debido, según los diferentes casos.

Respecto a las otras obligaciones durante la ejecución del contrato, habría que diferenciar varios supuestos según se trate:

-Incumplimiento de los deberes de información durante el transcurso del contrato: Como hemos visto, corresponde al prestamista numerosas obligaciones respecto a la información a suministrar al prestatario para comunicar el desarrollo y evolución del contrato de préstamo.

⁴⁵⁷ De igual modo BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. "El incumplimiento esencial..." (op. cit.)

En estos supuestos, con carácter general, no creemos que amparen el uso de la *exceptio* y del no abono de las cuotas debidas por el mero hecho de que la entidad no informe correctamente de las variaciones de los tipos de interés, o de las liquidaciones practicadas. Este hecho, sin perjuicio de que el prestatario pueda solicitar el correcto cumplimiento de estas comunicaciones, no suponen a priori ningún perjuicio o daño al prestatario, por lo que no consideramos que se trate de un incumplimiento esencial o grave que habilite a la suspensión de la prestación, siendo así un caso de falta de proporcionalidad entre el remedio usado y el incumplimiento.

No obstante, en casos especialmente graves en donde dichos incumplimientos sean reiterados, exista una total opacidad de las operaciones desarrolladas por la entidad, y existan indicios de irregularidades en el funcionamiento del préstamo —lo que lo relaciona con las otras obligaciones que competen al prestamista, como el respeto a las condiciones acordadas—, sí que podrían habilitar a la suspensión como motivo de garantía ante unas actuaciones que se sospechen incorrectas, y con el fin de evitar un mayor perjuicio que se pueda estar produciendo, así como para obligar a la otra parte al cumplimiento de sus obligaciones de información y transparencia en el desarrollo de la operación.

-Obligación de atender las consultas y reclamaciones: Sobre este punto, consideramos que nos encontramos ante un supuesto similar al caso anterior. Por el mero hecho de que la entidad no atienda o no responda las consultas de datos o preguntas que pueda tener el prestatario, o el hecho de que no de curso a las reclamaciones de todo tipo que puedan tener los prestatarios, no va a otorgar al prestatario el derecho a suspender la prestación, ya que entendemos igualmente que no existe una proporcionalidad en la medida empleado.

No obstante, como decimos, al igual que en el caso anterior, si dichas consultas o reclamaciones van destinada a solventar posibles perjuicios o daños que esté sufriendo el prestatario, y el prestamista hace caso omiso, sí que podría plantearse la viabilidad de la *exceptio*. Y es que, tal y como argumentamos, una de los requisitos para aplicar de buena fe la *exceptio* es la puesta en conocimiento del prestatario de las posibles irregularidades o problemas que se detecten, por lo que sí que puede tener relevancia esta ausencia de atención a las reclamaciones, pero conectadas con otros incumplimientos que se observen, y no de manera automática ante toda falta de respuesta o atención de la entidad, sin perjuicio de las sanciones que en su caso le correspondan en materia administrativa o de consumo ante tales hechos.

-Obligación de ejercitar los derechos derivados del contrato de seguro: En este supuesto sí se podría plantear el uso de esta excepción, aunque es cierto que la cuestión es compleja. Los principales inconvenientes surgirían en que, en sentido estricto, esta

obligación ni constituye la obligación principal del contrato de préstamo, ni existe directa reciprocidad entre el pago de las cuotas del préstamo y el ejercicio del derecho a cobro por parte del prestamista.

No obstante, de modo similar a lo argumentado a lo largo de todo este apartado, consideramos que estos inconvenientes surgen de una concepción demasiado rigorista de la excepción, que está pensada principalmente para contratos más simples. De este modo, el contrato de préstamo hipotecario hoy día es un contrato complejo, en donde al prestamista le incumben diversas obligaciones como estamos viendo, y todas estas obligaciones constituyen el denominado “programa prestacional” del contrato, en el sentido antes expuesto. Por ello, el hecho de que no sea la obligación principal del prestamista, nada obsta a que su incumplimiento sea considerado como esencial o decisivo para la finalidad de lo deseado por las partes, y nos remitimos a lo expuesto en el anterior apartado “3.2.2.- *Obligación accesoria esencial.*” y a las palabras emitidas por DÍEZ PICAZO, y es que efectivamente lo realmente decisivo es que dicha obligación del prestamista **tiene un total transcendencia en el devenir del contrato, afectando directamente a la prestación principal del prestatario**, por ello, no consideramos procedente alegar la inaplicabilidad de la exceptio debido al carácter no principal o accesorio de dicha obligación.

Y mismos argumentos son esgrimibles respecto a la falta de reciprocidad entre ambas prestaciones. Sin perjuicio de los casos en donde se pague una prima única del seguro y se capitalice dicho importe en la hipoteca incluyéndose dentro de las cuotas mensuales a pagar —supuesto en donde se podría argumentar con más claridad la reciprocidad—, lo cierto es que, como decimos, hay que entender el contrato de préstamo en su totalidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que forman el programa prestacional⁴⁵⁸, determinante de la aceptación de dicho contrato, por lo que existe una serie de obligaciones para ambas partes, estando todas ellas interrelacionadas y derivadas de un origen común, el propio contrato.

La *ratio* de la *exceptio* es que no se pueda exigir una prestación a una parte mientras que no se cumpla la que corresponda, de modo que un incumplimiento previo cause un daño por la que se vea frustrada la finalidad económica perseguida por las partes, a la vez que con esta suspensión se consigue un efecto coactivo para que la otra parte cumpla debidamente. Y es que esto es justo lo que acontece en este caso. Si el

⁴⁵⁸ Incluso no entendiendo que la obligación surge del propio contrato, sino de la cesión del derecho de cobro antes expresado, GÁLVEZ CRIADO “El seguro de vida...” (op.cit.) entiende, citando a PANTALEÓN PRIETO, que en virtud del art. 1170.III Cc se produce en estos casos una suspensión de la obligación primitiva, por lo que igualmente se consigue el mismo fin.

prestamista no ejerce su derecho al cobro de la prestación a la aseguradora y sigue reclamando las cuotas al prestatario o sucesores, está causando un grave perjuicio a esta parte, que ve cómo se frustra la finalidad perseguida con el contrato asegurado, ya que dicho seguro contratado —o incluso exigido— por la entidad forma parte del contrato como accesorio al mismo.

Por lo tanto, y al igual que lo expresado en el supuesto de cobro de intereses superiores, ante una clara práctica abusiva y contraria a la buena fe como la aquí examinada, en donde nos encontramos con a) un incumplimiento del prestamista, b) un grave daño para el prestatario, y c) una facultad de exigir el correcto cumplimiento por parte del prestatario, parece lógico que todo ello se pueda materializar en el uso de la *exceptio non rite adimpleti contractus* como remedio de defensa del prestatario, sin que parezca de justicia que se le pueda exigir una prestación cuando realmente no sea debida.

-Incumplimiento del Código de Buenas Prácticas: Se podría usar los mismos argumentos acabados de exponer. No constituye igualmente la prestación principal del prestamista ni existe reciprocidad directa con el pago de las cuotas, pero se podría contraargumentar con lo ya indicado.

En este caso, supone igualmente un incumplimiento contractual, pero la obligación no deriva del pacto entre las partes, sino que viene impuesta por la ley para aquellas entidades adheridas que celebren estos contratos, tal y como se ha visto. Se podría añadir en este caso que, según la fecha del contrato, no se frustra ninguna finalidad perseguida por las partes, ya que, si el contrato se celebró con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Código, no estaba prevista tal aplicación. Sin embargo, ello puede ser suplido por la importancia que esta materia reviste, que va impuesta por una normativa destinada a paliar una crisis social en situaciones extremas de necesidad.

Por ello, desde la celebración del contrato —si es posterior al Código de Buenas Prácticas— o desde el momento en que se adhiere la entidad al Código —si se celebró con anterioridad al mismo, o si la adhesión se produjo después—, las obligaciones que imponen este Código pasan a formar parte de la relación contractual, siendo como hemos visto de obligado cumplimiento, y por tanto, siendo una parte más del “programa prestacional” que la entidad está obligada a cumplir.

De este modo, el daño causado y los perjuicios que provoca el incumplimiento en la otra parte podrían habilitar a suspender la prestación de pago, especialmente en aquellos casos en que injustificadamente se haya negado a aplicar la reestructuración, ya que el montante debido y las condiciones del préstamo serían muy diferentes si se aplican las medidas que se expresaron en el capítulo anterior, pudiendo implicar incluso

la quita o dación en pago, por lo que afecta de manera sustancial al contrato y a la prestación principal del prestatario.

E) EXCEPTIO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Una mayor problemática se plantea si una vez realizada esta suspensión por parte del prestatario, el prestamista inicia el procedimiento de ejecución hipotecaria ante el impago, mediante el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, o si se quiere oponer directamente esta excepción ante la ejecución planteada.

Sobre este punto, es relevante traer a colación nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (rec. 2962/2012), que, si bien versa sobre un supuesto ajeno a la ejecución hipotecaria, al tratar de la ejecución de títulos no judiciales, **permite que el juez valore de oficio y se alegue por oposición la falta de exigibilidad y liquidez de la deuda:**

*"Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión «...a los solos efectos de la ejecución...», del art. 561 LEC , o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el art. 559.1-3º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que la redacción del art. 564 LEC , y sobre todo el control de oficio que los arts. 549 , 551 y 552 imponen al juez, **llevan a concluir que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los arts. 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda.**"*

Y curioso es respecto de la oposición del ejecutado, que, ante la falta de encaje de estos supuestos de exigibilidad y liquidez de la deuda en alguno de los preceptos de la LEC, el Alto Tribunal lo entiende incorporable al apartado referente a los defectos procesales:

*"Esta oposición del ejecutado, tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el art. 559.1-3º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales y debe seguir considerándose así, pues **aun cuando el artículo se titule «Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales», entre estos han de considerarse comprendidos los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la***

ejecución, como son la falta de nacimiento de la obligación por estar supeditada a una condición suspensiva, su carácter no exigible por no haber vencido todavía o, en fin, la falta de aportación de los documentos que prueben la no iniciación de las obras o la falta de entrega de las viviendas en los casos de ejecución fundada en un aval de la Ley 57/1968."

Parece claro que lo que intenta el Tribunal Supremo con esto es respetar los principios lógicos del procedimiento de ejecución, como es el principio causalista, evitando ejecuciones donde no se den los requisitos de incumplimiento, exigibilidad y liquidez, y permitiendo así la defensa del ejecutado en estos casos.

De este modo, HERRERO PEREZAGUA⁴⁵⁹, recogiendo lo argumentado por MONTERO AROCA, entiende que el artículo 559, aunque no recogido entre los preceptos de la ejecución hipotecaria, es perfectamente aplicable a estos procedimientos, precisamente porque en ningún lugar aparece excluida su aplicación. Asimismo, entiende que tiene cabida dentro de este precepto la falta de alguno de los presupuestos objetivos que condicionan la validez del procedimiento, señalando que carecería de sentido que la ilicitud de la ejecución quedara sanada por la inexistencia de un cauce específico. En igual sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO⁴⁶⁰ entiende que *deben admitirse como causas de oposición, tanto las atinentes a la relación jurídico material, es decir, por motivos de fondo (las previstas en el art. 695 LEC), como las que se refieren a la relación jurídico procesal, es decir, a motivos de forma*, formando parte de estos últimos *los motivos de oposición por defectos procesales (art. 559 LEC) así como la impugnación de las infracciones legales cometidas en el curso de la ejecución (art. 562 LEC).*

Así, como ya hemos mencionado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 02 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012) consideró que cabe el examen de aquellas causas que puedan determinar la procedencia de la ejecución, aun cuando aquella causa no esté comprendida entre las causas de oposición, ya que, de lo contrario, el tener que remitir a un posterior declarativo sería desproporcionado e incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Todo ello pues nos lleva a entender que, aun no existiendo un cauce expreso en el procedimiento de ejecución hipotecaria para alegar este incumplimiento por parte del

⁴⁵⁹ HERRERO PEREZAGUA, Juan F. "Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor". En LERDO DE TEJADA, MURGA FERNÁNDEZ (DIR.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Aranzadi. 2016.

⁴⁶⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS "La STJUE de 14 de marzo de 2013 ..." (*op. Cit.*).

prestamista⁴⁶¹, y por tanto, la inexigibilidad y falta de liquidez de la deuda, **sí que se podría admitir tanto el control de oficio como la alegación de esta inexigibilidad e iliquidez a través del artículo 559 LEC, que sería aplicable igualmente a este tipo de procedimientos, siendo un cauce válido para denunciar este tipo irregularidades sin que deba ser admisible la remisión a un posterior procedimiento declarativo**, ya que ello puede conllevar graves perjuicios, además de ser contrario a la tutela judicial efectiva como ha declarado el Tribunal Constitucional, siendo una cuestión que puede quedar solventada en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria.

De este modo, en un supuesto como el analizado, en el que el prestamista pretende el cobro de un interés superior al debido, podría plantearse si, ante la evidente falta de buena fe del ejecutante, al poderse demostrar la incorrección del tipo de interés pretendido, podría el juez suspender o sobreseer el procedimiento de ejecución. Además, **estos sobreseimientos se han estado produciendo con frecuencia cuando se aprecia la abusividad de la cláusula suelo en un procedimiento de ejecución, pudiéndose compartir los motivos en estos casos.**

Aunque esta decisión de sobreseer el procedimiento de ejecución no es una cuestión pacífica en la jurisprudencia menor ni en la doctrina, y sin entrar en el mayor o menor acierto de esta medida, lo cierto es que diversas Audiencias Provinciales apoyan esta tesis, constituyendo un mecanismo de garantía para los prestatarios, que pueden ver paliado en cierto modo esa indefensión que se genera en estos procedimientos de ejecución hipotecaria. **Argumentan los Tribunales a favor de esta tesis que el interés remuneratorio determina la cantidad a pagar, que es lo que determinó la resolución anticipada; asimismo, se determina la iliquidez e inexigibilidad de la deuda una vez se demuestra que el interés aplicado no es el correcto.** Así, la Audiencia Provincial de Las Palmas, mediante Auto de 25 de Enero de 2017 (rec. 287/2016), acuerda el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por esta falta de liquidez y exigencia, amparándose a su vez en lo determinado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (rec. 2962/2012) anteriormente mencionada, en donde se permitía la oposición y control de oficio de la inexigibilidad e

⁴⁶¹ En el examen de los motivos de oposición existente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, a efectos de poder usar alguno de los previstos para el presente caso, el único motivo quizás oponible ante el inicio de dicho procedimiento podría ser, como anteriormente mencionamos respecto al incumplimiento del Código de Buenas Prácticas, la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 695.1.2º, referente al error en la cuantía exigible, si bien teniendo en cuenta que el propio artículo en su apartado 2º determina que dicha oposición no justificará la suspensión, sino que proseguirá por la cuantía correcta.

iliquidez de la deuda —aunque referido al procedimiento de ejecución de títulos no judiciales—⁴⁶².

A modo de ejemplo, e incidiendo en la importancia de la liquidación y el pago de los intereses por parte del deudor como su prestación principal, al constituir el precio, señala el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de Mayo de 2017 (rec. 124/2016) los razonamientos seguidos por el juzgado de primera instancia número 2 de Antequera, donde expone:

*“Debiendo tenerse en cuenta que una cláusula suelo es determinante del precio, pues establece la remuneración que el prestatario debe abonar al prestamista, de forma que éste ha dado por vencido el préstamo en virtud de que el ejecutado ha dejado de pagar cantidades que habían sido calculadas conforme a una cláusula ineficaz (por no superar en el caso concreto el control de transparencia). **La liquidación que sirve de fundamento a la ejecución es, por ello, incorrecta. Incorrección que afecta al precio y a las cuotas cuyo impago determina el procedimiento de ejecución.** Y es, en suma, que la nulidad de una cláusula suelo provoca la pérdida de virtualidad jurídica del incumplimiento que da lugar al vencimiento anticipado y al ejercicio de la acción ejecutiva. Por ello, **si la ley exige que se notifique al prestatario una liquidación correcta y no viciada por una cláusula nula que afecta a un elemento esencial de la obligación como es el precio (interés remuneratorio), la consecuencia debe de ser acordar el sobreseimiento de la ejecución y no únicamente una subsanación de lo indebidamente liquidado por vía de su inaplicación o de un nuevo cálculo de lo adeudado, teniendo en cuenta la nulidad apreciada”;***

Y continúa añadiendo dicha Audiencia que además habría que tener en cuenta no sólo la cuantía en que se excede en la petición, sino la existencia de compensación, por las cantidades cobradas de más por el prestamista, y sin que sea admisible la realización del recálculo dentro del procedimiento de ejecución:

“Eso afecta a la cantidad adeudada, que justificaría el inicio de la ejecución hipotecaria, porque habrá que determinar nuevamente el importe de la

⁴⁶² Recoge asimismo este AAP de Las Palmas que esta falta de previsión del error en la cuantía como motivo de oposición determina el sobreseimiento del procedimiento *“La realización de una nueva liquidación o recálculo, por otro lado, carecería de trámite específico de oposición (ya respecto de los intereses, ya respecto de las cantidades a compensar) a en caso de discrepancia entre las partes.*

Razones que obligan a acordar el sobreseimiento de la ejecución, por afectar de manera muy relevante al fundamento de la ejecución. Con la consecuencia legal de condena en costas de la instancia a la parte ejecutante.”

deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, **y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo.** No basta para conocer la existencia o importe de la deuda con una simple operación matemática con un tipo diferente. **La realización de una nueva liquidación o recálculo, por otro lado, carecería de trámite específico de oposición** (ya respecto de los intereses, ya respecto de las cantidades a compensar), en caso de discrepancia entre las partes. En definitiva, la liquidación de lo debido y, por consecuencia, el requerimiento de pago al deudor y el despacho de ejecución, se han realizado también sobre la base de tal cláusula declarada nula en el auto ahora revisado, y por ello la nulidad de la misma afecta del mismo modo al fundamento de la propia ejecución, tal y como prevé el artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no se trata simplemente de dejar de aplicar la cláusula nula, pues se continuaría adelante con una ejecución despachada por un importe calculado sobre cláusula abusiva, lo que impediría que el deudor pueda evitar el seguimiento del proceso atendiendo al requerimiento de pago, ya que éste se formula sobre la base de una liquidación que se efectúa aplicando cláusulas abusivas. Debe tenerse en cuenta que **el requerimiento de pago no es una mera fórmula**, es un requisito que brinda al deudor la posibilidad de evitar la continuación del litigio, tal y como resulta de los artículos 686 y 583 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por ello la nulidad de las cláusulas abusivas hace ineficaz el requerimiento de pago, de tal manera que **es el propio fundamento de la ejecución el que queda con ello comprometido por la abusividad.**"

Por lo que parece claro la aplicabilidad de esta interpretación al supuesto que estamos tratando. En este supuesto no estamos ante una cláusula abusiva que determina un tipo de interés incorrecto, sino ante un **comportamiento del prestamista —que podríamos denominar "comportamiento o práctica abusiva"—, que aplicó un tipo de interés que no era el que correspondía, quedando así comprometida la liquidación efectuada, el requerimiento, y el propio fundamento de la ejecución.**

Y recordar que a todo ello habría que sumar el hecho de que en el importe total requerido igualmente se encuentra una cuantía por intereses moratorios, que como se ha expuesto, igualmente serían indebidos, no ya sólo porque se ha calculado sobre una cuantía errónea de base, sino porque al provenir el impago por el incumplimiento del prestamista, no se pueden devengar estos intereses.

Por último, aparte de esta medida de defensa y oposición en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria, la única solución que quedaría sería acudir a un procedimiento declarativo, como permite el 698, en el que discutir acerca de la

inexigencia de la obligación, así como obligar al prestamista al correcto cumplimiento, aunque como es conocido, este **procedimiento declarativo no produce la suspensión de la ejecución**, disponiendo dicho precepto que *“Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.”*, entendiéndose por los tribunales que tampoco se puede solicitar en el procedimiento declarativo medidas cautelares que suspendan la ejecución⁴⁶³.

Consideramos, no obstante, que esta posibilidad de tener que acudir a un declarativo paralelamente no debería de ser lo habitual, por motivos de eficacia y de economía procesal, ya que esto provoca un doble procedimiento, pudiendo provocar en estos casos graves perjuicios derivados del procedimiento ejecutivo, teniendo en cuenta que el bien afectado en estos casos suele ser la vivienda habitual, y afectándose así a la tutela judicial efectiva, tal y como argumentó el TC en la STC de 3 de marzo de 2015 antes mencionada.

De hecho, respecto al procedimiento cambiario, con la nueva regulación de la LEC, el Tribunal Supremo ha cambiado la interpretación anteriormente existente, admitiendo la utilización de la *exceptio non adimpleti contractus* en dicho procedimiento, evitando así lo que denomina el *"inutilis circuitus"*, que es lo que acabamos de criticar. De este modo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (rec. 228/2007) se expone:

*"En definitiva, del tenor literal del precepto surge que la alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma completa y total cuando se superponen en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, inter partes las excepciones extracambiarias son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, **suprimiendo el "inutilis circuitus" que resultaría de condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente, se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad de todo lo actuado en el primero.**"*

⁴⁶³ Así: AAP Madrid de 2 de junio de 2014 (rec. 120/2014), AAP Tarragona de 12 de julio de 2018 (rec. 272/2018), SAP Málaga 21 de diciembre de 2018 (rec. 1140/2017).

Por ello, lo deseable es que se produzca una reforma de este procedimiento de ejecución hipotecaria, tal y como lo tenemos configurado en nuestro ordenamiento, debiendo permitir en el mismo la plena defensa del ejecutado, evitando así situaciones manifiestamente injustas como hemos visto. Una posible solución sería la admisión en el procedimiento declarativo de la medida cautelar de suspensión del procedimiento ejecutivo, en el que, como toda medida cautelar, el ejecutado debería de acreditar una “apariencia de buen derecho”, hecho que evitaría así el uso abusivo de esta facultad de suspensión, permitiendo que se paralice dicha ejecución cuando realmente exista causas que la amparen.

CAPÍTULO III.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA TRAS LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

I.-OBLIGACIONES TRAS LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO

Sumario: a) Obligación a emitir el certificado de cancelación gratuitamente. b) Obligación de cancelar los seguros vinculados al préstamo. c) Obligación de conservar la documentación contractual. d) Obligación de atender las consultas, quejas y reclamaciones.

Una vez se completa la devolución del préstamo hipotecario con sus respectivos intereses por parte del prestatario, se entiende producida la finalización del contrato. No obstante, sigue existiendo una serie de actuaciones de obligado cumplimiento por parte del prestamista, que traen causa en el propio contrato:

a).- En primer lugar, tenemos que destacar que la entidad está **obligada a emitir el certificado de cancelación gratuitamente.** Así, una vez abonado el préstamo por el prestatario, el prestamista debe emitir el llamado “certificado de deuda cero” sin ningún coste para el prestatario, ni tampoco por la necesaria asistencia a la notaría para tal cancelación. Así lo viene entendiendo de manera reiterada el Banco de España, recogiendo en la Memoria que *“Según el artículo 82 del texto refundido de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con los criterios de buenas prácticas bancarias, el DCMR considera que las entidades no están legitimadas para el cobro de importe alguno por la simple emisión de un certificado de cancelación económica de la deuda ni, alternativamente, por su comparecencia en notaría si la declaración de cancelación de aquella se incorpora en escritura pública.”*

Igualmente recuerda este organismo que los clientes pueden llevar a cabo por sí mismo las **gestiones notariales y de registro** que se requieran, una vez obtenido el certificado de haberse pagado la deuda, por lo que **igualmente únicamente podrán cobrarse comisión por estos servicios de gestión si así lo solicita el cliente**, una vez haya sido informado por la entidad de la posibilidad de ejercer dichos trámites por él mismo, o a través de la propia entidad, y en este último caso, informado de los gastos que conllevaría, y siempre y cuando el cliente lo acepte de manera previa.

b).- En segundo lugar, la entidad está **obligada a de cancelar los seguros vinculados al préstamo.** De este modo, una vez concluido el contrato de préstamo y abonado el mismo, la entidad está obligada a dar por terminado los seguros que se hayan contratado de manera vinculada o combinada con el préstamo hipotecario y para su seguridad, estableciendo el Banco de España en su Memoria de reclamaciones de

2018 que *“Igualmente, se considera una mala práctica bancaria que las entidades consientan en mantener contratados los seguros suscritos simultáneamente a la formalización del préstamo tiempo después de haber cancelado este, permaneciendo durante dicho tiempo como primer beneficiario de la cobertura, pese a que se habían extinguido sus derechos y obligaciones como acreedor, sin advertir de estas circunstancias a su cliente.”*

Esto aparece recogido expresamente en el artículo 23 de la Ley 5/2019, en lo que respecta al reembolso anticipado, donde consta que en estos supuestos se extinguirá el contrato de seguro “accesorio” al del préstamo *–aquel que haya sido ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo con la finalidad de cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso del mismo–* en el que el prestamista es el beneficiario, salvo que el prestatario comunique expresamente a la compañía aseguradora su deseo de que el contrato de seguro mantenga su vigencia, designando para ello un nuevo beneficiario, teniendo derecho el prestatario al extorno de la parte de prima no consumida por parte de quien la percibió.

c).- **Obligación de conservar la documentación contractual.** La Disposición Adicional 4ª de la Ley 5/2019 impone el **deber de conservar por un tiempo mínimo de 6 años desde la terminación del contrato los documentos precontractuales**⁴⁶⁴ que acrediten el cumplimiento de la normativa, tanto relativos al préstamo hipotecario como de los productos o servicios vinculados o combinados, notificando al prestatario transcurrido este plazo su derecho a recibir esta documentación.

Este plazo de 6 años ya se recogía con carácter general en el art. 30 del Código de Comercio, donde estipula que *“Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales.”*

Por lo tanto, hay que entender que dicha obligación de conservación documental debe ir referido a **todo documento contractual relacionado con el desarrollo del contrato** de préstamo hipotecario, ya se haya producido con anterioridad o durante su vigencia, de modo que la entidad pueda acreditar la correcta actuación y

⁴⁶⁴ La Ley 3/2016, de 9 de junio de Andalucía preveía esta obligación de conservar la documentación, con un plazo de 4 años en vez de 6, aunque a diferencia de esta norma, añadía además la obligación de conservar esta documentación también por 4 años desde la entrega de la información personalizada, si el préstamo no llegaba a formalizarse.

desenvolvimiento del contrato en todo momento, tal y como se exige por la jurisprudencia.

Y, además, conforme a esta consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el transcurso de dicho plazo de 6 años del art. 30 Cdc no va a suponer una exoneración de la entidad de tener que acreditar los hechos que les correspondan —en igual sentido sería aplicable a lo dispuesto en la DA 4ª de la Ley 5/2019—. Así, ya en la STS de 24 de marzo de 2006 (rec. 3073/1999) fijó:

“Como ha dicho la Sentencia de 14 de noviembre de 2001 — rec. 2287/1996—, el precepto invocado [referido al art. 30 CdC] no puede producir una dispensa general de prueba que beneficie a la entidad financiera. Esta norma, dice la Sentencia, “se limita a establecer un período mínimo de tiempo durante el cual, en atención a intereses de carácter general (de los acreedores, de los trabajadores al servicio del empresario, de carácter fiscal...) ha de conservar el comerciante los documentos que se hayan ido generando durante el desarrollo de su actividad. Pero en modo alguno le releva de la carga de conservar, en su propio interés, toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de sus derechos y de las obligaciones que le incumben, al menos durante el período en que - a tenor de las normas sobre prescripción - pueda resultar conveniente promover el ejercicio de los primeros, o sea posible que le llegue a ser exigido el cumplimiento de las segundas”.”

Doctrina jurisprudencial que ha sido reiterada en posteriores sentencias, entre las más recientes, la de 24 de abril de 2019 (rec. 2242/2016), donde añade que, la no conservación de la documentación por el transcurso de los 6 años, en ningún caso puede suponer una confianza en la entidad de que el cliente no va a reclamar, recordando el deber de conservar la documentación tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés, recogiendo la doctrina mencionada⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Recoge dicha Sentencia: “Por otra parte, las continuas alegaciones efectuadas por la entidad demandada a lo largo del proceso acerca de que, dado el tiempo transcurrido, no conservaba documentación referida a la operación contractual litigiosa tampoco pueden ser valoradas como indiciarias de una actuación del Banco coherente con la confianza suscitada de que el cliente no iba a reclamar. De acuerdo con la doctrina de esta sala, es carga de la entidad conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de sus derechos o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones (sentencias 1046/2001, de 14 de noviembre , y 277/2006, de 24 de marzo). De esta carga se han venido

Esta doctrina jurisprudencial es recogida por el *Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera*, que, tras recoger en su artículo 24 que “*Las entidades de pago conservarán todos los documentos necesarios a efectos del presente Título durante, al menos, seis años, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la Unión Europea aplicables.*”, expresa en su artículo 44 apartado cuarto:

“4. El proveedor de servicios de pago conservará la documentación y los registros que le permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Título y sus disposiciones de desarrollo y las facilitará al usuario en el caso de que así le sea solicitado, durante, al menos, seis años. No obstante, el proveedor de servicios de pago conservará la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción puedan resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o de la Unión Europea aplicables.”

Aunque cierto es que esta doctrina puede plantear el problema de hasta cuándo deben conservar dicha documentación las entidades. El hecho de que se hiciese alusión a la prescripción, por parte del Tribunal Supremo en las sentencias originarias, hacía así referencia a que al menos se conservasen durante 15 años tras la terminación del contrato. Al cambiarse el tenor del art. 1964 Cc por un plazo de cinco años, el plazo determinante sería el que señala la normativa —al ser superior— de seis años, aunque cabe cuestionar si es suficiente. El problema se plantea, fundamentalmente, con la posible nulidad por abusiva —especialmente en los casos en que concurra falta de

haciendo eco durante años las propias Memorias de Reclamaciones del Banco de España, reiterando el criterio sentado con anterioridad en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España.”

transparencia, siendo esencial la acreditación de la documentación y su contenido—, en donde como se verá con posterioridad, la reclamación puede ser imprescriptible.

De este modo, puede ser común que se planteen reclamaciones transcurrido el plazo de 6 años desde que se concluyó el contrato, derivado de una acción de nulidad de pleno derecho —como puede ser por no superar el control de transparencia o abusividad—, y, especialmente, en un asunto tan cambiante y donde surgen constantes cuestiones jurisprudenciales como es el caso del préstamo hipotecario, donde además, debido a que la mayoría de las cuestiones son remitidas al TJUE —a las que posteriormente el TS debe adecuarse y adoptar su postura—, es frecuente que transcurran una serie de años antes de concretar las cuestiones objeto de reclamación.

De este modo, resulta difícil determinar un tiempo concreto ante tal situación. Quizás podría plantearse que, si se estimaba anteriormente la necesidad de conservar la documentación por un plazo de 15 años, igualmente las entidades deberían al menos conservar la documentación durante ese plazo, o incluso un tiempo superior, teniendo en cuenta además la facilidad de almacenamiento existente en la actualidad a través de la digitalización de los documentos y su archivo en soporte electrónico.

d).- Continúa la **obligación de atender a las consultas, quejas y reclamaciones** que traigan causa en el contrato de préstamo hipotecario. Así pueden surgir dudas de ciertas cantidades cobradas, ya sea durante la vida del préstamo, o con motivo de la cancelación anticipada, debiendo la entidad responder y resolver todas las cuestiones que se le planteen, debiendo actuar con la debida diligencia, y siguiendo sometida en su actuación a la supervisión del Banco de España.

Relacionado con ello está la referida obligación anteriormente descrita respecto a la conservación de la documentación contractual, de modo que la entidad pueda justificar y acreditar las cuestiones que se susciten.

Asimismo, la entidad tiene la obligación de subsanar los errores que hayan ocurrido en el préstamo hipotecario, y que tengan incidencia igualmente una vez terminado éste, ya haya sido detectado por la propia entidad o a través de manifestaciones del cliente, teniendo especial relevancia aquellos casos en que con posterioridad se declara o reconoce la nulidad de alguna cláusula del contrato con incidencia en lo abonado, que igualmente deben ser resueltas por la entidad prestamista con la diligencia debida, debiendo de proceder al recálculo del préstamo hipotecario en los casos necesarios y abonando todas aquellas cantidades que pudiera haber sido cobradas en exceso, debiendo ser igualmente estas cantidades actualizadas al momento del abono.

En este último apartado nos centraremos, por su actualidad e importancia práctica, ya que las entidades suelen incumplir sus obligaciones al respecto, alegando en estos supuestos el hecho de que el contrato está cancelado, el retraso desleal en el ejercicio de la reclamación, la caducidad, o la prescripción de las acciones.

II.- ESPECIAL REFERENCIA A LA ATENCIÓN DE RECLAMACIONES Y PETICIÓN DE NULIDAD

Sumario: A) CANCELACIÓN DEL CONTRATO Y RETRASO DESLEAL.; B) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. C) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

A) CANCELACIÓN DEL CONTRATO Y RETRASO DESLEAL

El hecho de que se haya concluido el contrato previamente a realizar cualquier tipo de reclamación no va a impedir que se puedan ejercitar las acciones que competen al prestatario, como puede ser la nulidad, anulabilidad, o la reclamación de cuantías debidas, así como la indemnización de daños y perjuicios.

De este modo lo recoge la SAP de las Islas Baleares de 30 de mayo de 2019 (rec. 247/2019), donde expone que *“no cabe equiparar la extinción contractual con la aplicación de la cosa juzgada, y tal extinción a instancia de los consumidores prestatarios no implica la renuncia del ejercicio por los mismos a una acción de nulidad que es imprescriptible, o al ejercicio de los derechos que como tales consumidores les atribuye la normativa vigente. La tesis mantenida por la entidad demandada supone un motivo de extinción de los derechos del consumidor no previstos en norma alguna y contraria a las directrices recogida en la doctrina del TJUE antes expuesta”*.

Otros Tribunales, como la Audiencia Provincial de Albacete en su Sentencia de 13 de mayo de 2019 (rec. 771/2018), justifican la posibilidad de anular las cláusulas del contrato con posterioridad a su extinción en base al artículo 1.301 del Código Civil, que, para establecer *el momento de inicio del cómputo de la acción de nulidad por error, o dolo, o falsedad de la causa, lo hace coincidir con el de la consumación del contrato, es decir, con la fecha de cumplimiento o agotamiento de sus efectos*. Y matiza lo anterior señalando que esta alusión al precepto no se realiza porque vaya dirigida únicamente a los casos de anulabilidad del 1.301, sino que *“es una norma que evidencia que es posible declarar la nulidad de un contrato ya cumplido”*, por lo que entiende que dicho

precepto autoriza que en un contrato ya consumado puedan cancelarse todas o algunas de sus cláusulas, aunque se encuentre cancelado, de modo que como decimos, nada obsta a que una vez concluido el contrato se puedan reclamar los extremos indicados.

Y en igual sentido se ha pronunciado el TS en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (rec. 2017/2017): *“No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa”*

El límite se encontraría en las reglas generales de la prescripción y caducidad, que a su vez tendría su excepción en el retraso desleal en el ejercicio de los derechos. Ello es así ya que debido al amplio lapso de tiempo existente en las diferentes modalidades —como puede ser la nulidad imprescriptible, reclamación sujeta a prescripción o caducidad, cuestiones que serán analizadas seguidamente— las entidades, conocedoras de esta situación, intentan defenderse alegando el retraso desleal del prestatario al ejercitar sus derechos, denunciando que durante toda la vida del préstamo no se objetó nada, ni incluso con posterioridad al mismo, por lo que no es procedente que transcurrido una serie de años desde la extinción, se pretenda reclamar la nulidad, error, o cuantía alguna.

A pesar de los intentos de justificar tal situación de deslealtad, difícilmente prosperarán dichas alegaciones, y las entidades tendrán que cumplir con su obligación de atender lo pedido.

Y ello es así ya que el mero cumplimiento del prestatario de sus obligaciones no va a suponer una convalidación de aquellos vicios o nulidades que puedan existir en el contrato, y difícilmente se va a entender que el deudor ha creado en la entidad la confianza de que no iba a reclamar dichas cuestiones.

Muy ilustrativo resulta lo expuesto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de noviembre de 2017 (rec. 806/2016), recogido también por otras Audiencias Provinciales como la AP de la Rioja en su Sentencia de 12 de abril de 2019 (rec. 524/2018), que recogemos por su claridad:

"Por de pronto, debe quedar ya excluido todo argumento que tienda a hacer del paso del tiempo - donde no hay ni prescripción ni caducidad - un efecto sanador del abuso bancario. El silencio y quietud del consumidor no responden sino a actitud basada en el desconocimiento del ilícito proceder del banco. No tiene sentido que el mero lapso del tiempo haga que la buena fe con que los prestatarios acatan la cláusula haya de volverse en

su contra, de tal modo que aniquile su derecho, con beneficio y recompensa de quien abusó de su confianza. Sin duda, los clientes asumieron los términos de una cláusula en el desconocimiento de que los gastos a que la misma se refieren no tenían que ser soportados por ellos. O incluso, aun conociendo quien era el verdadero obligado al pago, se vieron forzados y empujados a la aceptación de la cláusula por su desigual y asimétrica posición en el contrato, desde la que tenían obstaculizada, cuando no virtualmente vedada, toda negociación, dada su evidente inferioridad frente a la preeminencia de la entidad financiera. El cliente reacciona cuando los tribunales declaran abusiva tal práctica bancaria. De seguro que, si los prestatarios tuviesen capacidad de negociación en plano de igualdad, no hubiesen asumido voluntariamente un quebranto económico tan improcedente como indeseado".

Por lo tanto, a la hora de atender a las reclamaciones realizadas por los antiguos prestatarios, sólo se debería atender a las reglas generales de prescripción y caducidad, y no alegar una mala fe o retraso desleal en el ejercicio de sus derechos⁴⁶⁶, ya que como manifiesta el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2013 (rec. 2008/2011), para la aplicación de la doctrina del retraso desleal *es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002, recurso n.º 901/1997)», requiriéndose que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, por lo que no resulta probable que se pueda dar este caso a favor del prestamista* ⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ No obstante, la SAP de Valladolid de 29 de enero de 2019 (recurso 407/2018), tras argumentar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, deja abierta esta posibilidad: *"No obstante, podría matizarse lo anterior en aquellos supuestos en los que se hubiera ejercitado de forma desleal la pretensión (doctrina del retraso desleal), o incluso el abuso de derecho, respecto de aquellas hipotecas que lleven tiempo canceladas y liquidadas, lo que no se observa en el caso que nos ocupa."* No obstante, en atención a los argumentos expuestos en este trabajo y a la cambiante situación de los órganos judiciales, entendemos complicado que, hoy día —siquiera en un corto o medio plazo—, pueda prosperar este retraso desleal o abuso del derecho, habiendo de estar en todo caso al análisis del caso concreto, siendo esta limitación de carácter restrictivo a favor de la tutela judicial efectiva.

⁴⁶⁷ De manera contraria, sí se ha entendido que puede existir retraso desleal por parte del prestamista cuando es éste el que ejercita tardíamente la reclamación por el resto de la deuda no satisfecha tras el procedimiento de ejecución hipotecaria, como en el caso analizado por la STS de 12 de diciembre de 2011, en donde la entidad, tras 17 años de inactividad desde el procedimiento de ejecución que finalizó con una dación en pago de parte de la deuda, pretendía reactivar la ejecución por el resto. La diferencia puede ser vista en el sentido de que la entidad tiene ya el derecho reconocido y los conocimientos

B) PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN⁴⁶⁸.

Una de las alegaciones más recurrentes, para no cumplir con lo solicitado por el antiguo prestatario, es la prescripción de la acción, especialmente cuando se solicita la nulidad de alguna cláusula con efectos restitutorios.

A pesar de lo común de la situación, no está exenta de polémicas⁴⁶⁹, y hoy en día nos podemos encontrar con interpretaciones diversas en la jurisprudencia menor, especialmente derivado de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, echando en falta algún pronunciamiento del Tribunal Supremo que ponga claridad y seguridad jurídica en la materia.

Así, aunque la gran mayoría de la doctrina y de esta jurisprudencia menor entiende que la acción de nulidad es imprescriptible⁴⁷⁰, al encontrarnos ante un supuesto de nulidad absoluta, radical y de pleno derecho, no existe unanimidad con la restitución de las cantidades debidas por dicha declaración de nulidad.

necesarios para ejercitarlos, pero, sin embargo, no lo lleva a cabo durante un largo periodo de tiempo creando la confianza de que no lo ejercitará en la otra parte. Sin embargo, en el caso típico de los prestatarios, éstos desconocen si tienen o no derecho a la reclamación, que en la mayoría de los casos requerirá un pronunciamiento judicial previo que será incierto, con el coste que conllevan estos procedimientos, lo que unido a las novedades en las decisiones jurisprudenciales y los continuos cambios en la materia, hacen que tales situaciones no sean comparables con la anteriormente expresada del prestamista.

⁴⁶⁸ Partimos en este trabajo de la consideración, aceptada por la mayoría de doctrina y la jurisprudencia, de que el plazo del artículo 1964 Cc es de prescripción, mientras que los supuestos de anulabilidad y plazos previstos en los artículos 1301 y 1302 Cc son de caducidad. Para un estudio de la diferente consideración que ha dado la doctrina a los supuestos de anulabilidad puede consultarse CAÑIZARES LASO, ANA “La caducidad de los derechos y acciones” Madrid. Civitas, 2001. ISBN 84-470; y “Anulabilidad de los contratos y caducidad del plazo” en el blog *Almacén de Derecho*. 10 de febrero de 2018. Para la autora, llega a la conclusión de que prescriben las pretensiones y caducan los derechos potestativos.

⁴⁶⁹ Un estudio sobre los plazos de prescripción y caducidad, y de la evolución mantenida por la jurisprudencia puede verse en CAÑIZARES LASO, ANA “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el dies a quo.” *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 5, Nº. 4 (octubre-diciembre, 2018), 2018

⁴⁷⁰ En contra de esta consideración, PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid : Civitas, 1997. Propone el autor: “*Debajo del problema de la prescripción extintiva de la nulidad subyacen cuestiones de gran complejidad y heterogeneidad que se han resistido siempre a someterse al dogma de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. A falta de una norma expresa (...) las justificaciones que de ordinario se ofrecen para este dogma no son en absoluto convincentes. Mas bien, por el contrario, es preciso concluir que siempre que sea necesaria la acción para que un contrato pueda ser considerado jurídicamente como nulo, la nulidad estará sujeto al límite temporal de la prescripción, por exigirlo así (...), la seguridad jurídica.*” Idea que reitera en “*La acción de nulidad sí prescribe*” *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, ISSN-e 1699-3500, Nº. 1, 2006

De este modo, determinados autores entienden que dicha restitución es una consecuencia de la acción de nulidad, no siendo una acción independiente⁴⁷¹. En contra, otros autores han defendido el carácter autónomo de la acción restitutoria en virtud del artículo 1.303 Cc, siendo así esta acción, a diferencia de la declaración de nulidad, prescriptible⁴⁷². Misma discrepancia la encontramos en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales como veremos a continuación.

La SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2019 (rec. 552/2018), en defensa de esta diferenciación de acciones, señala que ya la STS de 27 de febrero de 1964 se pronunció en este sentido, descartando que las acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles, aunque no exista una uniformidad jurisprudencial en dicho sentido, y señalando como ejemplo la STS de 25 de marzo de 2013 (rec. 1810/2010), aunque en este caso era un supuesto de nulidad absoluta por simulación, y no de nulidad por infracción de norma imperativa.

Y dentro de este último grupo que defiende la autonomía de las acciones, la gran mayoría entiende que nos encontramos ante el plazo de prescripción del art. 1964, que actualmente es de 5 años —siendo dicho plazo de 15 años con anterioridad de la reforma de la Ley 42/2015⁴⁷³, con los efectos para las relaciones existentes reflejados en la DT 5ª de dicha Ley—. ⁴⁷⁴

A pesar de que esta postura de diferenciar la acción de nulidad de la de reclamación de cantidad parece ser, según se observa en las resoluciones judiciales, que es la que predomina en los juzgados y tribunales, se discrepa a su vez de cuál es el *dies a quo* para empezar a contar el plazo.

⁴⁷¹ Entre otros, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L, "La anulabilidad de los contratos", en *Estudios homenaje a Lacruz Verdejo*, Barcelona, 1993

⁴⁷² Entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Comentario al art. 1.303 CC" , en ALBADALEJO GARCÍA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. tomo XVII, vol 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1981.

⁴⁷³ Un análisis de las reformas legales de los plazos de prescripción y caducidad, y de la evolución mantenida por la jurisprudencia, puede verse en CAÑIZARES LASO, ANA "Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el dies a quo." *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, Nº. 4 (octubre-diciembre, 2018), 2018

⁴⁷⁴ En contra de la aplicación de este plazo, CARRASCO PERERA, A., "La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado", publicación electrónica del *Centro de Estudios de Consumo*. 10 de marzo de 2017. Entiende este autor que nos encontramos ante el plazo de 4 años del 1301, que entiende de prescripción, siendo aplicable a los supuestos de falta de transparencia, ya que los identifica con el vicio del consentimiento.

En el caso de los gastos de constitución de préstamo hipotecario es donde se puede apreciar estas discrepancias, encontrándonos con las siguientes posturas, que exponemos a continuación, para finalmente realizar unas reflexiones sobre el conjunto de las mismas:

1.-Un grupo de sentencias entienden que el *dies a quo* empieza a **contar desde el momento en que se efectuaron los pagos**, como son las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de marzo 2019 (rec. 269/2018), SAP de Barcelona de 21 de enero de 2019 (rec. 1264/2017), SAP de Valencia de 1 de febrero de 2018 (rec. 1227/2017), SAP Islas Baleares de 17 de mayo de 2019 (rec. 130/2019), o la SAP de Murcia de 10 de enero de 2019 (rec. 1070/2018) —esta última con Voto Particular en contra a favor del cómputo desde la declaración de nulidad—, y ello en base a varias razones:

-El plazo empieza a correr desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, conforme al 1969, que ha de identificarse con la fecha de los pagos, momento en que la cláusula desplegó y agotó todos sus efectos.

-No se puede computar desde el momento en que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la cláusula, ya que sus sentencias no son fuente del derecho, no es ley ni cambia el ordenamiento, sólo complementa el ordenamiento jurídico. Además, se argumenta que en la propia Sentencia del Supremo ya el juzgado de primera instancia anuló la cláusula, por lo que había consumidores que conocían y podían reclamar tal nulidad previamente.

-Tampoco sería admisible que empezara a contar desde su declaración de nulidad, porque el hecho de que se produzca esta declaración nada quita ni pone a la acción de restitución, ya que la declaración de nulidad no es necesaria al encontrarnos ante una nulidad de pleno derecho, que nace a la par que la cláusula. De lo contrario, sería convertir la acción de reclamación también en imprescriptible.

Tendríamos que añadir que, aunque no se suele entrar a valorar en estas sentencias cuándo se entiende satisfecho el abono referente a los gastos de constitución, entendemos que debería quedar fijados por la fecha de las facturas de los diferentes servicios llevados a cabo, que es cuando se supone llevado a cabo las prestaciones correspondientes, sin que se deba tener en cuenta la fecha anterior por la que se entregaron cantidades a cuenta de manera a la entidad o gestoría, práctica habitual, ya que en estos casos se entrega una cantidad a tanto alzado, siendo un adelanto de los gastos concretos que se determinarán posteriormente.

2.- Un segundo grupo entiende que **el plazo empezaría a contar desde la Sentencia del Tribunal Supremo** que determinó la nulidad de los gastos.

Entienden que, partiendo igualmente del 1969 en donde el plazo empieza a contar desde que pudieron ejercitarse, es con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo declarando la nulidad de este tipo de cláusulas cuando los consumidores toman conciencia de la posibilidad de reclamar estos hechos, empezando por ello en este momento el plazo.

No entienden aplicable la postura anterior de tomar el *dies a quo* desde que se pagaron los gastos, ya que en ese momento no conocía el consumidor la nulidad de las cláusulas, ni las acciones que de ello derivan.

De partir en el momento del abono de los gastos, dejaría al consumidor en una situación de indefensión si ha transcurrido el plazo de 15 años, obteniendo en esos casos una victoria pírrica en la que obtienen una declaración de nulidad estéril o inocua, ya que no se recibiría contenido económico alguno.

Tampoco optan por tomar el punto de partida en la declaración de abusividad, porque comportaría “de facto” una acción de enriquecimiento injusto imprescriptible, no siendo la solución adoptada por el derecho interno.

Aun así, se discrepa de qué sentencia debe servir de punto de partida. Algunos consideran que es la STS de 23 de diciembre de 2015 (rec. 2658/2013), como la SAP de Girona de 27 de marzo de 2019 (rec. 1301/2018), por ser donde se declaró abiertamente la nulidad de la cláusula que atribuía todos los gastos al consumidor en los préstamos hipotecarios, y otros como la SAP Lugo de 2 de mayo de 2019 (rec. 619/2018), o la SAP Cáceres de 4 de junio de 2019 (rec. 675/2018) optan por la STS de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017), por ser la sentencia que sienta con plenitud la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos sobre la misma.

3.-Otra vertiente entiende que el ***dies a quo* se produce con la declaración de nulidad** por el órgano judicial. Entre las sentencias nos podemos encontrar esta postura en la SAP Madrid de 8 de mayo de 2018, SAP Vizcaya de 22 de marzo de 2018, SAP La Rioja 21 febrero 2018, o la SAP Lleida 16 de mayo de 2019.

Se argumenta en estos casos que la acción de reclamación no se puede ejercitar hasta que ha sido declarada la nulidad de la cláusula, lo que no sucede hasta que el juez se pronuncia en el procedimiento, por lo que hasta su declaración de nulidad nada podían reclamar los prestatarios precisamente por los propios efectos de la citada disposición contractual, de modo que el plazo no puede empezar a contar hasta que se

produce su declaración de nulidad, pues es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción en virtud del principio de la "actio nata" del 1969 Cc.

Para ello, la SAP de Lleida 16 de mayo de 2019 trae a colación lo dictado por la STS de 22 de mayo de 2008, en donde se argumenta la teoría de la “actio nata”, entendida como el momento en que la acción pueda ejercitarse eficazmente para su total efecto, ya que *“si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo”*.

De este modo, entienden que, si se ejercitare separadamente la acción de nulidad de la restitución, existiría un plazo de 5 años desde dicha declaración de nulidad, para poder ejercitar la restitución de las cuantías.

4.- Por último, recoger la otra corriente antes referida según la cual no estiman que sean acciones independientes, sino **que la restitución va unida a la acción de nulidad**, por lo que no prescribe la acción de restitución. Esta postura es la mantenida por la SAP de Segovia de 13 de mayo de 2019 (rec. 22/2019), la SAP León de 16 de abril de 2018 (rec. 19/2018), o la SAP de Pontevedra de 15 de marzo de 2017 (rec. 622/2016).

Así, entienden que la restitución es un efecto consecuencia de lo declarado por el artículo 1303 del Cc, puesto que la acción de devolver lo percibido nace de la ley.

Igualmente comparten este criterio la SAP Girona de 7 de mayo de 2019 (rec. 505/2018), o la SAP de Cuenca de 2 de mayo de 2019 (rec. 399/2018), quienes añaden igualmente que, de ser en todo caso prescriptible, dicho cómputo no procedería sino desde que se declara la nulidad.

En el asunto de las cláusulas suelos no ha sido tan relevante la adopción de una postura u otra, especialmente debido al carácter de prestación continua en los pagos periódicos de las cuotas, y que en todo caso la mayoría de estas cláusulas suelos empezaron a aplicarse en el cálculo de las cuotas en torno al año 2009 con motivo de la crisis sufrida y la bajada del Euribor, por lo que en ningún caso habrían prescrito los pagos efectuados.

Aun así, podemos encontrar la SAP de Cáceres de 12 de enero de 2018 (rec. 856/2017) que señala en este caso que la reclamación de lo cobrado de más está sujeta al plazo del art. 1964, o la SAP de Albacete de 13 de mayo de 2019 (rec. 771/2018), que establece el mismo plazo de prescripción del art. 1964, fijando el *dies a quo* con la declaración de nulidad.

El Tribunal Supremo, aun sin pronunciarse en sus últimas resoluciones sobre este punto, parece indicar con sus sentencias la postura de que la restitución deriva de la nulidad, no siendo una acción independiente, lo que podría llevar a la no prescripción de la acción de reclamación de cantidades. Así, en la STS de 29 de noviembre de 2018 (rec. 904/2016), casó la Sentencia de la Audiencia Provincial concediendo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de diversas cláusulas, que no habían sido efectivamente pedidos en la demanda –en dicha demanda se solicitó sólo el recálculo de la deuda para el procedimiento de ejecución, careciendo de sentido dicha petición con posterioridad al haber finalizado la ejecución– entendiendo el Tribunal que este efecto restitutorio es una consecuencia *ex lege* de la declaración de nulidad de las cláusulas⁴⁷⁵.

Y en su Sentencia de 2 de junio de 2015 (rec. 1296/2013), recordaba que el art. 1303 *"tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador... evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra"*, argumentando según su Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (rec. 2061/2009) que:

"Por el contrario, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia - sentencias 105/1990 , de 24 de febrero (RJ 1992, 1513) , 120/1992, de 11 de febrero , 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1513) (recurso número 105/1990), 81/2003, de 11 de febrero (RJ 2003, 1004) , 812/2005, de 27 de octubre (RJ 2005, 7356) , 934/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005, 10198) , 473/2006, de 22 de mayo (RJ 2006, 5825) , entre otras -

⁴⁷⁵ Señala el Tribunal: *"Pero, una vez que la sentencia recurrida no estima la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, la consecuencia beneficiosa para los actores, como efecto de la nulidad de las cláusulas abusivas, ya no será el recálculo sino la devolución de lo que se hubiese satisfecho indebidamente por la aplicación de tales cláusulas, pues la actora en ningún momento renunció a las consecuencias ex lege de la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión."*

considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia."

Tal argumentación se reitera en sentencias posteriores como la STS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 2559/2014). Por ello, considerando que los efectos restitutorios son *ex lege*, como una consecuencia directa e inmediata de la norma, apoyaría la tesis de que no son acciones independientes, sino que deriva de la propia nulidad.

-Consideraciones sobre lo expuesto

A raíz de lo expuesto, procede en este punto hacer algunas reflexiones con el fin de poder obtener alguna conclusión. Lo primero que denota todo este asunto es una evidente inseguridad jurídica, nada deseable, con pronunciamientos contradictorios que conllevan efectos muy diversos para el justiciable.

Respecto a la primera postura recogida que sitúa el *dies a quo* en el momento del pago, nos parece que puede dotar de cierta seguridad en el momento del inicio, e impide que las acciones se hagan imprescriptibles o con plazos excesivamente largos, pero, sin embargo, esta postura plantea una serie de inconvenientes. El primero de ellos es la situación que se genera, que puede considerarse "injusta", de excluir efectos restitutorios a determinados consumidores por el hecho de que el TS o el TJUE se haya pronunciado en una fecha demasiado tardía para algunas personas determinadas, comprobando en tales casos cómo pueden obtener una mera sentencia que reconoce la nulidad, pero sin ningún efecto real.

Y es que tenemos que partir del fundamento de la prescripción. Lo que se persigue con esta institución es una respuesta ante la inactividad del que puede ejercitar una acción y no la ejercita, dejando transcurrir un largo lapso de tiempo, hechos que, por motivos de seguridad jurídica y protección de terceros, la ley veta su ejercicio con posterioridad. Este no entendemos que sea el caso en que nos encontramos con el supuesto de la nulidad de las cláusulas en el contrato de préstamo hipotecario, como es por ejemplo el caso de la cláusula de gastos, ya que no parece apropiado entender que dichos consumidores podían sin problema alguno poder reclamar la nulidad y restitución de las diversas cláusulas, por lo que usando la propia terminología del TS en la sentencia de 5 de junio de 2008 (rec. 838/2001), *no se pued(e) reprochar al titular de*

un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo.

Precisamente, esto último es lo que entendemos que ocurre con la nulidad de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario. Normalmente se desconocerá en el momento inicial de la firma del préstamo, o del pago de los gastos en este caso, los hechos que pueden acarrear la nulidad, y cumplirán con su obligación de pago en cumplimiento de lo pactado, que como sabemos, tiene fuerza de ley entre las partes — art. 1901 Cc—. E incluso aunque puedan conocer estos hechos, y en abstracto se pueda considerar que los prestatarios pueden pedir la nulidad de las cláusulas que estimen oportuno, la realidad nos ha demostrado que esto no funciona de este modo, pudiendo tener efectos perniciosos para el consumidor el ejercicio temprano de la acción judicial debido a la disparidad de criterios judiciales que se pueden encontrar en aquellos casos en donde no hay una doctrina consolidada, entrando en juego los efectos de la cosa juzgada, que impide la revisión del caso aunque haya una jurisprudencia asentada con posterioridad.

Por ello, el hecho de que se produzca esta prescripción antes de que efectivamente se pudieran ejercitar eficazmente los derechos, puede suponer una quiebra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la CE, como apunta UREÑA MARTÍNEZ⁴⁷⁶, quien señala que: *“Para el TC la prescripción ha de apreciarse de la forma más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que sería contrario a este derecho que se interpretara el inicio del cómputo en un momento en que el derecho no podía ejercitarse. Si la prescripción ha de interpretarse de la manera más favorable a la tutela judicial efectiva, ¿no se infringiría este mandato, si se admitiera la extinción de un derecho en un momento en que su titular no pudo ejercitarlo por encontrarse imposibilitado ante la inobservancia de una causa suspensiva?”*

Y acerca de esta imposibilidad, podría entenderse estos supuestos en que el consumidor desconoce la posibilidad de reclamación, o no puede ejercitarlo con la debida seguridad y garantías, como ocurre en los casos en donde no hay una jurisprudencia clara al respecto. De modo similar, recuerda UREÑA cómo en el ordenamiento italiano, se prevé en el art. 2941 del Cc la suspensión de la prescripción cuando el acreedor desconoce la posibilidad de reclamación de la deuda por dolo del deudor, hasta que el dolo sea descubierto. Y de modo más claro, la jurisprudencia tradicional francesa, quien ha admitido que la ignorancia del derecho, en ciertos casos,

⁴⁷⁶ UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALEA *“La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil”*. Editorial Comares. Granada. 1997.

pueda constituir una imposibilidad de ejercicio equivalente a la fuerza mayor en supuestos de “justa causa”⁴⁷⁷.

Y de modo similar, esta suspensión aparece recogida en la Propuesta de reforma del Título XVIII del libro IV del Código Civil, llevada a cabo por la Comisión General de Codificación en 2009, donde, tras recoger en el art. 1966 que *las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (...)*, señala en su apartado segundo que *el plazo quedará en suspenso mientras el acreedor no haya podido conocer la identidad del deudor o los hechos que hayan dado lugar al nacimiento del crédito* —suspensión que tendría una duración máxima de 5 años, según el apartado tercero—.

Además, no se puede entender que la nulidad se vaya a conseguir en todo caso, dependiendo de muchos factores —fácticos, jurídicos y jurisprudenciales— que habrán de ser analizado por el juez en el caso concreto, e incluso, en aquellos casos en que se pueda entender que la nulidad está más clara, los efectos de la misma pueden no serlo, como ha ocurrido en el caso de los gastos de formalización.

Por ello, es coherente que los consumidores esperen a que haya una Sentencia del Tribunal Supremo que fije una determinada doctrina, para saber a qué atenerse, ya que las personas en general no tienden a pleitear ante cualquier posible irregularidad, con las consecuencias que eso puede conllevar⁴⁷⁸, y la inseguridad jurídica existente antes de una doctrina unánime, como se ha podido comprobar con la restitución de la cláusula suelo, la validez o no de la comisión de apertura, o los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos, entre otras cuestiones.

Por todo ello, no nos parece la postura más acertada la de computar el plazo desde el momento del pago, sin que se pueda incitar a los consumidores a iniciar procedimientos judiciales por una posible prescripción, cuando no hay una postura jurisprudencial clara acerca de la nulidad de una determinada cláusula o sus efectos.

⁴⁷⁷ UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALEA “La suspensión...”: *La Cour de Cass.civ. exige que la ignorancia del derecho por el acreedor se base en una “justa causa”, Req 27 de enero de 1941, S. 1941.1.7 Gaz Pal 1941 pág. 1238; y sentencia de Cass. Civ. 1ª de 22 de diciembre de 1959, J.C.P. II, 1960 11494, nota de ESMEIN.*

⁴⁷⁸ Véase así el caso de la comisión de apertura, donde tras las discrepancias existentes entre las diversas AAPP —habiendo muchas de ellas que reconocían la nulidad de lagunas de estas cláusulas—, el TS en su Sentencia de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017) ha venido a convalidar este tipo de cláusulas, frustrando así todas las peticiones judiciales pendientes de este asunto al tiempo del dictado de la Sentencia.

De manera similar, resulta interesante recoger las consideraciones de PASQUAU LIAÑO⁴⁷⁹, donde argumenta que “*debe deducirse que el plazo de prescripción no puede comenzar a correr sino desde que tiene sentido ejercitar la acción. Nadie debe sufrir perjuicio por no acudir a los tribunales cuando no es necesario, ni por no hacer reclamaciones extrajudiciales meramente preventivas. (...) la prescripción sólo empezará a correr (...) cuando se den las condiciones para que la parte que resultaría beneficiada de una eventual acción de nulidad deba ejercitar una pretensión judicial, basada en la nulidad del contrato, para remover una situación jurídica que se deriva del contrato supuestamente nulo.*”

*El día en que la acción “pudo ejercitarse” (art. 1.969 CC) no es, pues, el momento en el que se conoce la existencia de una causa de nulidad y subjetivamente es posible acudir al juzgado para pedir que así se declare, sino el momento a partir del cual la situación de hecho exige del titular de la acción la carga de hacer valer la nulidad para corregir el efecto que ha provocado ese contrato (nulo)”*⁴⁸⁰

Respecto a la segunda postura de determinar el inicio del cómputo desde la fecha de la STS que declare la nulidad de ese tipo de cláusulas, tiene la ventaja de que efectivamente llega a los consumidores públicamente y de manera notoria la posible abusividad de las cláusulas, pero igualmente presenta sus inconvenientes. Al igual que el caso anterior, no se puede afirmar que por la existencia de esta sentencia del TS en todos los casos vaya a considerarse la cláusula abusiva, pudiendo variar según las circunstancias del caso concreto —como ocurre con las cláusulas suelos—, y además, aun así surge el problema de determinar qué Sentencia es la que fija realmente el inicio del cómputo, cuestión que no es fácil de determinar.

El ejemplo más claro lo tenemos con el caso de los gastos hipotecarios, donde como hemos señalado anteriormente, algunos tribunales adoptaban como fecha inicial la STS de diciembre de 2015 (rec. 2658/2013), donde se declaraba la nulidad de estas cláusulas, y posteriormente algunos optaron por la de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017) que determinó concretamente el efecto de la nulidad en cuanto al reparto de

⁴⁷⁹ PASQUAU LIAÑO. *La acción de nulidad...* (op.cit.). Se refiere el autor al *dies a quo* de la prescripción de la acción de nulidad, como referimos anteriormente, aunque los fundamentos del *dies a quo* se pueden compartir, al tener el mismo fundamento, con base igualmente en el art.1964 Cc

⁴⁸⁰ Ciertamente es que, posteriormente en el mismo trabajo, PASQUAU señala que, en los contratos de tracto sucesivo, el plazo comienza a correr desde que se ha producido alguno de sus efectos, señalando que, en los contratos de préstamo, empezaría para el prestatario desde el pago de la primera cuota. No obstante, entendemos que esto va referido a préstamos más simples, donde, de los propios efectos derivados del contrato puede hacerse patente la nulidad, cuestión distinta de la complejidad de los préstamos hipotecarios y de los problemas técnicos y jurisprudenciales que lo rodean, como se manifiesta en este trabajo.

los gastos. Nos encontramos así con un escenario algo incierto, donde ciertamente, no consideramos procedente fijar el inicio con una Sentencia como la de diciembre de 2015, donde los efectos son muy dispares entre los diferentes juzgados y Audiencias, por lo que es normal que los consumidores ante tal incertidumbre no se atrevan iniciar el procedimiento judicial.

El efecto que esto conlleva se ha visto manifestado en el caso de las cláusulas suelo y los efectos restitutorios derivados de su nulidad. Aquellos que tras la STS de 2013⁴⁸¹ presentaron la demanda judicial y obtuvieron una sentencia firme con efectos de cosa juzgada, vieron cómo sólo recibían las cuantías a partir de la fecha de la STS, y no desde que se les aplicó la cláusula, y sin embargo, como sabemos, posteriormente el TJUE declaró que la restitución debía ser desde el inicio de la aplicación de la cláusula, sin que todos aquellos consumidores, que podríamos denominar según esta teoría “diligentes” por no demorar su acción, se vieron privados de la restitución de los importes anteriores a la STS de 2013, sufriendo así una pérdida respecto a los que presentaron la demanda con posterioridad a la STJUE, y sin que existan mecanismos que solucionasen dicha situación.

Por ello, como se puede ver, no resulta fácil determinar qué sentencia es la determinante, si la primera que se pronuncia sobre el asunto, o la que aclara algunos extremos con posterioridad, con la dificultad que plantea el hecho de que mayormente suelen quedar algunos flecos o cuestiones no resueltas por el TS, donde se plantearía si realmente se debe computar el plazo desde la STS originaria, o si habría que esperar a que el TS se pronunciase —si es que lo hace— sobre tal extremo no pronunciado originalmente. De este modo, y debido a las incertidumbres que se suscitan en la práctica, y de cómo incluso se puede perjudicar a los que inician la acción judicial tras una STS que se pronuncia sobre el asunto, no se puede reprochar o penalizar con la prescripción a quien espera a tener la seguridad necesaria para iniciar un procedimiento judicial.

En virtud de todo lo anterior, consideramos procedente que, de iniciarse algún plazo prescriptivo para la acción de restitución, deba considerarse éste desde el momento en que se declare en el caso concreto la nulidad de la cláusula. Efectivamente,

⁴⁸¹ Autores como GONZÁLEZ GARCÍA entienden que, dada la notoriedad de esta STS de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), todos los consumidores han podido ejercitar su acción de restitución desde dicho momento, empezando a correr el cómputo desde dicho momento, o incluso con anterioridad si se realizó alguna reclamación extrajudicial previamente. GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La prescripción de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas abusivas” *Diario La Ley*, N° 9048, 2017.

es en este momento, como señala ACHÓN BRUÑÉN⁴⁸², donde surge la acción de reclamación de las cantidades debidas por la aplicación de la cláusula, sin que sea una acción autónoma que se pueda ejercitar sin haberse anulado previamente dicha cláusula, que hasta entonces es de obligado cumplimiento para el prestatario en virtud del contrato.

Así, una vez analizado por el juez el caso concreto y declarada la nulidad, es el momento en que el consumidor es plenamente consciente de la posibilidad de reclamar las cuantías debidas, existiendo de manera indubitada dicha acción⁴⁸³.

Cierto es que esto conlleva el efecto de hacer en la práctica “casi” imprescriptible la acción de restitución, al derivar de la declaración de nulidad que es imprescriptible, y poder ser ejercitada por los consumidores decenas de años después de conocer la posible nulidad de la cláusula, o que numerosos consumidores reclamen cantidades derivadas de préstamos que llevan muchos años extinguidos, con el problema que se puede generar, especialmente para las entidades, de recibir una gran avalancha de casos no sólo de préstamos vigentes, sino ya extintos.

Pero, aun así, en todo caso entendemos que éste debe ser el sentido y el modo de operar de la nulidad en los casos de cláusulas abusivas, salvo que excepcionalmente, y por las circunstancias concurrentes del caso, se pueda acreditar un retraso desleal o un abuso del derecho por parte del consumidor, que como ya indicamos, debe ser interpretado de manera restrictiva. No olvidemos que se trata de un asunto de protección de consumidores, de normas imperativas de orden público, y que la propia Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE han fijado e insistido en la “no vinculación” de este tipo de cláusulas para el consumidor, sin que el transcurso del tiempo por causa no imputable al consumidor, como es la falta de jurisprudencia clara o notoriedad pública de una situación, pueda conllevar perjuicios al consumidor que se ha limitado a cumplir con lo pactado.

⁴⁸² ACHÓN BRUÑÉN, MJ “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario” *Diario La Ley*, Nº 9356, 2019; “La hipoteca y el procedimiento hipotecario- 443 preguntas y respuestas. Novedades tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario” Editorial Sepin. 2019.

⁴⁸³ Así, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Civitas. Madrid, 2003: “Cuando se dice que para que el tiempo de prescripción pueda comenzar a contarse es necesario que la acción haya nacido, lo que quiere decirse en realidad es que el titular del derecho pueda ejercitar la acción y que la situación en que se encuentra colocado exija el ejercicio de la acción para la actuación o para la defensa de su derecho”

Como contramedida para dotar de cierta seguridad existiría la prescripción de la acción de reclamación de las cuantías, que empezaría a correr desde la declaración de nulidad del procedimiento individual donde no se reclamase cuantía, o más especialmente en los casos de procedimientos colectivos en defensa de los consumidores y usuarios, donde se declare la nulidad de determinadas cláusulas afectando a ciertos colectivos de individuos, cuyo plazo de ejercicio para reclamar la restitución de dicha nulidad empezaría desde la firmeza de dicha sentencia de la acción colectiva.⁴⁸⁴

Esta es la postura que entendemos que garantiza la igualdad de todos los consumidores, garantizando su protección frente a un “abuso” sufrido por la parte contraria, que en todo caso es la responsable de asumir los efectos que de tales conductas se deriven, con independencia del tiempo transcurrido, sin que se pueda perjudicar por dicha circunstancia a los consumidores.

C) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Junto a la alegación de prescripción se suele sumar la acción de caducidad de la acción. En la práctica totalidad de los casos en que se reclama por el consumidor la nulidad de las cláusulas abusivas, los jueces y tribunales rechazan la estimación de la caducidad, al estimar como hemos visto que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho —art.83 LGDCU—, y por tanto imprescriptible en cuanto a su declaración, diferenciándose así de los casos de anulabilidad por error o vicio en el consentimiento.

Cuando la reclamación se basa en el vicio del consentimiento por haber existido error o dolo, sí es de aplicación los plazos de caducidad del 1301 Cc. En la práctica, se recurre al vicio en el consentimiento para los productos complejos asociado al préstamo, como pueden ser los swaps, así como en los casos de préstamos multidivisas, aunque estos últimos tras las sentencias del TJUE y TS pueden encajar sin problemas en el supuesto de nulidad por abusividad.

⁴⁸⁴ Además, en todo caso, ya se adopte la postura de la prescripción de la acción de restitución, o la imprescriptibilidad de la misma al ir unida a la nulidad, hay que tener en cuenta que, obtenida una sentencia firme declarativa condenando la restitución, existiría el plazo perentorio de 5 años para ejecutar dicha sentencia, caducando transcurrido dicho plazo en virtud del art. 518 LEC. Acerca de la caducidad de esta acción, puede verse DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados” En MARÍN LÓPEZ (et al.). *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Tirant lo Blanch, 2014.

El problema que suscita el asunto de la caducidad es la determinación del *dies a quo* para contar el plazo de 4 años. Es de especial relevancia en este asunto la doctrina que ha ido configurando el Tribunal Supremo en los casos de los llamados productos financieros complejos, como los swap o productos de inversión, que, aunque son contratos financieros complejos que no son objeto de este trabajo, sí resulta de interés por su posible aplicación al contrato de préstamo hipotecario y por su vinculación con el mismo.

De este modo, el Tribunal Supremo ha ido fijando una serie de criterios a la hora de fijar el cómputo inicial, incluso con algunos vaivenes no siempre acertados⁴⁸⁵, que sistematizaremos para su mayor claridad.

Hay que partir de que el artículo 1301 Cc establece que, en los casos de error o dolo, el tiempo empieza a correr desde la consumación del contrato. Por lo tanto, fija la consumación como momento inicial del cómputo, a diferencia de otros ordenamientos como el italiano, en donde empieza a contar en el momento en que se descubrió el error⁴⁸⁶.

Esto puede provocar, como señala PERTÍÑEZ VILCHEZ⁴⁸⁷, una doble disfuncionalidad. Por un lado, en los contratos de tracto sucesivo, deja al arbitrio del perjudicado durante un extenso período de tiempo si decide o no anular el contrato, menoscabando la seguridad jurídica. Y en los contratos de tracto único, pueden pasar más de cuatro años desde la consumación, sin que el perjudicado tenga siquiera la oportunidad de conocer la existencia del error o dolo, sin poder por ello anular dicho contrato.

⁴⁸⁵ Un detallado análisis de este asunto se puede apreciar en PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. “El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión” *Indret*: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 4, 2018. Octubre 2018

⁴⁸⁶ Dispone el art. 1442 del Codice civile

L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni.

Quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso [1427] o da incapacità legale [1425], il termine decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione [429], ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età [2].

Negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto [1326].

L'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere.

Y llama la atención cómo en los “otros supuestos” que recoge el apartado 3º, distintos a los expresados anteriormente, refiere al momento de la “conclusione” del contrato, que según el art. 1326, sería acorde a nuestro momento del perfeccionamiento, y no consumación.

⁴⁸⁷ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. “El dies a quo...” (op. Cit.)

Este último inconveniente es lo que trató de suplir el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012), en donde realizando una interpretación del 1301 conforme a la realidad social, entendió que en los contratos complejos el *dies a quo* no puede quedar fijado antes de que el perjudicado haya tenido conocimiento del error o del dolo. Así fijó el Tribunal:

“Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.”

El subrayado añadido es nuestro, y es que es importante llamar la atención sobre ese extremo. Lo realmente querido por el Tribunal no es sustituir el criterio general de la consumación del contrato por el del conocimiento del error, sino que lo pretendido es ampliar las facultades del perjudicado, para que en aquellos contratos en que la consumación se produzca antes, especialmente en aquellos casos en que va unida a la perfección, no se vea el perjudicado impedido de anular por error vicio dicho contrato si el error se manifiesta o es conocido con posterioridad a los 4 años desde dicha consumación.

Para ello, justifica el Tribunal Supremo esta postura en base a la teoría de la “*actio nata*”, y de la complejidad actual de algunos contratos⁴⁸⁸:

“La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un

⁴⁸⁸ Considera CAÑIZARES LASO “Algunas claves...” (op.cit.) que el Tribunal Supremo ha cambiado su interpretación jurisprudencial tradicional respecto a la interpretación del *dies a quo* de los plazos, tanto del artículo 1969 como del 1301, cambiando el criterio objetivo —que según la autora es lo marcado legalmente— por el criterio subjetivo —hecho que requeriría una reforma legal—.

negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.”

Es decir, recoge que, en la fecha de la promulgación del Código, debido a la escasa complejidad de los contratos, en aquellos en que se producía la consumación en un momento inicial de la contratación, se podía conocer el error en “un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual”. Cuestión que no ocurre con los complejos contratos bancarios, financieros y de inversión, en que, aunque se consumen por sus características en el momento de su perfección, no será fácil detectar el error, por lo que, atendiendo a la finalidad y espíritu de la norma, no se puede privar en estos casos a los perjudicados su derecho a reclamar el vicio, cuando ni siquiera realmente han tenido la oportunidad de conocer su existencia.

Como acertadamente señala MARTÍNEZ PALLARÉS⁴⁸⁹, en este caso el TS no analiza un contrato de swap, sino que se trata de un contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia", que realmente es un producto complejo de inversión, en el que la consumación se identificaría con la perfección del contrato, tratándose de un contrato por naturaleza indefinido, por lo que realmente lo pretendido por el TS es, como decimos, ampliar las facultades de anulación en estos casos de productos complejos que, por su propia naturaleza y funcionamiento, es probable que el error se manifieste transcurrida una serie de años.

⁴⁸⁹ MARTÍNEZ PALLARÉS, J “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?” *Diario LaLey*. LA LEY 15073/2017

Con posterioridad a esta Sentencia, muchos juzgados y tribunales acogieron la teoría según la cual la consumación del contrato, en los contratos de swap, debe identificarse con el momento en que el deudor tiene conocimiento del error, cuando en realidad el Tribunal Supremo no había realizado tal afirmación para ese tipo de contratos⁴⁹⁰, hasta que en la STS de 3 de marzo de 2017 (rec. 1797/2014) afirmó tal extremo, pero como advierte MARTÍNEZ PALLARÉS⁴⁹¹, basado en un error material⁴⁹² que se ha ido arrastrando en sentencias posteriores, abrazando finalmente esta postura en la Sentencia de 9 de junio de 2017 (rec. 402/2015) y 12 de julio de 2017 (rec. 97/2015).

Esta postura del TS se corrigió finalmente con la Sentencia de 19 de febrero de 2018 (rec. 1388/2015), donde afirmó que *“A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.”*, declarando que ello es así ya que *“la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, (...), quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”*, siendo muy claro el Tribunal al señalar que:

“De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC , que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».”

Y argumenta esta postura para el caso de los swaps atendiendo al hecho de su consumación, ya que, a diferencia de lo que ocurre con otros contratos de tracto sucesivo más simples —haciendo alusión al arrendamiento según la STS de 24 de mayo

⁴⁹⁰ De este modo lo referían acertadamente Sentencias como la SAP de Córdoba de 16 de julio de 2015, donde recogía que *“resulta totalmente sorprendente la lectura que la apelante hace de la STS de 12 de enero de 2015 (...) la referida STS no altera en modo alguno los propios términos del art. 1.301 del CC, sino que, de forma nítidamente contraria a la tesis aquí defendida, lo que viene es a interpretarlos en favor del cliente por vía de retrasar la determinación del día inicial, cuando, tal y como aquí acontece, se trata de relaciones contractuales complejas que nada tienen que ver con la comprensión de los negocios jurídicos más simples existentes al tiempo de la redacción del referido precepto”*

⁴⁹¹ MARTÍNEZ PALLARÉS, J “Acerca de la caducidad...” (*opc cit.*)

⁴⁹² Esta Sentencia, que resulta pionera al aplicar esta teoría a un contrato de swap, confunde en la redacción de la sentencia la cancelación del swap —que es lo que realmente acontece—, con la primera liquidación negativa, por lo que el momento que toma de base —tal como lo hizo la AP— para computar los 4 años es el del coste de la cancelación del swap, es decir, su consumación por haberse extinguido las obligaciones al haberse cancelado el contrato.

de 2016 (rec. 2545/2013) —, en los contratos de swaps el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, debiendo diferirse hasta su agotamiento, con el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la producción de las consecuencias económicas, al existir liquidaciones variables a favor de cada parte en función de la evolución de los tipos de interés.

Esta postura para los contratos de swaps es la que está asentada finalmente hoy en día, recogida en posteriores sentencias como la STS de 24 de abril de 2019 (rec. 2242/2016).

Pero la cuestión no está exenta de complejidad. Ello es así ya que como recoge esta Sentencia de 2018, el TS fijó en su Sentencia de 24 de Mayo de 2016 (rec. 2545/2013) que para los contratos “de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad” la consumación a efectos de 1301 se produciría cuando el perjudicado recibiese la prestación esencial de la otra parte, usando el ejemplo del arrendamiento de cosa, en el que dicha prestación esencial sería el momento de *“la cesión de la cosa por el arrendador en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.”*

La duda surge entonces en si el contrato de préstamo hipotecario es un contrato de tracto sucesivo sin especial complejidad, o de especial complejidad. La cuestión no es baladí, ya que, si asimilamos el contrato de préstamo con el de arrendamiento de cosa, del que guardan ciertas similitudes, el plazo para reclamar la anulación por error vicio o dolo empezaría a contar desde el momento en que el prestamista pone el dinero a disposición del prestatario, ya que es cuando recibe la prestación esencial, interpretación acogida por la SAP de Barcelona de 31 de enero de 2019 (rec. 27/2018) —a pesar incluso de ser un préstamo hipotecario multidivisa—.

Por el contrario, si consideramos el contrato de préstamo hipotecario como de especial complejidad, el plazo de cuatro años empezaría a correr desde la extinción de las obligaciones por las partes habiéndose agotado el mismo, pudiendo así extenderse el comienzo de los cuatro años considerablemente —piénsese en un contrato que dure 30 años, hasta 30 años después de la celebración—.

El Tribunal Supremo no aclara qué son los contratos de tracto sucesivo “de especial complejidad”, y se limita a referir en general a los “contratos bancarios, financieros, y de inversión”. Sería difícil pronunciarse sobre si un contrato de préstamo

hipotecario puede tener o no tal condición con carácter general, habiendo tal vez que atender a la naturaleza y características del contrato concreto⁴⁹³, y de los motivos por los que solicita la anulabilidad por error o dolo. De modo similar, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁴⁹⁴ entiende que *“resulta cuanto menos discutible que un contrato de préstamo pueda sin más por su sola naturaleza calificarse como complejo, sin perjuicio de que sí lo sea cuando se introduzca algún elemento adicional de especial complejidad a la relación natural de préstamo, como puede ser la denominación del préstamo en divisas, la utilización de un sistema de amortización particular (como es el caso de las llamadas hipotecas “tranquilidad”, de cuota fija pero con interés variable y duración indeterminada) o la inclusión en el préstamo de un derivado implícito que encarezca considerablemente el coste de cancelación.”*

A pesar de estas consideraciones, que habría que tener en cuenta, lo cierto es que la mayoría de los tribunales entienden que la consumación del contrato de préstamo se entiende producida con el completo cumplimiento de las partes de sus prestaciones, es decir, con el agotamiento del contrato. Y ello debido a que el propio TS en la mencionada sentencia de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012) argumentaba, diferenciando la perfección de la consumación siguiendo sus propias sentencias anteriores, que:

“la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), « cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando « se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

“Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 : « Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el

⁴⁹³ En parecidos términos se pronuncia el Abogado General en las Conclusiones de 10 de septiembre de 2019 en el asunto C-125/18, donde considera que el préstamo hipotecario denominado en divisas extranjera tiene “consecuencias económicas potencialmente significativas” que sean difíciles de asumir, cuestión que no ocurre con un préstamo hipotecario en euros sometido a la variación de un índice oficial, donde la carga económica es prevista y calculada por el consumidor, sin que esté expuesto a un riesgo imprevisible de variación de dicha carga económica.

⁴⁹⁴ PERTÍÑEZ VILCHEZ “El dies a quo...” (op. Cit.)

consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo””

Siendo así esta interpretación la que aparece recogida en recientes sentencias de Audiencias Provinciales, como la SAP de Málaga de 31 de octubre de 2017 (rec. 842/2015), SAP de Cuenca de 5 de junio de 2019 (rec. 95/2019), o la SAP Ciudad Real de 9 de mayo de 2019 (rec. 346/2018). Igualmente asocia la consumación con la terminación del contrato diversos autores como CARRASCO PERERA⁴⁹⁵.

Las Sentencias acabadas de mencionar de las AAPP trataban el asunto de la consumación respecto del contrato de préstamo en relación con la anulación de la cláusula suelo o de gastos. E igualmente –y con mayor motivo aún por su mayor complejidad– se recoge en los casos de los préstamos denominados en divisas extranjeras o multidisivas. Y es que en estos préstamos sí que pueden considerarse de tracto sucesivo de especial complejidad, por el particular funcionamiento y características que el mismo presenta.

Así, aunque ya el TS, adaptando la jurisprudencia del TJUE, ha considerado en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 que estos préstamos en moneda extranjera no eran un instrumento financiero sujeto a la normativa MiFID, esto *“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”*, por lo que igual habría que considerarse para entender la consumación a efectos de determinar el error vicio, especialmente teniendo en cuenta el funcionamiento de este tipo de contratos.

Por ello, en todo caso, habría que entender que en los supuestos en que se reclame la nulidad por error o dolo en los contratos de préstamo en divisa extranjera, la consumación debe entenderse producida con su agotamiento, con el cumplimiento de la prestación por ambas partes, en el sentido tradicional recogido por la STS de 2015 mencionada anteriormente. Aunque debido a esta complejidad, y a la confusión creada por la doctrina fijada para los swaps con anterioridad a la STS de 19 de febrero de 2018

⁴⁹⁵ CARRASCO PERERA, A. “La acción para reclamar...” (op. Cit): *¿desde cuándo se entiende consumado este tipo de contratos financieros? Establecer el dies a quo para la reclamación de las cantidades indebidamente satisfechas sigue siendo uno de los grandes retos de nuestros Tribunales en la actualidad, considerándose éste según la doctrina, desde que la relación derivada del préstamo hipotecario haya sido terminada sea cual sea la causa.(...) 32. Observemos que un contrato está consumado, al menos, y esto sin discusiones⁴¹, cuando todas las prestaciones derivadas del contrato están cumplidas. Entonces el contrato está consumado por haber sido terminado.*

(rec. 1388/2015), algunos tribunales entienden de aplicación la interpretación por la cual la consumación debe adelantarse cuando el prestatario tuvo completo y cabal conocimiento de la acción que fundamenta el error —sin atender ni referir el hecho de la consumación del contrato—.

Así, la SAP de 5 de marzo de 2018 de Guadalajara (rec. 408/2017) —sin perjuicio de la nulidad por abusividad que permite, en lo que respecta a la anulabilidad por error vicio que interesa en este momento— entiende que la consumación se produce cuando se tiene conocimiento del error, fijando esa situación en el momento en que el cliente se percató que la deuda se había incrementado extraordinariamente por el cambio de moneda.

Por el contrario, otras Sentencias asumen la consumación en los préstamos multidivisas acogiendo la teoría de identificarla con el agotamiento o cumplimiento de todas las prestaciones, como la SAP de Lleida de 28 de septiembre de 2018 (rec. 534/2017), así como podemos encontrar otras sentencias que rechazan que deba adelantarse al conocimiento de las consecuencias de dicho préstamo, aplicando correctamente lo fijado por el Tribunal Supremo, y asumiendo que en estos casos igualmente hay que esperar a que se cumplan completamente las prestaciones de las partes, como la SAP de Segovia de 25 de mayo de 2018 (rec. 122/2018), o la SAP de Valladolid de 7 de febrero de 2019 (rec. 472/2018).

En sentido similar se pronuncia la SAP de Salamanca de 18 de junio de 2018 (rec. 186/2018), esgrimiendo, en un contrato de préstamo multidivisa, que *“en los contratos entre consumidores y profesionales de naturaleza compleja, como son los contratos bancarios y concretamente el que es objeto de autos, el plazo de 4 años para el ejercicio de las acciones de nulidad por error, dolo o falsedad no puede comenzar a correr sino desde la consumación del contrato, y en todo caso, una vez producida dicha consumación, desde que el consumidor tuvo o pudo tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción y sus consecuencias.”* De modo similar parece definirlo PERTÍÑEZ⁴⁹⁶ al señalar que *“Según hemos señalado, tras la STS, 1ª, 19. 2. 2018, en los contratos de tracto sucesivo complejos, el dies a quo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación será, el último de estos dos momentos: el de la consumación del contrato, teniendo en cuenta que cuando haya una prestación esencial la consumación se producirá en el momento de la recepción de la misma por el perjudicado, o el momento en que el perjudicado pudo conocer el error.”*

⁴⁹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ “El dies a quo...” (op. Cit)

Entendemos conveniente hacer una matización a estas últimas afirmaciones. En los contratos de swap o multdivisas, no por el hecho de que el perjudicado tenga plena constancia del error con posterioridad a la consumación-extinción va a empezar el plazo desde dicho conocimiento, como se pudiera interpretar los términos expuestos en el párrafo anterior. De hecho, en ningún momento la Sentencia de 19 de febrero de 2018 (rec. 1388/2015) refiere que en los contratos de swap se pueda empezar el cómputo con posterioridad a su consumación –extinción– por el hecho de que el cliente tenga conocimiento del error con posterioridad. Es decir, habría que atender al concreto contrato objeto de reclamación, para determinar si se debe aplicar la teoría de la consumación en el momento de poder conocer el error o dolo, o aquella que determina la consumación por cumplimiento de la prestación o prestaciones.

Lo determinante, como hemos dicho, es ver de qué relación jurídica se trata, con el fin de no impedir el correcto ejercicio de la acción de anulación por error vicio, de forma que siempre se asegure la posibilidad real de su ejercicio. Por ello, determinante es que el TS siempre refiera en el supuesto tratado por la Sentencia de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012), que no puede quedar fijado antes de que haya “podido” tener conocimiento, siendo lo decisivo que verdaderamente haya existido **posibilidad real y objetiva** de apreciar el error o dolo, y no la situación subjetiva del sujeto concreto.

De este modo, a diferencia de los productos de inversión como los analizados en la STS de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012), en los contratos de swap —al igual que con los préstamo multdivisas— la consumación se identifica con el agotamiento del contrato y de sus efectos, por lo que en todo caso en este momento empieza a contar el plazo, ya que es el momento en que cesan todos los efectos y puede tener conciencia de las consecuencias del mismo, sin que se pueda diferir a momento posterior por desconocimiento del perjudicado, ya que en estos contratos, al cumplirse las prestaciones y consumarse, no se produce con posterioridad ningún efecto o consecuencia de los mismos, que es la situación que sí concurría y que justificaba en los productos de inversión, como los analizados en la mencionada STS de enero de 2015, la posibilidad de diferir la acción a un momento posterior.

Y a todos estos argumentos, cabe añadir, al igual que se expuso en la prescripción, el hecho de que permitir la caducidad antes de su esta posibilidad real y objetiva de conocer el error o dolo podría ir en contra de la tutela judicial efectiva. Aunque también cabría plantearse si esta postura mencionada, que determina la consumación como momento inicial del cómputo, podría afectar a esta tutela judicial efectiva en aquellos casos en que la jurisprudencia para un determinado caso se consolide transcurrido 4 años desde la consumación.

Cierto es que puede resultar una situación injusta para los afectados, aunque si se adoptara la postura de computar el *dies a quo* con la fijación jurisprudencial de la procedencia de anulación en una determinada materia, conllevaría en la práctica la reactivación de la acción de anulación por error vicio de todas las acciones que hayan sido caducadas —tomando el criterio de la consumación—, aunque hayan transcurrido numerosos años, o, por el contrario, conllevar que no se pueda considerar caducada una determinada acción por no haber uniformidad jurisprudencial en esa materia, sin que en ese supuesto se conozca cuándo se producirá —y si es que se produce—, además de que, cómo referimos anteriormente, podría darse el caso de no estar claro cuál es la sentencia determinante que fijase dicho inicio del cómputo.

Así, frente a los casos de prescripción de la reclamación de cantidad por nulidad absoluta, en donde consideramos correcta la determinación del *dies a quo* con la sentencia que determinase la nulidad, siendo esta acción de nulidad imprescriptible, nos encontramos en la anulación por error vicio en una situación distinta, que justificaría este tratamiento diferenciador. Mientras que los supuestos de nulidad de pleno derecho por abusividad se basan en causas objetivas, por contravenir el orden público, siendo además imprescriptible, en la anulación por error vicio son causas subjetivas, alegables únicamente por el afectado, teniendo un plazo perentorio. Ello ocasiona que esta postura acogida por el TS de la “consumación” en sentido flexible, que permite a dicho sujeto en todo caso cerciorarse del error, es una solución que favorece la posibilidad de su ejercicio, otorgando seguridad jurídica y no perpetuando ni reviviendo acciones caducadas.

Y, como remedio paliativo frente a estos supuestos en que, conocido el error, no se inicia la acción judicial por falta de unidad jurisprudencial de criterio y seguridad jurídica, cabría remediarlo por la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios aunque la acción esté caducada, postura admitida por el TS en su Sentencia de 28 de mayo de 2019 (rec. 180/2017), si bien tenemos el inconveniente que el plazo de reclamación por daños contractuales ha pasado de 15 a 5 años, por lo que únicamente existiría un año extra a la acción de caducidad para obtener una compensación⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ También cabría plantearse, en el sentido expuesto anteriormente en relación con el trabajo de UREÑA MARTÍNEZ acerca de la suspensión de la prescripción por imposibilidad de su ejercicio —“*La suspensión de la prescripción extintiva... (op.cit.)*— la posibilidad de suspender el plazo de caducidad en aquellos supuestos de imposibilidad justificada por la incertidumbre creada por la disparidad de criterios judiciales. Podría conllevar los problemas expuestos, pero podría ser plausible en aquellos supuestos en donde a la fecha de extinción del plazo exista una evidente situación de inseguridad jurídica, y se estuviese a la espera de uniformidad de criterio por el TS.

Respecto a estos casos en que se encuentre la acción de anulación caducada, podría pensarse que esta acción de indemnización se usa de modo fraudulento para solventar aquella caducidad, de modo que podría parecer que se actúa en contra de los propios actos o de la buena fe. No obstante, aunque en este tipo de contratos finalizados las consecuencias económicas de la pretensión finalmente solicitada a través del error vicio y de la indemnización puedan ser las mismas, entendemos que el uso de esta acción se justificaría debido a los diferentes requisitos habilitantes para uno y otro caso⁴⁹⁸, sin que la caducidad del error impida el ejercicio de la correspondiente indemnización si se cumplen los requisitos, máxime en estos supuestos mencionados en donde el transcurso del plazo se ha podido deber a la inseguridad jurídica provocada por la diversas interpretaciones contradictorias de los órganos judiciales.

Consecuencia de todo lo expuesto en materia de caducidad, y de las diferentes resoluciones del Tribunal Supremo respecto al inicio del cómputo, las interpretaciones seguidas por los jueces y tribunales han sido diversas, sumándose a estos cambios del Tribunal Supremo las dificultades que presentan estas clases de contratos analizados. No obstante, podríamos sacar las siguientes conclusiones de lo analizado.

1.- Según el artículo 1301 del Cc, el cómputo del plazo de los cuatro años para la anulación por error vicio o dolo empieza en el momento de la consumación del contrato, que hay que entenderlo como regla general.

2.- En aquellos contratos de tracto sucesivo complejo en donde la consumación sea coincidente con la perfección, al ser única la prestación esencial a la que se refiere el error —compra de bonos, participaciones preferentes, o aportaciones subordinadas—, siendo además por su característica un contrato indefinido, esta consumación, a raíz de la STS de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012), debe entenderse diferida hasta el momento en que el perjudicado haya podido tener conocimiento del error.

Ello se debe a que el TS, aplicando la teoría de la *actio nata* y según la realidad social actual, entiende que no se le puede privar a un perjudicado de una acción si no ha tenido oportunidad de ejercitarla, debido a la dificultad y características de

⁴⁹⁸ De este modo, para la existencia de error vicio se necesitan los criterios consolidados de que el error recaiga sobre el objeto principal o hecho determinante de la contratación, que no sea imputable a quien lo padece, relación de causalidad entre el error y la finalidad de contratación, y la excusabilidad de dicho error. Sin embargo, para que se de la indemnización por incumplimiento contractual, se necesita el incumplimiento de una obligación contractual, la producción de un daño efectivamente verificable, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

estos productos, haciendo de este modo una aplicación extensiva del 1301 en beneficio de los clientes afectados.

3.- Esta teoría de asociar la consumación con el conocimiento del error no puede aplicarse en perjuicio del afectado, adelantando el momento a un estado previo a la consumación, ya que no es lo buscado en origen por el TS en su sentencia de 2015 (rec. 2290/2012) —y así lo confirmó en su Sentencia de 19 de febrero de 2018 (rec. 1388/2015)—, y además esto podría suponer una interpretación *contra legem* de lo dispuesto por el Código Civil⁴⁹⁹.

4.- En los contratos de tracto sucesivo no complejo, el TS entiende que se consume y empieza a correr el plazo en el momento en que el perjudicado recibe su prestación principal. Esta interpretación la usó el TS en la Sentencia de 19 de febrero de 2018 (rec. 1388/2015) para argumentar que en los contratos de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial, sino que se producen liquidaciones variables a favor de una u otra parte hasta la extinción del contrato, momento en el cual debe entenderse consumado.

5.- No se ha hecho recientemente ningún pronunciamiento nuevo expreso por el TS acerca de cuándo se entiende consumado el préstamo hipotecario. Se podría argumentar que en el momento en que el prestatario recibe el dinero —en el caso de entender que ésta es la prestación principal del banco, sin que con posterioridad tenga que efectuar otra prestación alguna—, o seguir la teoría tradicional de que se consume cuando el préstamo ha sido satisfecho por completo, identificándolo con la extinción o agotamiento del contrato —como de hecho señaló el TS en la Sentencia de 12 enero de 2015 recordando sentencias anteriores—⁵⁰⁰.

6.- Pueden influir muchos factores en la vida del préstamo que pongan de relieve en un momento posterior a la entrega del dinero el error producido, como puede ser la existencia de cláusulas limitativas del interés⁵⁰¹, los préstamos en divisas extranjeras, o la existencia de complejos sistemas de amortización del préstamo. Ello nos lleva a considerar que en todos estos casos el contrato de préstamo debe entenderse

⁴⁹⁹ En sentido similar lo indica PERTÍÑEZ VÍLCHEZ “El dies a quo...” (op. Cit).

⁵⁰⁰ De hecho, aunque no se discutía sobre este asunto, en la reciente STS 12 de diciembre de 2019 (rec. 2017/2017) en su FD 5º párrafos primero y tercero, el Tribunal refiere y equipara la consumación a la extinción del contrato.

⁵⁰¹ Recordar que, en los contratos de préstamos sometidos a la Ley 5/2019 y que se celebren con posterioridad a la misma, las cláusulas limitativas a la baja del tipo de interés se encuentran prohibidas en su artículo 21.3.

consumado, tal y como fijó el TS y defiende la mayoría de las AAPP, en el momento de la terminación o agotamiento del mismo.

Ello es así siguiendo las consideraciones fijadas por el TS y el sentido querido por su jurisprudencia. Piénsese por ejemplo en un contrato de préstamo de cuota fija o creciente, en el sentido de la “hipoteca tranquilidad” o sucedánea, en la que los primeros 5 años se estipule un tipo de interés fijo, y con posterioridad se convierta en variable, siendo en este último período cuando se puedan apreciar algunos de los efectos perniciosos de estos sistemas, como es que la cuota sólo cubre los intereses, y no llegue a amortizarse durante varios años nada de capital. O en los préstamos en divisas extranjeras, cuando tras varios años se produzca la devaluación del euro frente a la moneda extranjera y se pueda ver cómo incrementa sorprendentemente el capital pendiente de pago. Son situaciones que desde luego hacen que no sea nada recomendable la fijación del plazo en el momento de la entrega del dinero por el prestamista, y sumado al difícil momento en el que se puede determinar en que los prestatarios tuvieron conocimiento del error, y la larga vida de estos contratos, es lo que nos lleva a entender como mejor postura la de fijar la consumación con la extinción de dicho contrato, momento en el que no cabe duda de que se realizan las prestaciones por ambas partes —siguiendo la teoría tradicional de la consumación—, ya que, como hemos visto, le corresponden al prestamista una serie de obligaciones tras la firma del contrato, siendo con la extinción del mismo el momento en el que cesan los efectos y se puede entender que los prestatarios pueden conocer los perjuicios que se hayan causado.

Hay que señalar que tampoco cabe extender el inicio del cómputo del plazo a un momento posterior a esta consumación, ya que como se ha explicado, esta extensión a un momento posterior tiene lugar en los contratos en que se consuman junto a la perfección, siendo por naturaleza indefinido, por lo que es necesario establecer un límite que conjugue posibilidad de defensa, por un lado, con la debida seguridad jurídica en cuanto a la fecha de ejercicio para tampoco convertirlo en indefinido.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

RESUMEN

-El préstamo hipotecario es uno de los contratos más trascendentales que realizamos a lo largo de nuestra vida, por ser el medio habitual por el que acceder a la propiedad de la vivienda, y por la importante carga económica que supone.

-Debido a esta importancia, unida al hecho de que nos encontramos con un contrato financiero con múltiples cláusulas, donde las entidades tienen una posición de dominio de información y negociación en la contratación, ha devenido la necesidad de una cada vez mayor regulación de este tipo de contratos, con el fin de garantizar la protección de los prestatarios, especialmente consumidores, y de evitar los abusos y problemas que se han venido detectando estos últimos años.

-Lejos de la concepción tradicional del contrato como unilateral, por el que sólo surgen obligaciones para el prestatario, el contrato de préstamo hipotecario puede considerarse actualmente como un contrato consensual y bilateral, extrayéndose de toda la regulación existente una serie de obligaciones y deberes que se imponen al prestamista, de obligado cumplimiento, y para cuyo análisis se ha dividido en obligaciones anteriores al contrato, durante la vigencia del mismo, y tras la finalización de dicho contrato.

CAPÍTULO I.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA PREVIAS A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO:

1.- Publicidad: Aunque no forma parte de las obligaciones contractuales propiamente dicha, sí que tiene relevancia en la contratación la publicidad que la entidad realice de sus productos, al ser posiblemente la primera información que se reciba por parte de los potenciales prestatarios, y siendo elaborada para atraer la atención de éstos, debiendo ajustarse dicha publicidad a la normativa existente en esta materia, especialmente cuando se hace alusión al tipo de interés o cualquier cifra relacionada con el coste del préstamo, con el fin de que esta información que reciban los potenciales prestatarios sea desde un primer momento objetiva y no engañosa.

-En caso de incumplimiento o infracción en materia de publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas, se le podrá requerir la cesación, rectificación o complemento de la publicidad, así como las acciones generales en materia contractual que procedan según los casos, como pueden ser las de incumplimiento, anulabilidad, o

indemnización de daños y perjuicios, ya que, tal y como determina el art. 61.2 de la LGDCU, este contenido de la publicidad es exigible por los consumidores, teniéndose en cuenta de cara a la conformidad del contrato, siendo esta publicidad un elemento que tienen en consideración los tribunales a la hora de determinar la correcta o incorrecta información recibida por los clientes.

2.- Información previa: Uno de los aspectos más regulados, a la vez que más trascendentes en la formación de la voluntad y en la transparencia en la contratación, es la información y documentación recibida antes de realizar la contratación.

-Todas las características del contrato, incidiendo en aquellos aspectos más relevantes, deben comunicarse a los prestatarios por medio principalmente de tres documentos, como son la FIPRE (ficha de información previa) donde se suministra información orientativa de carácter general, la FEIN (ficha europea de información) donde aparece la información personal y específica para el cliente, operando como oferta vinculante para las partes, y la FiAE (ficha de advertencias estandarizada) donde se hace hincapié en los principales riesgos del contrato. Y todo ello, sin perjuicio de las explicaciones y asistencia por parte de la entidad que debe realizar para explicar todos los detalles y responder las dudas que puedan surgir en la contratación.

-Toda esta información y documentación será verificada por el notario, que emitirá un acta acreditando el cumplimiento de estos requisitos, sin el cual no se podrá conceder el préstamo. Sin perjuicio de que la normativa refiera que con ello se cumple el requisito de transparencia material, entendemos que esta intervención notarial no va a suponer en todo caso que no se pueda controlar la transparencia por parte de los juzgados, ya que el notario podrá controlar fácilmente los trámites formales y documentación entregada, pero difícilmente podrá dar cuenta de si verdaderamente el prestatario entiende todo el contenido del contrato, o si toda la información suministrada —como puede ser también verbal, o vía email— que se le suministró fue clara, suficiente, y no engañosa.

-Las consecuencias de esta falta o deficiente información se puede traducir en: 1) Falta de transparencia, que puede provocar el control de abusividad o directamente la propia abusividad en la medida en que afecte a las expectativas económicas del prestatario; 2) la determinación de un error vicio en el consentimiento, que lleve a la anulación del contrato, cuando este error sea esencial y excusable; 3) La no incorporación de la cláusula cuando no cumpla los requisitos de la LCGC; 4) y la indemnización de daños y perjuicios que esta defectuosa información haya causado.

3.- Contenido del contrato: A la hora de configurar el contenido del contrato, la entidad debe respetar el contenido mínimo que establece la normativa. Al realizarse

dichos contratos por medio de la contratación seriada mediante cláusulas generales de la contratación, resulta esencial el respeto a los requisitos señalados en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, así como a la normativa de consumidores respecto a la posible abusividad de las cláusulas.

3.1-De este contenido mínimo tiene especial relevancia la fijación del tipo de interés, siendo éste libremente fijado por las partes. Especial mención merece cuando se establece un tipo de interés variable, debiendo ser un interés objetivo, ajustándose a los requisitos que señala la normativa, debiendo ser claro, accesible, objetivo y verificable, siendo calculado a coste del mercado, sin que sea susceptible de ser influenciado por el prestamista, y los datos que sirvan de base a dicho índice deben ser agregados por un procedimiento matemático objetivo. Queda prohibido la denominada cláusula suelo —límite a la baja del tipo de interés—, sin que se permita además que el interés pueda llegar a ser negativo.

- A la hora de la fijación de este tipo de interés variable, resulta igualmente importante la información y explicaciones suministradas acerca de este tipo de interés, que se llevará a cabo mediante las indicaciones precisas en los documentos antes indicado —FIPRE, FEIN, FiAE—, así como a través de las explicaciones necesarias, de modo que el prestatario conozca el funcionamiento y consecuencias del índice pactado.

-E igualmente, en el contrato se debe reflejar el tipo de interés pactado, así como la TAE, la periodicidad, fecha de devengo y liquidación, las normas relativas a las fechas valor, así como los derechos y obligaciones del prestamista para la modificación del interés pactado.

-La cuestión del índice IRPH ha tenido gran relevancia, fijando el Tribunal Supremo que dicho índice no puede ser declarado abusivo por cuanto refleja un índice legal, correspondiendo su control a los órganos administrativos, y sí siendo posible el control de transparencia sobre la cláusula que incorpora tal índice, señalando igualmente que supera dicho control al tratarse de un elemento esencial del contrato que es conocido por los prestatarios, siendo además un índice oficial y público, y constando para el cálculo de la TAE, por lo que complica en la práctica la declaración de nulidad de dicha cláusula. A pesar de ello, está pendiente el dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que podría cambiar el sentido dado por el Tribunal Supremo.

-Otro problema que ha surgido estos últimos tiempos es la desaparición del índice pactado como aplicable, como ocurrió con los índices IRPH Bancos, IRPH Cajas, y el CECA. Lo normal en estos casos es aplicar la previsión contractual sustitutoria, y en defecto de la misma, la previsión contemplada en la Ley 14/2013. Sin embargo,

surge el problema de la validez de la cláusula contractual que establece la perdurabilidad del último índice pactado, convirtiendo el contrato de tipo variable en uno de tipo fijo, cuyo caso podría entenderse no querido por el prestatario, pudiéndose anular dicha cláusula por abusiva o falta de transparencia, en cuyo caso entendemos aplicable la previsión de la Ley 14/2013.

3.2- Igualmente importante es la fijación de la facultad de reembolso anticipado del contrato por el prestatario, y la correspondiente compensación, en su caso. Existe en nuestro ordenamiento un derecho reconocido legalmente a los prestatarios a cancelar anticipadamente, total o parcial, el préstamo hipotecario, pudiendo imponerse compensaciones sobre dicha amortización, pero siempre que hayan sido pactadas conforme a la legislación aplicable al caso.

- La clásica comisión por cancelación fue sustituida por medio de la Ley 41/2007 —y dentro de su ámbito de aplicación— por la compensación por desistimiento, y la compensación por riesgo de tipo de interés, que serían aplicables mediante pacto, siendo ambas compatibles entre sí. Con entrada en vigor de la Ley 5/2019, desaparece esta distinción, y se recoge una compensación —con ciertos límites de tiempo y cuantía, y siempre que no exceda de la pérdida financiera— para los casos de interés variables, fijos, así como en los casos de novación o subrogación con cambio de intereses variables a fijos.

- Esta compensación, denominada en la Ley 41/2007 “por riesgo de tipo de interés”, tiene como objetivo indemnizar la pérdida de ganancia de la entidad prestamista en los supuestos de cancelaciones anticipadas en coyunturas con bajos tipos de interés, estando prohibido cualquier tipo de compensación si la cancelación le reporta una ganancia, e incluso en la Ley 5/2019 en aquellos casos que exceda de la pérdida sufrida.

-Dicha cláusula sería susceptible de un control de abusividad, puesto que no define el objeto principal del contrato, ni se refiere a la adecuación entre precio y servicio; y aun entendiendo lo contrario, debería de superar el debido control de transparencia. Tampoco viene impuesto por una norma imperativa ni supletoria, siendo operativa mediante pacto, y pudiendo modularse al establecer la cuantía de la compensación.

-Podría considerarse la abusividad de dicha cláusula cuando cause un desequilibrio entre las partes en perjuicio del prestatario, tomando en consideración si en el marco de una negociación individual, leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo. Hay que destacar en este análisis la posible falta de reciprocidad, al establecer obstáculos onerosos y desproporcionado a un derecho del

consumidor —como es la cancelación del préstamo—, pudiendo además no reconocerse recíproca ventaja para el prestatario en caso de que el prestamista salga beneficiado, o establecerse una compensación excesiva en comparación con la pérdida efectivamente sufrida —en los casos bajo la Ley 41/2007—.

-Hay que destacar dos momentos informativos claves: La necesaria información previa a la celebración del préstamo sobre la existencia y conocimiento de la incorporación de la cláusula; y la información previa a la cancelación para conocer el coste de la misma y valorar su realización, siendo esencial la información acerca de los cálculos y datos utilizados, con el fin de verificar la existencia de pérdida por la entidad, como la cuantía de la misma.

-Esta falta de información previa puede conllevar la no superación del control de inclusión, así como el de transparencia en los contratos con consumidores. Asimismo, la falta de información del coste de la cancelación en el momento de su solicitud privaría a la entidad de cobrar con posterioridad compensación alguna.

-Se sigue utilizando el concepto de "Pérdida financiera" —denominado "pérdida de capital" en la Ley 41/2007— para determinar el posible perjuicio a sufrir por el prestamista, siendo un concepto complejo y de difícil cálculo. Sería deseable simplificar dicho concepto, o establecer los mecanismos y garantías necesarias tanto para que el prestatario sea consciente de la existencia y funcionamiento de esta cláusula, como para asegurarse de la correcta aplicación por el prestamista.

3.3-Acerca de este contenido del contrato de préstamo hipotecario, es importante fijar el control posible a realizar por parte de los jueces y tribunales. Nos podemos encontrar en un contrato con cláusulas que fijan el contenido de los derechos y obligaciones de las partes, bien sean reflejo de disposiciones normativas, bien sean determinadas por la autonomía de la voluntad de las partes. Ante estas cláusulas, aquellas que sean reflejo de disposiciones legales o reglamentarias imperativas, no estarán sometidas al control de abusividad de los jueces y tribunales según determina el artículo 1.2 de la Directiva 93/13.

-Por disposiciones legales o reglamentarias imperativas hay que entender no sólo aquellas que se aplican entre las partes contratantes de manera obligatoria con independencia de su elección, sino también aquellas que son de carácter supletorio y por tanto aplicables por defecto cuando las partes no hayan pactado otra cosa.

-Sin embargo, no se encuentran incluidas dentro de esta excepción aquellas cláusulas que reflejan disposiciones legales o reglamentarias autorizatorias, es decir, aquellas que la ley prevé como voluntarias en cuanto a su inclusión, sin que se apliquen

si no hay acuerdo expreso sobre ello. Ello es así por diversas razones: no aparece incluido dicho caso como exceptuado por la Directiva; la interpretación del artículo 1.2, al tratarse de una excepción, debe ser restrictiva; de este modo lo ha acogido el TJUE; y estas normas no reglamentan el contenido de un contrato de forma natural, sino que su inclusión depende de las partes, lo que conlleva que se deba examinar el contrato en su conjunto, teniendo además en cuenta la condición de consumidor de una de las partes.

-Aquellas cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias recogidas para otro tipo de contratos no se encuentran incluidas en la previsión del artículo 1.2, por lo que pueden ser objeto de control de abusividad por parte de los órganos judiciales.

-Cuando una cláusula fija un contenido que aparece igualmente por una futura ley, que será aplicable incluso a contratos anteriores a su entrada en vigor, el TJUE ha entendido que sí se encontraría dentro de la previsión del art. 1.2. Sin embargo, la conclusión podría ser diferente, especialmente en los casos en que no se aplicase a contratos anteriores, o cuando la nueva regulación modifique varios aspectos del contrato, de modo que la configuración global del mismo sea diferente al existente previamente, por lo que el aspecto concreto recogido en la cláusula originaria no se pueda considerar en todo caso que cumple con la idoneidad y equilibrio consagrado en la nueva regulación.

-Si una cláusula no se limita a reflejar lo contenido en la ley, sino que añade o modifica su contenido, se encontraría sometida al control de abusividad de la Directiva. Al igual ocurre con los supuestos en donde la ley habilita la incorporación de una cláusula, pero es el adherente el que concreta los extremos y particularidades a recoger en el contrato, por lo que todos los añadidos y circunstancias particulares recogidas en la cláusula son objeto de control por parte de los juzgados y tribunales.

-En los casos de cláusulas que reflejen una disposición administrativa de entre varias posibles, como es el caso de la determinación del índice IRPH como interés remuneratorio, no nos encontramos ante cláusulas que reflejan una norma imperativa ni supletoria, por lo que dicha cláusula puede ser objeto de control de abusividad, siendo de especial relevancia la transparencia a la hora de su fijación, por ser un elemento determinante del contrato.

-Aunque la cláusula refleje una disposición legal o reglamentaria imperativa, puede ser objeto de control, tanto dicha cláusula como la disposición nacional, cuando afecte a las facultades de control de las cláusulas abusivas por parte de los jueces y tribunales.

-Igualmente, en todo caso será posible el examen y control de la normativa nacional, aunque sea imperativa, para determinar su adecuación al derecho de la Unión Europea ya que, en virtud del principio de primacía de este derecho, la normativa nacional debe ajustarse al mismo.

4.- Obligación de evaluar la solvencia. Una de las obligaciones que se impone a los prestamistas es la obligación de evaluar la solvencia del prestatario. Respecto a la normativa aplicable al préstamo hipotecario, aparece recogido en la Ley de Economía Sostenible de 2011, la Orden EHA/2899/2011, la Circular 5/2012, y la reciente Ley 5/2019 Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

-Con la nueva regulación, y fruto de lo dictado por la Directiva europea, se persigue reforzar la diligencia y responsabilidad en la concesión del préstamo, consagrando este deber de evaluar la solvencia, y estableciendo que los prestamistas solo pondrán el préstamo a disposición del prestatario ante una evaluación positiva. Sin embargo, guarda silencio sobre cuáles serían las consecuencias contractuales de no llevarse a cabo dicha evaluación, realizarla inadecuadamente, o que se conceda un préstamo con una evaluación negativa, más allá de las sanciones administrativas que se puedan imponer.

-Parece necesario establecer algún tipo de consecuencias contractuales ante estas actuaciones, como ocurre en otros países de nuestro entorno, con el fin de dotar de una mayor eficacia a esta cuestión, de modo que se proteja a los prestatarios —y al mercado y a la sociedad en general— de estas prácticas irresponsables, a la vez que se penaliza y disuade al prestamista de este tipo de comportamientos.

-No parece que la opción de la nulidad de pleno derecho sea la consecuencia lógica de ello, al no ser querido por el legislador, y difícilmente amparado por la jurisprudencia. Sí que podríamos argumentar la concesión al prestatario de las facultades de rescisión, resolución o modificación del contrato, otorgándole así recíprocas facultades a las concedidas al prestamista; bien la anulabilidad del contrato por error vicio o dolo en el consentimiento, en aquellos casos en que se acredite que si hubiese conocido el resultado de la evaluación, atendiendo a su situación económica y financiera y las características del préstamo concreto, no hubiese contratado dicho préstamo; así como la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios causados.

-En aquellos casos en que se solicite la anulación o rescisión del préstamo, habría que acordar que la restitución de las prestaciones para el prestatario no le conlleven el abono del interés legal, que le podría suponer un perjuicio, sino el abono del interés pactado. Además, también podría plantearse el conceder al deudor un plazo

razonable para la restitución de dicho capital. Junto a ello, podría solicitar la indemnización de daños y perjuicios, como son los gastos abonados para la concesión del préstamo —tasación y comisión de apertura tras la Ley 5/2019—, privación de los intereses moratorios, e inclusive de los remuneratorios según los casos. Se podría defender incluso que, una vez ejecutado el bien, se libere al prestatario del resto de deuda, responsabilizándose así el prestamista de los perjuicios causados por el riesgo que él mismo ha asumido, especialmente en aquellos casos en donde se dio prevalencia al valor del bien por encima de una correcta evaluación del prestatario.

-Igualmente, hay que tener en cuenta el principio según el cual nadie puede reclamar ante un incumplimiento en el que ha colaborado o asumido, de modo que si la situación de insolvencia proviene de una causa que pudo y debió evitar el prestamista, se le prive a este de los intereses moratorios, así como de la posibilidad de vencimiento anticipado.

-También se podría generar responsabilidad en los casos de denegación del préstamo, si este no se hace de buena fe, tramitando las gestiones adecuadamente en tiempo y forma, pudiendo ser responsable de los perjuicios ocasionados, como puedan ser el coste de oportunidad de compra de una vivienda, una cantidad de arras entregadas, o los gastos de tasación si se solicitó la misma de manera anticipada de forma indebida.

-Estas consecuencias igualmente podrían ser predicables respecto a la normativa anterior a la Ley 5/2019, pudiendo dar lugar a la anulación por el error vicio o dolo, la imputación de la responsabilidad por participar en el incumplimiento ocasionado, la indemnización por daños y perjuicios, así como la responsabilidad en casos de denegación del préstamo cuando no se actúa correctamente. Sin embargo, sí que existiría un plus de responsabilidad para el prestamista con la nueva Ley, debido a las previsiones que la misma recoge, e influenciado por lo dictado por la Directiva.

-En caso de alegación de estos incumplimientos en la vía judicial, no se plantean mayores problemas en los procesos declarativos, en donde si el prestatario es demandado puede alegar la anulación del contrato por vía de reconvención, u oponer el incumplimiento de la otra parte con los perjuicios ocasionados, e igualmente esto se podría solicitar por el propio prestatario mediante el inicio de un procedimiento declarativo.

-Los problemas surgen cuando se realiza un procedimiento ejecutivo contra dicho prestatario, en donde ni la anulación por error vicio, ni la excepción de incumplimiento está previsto como motivo de oposición. No obstante, siguiendo las últimas tesis más flexibles del TS y del TC, y aun siendo una cuestión complicada, se

podría alegar la inexigibilidad o iliquidez de la deuda, en base a los motivos mencionados, solicitando el sobreseimiento de dicha ejecución.

CAPÍTULO II.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA DURANTE LA VIGENCIA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

1.- El prestamista está obligado a una serie de obligaciones durante el contrato. La principal consistiría en la entrega de la cantidad acordada y el mantenimiento del préstamo en las condiciones pactadas. Además, surge una importante labor de información sobre la marcha del contrato, tanto a los prestatarios como a los sucesores mortis causa en caso de fallecimiento del prestatario, fiador o garante; está obligada a atender las quejas y reclamaciones que le presenten los clientes, así como subsanar los errores que se detecten; tienen que informar periódicamente acerca de las variaciones y liquidaciones de los intereses del préstamo; debe informar en casos de préstamos en moneda extranjera de los derechos que tiene el prestatario acerca del mismo, así como de la situación en que se encuentre el préstamo y de las variaciones sufridas; Informar acerca del coste de la cancelación anticipada total o parcial del préstamo así como su justificación; en aquellos casos en que se pacte un seguro de vida a favor del prestamista, tiene la obligación de ejercer el derecho reconocido al cobro de la indemnización; así como el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas.

2.- Especial importancia tiene este cumplimiento del Código de Buenas prácticas. Establecido por el Real Decreto-ley 6/2012, es de obligado cumplimiento para las entidades que se adhieran al mismo, siendo la finalidad principal establecer medidas que faciliten la subsistencia de los préstamos hipotecarios para las personas que se encuentren en el denominado umbral de exclusión.

-Estas medidas que se prevén son de aplicación sucesiva, siendo éstas la reestructuración de la deuda, la quita, y la dación en pago. A excepción de la quita, las medidas de reestructuración y dación son de obligado cumplimiento cuando el prestatario acredite cumplir con los requisitos que marca la normativa.

-Se impone por dicho Real Decreto-ley dos obligaciones básicas para el prestamista: 1.-La obligación de informar tan pronto como conozca las dificultades de pago del prestatario, y en todo caso, ante el primer impago. 2.- La aplicación obligatoria de las medidas en el momento en que se acreditan los requisitos establecidos.

-La ley no prevé consecuencias materiales para el caso de que el prestamista no cumpla con estas obligaciones, debiendo aplicarse las reglas generales de las obligaciones.

-Se aprecia por los jueces y tribunales una interpretación nada beneficiosa para los prestatarios de las disposiciones del Real Decreto-ley, entre las que nos podemos encontrar cómo se suele exigir una actitud activa en su solicitud por parte de los prestatarios, el haber justificado en el procedimiento todos los requisitos que ampararían la aplicación de las medidas, así como la imposibilidad de hacer valer el incumplimiento del prestamista en el procedimiento de ejecución.

-Entendemos que estas infracciones del prestamista deben tener sus consecuencias, más allá de las sanciones administrativas que correspondan. Son medidas urgentes tomadas por el legislador para paliar una situación de crisis social, con el propósito de poner fin a las ejecuciones hipotecarias, por lo que no se puede admitir que las entidades incumplan flagrantemente sus obligaciones e inicien y prosigan un procedimiento de ejecución hipotecaria.

-No se debería de permitir a las entidades la ejecución hipotecaria sin cumplir con la obligación de información que impone el Real Decreto-ley, puesto que esto es lo deseado por el legislador al imponer dicho deber ante el primer impago. Su actitud incumplidora es la que provoca que el prestatario continúe en sus impagos, por lo que es la entidad la que debe asumir su responsabilidad, sin imputar al prestatario los resultados que se han causado por su negligencia, o cuando no, malicia.

-Aunque no esté prevista como causa de oposición, no por ello debe impedir su examen en un procedimiento de ejecución. Ya sea por el examen de su exigibilidad o iliquidez del 559 LEC, o por la interpretación que realiza la STC de 2 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012), debe poder oponerse este incumplimiento por parte del prestamista, especialmente cuando estas medidas van destinadas a evitar el procedimiento de ejecución.

-Además, la entidad debe responder de todos los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento, bien porque se haya ejecutado la hipoteca incumpliendo las previsiones del Código, ya sea por la pérdida del derecho a las medidas tras pasar más de cuatro años desde que cambiaron sus circunstancias, o por los simples perjuicios que se deriven del retraso en la información al prestatario, como es la no aplicación en tiempo de la limitación de los intereses moratorios que prevé el Código, como la no aplicación en su momento de las medidas previstas.

3.- Interesante resulta como medio de defensa para el prestatario el posible uso de la "exceptio non (rite) adimpleti contractus" en los casos de incumplimiento del prestamista, especialmente cuando éste cobre cantidades superiores a las debidas, no respetando lo establecido en el contrato respecto a los intereses.

- Mediante la "*exceptio non rite adimpleti contractus*" se faculta a una de las partes a suspender el cumplimiento de la prestación debida hasta que la otra no cumpla debidamente lo que le corresponda, ante un incumplimiento de ésta en cantidad, calidad, manera o tiempo. No se requiere que la gravedad o grado de incumplimiento sea equiparable al resolutorio, bastando la frustración del programa prestacional contratado, con el límite en su ejercicio de la buena fe.

- En los casos en que la entidad prestamista aplica a un préstamo hipotecario un tipo de interés superior al que realmente correspondería según las condiciones pactadas, se podría aplicar esta *exceptio* al darse todos los requisitos necesarios para ello.

-El contrato de préstamo hipotecario, como hemos indicado, según la más reciente doctrina y jurisprudencia, podría considerarse un contrato bilateral, donde la obligación del prestamista no se agota con la entrega del dinero, sino que se encarga de la gestión del cobro de dicho préstamo, debiendo mantener su privación de la cuantía entregada y respetar en tiempo, forma, y modo su restitución con los intereses, que constituyen el precio de la operación.

-La obligación de pago de los intereses por parte del prestatario forma parte de la prestación principal de éste, al ser el precio del contrato. Dicho pago está condicionado por la conducta del prestamista, quien es el encargado de realizar las revisiones del tipo de interés, cálculo de la cuota a pagar, y cobro de la misma.

-La conducta del prestamista por la que pretende el cobro de intereses superiores a los debidos constituye una quiebra de una cláusula/condición que determina el objeto del contrato, suponiendo además una infracción de las obligaciones mencionadas que incumbe al prestamista, que aun considerando a éstas como accesorias, son de especial trascendencia, pudiendo estar así facultado el prestatario para suspender el pago, ya que este cumplimiento inadecuado del prestamista produce un desequilibrio de las prestaciones, agravándose la prestación del prestatario y obteniendo un lucro indebido el prestamista, conllevando el incumplimiento del programa prestacional del contrato. Además, esta situación es subsanable, interesando al prestatario tal subsanación.

-Suspendiendo el prestatario la obligación de pago amparado en la *exceptio non rite adimpleti contractus*, este impago no generaría intereses moratorios, puesto que dicha suspensión se produce por el incumplimiento del prestamista, estando así legitimado para ello y no siendo exigible su prestación.

-Igualmente podría ser defendible el uso de la *exceptio* ante la pasividad o falta del ejercicio del prestamista del cobro del seguro de vida o invalidez cuando acontece el hecho asegurado, así como ante el incumplimiento de las obligaciones relativas al

Código de Buenas Prácticas. Y es que, aunque en ambos casos puedan considerarse prestaciones accesorias de las que no existe reciprocidad, al igual que en el caso anterior, son obligaciones que constituyen el programa prestacional del contrato, de obligado cumplimiento por el prestamista, siendo esenciales y especialmente trascendente sus efectos de cara al prestatario y su obligación de pago, y en último término, determina el devenir del contrato, por lo que el uso de esta excepción estaría justificado.

-Ante una ejecución hipotecaria, se dificulta la defensa del prestatario al no configurarse el incumplimiento del prestamista entre las causas de oposición. A pesar de ello, y al igual que en los casos anteriores, cabría su defensa a través del control de oficio tanto de la inexigibilidad de la deuda como de su iliquidez, así como a través de la oposición por medio del art. 559 LEC, pudiéndose solicitar el sobreseimiento a través de las interpretaciones judiciales por las que proceden a ello en los casos de inexigibilidad e iliquidez de la deuda.

-Como último remedio ante la ejecución, quedaría acudir a un proceso declarativo, no siendo lo más deseable ya que no suspende el procedimiento ejecutivo, ni se admite dicha suspensión a través de una medida cautelar. Por ello, además de la posible defensa anunciada en el punto anterior, lo más recomendable es una reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria, de modo que permitiese alegar todos los medios de defensa, especialmente el incumplimiento del prestamista, o que se permitiese legalmente que en un procedimiento declarativo se suspendiese el ejecutivo mediante una medida cautelar, salvaguardando los derechos del ejecutado.

CAPÍTULO III.- OBLIGACIONES DEL PRESTAMISTA POSTERIORES AL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

1.-Una vez concluido el contrato de préstamo, le siguen correspondiendo una serie de obligaciones a la entidad prestamista, estando obligada a emitir sin coste el certificado de deuda cero, a cancelar los seguros vinculados al préstamo, a conservar la documentación precontractual hasta un mínimo de 6 años desde la finalización del contrato, y a atender a las consultas, quejas y reclamaciones de los antiguos prestatarios.

2.-Respecto a la atención de las reclamaciones que presente los clientes, no resulta procedente la negativa a atender a las peticiones realizadas, como pueden ser reclamación de cantidad, nulidad, o anulabilidad, alegando la extinción del contrato, o el retraso desleal en el ejercicio de las acciones, debiendo en todo caso atender a las peticiones de manera diligente, con las excepciones de que concurra la caducidad o prescripción, en su caso.

-Respecto a la prescripción, se baraja la posibilidad de diversas posturas en los casos de restitución de cuantía derivada de la nulidad. Hay quienes entienden que la nulidad lleva consigo la restitución de la cuantía, siendo dicha acción imprescriptible. Otra postura opta por entender que son acciones autónomas, siendo la nulidad imprescriptible y la restitución sujeta al plazo del art. 1964. En este último punto, sobre el *dies a quo* surgen varias posturas: Entenderlo desde el momento del pago, desde la STS que da a conocer la nulidad, o que se inicia con la declaración judicial de nulidad. Entendemos que esta última postura es la más procedente y la que más garantiza la protección al consumidor, sin que se le pueda perjudicar por el transcurso del tiempo sin causa imputable al mismo, ni incitar a promover acciones judiciales sin que haya la necesaria seguridad y unidad en la interpretación por parte de los juzgados y tribunales.

-En el caso de la caducidad, será de aplicación respecto a los casos de anulación por error vicio o dolo. El cómputo para su ejercicio sería diverso según el caso concreto: A) En aquellos contratos complejos de tracto sucesivo que se consumen con la perfección, se admite que el cómputo empiece en el momento en que se pudo tener conocimiento real del error. B) En los contratos de swap, será desde la consumación, entendida como extinción del contrato en que se hayan agotado las prestaciones, sin que se pueda en ningún caso adelantar dicho momento al del supuesto conocimiento del error. C) En los contratos de tracto sucesivo simple, señala el TS que será cuando se haya recibido la prestación principal. D) En los contratos de préstamos hipotecarios, especialmente en los que contengan cierta complejidad, como puede ser el caso de los préstamos en monedas extranjeras, o con sistemas de amortización complejo, se debe entender consumado con la completa realización de las prestaciones por ambas partes.

CONCLUSIONES

1.- De todo lo expuesto en este trabajo, entendemos que cabe concluir de una manera clara que, lejos de considerar que por el contrato de préstamo hipotecario sólo surgen obligaciones para el prestatario, el prestamista tiene que cumplir con una serie de obligaciones que empiezan en la etapa precontractual, y continúan durante la vigencia del contrato, e incluso tras la finalización del mismo. De este modo, ese carácter bilateral que ha reconocido el TS al contrato de préstamo hipotecario consideramos que debe entenderse en sentido amplio, ya que, como se ha estado analizando, le incumbe numerosas obligaciones que, a su vez, tienen incidencia en el desenvolvimiento del contrato y en la prestación de restitución y pago de intereses por parte del prestatario.

Así, dicho TS vino a reconocer esta bilateralidad en la STS de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015) para aquellos supuestos en donde por parte del prestatario no se limitase a devolver la cuantía del préstamo, sino incluyese otros compromisos, como el pago de intereses, dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital en ciertos plazos fijados. Señala el magistrado VELA TORRES⁵⁰² que estos compromisos son los que “convertirían” la entrega del capital en una *prestación en sí misma* —cuya razón se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos, perfeccionándose el contrato por el consentimiento.

Acerca de estos compromisos u obligaciones adicionales, a los que autores como BARIOS ASENSIO y CUYÁS CAUDEVILLA⁵⁰³ señalan “*que estas obligaciones están íntimamente relacionadas con la obligación principal de restitución del capital percibido, sin la cual no pueden existir*, igualmente cabría referir en cuanto al prestamista, respecto a los compromisos y obligaciones adicionales vinculadas con la obligación de entregar el dinero. Compete una serie de obligaciones de información previa, evaluación de solvencia, respeto de las condiciones pactadas etc., que están íntimamente relacionado con el objeto del préstamo, de las cuales el prestatario confía en su correcto cumplimiento, ya que determina y condiciona el adecuado funcionamiento del préstamo. Usando las propias palabras del TS en la sentencia referida, pero aplicándolas a la inversa, para el prestatario, cobra sentido afirmar que “*su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos.*”.

⁵⁰² VELA TORRES, PEDRÓ-JOSÉ “Resolución de contrato de préstamo de dinero por incumplimiento grave” *Diario La Ley*, Nº 9301, Sección Comentarios de jurisprudencia, 19 de Noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

⁵⁰³ BARIOS ASENSIO, TONI, CUYÁS CAUDEVILLA, ESTEBAN. “Hacia un préstamo consensual” *LA LEY mercantil*, Nº 59, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2019, Wolters Kluwer

Parece así claro, al igual que entienden autores como BALLUGERA GÓMEZ⁵⁰⁴, que hoy en día el contrato de préstamo hipotecario es un contrato bilateral, por el cúmulo de obligaciones legales y contractuales que competen al prestamista, y que hemos analizado a lo largo de este trabajo.

Cabe preguntarse así, una vez examinada todas las obligaciones que corresponden al prestamista en el contrato de préstamo hipotecario, en qué situación nos encontramos con dicho contrato, si se ha producido un avance en materia de protección del prestatario, o, por el contrario, si la nueva regulación y jurisprudencia reciente siguen planteando problemas que derivan en perjuicios para este sujeto.

2.- Como hemos visto, en materia de información contractual, pieza clave en el momento de la contratación, la principal novedad de mayor relevancia incluida en la Ley 5/2019 es la intervención notarial a la que se le atribuye la función de controlar y “comprobar el cumplimiento de la transparencia material” —usando la terminología del artículo 15—, así como de informar expresamente de las cláusulas de las fichas de manera individualizada. No deja de ser un planteamiento utópico que difícilmente encaja con la realidad. Como ya hemos referido, el notario difícilmente se va a poner a explicar una a una las cláusulas del préstamo hipotecario, por imposibilidad de tiempo, de medios, y por escasa utilidad práctica, ya que no es especialista financiero, no conoce las circunstancias personales ni económicas de los prestatarios, ni va a poder llegar a conocer verdaderamente si éstos realmente comprenden o no lo que firman. Además, resulta decisivo para esta cuestión el hecho de que la Ley permite que este asesoramiento y comparecencia notarial tenga lugar el día antes de la firma de la escritura, situación que difícilmente va a conllevar que los prestatarios se replanteen los contratados ante cualquier eventualidad o duda que le pueda surgir⁵⁰⁵, estando en juego

⁵⁰⁴ Entiende este autor que hoy en día el contrato de préstamo hipotecario es bilateral por las obligaciones legales de información impuestas al prestamista. Entre otros trabajos: BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad” *Actualidad Civil*, Marzo 2019, Editorial Wolters Kluwer; “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” *Diario La Ley*, Nº 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016, Ref. D-266, Editorial LA LEY; “Algunos remedios contra la cláusula abusiva de reclamación posiciones deudoras” *Diario La Ley*, Nº 8954, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer: Reconoce igualmente en este último trabajo la existencia de otras obligaciones del prestamista: “*hoy el préstamo se ha vuelto bilateral, en el préstamo actual con condiciones generales no sólo tiene obligaciones el cliente, sino también el banco (...) En efecto, el banco prestamista también tiene obligaciones en el préstamo y crédito a personas consumidoras. Tiene que cumplir sus deberes de transparencia, que son muchos, tiene que eliminar del contrato las cláusulas abusivas, devolver lo que haya cobrado de más, etc.*”

⁵⁰⁵ Igualmente lo ha puesto de manifiesto la doctrina, entre ella, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. *Los contratos de crédito inmobiliario...*” (op.cit.): “Una previsión temporal, a mi juicio, muy ajustada a la fecha de firma del contrato que viene a determinar que puede llegar a convertirse en un

posiblemente la compra de una vivienda, con todas las consecuencias que eso puede conllevar, hecho este que ya ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo respecto de la anterior normativa, por lo que tal intervención notarial no supone ninguna solución definitiva para los problemas que se han estado manifestando en la práctica.

Sí es cierto que la normativa actual añade una serie de documentación previa a través de las diferentes fichas, de obligado cumplimiento tanto su entrega como su contenido, donde se asegura que consten todos los datos relevantes y no se omita información en perjuicio del prestatario, aunque como hemos advertido, siempre se corre el riesgo de que el exceso de información y documentación acaben por enturbiar la información que debe recibir el consumidor, al disponer de una gran cantidad de datos y de cláusulas que no puede procesar correctamente. No obstante, sí que resulta útil y conveniente esta exigencia legal de que se entreguen previamente las fichas con la información indicada, incidiendo en los aspectos más esenciales del contrato.

Pero debe garantizarse que esa práctica de información y documentación previa se realice correctamente, y que no se permitan modos irregulares de proceder en cuanto a la documentación o información a entregar, de suerte que acaben siendo convalidadas por la firma del prestatario ante el notario afirmando haber recibido en tiempo y forma todos los documentos correctamente. Así, una garantía debería ser que se vele por que en el momento en que se entregue esta documentación previa sea firmada por el prestatario con constancia de fecha⁵⁰⁶, debiendo sancionarse aquellas prácticas que pretendan hacer firmar documentos con fecha anterior a la real. Esta necesidad de que se firmen por el prestatario los documentos no aparece expresamente recogida en la Ley 5/2019 como requisito, aunque sí que se advierte del último párrafo del apartado primero del artículo 14, cuando señala que el sistema de medios telemáticos deberá permitir al notario *“una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo Notario, los citados documentos firmados por el prestatario”*.

mero trámite que se necesita cumplir ya habiendo decidido el prestatario junto con el prestamista la celebración del contrato y la concesión del crédito (de hecho puede incluso acudir al notario una vez que ya ha aceptado el prestatario la oferta vinculante del prestamista), procediendo el prestatario a tratar de cumplir con ese trámite sin atender a las manifestaciones y advertencias del notario y haciendo declaraciones más o menos automáticas tendentes a superar sin más ese trámite, sin percatarse de su trascendencia, afectando con ello a una contratación posterior efectivamente consciente de la carga asumida”

⁵⁰⁶ Exigencia recogida expresamente en la Ley 3/2016 andaluza: *“Todos los documentos informativos citados en los apartados anteriores serán fechados, quedando constancia de la identificación y firma tanto por la persona consumidora y usuaria como por la empleada de la empresa prestamista que facilite la información y la que ofrezca las correspondientes explicaciones adecuadas, en el caso de que sean diferentes, debiendo la empresa conservarlos en su poder.”*

Igualmente sería de interés que se previese la necesidad de que estos documentos firmados por el prestatario se incorporasen en la escritura, de modo que quedase recogida la información previa entregada con constancia de su fecha. A falta de tal previsión, tenemos que recordar que con la regulación actual se puede tener acceso a dicha documentación previa en caso de que fuese necesario, existiendo la obligación del prestamista de conservar esta documentación precontractual hasta un plazo mínimo de 6 años tras la finalización del contrato, en los términos ya expuestos.

Y sobre esta conservación de documentación, igualmente sería recomendable que, junto a esta información precontractual, se conservase la publicidad emitida acerca del producto contratado, ya que, como hemos visto, en muchos casos puede resultar importante al proporcionar un contenido informativo que, si no es desvirtuada de manera clara por el resto de información recibida, puede crear falsas expectativas al prestatario.

Además, sí que resultaría recomendable que igualmente las consultas y explicaciones para completar “toda la información que fuera necesaria” —según el art.14.2— con el que se otorguen las explicaciones adecuadas, constaran igualmente documentalmente y firmadas por el prestatario —ninguna previsión se encuentra en la Ley sobre este punto, al ir referida la anterior mención de documentos firmados por el prestatario a lo indicado en el art.14.1, y no al 14.2—. De este modo, se podría acreditar fácilmente por parte del prestamista las explicaciones que proporcionen, así como los ejemplos prácticos sobre las mismas a los que alude el precepto. Aquellas explicaciones que se proporcionen vía telefónica igualmente podrían ser acreditadas bien mediante la grabación de dicha conversación, o por medio de un correo electrónico posterior en el que se recogiesen las cuestiones preguntadas y las respuestas emitidas.

Estos dos últimos aspectos mencionados son importantes, ya que, en un ámbito tan acotado actualmente con la reforzada obligación de información y documentación precontractual, es mediante la publicidad o mediante la inadecuada o irregular información suministrada donde pueden darse los defectos de error o falta de transparencia, como puede ser en aquellos casos en donde la publicidad muestre algunas características que distorsionen la realidad, o que no se reciban unas adecuadas explicaciones por el prestamista, especialmente atendiendo a las circunstancias personales del prestatario, o de las complejidades concretas que el contrato presente. Piénsese así por ejemplo en personas de avanzada edad o con escasos conocimientos financieros, o de características del préstamo complejas de las que no se detallan por la ley la información a suministrar —caso, por ejemplo, de cuotas complejas como es el caso de la hipoteca tranquilidad o similares—.

3.- Resulta también destacable la nueva regulación establecida respecto al vencimiento anticipado, y la postura mantenida por el Tribunal Supremo al respecto. Y es que no tenemos que olvidar que esta facultad va a producir la posibilidad de ejecutar la hipoteca sin la plenitud de defensa del prestatario, con los problemas que hemos comentado a lo largo de este trabajo.

Así, a pesar del reconocimiento de la bilateralidad del contrato de préstamo por el TS, y de las evidentes muestras de ello en este trabajo con las numerosas obligaciones que corresponden al prestamista, se da carta de validez a un procedimiento de vencimiento prácticamente automático por parte del prestamista si se dan los impagos requeridos, dejando huérfano al prestatario de la debida protección ante los incumplimientos que haya podido realizar dicho prestamista, y de los que, incluso, han podido traer causa los impagos del prestatarios.

A modo de ejemplo, especialmente alarmante resulta que se cree una normativa destinada a solucionar situaciones críticas, para intentar evitar situaciones de pobreza extrema y crónica, como es el Código de Buenas Prácticas, y luego resulte que en la práctica, entidades que libremente se han adherido al mismo, se saltan de manera impune el cumplimiento de sus obligaciones, o hacen caso omiso ante la debida aplicación de las medidas, y sin embargo, se les deja que planteen y sigan adelante con el procedimiento de ejecución hipotecaria, con todos los daños y perjuicios que eso supone.

De este modo, aunque se exigen actualmente mayores impagos por parte del prestatario para proceder al vencimiento, llama la atención la imperatividad de dicha facultad, integrándolo la Ley 5/2019 como un elemento inseparable del contrato de préstamo inmobiliario. Pero más sorprende la consideración del TS en su sentencia de 11 de septiembre de 2019 (recurso 1752/2014) que, al entender el préstamo hipotecario como un “negocio jurídico unitario o complejo”^{507,508}, llega a la conclusión de que el

⁵⁰⁷ A diferencia de lo considerado por el propio TS en otras resoluciones, como la STS de 7 de abril de 2004 (rec. 3816/1998), en la que expresa que en la escritura se documentan dos negocios jurídicos, siendo la hipoteca accesoria al préstamo, llegando a afirmar que: *“Si bien la sentencia al calificar el contenido de la escritura pública de 12 de mayo de 1993 de “crédito hipotecario” adolece de grave imprecisión técnica al no distinguir entre los dos órganos jurídicos, préstamo -concesión de crédito, para la Sala “a quo”.- y constitución de hipoteca, la declaración de nulidad se basa en la inexistencia de consentimiento de doña Almudena y no en que el consentimiento de la prestamista, Sindicato de Banqueros de Barcelona, S.A., a la concesión del préstamo se vincula a la constitución de la hipoteca, por lo que, además de ser inaplicables para la resolución de la cuestión litigiosa los artículos invocados en el motivo, éste carece de transcendencia casacional por lo que debe ser desestimado”*.

⁵⁰⁸ Discusión sobre la relación entre el préstamo y la hipoteca clásica en la doctrina. Así, puede verse esta discusión acerca de la accesoriedad de la hipoteca o la consideración del “crédito hipotecario” como

contrato no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, interpretación que se pudiera considerar *contra legem* al ir en contra expresamente de lo dispuesto por el antiguo 693.2 LEC que exigía expresamente para la existencia de dicho pacto la constancia en la escritura y su inscripción en el registro, y que, de hecho, para aquellos contratos de préstamo hipotecario fuera del ámbito de la Ley 5/2019 el propio precepto de la LEC sigue requiriendo, por lo que parece claro que no es un elemento indispensable de dicho contrato. Y tal afirmación en contra mantenida ahora por el TS resulta llamativa teniendo en cuenta lo dictado por el propio Tribunal en la STS de 27 de marzo de 1999 (rec. 2806/1999) en donde consideraba nulo este tipo de pactos en los préstamos hipotecarios⁵⁰⁹, pasando así de la inadmisión de estos pactos en los préstamos hipotecarios, o su carácter indispensable.

La cuestión no es que se prive al acreedor de poder ejecutar la hipoteca o dar por resuelto el contrato ante incumplimientos manifiestos del prestatario, sino que no se permita ese posicionamiento tan privilegiado con el que cuenta en la actualidad, y con el que parece blindarse asegurándose la existencia del vencimiento en los términos indicados. Si se quiere admitir una facultad resolutoria para el prestamista, que a efectos prácticos es lo que parece que produce el vencimiento anticipado, no debe dejarse de lado lo establecido por el art. 1124 Cc, regla general básica para la resolución de los contratos bilaterales, que permite al juez conceder un plazo ante causas justificadas, e igualmente, es de destacar cómo una Ley de 1998, la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, prevé en su artículo 11 que *“los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades*

realidad inescindible en BLASCO GASCÓ. *La hipoteca inmobiliaria ...* (op. Cit.) y BLASCO GASCÓ y LAGO MONTERO “El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria ” (op. Cit.).

⁵⁰⁹ Recogía así la Sentencia: *“En estos últimos años se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1255 del C. civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del art. 6 del Código Civil: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho....” Los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo. Entronizando esta condición se puede abortar anticipadamente la biología del préstamo garantizado.”*

moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador.”

Así, llama la atención cómo una ley tan actual como la Ley 5/2019 y consciente de los problemas que surgen en la práctica, omite tratar estos extremos. Y no sólo eso, sino lo que es aún más grave, como hemos estado viendo, es que el prestatario ante tal ejecución se ve prácticamente indefenso ante los incumplimientos del prestamista, causándose a aquellos grandes perjuicios difícilmente reparables. Si el TS considera que el préstamo hipotecario es un contrato unitario, existiendo una especial vinculación entre el préstamo y la hipoteca, con más razón para que hoy día no se permita la ejecución de la hipoteca desvinculada de las causas acontecidas en el contrato de préstamo⁵¹⁰, debiendo ser éstas susceptibles de alegación por la otra parte contratante — el prestatario—.

4.- E igualmente, como contrato bilateral —y así lo recoge también el 1124 Cc—, recíproca facultad de resolución debe concederse al prestatario ante los incumplimientos del prestamista. Aunque lógicamente, a los prestatarios difícilmente les va a convenir la resolución del contrato, interesando la subsistencia del mismo y el correcto desenvolvimiento por todo el tiempo previsto, además de que no en todo caso de incumplimiento de una obligación del prestamista debe proceder la resolución del contrato. Ante esta situación, es donde cobra una especial importancia la herramienta de la *exceptio non (rite) adimpleti contractus*. Aunque sea una figura tradicionalmente pensada para obligaciones recíprocas más “simples”, puede ser un instrumento de utilidad como defensa o autotutela del perjudicado. Así, ya hemos visto cómo el conjunto de prestaciones que corresponden al prestamista configuran un programa prestacional que puede afectar de manera directa a la obligación principal del prestatario, como es el pago de los intereses.

Además, por la propia naturaleza del contrato, siendo de tracto sucesivo, determinados incumplimientos, como ocurre con la determinación exacta de las cuotas a pagar, suponen un perjuicio constante que se va agravando con el paso del tiempo, lo que supone una justificación para acudir a esta figura, suspendiendo el pago de las cuotas una vez puestas en conocimiento del prestamista las irregularidades detectadas

⁵¹⁰ Es además una consecuencia lógica de la propia vinculación de la hipoteca con el préstamo que garantiza. Así, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA define esta relación del siguiente modo: “Se produce, en fin, entre ambos una unión simbiótica con mutua repercusión, pero sin desdibujarse el hecho de que la hipoteca únicamente funciona con una obligación a la que asegurar y de cuya existencia y posible exigibilidad depende su propia subsistencia y efectividad” CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca.” *Revista de Derecho Patrimonial* num.20/2008 1 parte Artículos.

sin que éste haya solucionado la incidencia, y que, no olvidemos, no suponen una exención de pago, sino una mera suspensión temporal como medio coactivo para que el prestamista cumpla correctamente, a la vez que se evita los perjuicios que el incumplimiento de contrario le ocasiona.

Igualmente, como hemos visto, en aquellos casos en que se deba proceder a ejecutar el seguro vinculado al préstamo, o en que se deba aplicar las disposiciones del Código de Buenas Prácticas, sería defendible el uso de la *exceptio*, ya que cada cuota pagada supone un gravamen o perjuicio para el prestatario, enriqueciendo constantemente al prestamista, que debería de actuar para ejecutar dicho seguro para el cobro del préstamo, o proceder a la aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas para realizar la reestructuración del préstamo, quita, o dación, en los términos ya expuestos. El mero defecto informativo durante el préstamo, las irregularidades puntuales, o situaciones que no hayan sido advertidas al prestamista, no justificarían, en principio, dicha suspensión del pago, salvo que por las circunstancias concurrentes justificantes una suficiente gravedad para su aplicación.

La resolución del contrato procedería en aquellos incumplimientos que revistan mayor gravedad e imposibilitasen la normal prosecución del mismo, como ante la falta de entrega de la cuantía acordada del préstamo ya perfeccionado, pero no consumado, la no entrega de parte del crédito acordado durante la vigencia del contrato de crédito, o ante continuas y graves irregularidades en el cobro de las cuotas. No obstante, como hemos advertido, difícilmente al prestatario le vendrá bien la resolución con la restitución de la cuantía recibida, salvo que pudiera conseguir un plazo de tiempo para la restitución, además de los problemas que derivan acerca del modo y cuantía de dicha resolución que ya tratamos.

Y, a falta de remedios legales, también puede el prestatario ampararse en los remedios generales del Código Civil y de lo derivado de la normativa de consumo, pudiendo acontecer así supuestos de nulidad de pleno derecho, anulabilidad por error vicio, así como la indemnización de los daños y perjuicios debidos.

5.- Asimismo, a pesar de esta bilateralidad existente con obligaciones para ambas partes, también sorprende que se prevean consecuencias para el prestatario en los casos de impago de las cuotas, si se omiten o falsean datos proporcionados para evaluar la solvencia, o aquel que se haya beneficiado indebidamente de las medidas del Código de Buenas Prácticas, o al que busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión. Y, sin embargo, ninguna consecuencia se prevé para el supuesto de defectuosa información precontractual o durante la vigencia del mismo —salvo la honrosa excepción de los préstamos en monedas extranjeras—, cálculos erróneos o inaplicación de los términos contractuales que determinan la cuota a abonar, defectuosa evaluación

de la solvencia o indebida concesión de préstamos, o la inaplicación del deber de informar o aplicar las medidas del Código de Buenas Prácticas.

Aun a falta de estas consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del prestamista, habría que considerar que, como contrato bilateral, no puede el prestatario incurrir en mora hasta que el prestamista haya cumplido con sus obligaciones, como igualmente reconoce BALLUGERA GÓMEZ⁵¹¹, hecho que tiene especial relevancia en aquellas obligaciones que influyen y determinan la obligación de restitución de las cuotas con el pago de intereses por parte del prestatario, por lo que no debería poderse reclamar el cumplimiento del prestatario si previamente no ha cumplido el prestamista, especialmente cuando el incumplimiento del primero trae causa en el incumplimiento de este último.

6.- Todo esto conlleva, como hemos estado viendo, que las nuevas normativas existentes, a pesar de pretender ser protectoras para los prestatarios —y más aún para los consumidores—, lo cierto es que deja muchas cuestiones pendientes, que producen una indefensión para estos prestatarios, a la vez que se sigue permitiendo que el procedimiento de ejecución sea —demasiado— privilegiado para el prestamista. La realidad práctica ha puesto de manifiesto los problemas que se plantean en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, que los propios jueces reconocen, hecho que se vuelve más evidente ante una regulación extensa en materia de obligaciones para los prestamistas, y existiendo numerosas vicisitudes contractuales que pueden afectar el devenir del contrato y la obligación de pago del prestatario.

Por ello, sería necesario que se establecieran legalmente las consecuencias contractuales ante el incumplimiento de las obligaciones que corresponden al prestamista, y lo que es más urgente, una reforma del sistema hipotecario que permita una correcta defensa del prestatario ante los incumplimientos de las obligaciones de la contraparte, bien ampliando las causas de oposición, bien permitiendo la suspensión del procedimiento ejecutivo, ya que, como hemos analizado, existen supuestos donde se

⁵¹¹ BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” *Diario La Ley*, N° 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016, Ref. D-266, Editorial LA LEY: “En efecto cuando nos encontramos ante contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, y el moderno préstamo celebrado por contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación es, como hemos dicho, en la actualidad un contrato bilateral con obligaciones recíprocas entre las partes, hay que estar al tenor literal del último párrafo del art. 1100 CC (LA LEY 1/1889) según el cual en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro. Esta consecuencia jurídica es doblemente reiterada por el art. 87.1 TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) y el apartado o) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE (...)”

evidencia un incumplimiento previo del prestamista —constituyendo el previo cumplimiento, como sabemos, un presupuesto previo al ejercicio de la facultad resolutoria ex art. 1124 Cc—, teniendo en cuenta que la continuación del procedimiento de ejecución ocasiona perjuicios difícilmente reparables.

Por último, y de cara a una mejor protección y seguridad jurídica —aunque se es consciente de la dificultad práctica que supone—, sería deseable que por parte de los jueces y tribunales no existiesen discrepancias flagrantes entre las sentencias de los distintos órganos. Esto se ha podido comprobar en los últimos años en diversos casos, como la retroacción de las restituciones de cantidad por la cláusula suelo, las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos, la nulidad de determinadas comisiones o del IRPH, o la apreciación de la caducidad o prescripción de las acciones. Aunque para evitar dichas discrepancias, lo ideal es que tales problemáticas se prevean y se solventen por el legislador, de modo que no se deje al terreno judicial el tener que determinar tales situaciones, ya que esto provoca un incremento de litigios y una larga situación de procesos judiciales hasta que el Tribunal Supremo, en su caso —o tras la intervención del TJUE—, se pronuncie unificando la doctrina.

SOMMARIO

-Il mutuo ipotecario è uno dei contratti più trascendenti che eseguiamo nel corso della nostra vita, per essere il solito mezzo con cui accedere alla proprietà della casa e per l'importante onere economico che suppone.

-Come conseguenza di questa importanza, insieme al fatto che troviamo un contratto finanziario con più clausole, in cui le entità hanno una posizione di prevalenza delle informazioni e della negoziazione nei contratti, la necessità di una regolamentazione crescente di questo tipo è diventata di contratti, per garantire la protezione dei mutuatari, in particolare dei consumatori, ed evitare gli abusi e i problemi vissuti negli ultimi anni.

-Allontanato dalla concezione tradizionale del contratto unilaterale, in cui soltanto gli obblighi sorgono per il mutuatario, il contratto di mutuo ipotecario può essere oggi contratto consensuale e bilaterale, l'estrazione di tutti i regolamenti esistenti una serie di obblighi e doveri impongono al mutuante, di adempimento obbligatorio, e per la cui analisi è stata suddivisa in obbligazioni prima del contratto, durante la vigenza dello stesso e dopo la fine del contratto stesso.

CAPITOLO I.- OBBLIGHI DEL MUTUANTE PRECEDENTE ALLA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO:

1.- Pubblicità: Sebbene non faccia parte degli obblighi contrattuali propri, ha rilevanza nel contrarre la pubblicità che l'entità svolge dei suoi prodotti, essendo probabilmente le prime informazioni ricevute da potenziali mutuatari, e essendo costituito ad attirare il loro interesse, questa pubblicità deve essere adattata alle normative in questo settore, in particolare quando si fa riferimento al tasso di interesse o a qualsiasi cifra relativa al costo del prestito, in modo che tali informazioni siano ricevute dai potenziali mutuatari dal primo momento sono obiettivi e non fuorvianti.

-In caso di inadempimento in materia di pubblicità, fatte salve le sanzioni amministrative, potrebbe essere richiesto di cessare, rettificare o integrare la pubblicità, nonché le azioni generali in materia contrattuale che procedono secondo i casi, come ad esempio quelli di inadempimento contrattuale, invalidità o risarcimento dei danni, poiché, come determinato dall'art. 61.2 della LGDCU, questo contenuto della pubblicità è applicabile dai consumatori, tenendo conto in conformità con l'accordo del contratto, questa pubblicità è un elemento che i tribunali tengono conto nel determinare le informazioni corrette o errate ricevute da clienti.

2.- Informazioni preliminari: uno degli aspetti più regolamentati, sebbene più importante nella formazione della volontà e nella trasparenza del contratto, sono le informazioni e la documentazione ricevute prima del contratto.

-Tutte le caratteristiche del contratto, che incidono su quegli aspetti più rilevanti, devono essere comunicate ai mutuatari principalmente attraverso tre documenti, come il c. d. in spagnolo FIPRE (foglio informativo precedente) in cui vengono fornite informazioni generali, il FEIN (carta europea di informazioni) in cui compaiono le informazioni personali e specifiche per il cliente, che operano come un'offerta vincolante per le parti, e il FiAE (foglio di avvertimento standardizzato) in cui sono evidenziati i principali rischi del contratto. E tutto ciò, fatte salve le spiegazioni e l'assistenza dell'entità che devono essere fatte per spiegare tutti i dettagli e rispondere alle domande che possono sorgere nel reclutamento.

-Tutte queste informazioni e documentazione saranno verificate dal notaio, che emetterà un atto comprovante la conformità a questi requisiti, senza il quale il prestito non può essere concesso. Nonostante il fatto che i regolamenti stabiliscano che ciò soddisfa i requisiti di trasparenza materiale, comprendiamo che questo intervento notarile non implica in ogni caso che la trasparenza non possa essere controllata dai corti, poiché il notaio può facilmente controllare le procedure formali e la documentazione consegnata, ma sarà difficile stabilire se il mutuatario capisce veramente l'intero contenuto del contratto o se tutte le informazioni fornite - come verbale o via e-mail - che sono state fornite erano chiare, sufficienti, e non fuorviante.

-Le conseguenze di questa mancanza o carenza di informazioni possono essere tradotte in: 1) Mancanza di trasparenza, che può portare al controllo dell'abusività o direttamente all'abuso stesso nella misura in cui influenza le aspettative economiche del mutuatario; 2) la determinazione di un errore vice nel consenso, che porta alla risoluzione del contratto, quando questo errore è essenziale e scusabile; 3) la non incorporazione della clausola quando non soddisfa i requisiti della LCGC; 4) e risarcimento dei danni causati da queste informazioni difettose.

3.- Contenuto del contratto: quando si configura il contenuto del contratto, l'entità deve rispettare il contenuto minimo stabilito dalla normativa. Quando tali contratti vengono stipulati attraverso contratti seriali attraverso clausole contrattuali generali, è essenziale rispettare i requisiti stabiliti nelle condizioni generali di diritto contrattuale, nonché le normative dei consumatori in merito al possibile abuso delle clausole.

3.1 - Da questo contenuto minimo, l'impostazione del tasso di interesse è particolarmente rilevante, essendo liberamente stabilita dalle parti. Una menzione speciale merita quando viene stabilito un tasso di interesse variabile, deve essere un interesse oggettivo, adattarsi ai requisiti stabiliti dai regolamenti e deve essere chiaro, accessibile, obiettivo e verificabile, essere calcolato al costo di mercato, senza essere suscettibile di essere influenzato dal mutuante e i dati che servono come base per tale indice dovrebbero essere aggregati da una procedura matematica obiettiva. La cosiddetta «clausole di tasso minimo» - limite minimo per abbassare il tasso di interesse - è vietata, senza consentire ulteriormente l'interesse a diventare negativo.

- Nel momento della definizione di questo tasso di interesse variabile, le informazioni e le spiegazioni fornite in merito a tale tasso di interesse sono ugualmente importanti, il che verrà effettuato mediante le indicazioni precise nei documenti sopra indicati - FIPRE, FEIN, FiAE -, nonché attraverso le spiegazioni necessarie, in modo che il mutuatario conosca l'operazione e le conseguenze dell'indice concordato.

-E inoltre, il contratto dovrebbe riflettere il tasso di interesse concordato, nonché le TAEG, la periodicità, la data di godimento e di regolamento, le regole relative alle date di valuta, nonché i diritti e gli obblighi del mutuante per la modifica dell'interesse concordato.

-La questione dell'indice IRPH ha avuto grande rilevanza, la Corte Suprema ha stabilito che tale indice non può essere dichiarato abusivo perché riflette un indice legale, il suo controllo corrispondente agli organi amministrativi e il controllo della trasparenza essendo possibile sulla clausola che incorpora un tale indice, indicando anche che supera tale controllo in quanto è un elemento essenziale del contratto che è

noto ai mutuatari, essendo anche un indice ufficiale e pubblico e costituito dal calcolo del TAEG, il che complica la dichiarazione di nullità di detta clausola. Ciononostante, è in attesa la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che potrebbe cambiare la direzione data dalla Corte suprema.

-Un altro problema che si è manifestato negli ultimi tempi è la scomparsa dell'indice concordato come applicabile, come è avvenuto con gli indici IRPH Banks, IRPH Cajas e CECA. La cosa normale in questi casi è applicare la previsione contrattuale sostitutiva e, in mancanza di essa, la disposizione prevista dalla Legge 14/2013. Tuttavia, esiste il problema della validità della clausola contrattuale che stabilisce la durabilità dell'ultimo indice concordato, trasformando il contratto a tasso variabile in uno fisso, il cui caso potrebbe essere inteso come non voluto dal mutuatario, potendo annullare tale clausola da abusivo o mancanza di trasparenza, nel qual caso comprendiamo la disposizione della Legge 14/2013 applicabile.

3.2 - Altrettanto importante è la determinazione del potere di rimborso anticipato del contratto da parte del mutuatario e la compensazione corrispondente, se del caso. Nel nostro sistema esiste un diritto legalmente riconosciuto ai mutuatari di annullare, in tutto o in parte, il mutuo ipotecario e il risarcimento può essere imposto su detto rimborso, ma a condizione che siano stati concordati in conformità con la legislazione applicabile al caso.

- La classica tassa di cancellazione è stata sostituita dalla Legge 41/2007 - e nel suo ambito di applicazione - per il risarcimento per il ritiro e il risarcimento per il rischio di tasso di interesse, che sarebbe applicabile di comune accordo, essendo entrambi compatibili l'un l'altro. Con l'entrata in vigore della Legge 5/2019, questa distinzione scompare e il risarcimento viene riscosso - con determinati limiti di tempo e di importo e purché non superi la perdita finanziaria - per i casi di interesse fisso e variabile, nonché in caso di novazione o surrogazione con modifica di interesse variabile in fissa.

- Tale compensazione, di cui alla legge 41/2007 "per il rischio di tasso di interesse", vuole compensare la perdita di profitto del mutuante in caso di cancellazioni anticipate in congiunture con bassi tassi di interesse, essendo vietato qualsiasi tipo di risarcimento se la cancellazione riporta un guadagno, e anche nella Legge 5/2019 nei casi che superano la perdita subita.

- Questa clausola sarebbe suscettibile di un controllo dell'abusività, poiché non definisce l'oggetto principale del contratto, né fa riferimento all'adeguatezza tra prezzo e servizio; e anche capendo il contrario, dovrebbe superare il dovuto controllo della trasparenza. Né è imposto da una norma imperativa né supplementare, essendo

operativo mediante un accordo, e può essere modulato stabilendo l'importo della compensazione.

- L'abuso di questa clausola potrebbe essere presa in considerazione quando provoca uno squilibrio tra le parti a danno del mutuatario, prendendo in considerazione se nell'ambito di una negoziazione individuale, equa ed equa con il consumatore, quest'ultima accetterebbe tale clausola. È necessario sottolineare in questa analisi la possibile mancanza di reciprocità, stabilendo ostacoli onerosi e sproporzionati rispetto a un diritto del consumatore - come la cancellazione del prestito - ed è anche possibile non riconoscere il vantaggio reciproco per il mutuatario nel caso in cui il mutuante benefici o stabilire un risarcimento eccessivo rispetto alla perdita effettivamente subita - nei casi previsti dalla Legge 41/2007 - .

-Ci sono due momenti informativi chiave: le informazioni necessarie prima della conclusione del prestito sull'esistenza e la conoscenza dell'incorporazione della clausola; e le informazioni prima della cancellazione per conoscere il costo delle stesse e valutarne la realizzazione, essendo informazioni essenziali sui calcoli e sui dati utilizzati, al fine di verificare l'esistenza di una perdita da parte dell'entità, come il suo importo.

-Questa mancanza di informazioni preliminari può comportare il mancato superamento del controllo dell'inclusione, nonché quello della trasparenza nei contratti con i consumatori. Allo stesso modo, la mancanza di informazioni sul costo della cancellazione al momento della richiesta priverebbe l'entità della successiva riscossione di eventuali compensi.

-Il concetto di "perdita finanziaria" - chiamato "perdita di capitale" nella Legge 41/2007 - è ancora usato per determinare il possibile danno subito dal finanziatore, essendo un concetto complesso e difficile da calcolare. Sarebbe auspicabile semplificare tale concetto o stabilire i meccanismi e le garanzie necessari sia per il mutuatario che sia a conoscenza dell'esistenza e del funzionamento di questa clausola, sia per garantire la corretta applicazione da parte del creditore.

3.3- A proposito di questo contenuto del contratto di mutuo ipotecario, è importante stabilire l'eventuale controllo che deve essere eseguito da giudici e tribunali. Possiamo trovarci in un contratto con clausole che fissano il contenuto dei diritti e degli obblighi delle parti, che riflettano disposizioni normative o siano determinati dall'autonomia della volontà delle parti. Prima di queste clausole, quelle che riflettono disposizioni legislative o regolamentari imperative, non saranno soggette al controllo dell'abusività di giudici e tribunali come stabilito dall'articolo 1.2 della direttiva 93/13.

-Per le disposizioni giuridiche o regolamentari imperative abbiamo bisogno di comprendere non solo quelle applicate tra le parti contraenti in modo obbligatorio indipendentemente dalla loro scelta, ma anche quelle che sono di natura supplementare e quindi applicabili di default quando le parti non hanno concordato con un'altra cosa.

-Tuttavia, quelle clausole che riflettono disposizioni legislative o regolamentari che autorizzano non sono incluse in questa eccezione, cioè quelle che la legge prevede volontariamente in termini di inclusione, senza essere applicate se non vi è alcun accordo esplicito su di essa. Ciò è dovuto a diversi motivi: questo caso non è incluso come escluso dalla direttiva; l'interpretazione dell'articolo 1.2, essendo un'eccezione, deve essere restrittiva; in questo modo la CGUE (Corte di Giustizia dell'Unione Europea) l'ha accolto con favore; e queste norme non regolano il contenuto di un contratto in modo naturale, ma la sua inclusione dipende dalle parti, il che implica che il contratto deve essere esaminato nel suo insieme, tenendo anche conto dello stato del consumatore di una delle parti.

- Le clausole contrattuali che riflettono le disposizioni legali o regolamentari raccolte per altri tipi di contratti non sono incluse nella disposizione dell'articolo 1.2, pertanto possono essere soggette a controllo dell'abusività da parte degli organi giudiziari.

-Quando una clausola stabilisce un contenuto che apparirà anche da una futura legge, che sarà applicabile anche ai contratti prima della sua entrata in vigore, la CGUE ha compreso che sarebbe conforme alle disposizioni dell'art. 1.2. Tuttavia, la conclusione potrebbe essere diversa, soprattutto nei casi in cui non si applicava ai contratti precedenti o quando il nuovo regolamento modifica diversi aspetti del contratto, in modo che la configurazione complessiva del contratto sia diversa da quella precedentemente esistente, quindi l'aspetto specifico incluso nella clausola originale non può in alcun caso essere considerato conforme all'idoneità e all'equilibrio sanciti dal nuovo regolamento.

-Se una clausola non si limita a riflettere ciò che è contenuto nella legge, ma aggiunge o modifica il suo contenuto, sarebbe soggetta al controllo dell'abusività della direttiva. Come nei casi in cui la legge consente l'incorporazione di una clausola, ma è l'aderente che specifica gli estremi e le particolarità da includere nel contratto, quindi tutte le aggiunte e le circostanze particolari incluse nella clausola sono soggette a controllo da parte dei tribunali.

-Nel caso di clausole che riflettono una disposizione amministrativa tra le varie possibili, come nel caso della determinazione dell'indice IRPH come interessi corrispettivi, non ci troviamo di fronte a clausole che riflettono una norma imperativa né

supplementare, quindi tale clausola può essere oggetto di controllo dell'abusività, essendo di particolare rilevanza la trasparenza al momento della sua fissazione, per essere un elemento determinante del contratto.

-Anche se la clausola riflette una disposizione legale o normativa imperativa, può essere soggetta a controllo, sia detta clausola sia la disposizione nazionale, quando influisce sui poteri di controllo delle clausole abusive da parte di giudici e tribunali.

- Allo stesso modo, in ogni caso sarà possibile esaminare e controllare i regolamenti nazionali, sebbene imperativi, per determinare la loro adeguatezza al diritto dell'Unione europea poiché, in base al principio di primato di questo diritto, i regolamenti nazionali devono rispettare stesso.

4.- Obbligo di verifica del merito creditizio. Uno degli obblighi imposti ai finanziatori è l'obbligo di verifica del merito creditizio del mutuatario. Per quanto riguarda le normative applicabili al mutuo ipotecario, è incluso nella legge sull'economia sostenibile del 2011, nell'ordine EHA / 2899/2011, nella circolare 5/2012 e nella recente legge 5/2019 che regola i contratti di credito immobiliare.

-Con il nuovo regolamento, e come conseguenza di quanto dettato dalla direttiva europea, si cerca di rafforzare la diligenza e la responsabilità nella concessione del prestito, stabilendo tale obbligo di verifica del merito creditizio e stabilendo che i finanziatori renderanno il prestito disponibile solo al mutuatario prima di una valutazione positiva. Tuttavia, tace su quali siano le conseguenze contrattuali di non fare una simile valutazione, di farlo in modo improprio o di concedere un prestito con una valutazione negativa, al di là delle sanzioni amministrative che possono essere imposte.

-Sembra necessario stabilire una sorte di conseguenze contrattuali per queste azioni, come in altri paesi intorno a noi, al fine di rendere più efficace questo problema, in modo che i mutuatari siano protetti - e il mercato e la società in generale - di queste pratiche irresponsabili, mentre allo stesso tempo penalizza e scoraggia il mutuante da tali comportamenti.

- Non sembra che l'opzione della nullità assoluta ne sia la conseguenza logica, per il non essere amato dal legislatore e difficilmente protetto dalla giurisprudenza. Sì, potremmo sostenere la concessione al mutuatario dei poteri di recedere, risoluzione o modifica del contratto, garantendo così poteri reciproci a quelli concessi al mutuante; o, l'annullamento del contratto a causa di errore di vizio o consenso ingannevole, nei casi in cui è dimostrato che se avesse conosciuto il risultato della valutazione, tenendo conto della sua situazione economica e finanziaria e delle caratteristiche del prestito specifico,

non avrebbe contratto detto prestito ; nonché la possibilità di richiedere un risarcimento per i danni causati.

-Nei casi in cui è richiesta l'annullamento o il recesso del prestito, si dovrebbe concordare che la restituzione dei benefici per il mutuatario non comporta il pagamento degli interessi legali, che potrebbero comportare danni, ma il pagamento degli interessi concordati. Inoltre, si potrebbe anche considerare di concedere al debitore un ragionevole periodo di tempo per la restituzione di detto capitale. Accanto ad esso, è possibile richiedere un risarcimento per danni, come le spese pagate per la concessione del prestito - valutazione e commissione di apertura dopo la Legge 5/2019 -, privazione di interessi di mora e persino interessi corrispettivi a seconda del caso. Si potrebbe persino difendere che, una volta eseguito il bene, il debitore viene liberato dal resto del debito, rendendo così il creditore responsabile per i danni causati dal rischio che egli stesso ha assunto, soprattutto nei casi in cui il valore dell'immobile era prevalso sopra di una corretta valutazione del mutuatario.

- Allo stesso modo, dobbiamo tenere conto del principio in base al quale nessuno può pretendere in caso di inadempimento in cui abbia collaborato o assunto, in modo che se la situazione di insolvenza provenga da una causa che avrebbe potuto e avrebbe dovuto essere evitato dal mutuante, sarebbe privato a ciò degli interessi di mora, nonché alla possibilità di la scadenza anticipata.

-Potresti anche generare responsabilità in caso di diniego del prestito, se ciò non viene fatto in buona fede, elaborando le procedure correttamente in modo tempestivo, potendo essere responsabile per i danni causati, come il costo opportunità dell'acquisto un'abitazione, una quantità di terreno consegnato o spese di valutazione dei beni immobili se è stato richiesto in anticipo impropriamente.

-Queste conseguenze potrebbero anche essere prevedibili rispetto alle normative antecedenti alla Legge 5/2019 e potrebbero comportare la cancellazione per errore o dolo, l'imputazione della responsabilità per la partecipazione all'inadempimento causata, il risarcimento dei danni, nonché la responsabilità in caso di negazione del prestito quando non viene agito correttamente. Tuttavia, ci sarebbe un vantaggio in più per il creditore con la nuova legge, a causa delle disposizioni che include e influenzato dalle disposizioni della direttiva.

-In caso di accusa di tali inadempimenti nel processo giudiziario, non vi sono grossi problemi nei processi dichiarativi, in cui se il mutuatario viene citato in giudizio può denunciare l'annullamento del contratto a titolo di domanda riconvenzionale o opporsi agli inadempimenti dell'altra parte con i danni causati, e anche questo potrebbe essere richiesto dal mutuatario stesso avviando una procedura dichiarativa.

- Problemi sorgono quando si procede a una procedura esecutiva nei confronti di detto mutuatario, dove né la cancellazione per errore vice, né l'eccezione di inadempienza viene fornita come motivo di opposizione. Tuttavia, a seguito dell'ultima tesi più flessibile della CS (Corte Suprema - Corte di Cassazione spagnola) e del CC (Corte Costituzionale spagnola), e pur essendo una questione complicata, l'inesigibilità o illiquidità del debito potrebbe essere asserita, sulla base dei motivi sopra citati, richiedendo il licenziamento di detta esecuzione.

CAPITOLO II.- OBBLIGHI DEL MUTUANTE DURANTE LA VIGENZA DEL MUTUO IPOTECARIO.

1.- Il mutuante è obbligato ad una serie di obbligazioni durante il contratto. Il principale consisterebbe nella consegna dell'importo concordato e nel mantenimento del prestito nelle condizioni concordate. Inoltre, esiste un'importante opera di informazione sullo stato di avanzamento del contratto, sia per i mutuatari che per i successori mortis causa in caso di decesso del mutuatario, così come i garanti; è tenuto a partecipare ai reclami presentati dai clienti, nonché a correggere gli errori rilevati; devono riferire periodicamente sulle variazioni e gli insediamenti degli interessi del prestito; deve informare in caso di prestiti in valuta estera dei diritti che il mutuatario ha circa gli stessi, nonché della situazione in cui si trova il prestito e delle variazioni subite; Informare sul costo della cancellazione anticipata totale o parziale del prestito, nonché sulla sua giustificazione; nei casi in cui è stipulata un'assicurazione sulla vita a favore del mutuante, hai l'obbligo di esercitare il diritto riconosciuto di riscuotere il risarcimento; nonché la conformità al Codice di buone pratiche.

2.- Particolare importanza è la conformità con il Codice di buone pratiche. Istituito dal regio decreto legge 6/2012, è obbligatorio per le entità che vi aderiscono, lo scopo principale è quello di stabilire misure che facilitino la sussistenza di prestiti ipotecari per le persone che si trovano nella cosiddetta soglia di esclusione.

-Queste misure previste sono di applicazione successiva, ad esempio la ristrutturazione del debito, la cancellazione e la data di pagamento. Ad eccezione della rimozione, le misure di ristrutturazione e di datazione sono obbligatorie quando il mutuatario si accredita per conformarsi ai requisiti stabiliti dalla normativa.

- Il regio decreto legge impone due obblighi fondamentali per il creditore: 1. L'obbligo di informare non appena conosce le difficoltà di pagamento del debitore e, comunque, prima del primo inadempimento. 2.- L'applicazione obbligatoria delle misure al momento dell'accreditamento dei requisiti stabiliti.

-La legge non prevede conseguenze materiali nel caso in cui il mutuante non rispetti tali obblighi e devono essere applicate le regole generali degli obblighi.

-È apprezzata dai giudici e dai tribunali un'interpretazione che non è vantaggiosa per i mutuatari delle disposizioni del regio decreto legge, tra le quali possiamo trovare come un atteggiamento attivo è solitamente richiesto nella loro richiesta dai mutuatari, avendo giustificato in la procedura tutti i requisiti che dovrebbero coprire l'applicazione delle misure, nonché l'impossibilità di far valere il inadempimento del mutuante nella procedura di esecuzione.

-Capiamo che queste infrazioni del mutuante devono avere le loro conseguenze, al di là delle corrispondenti sanzioni amministrative. Si tratta di misure urgenti adottate dal legislatore per alleviare una situazione di crisi sociale, allo scopo di porre fine alle esecuzioni ipotecaria, quindi non si può ammettere che le entità non rispettano in modo flagrante i loro obblighi e avviano e proseguono una esecuzione ipotecaria.

- La esecuzione ipotecaria non dovrebbe essere consentita alle entità senza ottemperare all'obbligo di informazione imposto dal regio decreto legge, poiché questo è ciò che il legislatore desidera quando impone detto dovere prima del primo inadempimento. Il suo atteggiamento inadempiente è ciò che fa sì che il mutuatario continui nelle sue inadempienze, quindi è l'entità che deve assumersi la sua responsabilità, senza imputare al mutuatario i risultati che sono stati causati dalla sua negligenza, o quando no, dalla malizia.

-Anche se non è inteso come causa di opposizione, non dovrebbe impedirne l'esame in una procedura di esecuzione. O dall'esame della sua inesigibilità o illiquidità del 559 LEC, o dall'interpretazione fatta dalla SCC del 2 marzo 2015 (rec. 4219/2012), deve essere possibile opporsi a tale inadempienza da parte del creditore, specialmente quando queste misure hanno lo scopo di evitare la procedura di esecuzione.

-Inoltre, l'entità deve essere responsabile per tutti i danni e le perdite derivanti dal suo inadempimento, sia perché l'ipoteca è stata eseguita in inadempimento delle disposizioni del Codice, sia per la perdita del diritto alle misure dopo che sono trascorsi più di quattro anni da che hanno modificato le circostanze o i semplici danni che derivano dal ritardo nelle informazioni al debitore, come la mancata applicazione nel tempo della limitazione degli interessi di mora previsti dal Codice, come la non applicazione al momento delle misure hai fornito.

3.- Interessante è come strategia di difesa per il mutuatario il possibile uso dell'*'exceptio non (rite) adimpleti contractus "* nei casi di inadempienza del mutuante,

soprattutto quando quest'ultimo addebita importi superiori a quelli dovuti, non rispettando le disposizioni del contratto relativo agli interessi.

- Tramite l'*exceptio non rite adimpleti contractus* " una delle parti è autorizzata a sospendere l'adempimento della prestazione dovuto fino a quando l'altra non adempie debitamente a ciò che gli corrisponde, prima che venga violato in termini di quantità, qualità, modalità o tempo. Non è richiesto che la gravità o il grado di non conformità siano comparabili alla decisione, sufficiente frustrazione del programma di prestazioni contrattate, con il limite nel loro esercizio di buona fede.

- Nei casi in cui il creditore applica un tasso di interesse più elevato a un mutuo ipotecario rispetto a quello che corrisponderebbe realmente alle condizioni concordate, questa *eccezione* potrebbe essere applicata quando tutti i requisiti necessari sono soddisfatti.

-Il contratto di mutuo ipotecario, come si ha detto sopra, in base alla più recente dottrina e la giurisprudenza, potrebbe essere considerato un contratto bilaterale in cui l'obbligo del mutuante non si esaurisce con la consegna del denaro, ma è responsabile della gestione della raccolta del detto prestito, mantenendo la sua privazione dell'importo erogato e il rispetto nel tempo, nella forma e nelle modalità del suo rimborso con gli interessi, che costituiscono il prezzo dell'operazione.

-L'obbligo di pagare gli interessi da parte del mutuatario fa parte della prestazione principale del mutuatario, essendo il prezzo del contratto. Tale pagamento è condizionato dal comportamento del mutuante, che è responsabile della conduzione delle revisioni dei tassi di interesse, del calcolo della quota da pagare e della sua riscossione.

-Il comportamento del mutuante per il quale intende raccogliere interessi superiori a quelli dovuti costituisce un fallimento di una clausola / condizione che determina l'oggetto del contratto, anche assumendo un'infrazione degli obblighi di cui sopra spettanti al creditore, che anche considerando questi come accessori, sono di particolare importanza e il mutuatario può quindi essere in grado di sospendere il pagamento, poiché questo inadempimento del mutuante produce uno squilibrio dei benefici, aggravando la prestazione del mutuatario e ottenendo un profitto indebito dal mutuante, portando all'inadempimento del programma di previdenza del contratto. Inoltre, questa situazione è rettificabile, essendo il mutuatario interessato a tale correzione.

- Se il debitore sospende l'obbligo di pagamento coperto dall'*exceptio non rite adimpleti contractus*, tale inadempienza non genererebbe interessi di mora, poiché detta

sospensione è causata dall'inadempienza del mutuante, essendo così legittimata per esso e non applicabile.

- Allo stesso modo, l'uso *dell'exceptio* potrebbe essere difendibile di fronte alla passività o alla mancanza dell'esercizio del mutuante dell'assicurazione sulla vita o dell'invalidità quando si verifica l'evento assicurato, nonché in inadempimento degli obblighi relativi al Codice di buone pratiche. Ed è che, sebbene in entrambi i casi possano essere considerati benefici accessori di cui non vi è reciprocità, come nel caso precedente, sono obbligazioni che costituiscono il programma di prestito del contratto, obbligatorio per il creditore, essendo essenziale e soprattutto trascendente gli effetti per il mutuatario e il suo obbligo di pagamento e, in definitiva, determinano il futuro del contratto, quindi l'uso di questa eccezione sarebbe giustificato.

- In un'esecuzione ipotecaria, la difesa del mutuatario è difficile perché non è configurato l'inadempimento del prestatore tra le cause dell'opposizione. Nonostante ciò, e come nei casi precedenti, la sua difesa sarebbe possibile attraverso il controllo d'ufficio sia dell'inesigibilità del debito e della sua illiquidità, sia attraverso l'opposizione attraverso l'arte. 559 LEC, potendo richiedere il licenziamento attraverso le interpretazioni giudiziarie con cui procedono ad esso nei casi di inesigibilità e illiquidità del debito.

-Come rimedio finale prima dell'esecuzione, sarebbe necessario passare a un processo dichiarativo, non essendo il più desiderabile poiché non sospende la procedura esecutiva, né si dice che la sospensione sia ammessa attraverso una misura precauzionale. Pertanto, oltre alla possibile difesa annunciata nel punto precedente, la più consigliabile è una riforma della procedura di esecuzione ipotecaria, in modo da poter sostenere tutti i mezzi di difesa, in particolare l'inadempimento del mutuante, o che sarebbe legalmente consentito che in una procedura dichiarativa sarebbe sospesa dall'esecutiva attraverso una misura precauzionale, salvaguardando i diritti degli esecutivi.

CAPITOLO III.- OBBLIGHI DEL MUTUANTE DOPO LA FINE DEL CONTRATTO DI MUTUO IPOTECARIO.

1.- Una volta concluso il contratto di prestito, ancora ci sono di obbligazioni per il mutuante, essendo obbligato a rilasciare gratuitamente il certificato di debito zero, a cancellare l'assicurazione collegata al prestito, a mantenere la documentazione precontrattuale fino a un Minimo di 6 anni dalla fine del contratto e partecipare alle domande, reclami e reclami degli ex mutuatari.

2.- Per quanto riguarda l' attenzione dei reclami presentati dai clienti, il rifiuto di rispondere alle richieste fatte non è appropriato, come un reclamo per quantità, nullità o annullabilità, rivendicando la fine del contratto o ritardo ingiusto in l'esercizio delle azioni, in ogni caso, deve rispondere alle richieste diligentemente, con l'eccezione che la decadenza o la prescrizione consente, se del caso.

-Supra la prescrizione, è considerata la possibilità di varie posizioni in caso di restituzione dell'importo derivato dalla nullità. C'è chi capisce che la nullità comporta la restituzione dell'importo, essendo l'azione imprescrivibile. Un'altra posizione sceglie di comprendere che sono azioni autonome, essendo la nullità imprescrivibile e la restituzione soggetta al termine dell'arte. 1964. Su quest'ultimo punto, emergono diverse posizioni sul *dies a quo* : capirlo dal momento del pagamento, dalla SCS (Sentenza della Corte Suprema) che annuncia la nullità o che inizia con la dichiarazione giudiziale di nullità. Comprendiamo che quest'ultima posizione è la più appropriata e quella che garantisce maggiormente la tutela dei consumatori, senza essere danneggiata dal passare del tempo senza causa attribuibile ad essa, né incitare a promuovere azioni legali senza la necessaria sicurezza e unità nell'interpretazione di tribunali.

-In caso di decadenza, sarà applicabile per quanto riguarda i casi di cancellazione a causa di errore o dolo. Il calcolo per il suo esercizio sarebbe diverso a seconda del caso specifico: A) In quei contratti complessi di tratto successivo che vengono consumati alla perfezione, si ammette che il calcolo inizia nel momento in cui è possibile ottenere la reale conoscenza dell'errore. B) Nei contratti swap, sarà dalla conclusione, intesa come termine del contratto in cui le prestazioni sono state esaurite, senza poter in ogni caso anticipare detto momento alla presunta conoscenza dell'errore. C) Nei contratti di semplice tratto successivo, difende la CS che sarà quando la prestazione principale è stato ricevuto. D) Nei contratti di mutuo ipotecario, in particolare quelli che contengono una certa complessità, come i prestiti in valute estere o con sistemi di rimborso complessi, dovrebbe essere inteso come completato con la piena realizzazione di benefici da entrambe le parti.

CONCLUSIONI

1.- Di tutti quello che si ha esposto in questo lavoro, comprendiamo che è possibile concludere in modo chiaro che, lungi dal considerare che dal contratto di mutuo ipotecario sorgono solo obblighi per il mutuatario, il creditore deve adempiere a una serie di obblighi che iniziano nello stadio precontrattuale e continuerà per tutta la durata del contratto, e anche dopo il completamento dello stesso. In questo modo, questo carattere bilaterale che il CS ha riconosciuto al contratto di mutuo ipotecario è considerato inteso in senso lato, dal momento che, come è stato analizzato, spetta a numerosi obblighi che, a loro volta, hanno un impatto sullo sviluppo del contratto e nella fornitura di restituzione e pagamento di interessi da parte del mutuatario.

Pertanto, ha detto CS è venuto a riconoscere questa bilateralità nella SCS dell'11 luglio 2018 (rec. 2620/2015) per quei casi in cui il mutuatario non si limita a rimborsare l'importo del prestito, ma include altri impegni, come il pagamento di interessi, dedicare il denaro a una determinata destinazione o restituire frazionalmente il capitale in determinati termini fissi. Il giudice VELA TORRES⁵¹² sottolinea che questi impegni sono quelli che "convertono" la consegna del capitale in una prestazione *in sé, la cui ragione è nella fiducia che l'altra parte adempirà ai propri impegni, perfezionando il contratto per consenso.*

Su questi impegni o obblighi aggiuntivi, a cui autori come BARIOS ASENSIO e CUYÁS CAUDEVILLA⁵¹³ sottolinea che *"questi obblighi sono strettamente correlati all'obbligo principale di restituzione del capitale ricevuto, senza il quale non possono esistere, sarebbe anche possibile fare riferimento al mutuante, per quanto riguarda gli impegni e gli obblighi aggiuntivi connessi all'obbligo di consegnare il denaro. Una serie di obblighi di informazione preventiva, valutazione della solvibilità, rispetto delle condizioni concordate, ecc., che sono strettamente correlati allo scopo del prestito, di cui il mutuatario si fida nel corretto adempimento, determina e condiziona il corretto funzionamento del prestito. Usando le stesse parole della CS nella sentenza sopra citata, ma applicandole al contrario, per il mutuatario, ha senso affermare che "la sua prestazione non appare isolato, come un semplice obbligo, e la ragione della sua prestazione sta nella fiducia che l'altra parte rispetterà i propri impegni. "*

⁵¹² VELA TORRES, PEDRÓ-JOSÉ "Resolución de contrato de préstamo de dinero por incumplimiento grave" *Diario La Ley*, Nº 9301, Sección Comentarios de jurisprudencia, 19 de Noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

⁵¹³ BARIOS ASENSIO, TONI, CUYÁS CAUDEVILLA, ESTEBAN. "Hacia un préstamo consensual" *LA LEY mercantil*, Nº 59, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2019, Wolters Kluwer

Sembra così chiaro, proprio come capiscono autori come BALLUGERA GÓMEZ⁵¹⁴, che oggi il contratto di mutuo ipotecario è un contratto bilaterale, a causa dell'accumulo di obblighi legali e contrattuali che corrispondono al prestatore, e che abbiamo analizzato nel corso di questo lavoro.

Conviene chiedere, una volta esaminati tutti gli obblighi che corrispondono al prestatore nel contratto di mutuo ipotecario, in quale situazione troviamo questo contratto, se c'è stato un anticipo nella protezione del mutuatario, o, al contrario, se il nuovo regolamento e la recente giurisprudenza continuano a porre problemi che portano a danni per questo soggetto.

2.- Come abbiamo visto, in materia di informazioni contrattuali, un elemento chiave al momento della stipula del contratto, la principale novità di maggiore rilevanza inclusa nella Legge 5/2019 è l'intervento notarile a cui la funzione di controllo e "Verificare la conformità con la trasparenza materiale", utilizzando la terminologia dell'articolo 15, nonché informare espressamente le clausole dei registri individualmente. È ancora un approccio utopico che difficilmente si adatta alla realtà. Come abbiamo già detto, il notaio difficilmente spiegherà una per una le clausole del mutuo ipotecario, a causa dell'impossibilità del tempo, dei mezzi e della scarsa utilità pratica, dal momento che non è uno specialista finanziario, non conosce le circostanze personali o economico dei mutuatari, né sarà in grado di sapere veramente se capiscono davvero cosa firmano o no. Inoltre, è decisivo per questo problema che la Legge consenta che questo consiglio e l'aspetto notarile abbiano luogo il giorno prima della firma dell'atto, una situazione che difficilmente porterà i mutuatari a ripensare quelli assunti prima di ogni eventualità o dubbio che può sorgere⁵¹⁵, probabilmente in gioco

⁵¹⁴ Questo autore comprende che oggi il contratto di mutuo è bilaterale a causa degli obblighi di informazione legale imposti al creditore. Tra le altre opere: BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS "Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad" *Actualidad Civil*, Marzo 2019, Editorial Wolters Kluwer; "Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente" *Diario La Ley*, N° 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016, Ref. D-266, Editorial LA LEY; "Algunos remedios contra la cláusula abusiva de reclamación posiciones deudoras" *Diario La Ley*, N° 8954, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer: riconosce anche in quest'ultima opera l'esistenza di altri obblighi del prestatore: "oggi il prestito è diventato bilaterale, nell'attuale prestito a condizioni generali non solo il cliente ha degli obblighi, ma anche la banca (...) In effetti, la banca mutuante ha anche obblighi nel prestito e nel credito ai consumatori. Devi adempiere ai tuoi doveri di trasparenza, che sono molti, devi eliminare le clausole abusive dal contratto, restituire ciò che hai sovraccaricato, ecc. "

⁵¹⁵ Allo stesso modo, la dottrina ha mostrato, tra questi, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. *Los contratos de crédito inmobiliario...* (op.cit.): "Una previsione temporanea, secondo me, molto stretta fino ad oggi firma del contratto che viene a determinare che può diventare un semplice processo che deve essere eseguito già dopo aver deciso il mutuatario insieme al prestatore di concludere il contratto e concedere il credito (in realtà può anche andare al notaio una volta il mutuatario ha già accettato

l'acquisto di una casa, con tutte le conseguenze che ciò può comportare, un fatto che è già stato rivelato dalla Corte suprema in merito ai regolamenti precedenti, quindi tale intervento notarile non implica nessuna soluzione definitiva ai problemi che si sono manifestati nella pratica.

Sì, è vero che la normativa vigente aggiunge una serie di documenti precedenti attraverso i diversi file, consegna obbligatoria sia della sua consegna che del suo contenuto, il che garantisce che tutti i dati rilevanti siano registrati e che le informazioni non siano omesse a danno del mutuatario, sebbene come abbiamo notato, c'è sempre il rischio che l'eccesso di informazioni e documentazione finisca per offuscare le informazioni che il consumatore dovrebbe ricevere, avendo una grande quantità di dati e clausole che non possono essere elaborate correttamente. Tuttavia, è utile e conveniente questo requisito legale che i file con le informazioni indicate vengano consegnati in precedenza, incidendo sugli aspetti più essenziali del contratto.

Tuttavia, è necessario garantire che questa prassi di informazione e documentazione preliminari sia eseguita correttamente e che non siano consentite modalità irregolari di procedere riguardo alla documentazione o alle informazioni da fornire, in modo che finiscano per essere convalidate dalla firma del mutuatario prima che il notaio dichiari di avere Ricevuto in tempo e forma tutti i documenti correttamente. Pertanto, una garanzia dovrebbe essere quella di garantire che al momento della consegna di tale documentazione precedente sia firmata dal mutuatario con prova della data, le pratiche che intendono far firmare i documenti prima della data effettiva sono sanzionate. Questa necessità per i documenti che devono essere firmati dal mutuatario non è espressamente inclusa nella Legge 5/2019 come requisito, sebbene sia annotata nell'ultimo paragrafo della prima sezione dell'articolo 14, quando afferma che il sistema di media telematico dovrebbe consentire al notaio " *una verifica attendibile della data in cui sono stati incorporati nell'applicazione, per la messa a disposizione dello stesso notaio, i suddetti documenti firmati dal mutuatario*".

Sarebbe inoltre interessante anticipare la necessità che tali documenti firmati dal mutuatario siano incorporati nell'atto, in modo da raccogliere le informazioni precedenti fornite con la prova della loro data. In assenza di una tale previsione, dobbiamo ricordare che con l'attuale regolamento è possibile avere accesso a tale documentazione preventiva, se necessario, vi è l'obbligo del prestatore di conservare questa

l'offerta vincolante del prestatore), procedendo al mutuatario per provare a conformarsi a tale procedura senza partecipare alle comunicazioni e agli avvertimenti del notaio e fare dichiarazioni più o meno automatiche che tendono a superare senza ulteriore tale procedura, senza accorgersene trascendenza, influenzando così una successiva assunzione effettivamente consapevole dell'onere assunto "

documentazione precontrattuale per un periodo minimo di 6 anni dopo la fine del contratto, nei termini già esposti.

E su questa conservazione della documentazione, sarebbe anche consigliabile che, insieme a queste informazioni precontrattuali, la pubblicità emessa sul prodotto oggetto del contratto venga preservata, poiché, come abbiamo visto, in molti casi può essere importante nel fornire contenuto informativo che, se non è chiaramente distorto dal resto delle informazioni ricevute, può creare false aspettative per il mutuatario.

Inoltre, è consigliabile che anche le domande e le spiegazioni per completare "tutte le informazioni necessarie", ai sensi dell'articolo 14.2, con le quali sono fornite le spiegazioni appropriate, siano documentate e firmate dal mutuatario - non è prevista alcuna disposizione si trova nella Legge su questo punto, quando la precedente menzione dei documenti firmati dal mutuatario si riferisce a quanto indicato nell'art. 14.1, e non al 14.2 -. In questo modo, i mutuantici potrebbero facilmente dimostrare le spiegazioni che forniscono, nonché gli esempi pratici su di essi a cui si riferisce il precepto. Tali spiegazioni fornite telefonicamente potrebbero anche essere accreditate registrando tale conversazione o mediante una successiva e-mail in cui sono state raccolte le domande poste e le risposte emesse.

Questi ultimi due aspetti citati sono importanti, dal momento che, in un'area così limitata al momento con l'obbligo rafforzato di informazioni precontrattuali e documentazione, è attraverso la pubblicità o attraverso le informazioni inadeguate o irregolari fornite in cui possono verificarsi errori di errore o mancanza di trasparenza, ad esempio nei casi in cui la pubblicità presenta alcune caratteristiche che distorcono la realtà o che il finanziatore non riceve adeguate spiegazioni, in particolare tenendo conto delle circostanze personali del debitore o delle complessità specifiche che il contratto presenta. Pensa, ad esempio, a persone in età avanzata o con conoscenze finanziarie limitate o a caratteristiche di prestito complesse di cui le informazioni da fornire non sono dettagliate dalla legge - nel caso, ad esempio, di rate complesse come l'ipoteca tranquillità o simili -.

3.- È anche importante il nuovo regolamento stabilito per quanto riguarda la scadenza anticipata e la posizione mantenuta dalla Corte suprema al riguardo. E non dobbiamo dimenticare che questo potere produrrà la possibilità di eseguire il mutuo senza la piena difesa del mutuatario, con i problemi che abbiamo commentato durante questo lavoro.

Pertanto, nonostante il riconoscimento della bilateralità del contratto di prestito da parte del CS, e degli evidenti esempi di ciò in questo lavoro con i numerosi obblighi che corrispondono al mutuantice, una lettera di validità viene data a una procedura di

scadenza praticamente automatica da del prestatore se vengono fornite le inadempienze richieste, lasciando il mutuatario orfano della dovuta protezione contro le inadempienze che detto mutuante potrebbe aver effettuato e di cui, anche, sono stati in grado di causare l'inadempimento del debitore.

Ad esempio, particolarmente allarmante è che viene creato un regolamento per risolvere situazioni critiche, per cercare di evitare situazioni di povertà estrema e cronica, come il Codice di buone pratiche, e poi si scopre che, in pratica, entità che hanno liberamente hanno aderito ad esso, saltano il rispetto impunito dei loro obblighi o ignorano la corretta applicazione delle misure, e tuttavia sono autorizzati a sollevare e continuare con la procedura di esecuzione ipotecaria, con tutti i danni e danni che suppongono.

In questo modo, sebbene al momento vi siano maggiori inadempienze da parte del mutuatario per procedere alla scadenza anticipata, l'imperatività di tale facoltà attira l'attenzione, integrando la Legge 5/2019 come elemento inseparabile del contratto di prestito immobiliare. Ma più sorprendente è la considerazione della CS nella sua sentenza dell'11 settembre 2019 (rec. 1752/2014) che, nel comprendere il prestito ipotecario come un "negozio giuridico unitario o complesso"^{516,517}, conclude che il contratto non può sussistere senza la clausola di scadenza anticipata, un'interpretazione che potrebbe essere considerata *contra legem* quando si va contro le disposizioni dell'ex 693.2 LEC che espressamente richiesto per l'esistenza di detto patto la costanza nell'atto pubblico e sulla sua iscrizione nel registro e che, di fatto, per quei contratti di mutuo al di fuori del campo di applicazione della legge 5/2019, il precetto della stessa LEC richiede ancora, quindi sembra chiaro che no è un elemento indispensabile di questo contratto. E tale affermazione contro ora mantenuta dal CS è sorprendente considerando i dettami della stessa Corte nella SCS dal 27 marzo 1999 (rec. 2806/1999) dove ha

⁵¹⁶ A differenza di quanto considerato dallo stesso CS in altre risoluzioni, come la SCS del 7 aprile 2004 (rec. 3816/1998), in cui si afferma che due atti giuridici sono documentati nell'atto pubblico, essendo l'ipoteca come accessorio al prestito, affermando che: *"Sebbene la sentenza relativa alla qualifica del contenuto dell'atto pubblico del 12 maggio 1993 di" credito ipotecario" soffra di una grave inesattezza tecnica nel non distinguere tra i due organi giuridici, la concessione del prestito di credito, per la Sala "a quo" .- e costituzione dell' ipoteca, la dichiarazione di nullità si basa sull'assenza del consenso della signora Almudena e non sul consenso del mutunte, Sindicato de Banqueros de Barcelona, SA, a la concessione del prestito è legata alla costituzione dell' ipoteca, cosicché, oltre ad essere irrilevanti per la risoluzione della questione litigiosa, gli articoli invocati nel motivo, ciò non ha trascendenza di cassaria quindi deve essere respinto. "*

⁵¹⁷ Discussione sulla relazione tra il prestito e l'ipoteca classica nella dottrina. Quindi, questa discussione può essere vista sull'accessibilità del mutuo o sulla considerazione del "credito ipotecario" come una realtà essenziale in BLASCO GASCÓ. *La hipoteca inmobiliaria ...* (op. Cit.) y BLASCO GASCÓ y LAGO MONTERO "El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria" (op. Cit.).

considerato nullo questo tipo di patto nei mutui ipotecari ⁵¹⁸ , passando così dall'inammissibilità di queste alleanze nei prestiti ipotecari o dalla loro natura indispensabile.

Il punto non è che il creditore sia privato della possibilità di eseguire il mutuo o di risolvere il contratto in caso di inadempimento manifeste del mutuatario, ma che una posizione così privilegiata con cui ha attualmente non è consentita e con la quale sembra proteggersi assicurandosi l'esistenza della scadenza anticipata nei termini indicati. Se si desidera ammettere un potere risolutive per il creditore, che per scopi pratici è ciò che sembra produrre la scadenza anticipata, le disposizioni dell'art. 1124 Cc , una regola generale di base per la risoluzione di contratti bilaterali, che consente al giudice di fissare una scadenza anticipata per cause giustificate, ed è anche degno di nota come una legge del 1998, la Legge sulla vendita dei termini relativi ai beni mobili, preveda L'articolo 11 che *“Giudici e tribunali, su base eccezionale e per giusta causa, apprezzati discrezionalmente, come sventure familiari, disoccupazione, infortuni sul lavoro, malattie lunghe o altre sventure, possono indicare nuove scadenze o modificare le convenzioni concordate, determinando, ove opportuno , il supplemento di prezzo per i nuovi differimenti di pagamento. Allo stesso modo, avranno poteri di moderazione delle clausole penali concordate in caso di pagamento anticipato o non conformità da parte dell'acquirente. ”*

Pertanto, è sorprendente come una legge attuale come la Legge 5/2019 e consapevole dei problemi che sorgono nella pratica, non riesca ad affrontare questi estremi. E non solo, ma ciò che è ancora più grave, come abbiamo visto, è che il mutuatario di fronte a tale esecuzione è praticamente indifeso di fronte all'inadempimento del mutuante, causando quei grandi danni che sono difficilmente riparabili. Se la CS ritiene che il mutuo ipotecario sia un contratto unitario, esiste un legame speciale tra il prestito e il mutuo, con più motivi per cui oggi la esecuzione ipotecaria del mutuo distaccata dalle cause verificatesi nel contratto di prestito non è

⁵¹⁸ Comprende quindi la sentenza: *"Negli ultimi anni, le clausole che possono far precipitare le scadenze anticipate dei prestiti e le loro garanzie si sono diffuse nei mutui ipotecari. Ci si chiede se queste condizioni siano accettabili. Art. 1255 del C. civile sancito nella nostra legge la libertà pacticia a condizione che le disposizioni concordate dalle parti contraenti non sono contrarie al diritto. Possiamo affermare che la condizione per la risoluzione dei mutui costituisce un accordo contrario alle leggi (ai vari precetti del codice civile e agli articoli 127 e 135 della legge sui mutui, a cui si oppone frontalmente). Pertanto, dà origine a un patto nullo, riassumibile nel calore anatema dell'arte. 6 del codice civile: "Gli atti contrari alle norme obbligatorie e proibitive sono nulli " Gli artt. 127 e 135 della Ley Hipotecaria dimostrano eloquentemente che la condizione che fa precipitare la scadenza del prestito costituisce una clausola fortemente rivoluzionaria nella normale serie di mutui ipotecari, come regolato dalla nostra legge sostanziale. Consolidando questa condizione, la biologia del prestito garantito può essere interrotta in anticipo. "*

consentita⁵¹⁹, e questi dovrebbero essere soggetti alle accuse dell'altra parte contraente - il mutuatario -.

4.- Allo stesso modo, come contratto bilaterale - e questo è incluso anche nel 1124 Cc -, il mutuo potere di risoluzione deve essere concesso al mutuatario in caso di inadempienza da parte del mutuante. Anche se, naturalmente, i mutuatari difficilmente accetteranno la risoluzione del contratto, essendo interessati alla sussistenza del contratto e allo sviluppo corretto per tutto il tempo previsto, oltre al fatto che in ogni caso di inadempimento di un obbligo del prestatore dovrebbe procedere alla risoluzione del contratto. Data questa situazione, è dove lo strumento *exceptio non (rite) adimpleti contractus* diventa particolarmente importante. Sebbene sia una figura tradizionalmente progettata per obblighi reciproci più "semplici", può essere uno strumento utile come difesa o autoprotezione della parte lesa. Pertanto, abbiamo già visto come l'insieme di prestazioni che corrispondono al mutuante ha istituito un programma di prestazioni che può influire direttamente sull'obbligazione principale del mutuatario, come il pagamento di interessi.

Inoltre, a causa della natura del contratto, essendo successive, alcune inadempimento, così come l'esatta determinazione delle commissioni da pagare, sono un danno costante che si aggrava nel tempo, il che è una giustificazione per andare a questa cifra, sospendere il pagamento delle rate una volta che il prestatore è stato informato delle irregolarità rilevate senza che ciò abbia risolto l'incidente e che, non dimentichiamo, non implicano un'esenzione dal pagamento, ma una semplice sospensione temporanea come mezzo coercitivo per che il prestatore rispetta correttamente, evitando al contempo i danni che l'inadempimento provoca altrimenti.

Analogamente, come abbiamo visto, nei casi in cui dovrebbe essere eseguita l'assicurazione collegata al prestito o in cui dovrebbero essere applicate le disposizioni del codice di buone pratiche, l'uso dell'eccezione sarebbe difendibile, poiché ogni quota pagata implica un danno al mutuatario, che arricchisce costantemente il mutuante, che dovrebbe agire per eseguire detta assicurazione per la riscossione del prestito, o procedere all'applicazione delle misure del Codice di buone pratiche per effettuare la ristrutturazione del prestito, rimuovere o dazione, nei termini già esposti. Il semplice difetto informativo durante il prestito, le irregolarità specifiche o le situazioni che non

⁵¹⁹ È anche una conseguenza logica del legame tra il mutuo e il prestito che garantisce. Pertanto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA definisce questa relazione nel modo seguente: "Vi è, infine, un'unione simbiotica di reciproco impatto, ma senza offuscare il fatto che l'ipoteca funziona solo con l'obbligo di assicurare e il cui l'esistenza e la possibile esecutività dipendono dalla loro stessa sussistenza ed efficacia " CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO "Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca." *Revista de Derecho Patrimonial* num.20/2008 1 parte Artículos.

sono state segnalate al mutuante, non giustificerebbero, in linea di principio, la sospensione del pagamento, tranne che a causa di circostanze concorrenti che giustificano una gravità sufficiente per la sua applicazione.

La risoluzione del contratto procederebbe in quello inadempimento che sono più gravi e impedirebbe il normale proseguimento dello stesso, come in assenza della consegna dell'importo concordato del prestito già perfezionato, ma non consumato, la mancata consegna di parte del credito concordata durante il periodo del contratto di credito, o a causa di continue e gravi irregolarità nella riscossione delle commissioni. Tuttavia, come abbiamo avvertito, il mutuatario difficilmente sarà in grado di utilizzare la risoluzione con la restituzione dell'importo ricevuto, a meno che non potessi ottenere un periodo di tempo per la restituzione, oltre ai problemi che sorgono riguardo alla modalità e all'importo di tale risoluzione che abbiamo già affrontato.

E, in assenza di rimedi legali, il mutuatario può anche fare affidamento sui rimedi generali del Codice Civile e sui derivati delle normative sui consumatori, potendo così verificarsi casi di nullità di pieno diritto, nullità per errore di vizio, nonché il risarcimento di i danni e le perdite dovute.

5.- Allo stesso modo, nonostante l'attuale bilateralità con obblighi per entrambe le parti, è anche sorprendente che siano previste conseguenze per il mutuatario in caso di mancato pagamento di quote, se i dati forniti per verifica del merito creditizio sono omessi o falsificati, o ciò che ha indebitamente beneficiato delle misure del codice di buone pratiche o che cerca di porre o rimanere alla soglia di esclusione. Eppure, nessun risultato è previsto nel caso di informazioni precontrattuali difettosa o nel corso della durata dello stesso -tranne l'onorevole eccezione di prestiti in valuta estera-, errori di calcolo o di inapplicabilità delle clausole contrattuali che determinano la tassa per essere pagato, verifica difettosa del merito creditizio o della concessione impropria di prestiti o del disimpegno dell'obbligo di informare o applicare le misure del Codice di buone pratiche.

Anche in assenza di tali conseguenze in caso di inosservanza degli obblighi del prestatore, si deve considerare che, in quanto contratto bilaterale, il mutuatario non può incorrere in mora fino a quando il mutuante non ha adempiuto ai propri obblighi, come riconosce anche BALLUGERA GÓMEZ⁵²⁰, un fatto che ha una particolare rilevanza in

⁵²⁰ BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” *Diario La Ley*, N° 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016, Ref. D-266, Editorial LA LEY: “ *Infatti, quando ci troviamo di fronte a contratti bilaterali con obblighi reciproci e il prestito moderno concluso per contratto di adesione con condizioni contrattuali generali è, come abbiamo detto, attualmente un contratto bilaterale con obblighi reciproci tra le parti,*

quegli obblighi che influenzano e determinano l'obbligo di restituzione delle quote con il pagamento degli interessi da parte del mutuatario, pertanto non dovrebbe essere possibile rivendicare l'adempimento del mutuatario se non ha precedentemente adempiuto al mutuante, specialmente quando l'inadempimento del primo porta la causa nel inadempimento del secondo.

6.- Tutto ciò implica, come abbiamo visto, che i nuovi regolamenti esistenti, nonostante fingano di essere protettivi per i mutuatari - e ancora di più per i consumatori -, la verità è che lascia molte questioni in sospeso, che producono un'indifesa per questi mutuatari, pur consentendo alla procedura di esecuzione di essere - troppo - privilegiati per il creditore. La realtà pratica ha rivelato i problemi che sorgono in detta procedura di esecuzione ipotecaria, che i giudici stessi riconoscono, un fatto che diventa più evidente di fronte a una regolamentazione estesa in termini di obblighi per i finanziatori, e ci sono numerose vicissitudini contrattuali che possono influenzare il futuro del contratto e l'obbligo di pagamento del debitore.

Pertanto, sarebbe necessario stabilire legalmente le conseguenze contrattuali in caso di in quello inadempimento degli obblighi che corrispondono al mutuante e, cosa più urgente, una riforma del sistema ipotecario che consenta una corretta difesa del mutuatario contro l'inadempimento degli obblighi del controparte, o espandendo le cause dell'opposizione, o consentendo la sospensione della procedura esecutiva, poiché, come abbiamo analizzato, ci sono ipotesi in cui vi sono prove di un precedente inadempimento del mutuante - costituendo la precedente adempimento, come sappiamo, un requisito necessario prima dell'esercizio di facoltà risolutive ex art. 1124 Cc -, tenendo conto del fatto che il proseguimento della procedura di esecuzione provoca danni che sono difficili da riparare.

Infine, e di fronte a una migliore protezione e certezza del diritto - sebbene si sia consapevoli delle difficoltà pratiche connesse - sarebbe meglio che da parte dei giudici e dei tribunali non vi fossero flagranti discrepanze tra le sentenze dei diversi organi. Ciò è stato dimostrato negli ultimi anni in vari casi, come il pagamento retroattivo dei rimborsi di importo per la clausola fondiaria, le conseguenze della nullità della clausola di spesa, la nullità di alcune commissioni o dell'IRPH o la valutazione di la decadenza o la prescrizione delle azioni. Sebbene per evitare queste discrepanze, l'ideale è che tali problemi siano previsti e risolti dal legislatore, in modo che non sia lasciato al campo

dobbiamo tenere letterale dell'ultimo paragrafo dell'art. 1100 CC (LEGGE 1/1889) in base al quale nelle obbligazioni reciproche nessuno dei debitori incorre in inadempienza se l'altro non ottempera o non è pronto a soddisfare debitamente ciò che gli spetta. Poiché uno dei debitori adempie al proprio obbligo, inizia il inadempimento per l'altro. Questa conseguenza legale è doppiamente ribadita dall'art. 87.1 TRLGDCU (LEGGE 11922/2007) e sezione o) dell'allegato della direttiva 93/13 / CEE (...) "

giudiziario dover determinare tali situazioni, poiché ciò provoca un aumento delle controversie e una lunga situazione di i procedimenti giudiziari fino alla Corte Suprema, nella sua causa - o dopo l'intervento della CGUE - decidono di unificare la dottrina.

JURISPRUDENCIA CITADA

Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-473/00)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 2010 (asunto C-555/07)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 (asunto C-472/10)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo 2013 (asunto C-415/11)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 2014 (asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de marzo de 2014 (asunto C-565/12)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-34/13)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015 Unicaja Banco (asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 febrero de 2015, (asunto C-143/2013)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de julio de 2016 C-191/15

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2016 (asunto C-42/15)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2018 (asunto C-109/17)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-51/17)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de abril de 2019 (asunto C-266/18)

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16)

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2019 (asunto C-92/16)

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2019 (asunto C-167/16)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019 (asunto C-621/17)

Resoluciones del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de octubre de 1915

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1981

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1991

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1997 (rec. 2041/1997)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1999 (rec. 2806/1999)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003 (rec. 3673/1997)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003 (rec. 4227/1997)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004 (rec. 3816/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2004 (rec. 3042/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005 (rec. 502/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2005 (rec. 4313/1998)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 (rec. 3073/1999)

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (rec. 420/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre de 2006 (rec. 320/2000)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009 (rec. 192/2004)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2009 (rec. 325/2005)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010 (rec. 1506/2006)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (rec. 982/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (rec. 1074/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2011 (rec. 228/2007)

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 (rec. 33/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2011 (rec. 2061/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 (rec. 675/2009)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 (rec. 1315/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2013 (rec. 1082/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 (rec. 1175/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2013 (rec. 1810/2010)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013 (rec. 1979/2011)

Sentencia del Tribunal Supremo de 09 de mayo de 2013 (rec. 485/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2013 (rec. 2008/2011)

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 (rec. 2150/2011)

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (rec. 879/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2014 (rec. 2962/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (rec. 2290/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (rec. 536/2003)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (rec. 1765/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 (rec. 929/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015 (rec. 1296/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (rec. 2780/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (rec. 1123/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (rec. 2658/2013)

Auto del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2016 (rec. 2047/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016 (rec. 2545/2013)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (recurso 2121/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 (rec. 1349/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 (rec. 811/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2016 (rec. 2559/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017 (recurso 1531/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2017 (rec. 1797/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (rec. 2223/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 (rec. 542/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (rec. 2306/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 (rec. 2697/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2017 (rec. 402/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2017 (rec. 97/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2017 (rec. 242/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 (rec. 392/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 (rec. 1985/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (rec. 2678/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1394/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 (rec. 1586/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (rec. 1662/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, (rec. 1388/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2018 (rec. 3227/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2018 (rec. 1824/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2018 (recurso 1913/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 05 de abril de 2018 (rec. 2437/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 (rec. 751/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2008 (rec. 838/2001)

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2018 (rec. 3078/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 julio de 2018 (rec. 3365/2015),

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (rec. 2620/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2018 (rec. 1026/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (rec. 904/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018 (rec. 2241/2018)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2019 (rec. 1504/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2019 (rec. 3537/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (rec. 5025/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2019 (recurso 3416/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2019 (rec. 1582/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2019 (rec. 2242/2016)

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2019 (rec. 180/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 (rec. 501/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2019 (rec. 607/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019 (rec. 930/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019 (rec. 1752/2014)

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019 (rec. 725/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019 (rec. 1126/2017)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019 (rec. 1111/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2019 (rec. 3117/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2019 (rec. 1943/2015)

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2019 (rec. 2017/2017)

Resoluciones del Tribunal Constitucional:

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 (rec. 55, 56 y 57/2018)

Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 (rec. 8912/2010)

Auto del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 2011 (rec. 7223/2010)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 2015 (rec. 4219/2012)

Auto del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2016 (rec. 4542/2016)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018 (rec. 5359/2015)

Resoluciones de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 05 de noviembre de 2004 (rec. 422/2004)

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 24 de mayo de 2012 (rec. 213/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2012 (rec. 899/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de junio de 2012 (rec. 264/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 6 de noviembre de 2012 (rec. 195/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de julio de 2013 (rec. 1007/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2013 (rec. 31/2012)

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de junio de 2014 (rec. 120/2014)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 26 de junio de 2014 (rec. 463/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 2014 (rec. 629/2012)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 31 de marzo de 2015 (rec. 2067/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de abril de 2015 (rec. 345/2014)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2015 (rec. 62/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, de 30 de abril de 2015 (rec. 53/2015)

Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 21 de mayo de 2015 (rec. 94/2014)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 25 de junio de 2015 (rec. 408/2013)

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 2015 (rec. 307/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 09 de diciembre de 2015 (rec. 105/2015)

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 16 de febrero de 2016 (rec. 1701/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de febrero de 2016 (rec. 5983/2015)

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de abril de 2016 (rec. 169/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2016 (rec. 88/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona 28 de junio de 2016 (recurso 755/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de junio de 2016 (rec. 178/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 04 de julio de 2016 (rec. 256/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2016 (rec. 864/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 2 de noviembre de 2016 (rec. 326/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León 11 de noviembre de 2016 (rec. 360/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de diciembre de 2016 (rec. 371/2016)

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de noviembre de 2016 (rec. 1108/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de 27 de diciembre de 2016 (rec. 9/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de enero de 2017 (rec. 44/2015)

Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 25 de enero de 2017 (rec. 287/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 27 de febrero de 2017 (rec. 246/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de marzo de 2017 (rec. 622/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de abril de 2017 (rec. 105/2015)

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de mayo de 2017 (rec. 124/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio de 2017 (rec. 257/2016)

Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de julio de 2017, (rec. 326/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 2017 (rec.406/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de octubre de 2017 (rec. 658/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 31 de octubre de 2017 (rec. 842/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de noviembre de 2017 (rec. 806/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 noviembre de 2017 (rec. 389/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de noviembre de 2017 (rec. 560/2017)

Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de diciembre de 2017 (rec. 473/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 12 de enero de 2018 (rec. 856/2017)

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de enero de 2018 (rec. 8181/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de febrero de 2018 (rec. 1227/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 2018 (rec. 666/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 5 de marzo de 2018 (rec. 408/2017)

Auto de complemento de sentencia de la AP de Madrid de 16 de marzo de 2018 (rec. 492/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 22 de marzo de 2018 (rec. 2434/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 6 de abril de 2018 (rec. 993/2016)

Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 16 de abril de 2018 (rec. 19/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 25 de mayo de 2018 (rec. 122/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de junio de 2018 (rec. 706/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de junio de 2018 (rec. 683/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 18 de junio de 2018 (rec. 186/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 28 de junio de 2018 (rec. 297/2017)

Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 12 de julio de 2018 (rec. 272/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13 de septiembre de 2018 (rec. 676/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de septiembre de 2018 (rec. 54/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 28 de septiembre de 2018 (rec. 534/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 9 de octubre de 2018 (rec. 2029/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de octubre de 2018 (rec. 300/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vigo de 22 de octubre de 2018 (rec. 933/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 6 de noviembre de 2018 (rec. 638/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 8 de noviembre de 2018 (rec. 388/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de noviembre de 2018 (rec. 668/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de noviembre de 2018 (rec. 591/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de diciembre de 2018 (rec.346/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018 (rec. 514/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 18 de diciembre de 2018 (rec. 93/2918)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de diciembre de 2018 (rec. 1140/2017).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de enero de 2019 (rec. 1070/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de enero de 2019 (rec. 74/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2019 (rec. 1264/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de enero de 2019 (rec. 1089/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 29 de enero de 2019 (recurso 407/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 2019 (rec. 27/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de febrero de 2019 (rec. 14/2015)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de febrero de 2019 (rec. 472/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de febrero de 2019 (rec. 854/20128)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 4 de marzo de 2019 (rec. 672/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 12 de marzo de 2019 (rec. 2039/2017)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de marzo de 2019 (rec. 1301/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de marzo 2019 (rec. 269/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 12 de abril de 2019 (rec. 524/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2 de mayo de 2019 (rec. 552/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 2 de mayo de 2019 (rec. 399/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 2 de mayo de 2019 (rec. 619/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 7 de mayo de 2019 (rec. 505/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 9 de mayo de 2019 (rec. 346/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 13 de mayo de 2019 (rec. 771/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 13 de mayo de 2019 (rec. 22/2019)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 17 de mayo de 2019 (rec. 130/2019)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de mayo de 2019 (rec. 930/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 30 de mayo de 2019 (rec. 247/2019)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 4 de junio de 2019 (rec. 675/2018)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 5 de junio de 2019 (rec. 95/2019)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de diciembre de 2019 (rec. 1444/2016)

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M^a JOSÉ “Perjuicios que puede sufrir el deudor que insta un juicio declarativo para alegar causas de oposición que no puede poner de manifiesto en el proceso de ejecución hipotecaria” *Práctica de Tribunales*, N° 132, Mayo-Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer
- ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ. “Cláusulas, que pasan desapercibidas en las escrituras de hipoteca, que pueden resultar abusivas” *Actualidad Civil*, N° 1, Enero 2019, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 1990/2019
- ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ “Cómo reclamar con éxito los gastos de la hipoteca tras las sentencias del tribunal supremo de 23 de enero de 2019: problemas con que se puede encontrar el prestatario” *Diario La Ley*, N° 9356, 2019
- ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ. “El hipotecante no deudor: perjuicios que le ocasiona la regulación existente y medios para reparar el daño sufrido” *Actualidad Civil*, N° 4, Abril 2019, Editorial Wolters Kluwer
- ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ. “Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios” *Diario La Ley*, N° 9445, Sección Tribuna, 27 de Junio de 2019, Wolters Kluwer
- ACHÓN BRUÑÉN, MARÍA JOSÉ *La hipoteca y el procedimiento hipotecario 443 preguntas y respuestas. Novedades tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Sepin. 2019.
- ACQUIS GROUP *Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms (Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principle)*. Sellier European Law Pub. 2007. ISBN: 978-3866530232
- ADAN DOMENECH, FEDERICO. “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”. *Diario La Ley*, N.º 9498, 15 de Octubre de 2019, WOLTERS KLUWER.
- ADDANTE, ADRIANA “Profili civilistici dell’attuazione italiana della Dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. (dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, ML (dir.) “*Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos.*” Aranzadi. 2018

-AGÜERO ORTIZ, ALICIA. “Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios.” *Editorial: centro de estudios de consumo uclm*. 28 de marzo de 2016.

-AGÜERO ORTIZ, ALICIA. “Análisis de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial.” *Editorial: centro de estudios de consumo uclm*. 14 de junio de 2017

-AGÜERO ORTIZ, ALICIA. “Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente” *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, N° 104, 2017,

-AGÜERO ORTIZ, ALICIA. “Comentario sobre el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario: la “nueva” obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas”. *Editorial: centro de estudios de consumo uclm*. 4 de enero de 2018.

-AGÜERO ORTIZ, A. “Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario” *La Ley mercantil*, ISSN-e 2341-4537, N°. 42

-ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “Una invitación a los estados miembros de la ue: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la directiva 2014/17/ue, de 4 de noviembre de 2014)” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Estudios, pp. 1-30

-ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, N°. 7, 2017

-ALBIEZ DOHRMANN, K.J., MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (DIR.) “*Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*” | 1ª edición | Aranzadi. 1 enero 2018.

-ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas” *Diario La Ley*, N° 9439, Sección Tribuna, 19 de Junio de 2019, Wolters Kluwer.

-ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN “La tercera Instrucción de la DGRN (31 de julio de 2019) sobre la transparencia en los contratos de crédito inmobiliario. Las plataformas digitales” *Diario La Ley*, N° 9503, 2019.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. “Artículo 1” En ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Editorial Civitas, 2002 ISBN: 9788447017737

-ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS “Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva” <http://almacenedderecho.org/>, 22 de enero de 2016

-ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS “El tribunal de justicia decide mediante auto una cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado.” <http://almacenedderecho.org/>, 5 de julio de 2015

-ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS las conclusiones del abogado general sobre el art. 693.2 lec y la directiva de cláusulas abusivas, <http://almacenedderecho.org/>, 3 de febrero de 2016

-ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS “Nueva cuestión prejudicial sobre ejecución hipotecaria y cláusula de vencimiento anticipado”. <http://almacenedderecho.org/>, 22 de Febrero de 2016

-ALONSO BUZO, ROBERTO “Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria” *Diario La Ley*. 24 de mayo de 2018. LA LEY 8004/2018

- ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA “El código de buenas prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Estudios, pp. 31-67

-ÁLVAREZ LATA, N “Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 2014” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.95/2014 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014.

-ÁLVAREZ OLALLA, MP “La obligación de evaluar la solvencia en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.1/2018 parte Legislación. Comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018. BIB 2017\43643

- ARENAS GARCÍA, RAFAEL “Artículo 4. Contratos excluidos” En Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, y Jorge MIQUEL RODRÍGUEZ *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Editorial Tecnos. 1999 ISBN: 9788430934287

- ARROYO AMAYUELAS, ESTHER. “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial” *InDret* 2/2017. Barcelona.

- ATAMER Y. M., “Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action”, en AA. VV. (Coord. GRUNDMANN, S. y ATAMER Y. M.) *Financial services, financial crisis and general european contract law. Failure and challenges of contracting*, United Kingdom, 2011.
- BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” *Diario La Ley*, Nº 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016, Ref. D-266, Editorial LA LEY
- BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Algunos remedios contra la cláusula abusiva de reclamación posiciones deudoras” *Diario La Ley*, Nº 8954, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer
- BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS. “Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad” *Actualidad Civil*, Marzo 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- BANCO DE ESPAÑA. *Memoria de reclamaciones 2017* www.bde.es
- BANCO DE ESPAÑA. *Memoria de reclamaciones 2018* www.bde.es
- BALESTRA, LUIGI “La normativa italiana” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018
- BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS “Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente” *Diario La Ley*, Nº 8795, Sección Doctrina, 4 de Julio de 2016.
- BARIOS ASENSIO, TONI, CUYÁS CAUDEVILLA, ESTEBAN. “Hacia un préstamo consensual” *LA LEY mercantil*, Nº 59, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Junio 2019, Wolters Kluwer
- BASOZABAL ARRUE, XAVIER. *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Tirant lo Blanch. 2004.
- BASOZÁBAL ARRUE, XAVIER. “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, en *Anuario de Derecho Civi*, nº 2, 2009, pp. 647-712.
- BASOZÁBAL ARRUE, XAVIER. “Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo” En ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL; MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor (Navarra), Editorial: Aranzadi, 2016.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi. 2000.

-BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. "El incumplimiento esencial como categoría y su régimen diferenciado del incumplimiento obligacional resolutorio." *Actualidad Civil*, Nº 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, Septiembre 2014, pág. 922, tomo 2, Editorial LA LEY

-BECH SERRAT, JOSEP MARÍA. "Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?. *InDret* 1/2018. Barcelona

- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria: determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca, la concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado: doctrina y jurisprudencia*. Editorial General de Derecho, D.L. 1994. Valencia. ISBN 84-605-0043-8

- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA. *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. Editorial Tirant lo Blanch. 2000. ISBN 84-8442-110-4.

- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA y LAGO MONTERO, JOSÉ MARÍA "El contrato de constitución de hipoteca inmobiliaria" en YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO Tomo IX. *Contratos de Financiación y de Garantía* Aranzadi. 2014. ISBN: 978-84-9059-369-1.

-BRENES CORTÉS, JOSEFA. "El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios: consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera." *Revista de Derecho Mercantil* num.246/2006 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2006.

- BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA, PEÑA LÓPEZ. *El derecho de resolución del consumidor por incumplimiento del deber de información por el empresario. Concepto y fundamento*. Grandes Tratados. Reclamaciones de consumo. Editorial Aranzadi, S.A.U., Noviembre de 2010. BIB 2010\3206

- CABANAS TREJO, RICARDO. "La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario" *Diario La Ley*, Nº 9386, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2019, Editorial Wolters Kluwer

- CABANAS TREJO, RICARDO "El rápido desarrollo reglamentario de la nueva Ley del crédito inmobiliario ¿cuántas veces hay que acudir a la notaría?". *Diario La Ley*, Nº 9408, Sección Tribuna, 6 de Mayo de 2019, Editorial Wolters Kluwer

- CABANAS TREJO, RICARDO "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?” *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9404, 2019

- CABANAS TREJO, RICARDO. “El día «d» ya está cerca: primeras aclaraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el acta notarial del crédito inmobiliario hipotecario” *Diario La Ley*, Nº 9421, Sección Tribuna, 23 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer

- CABANAS TREJO, RICARDO “Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario” *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, Nº. 85, 2019

- CABANAS TREJO, RICARDO “La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿el final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?” *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, ISSN 1885-009X, Nº. 84, 2019

-CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid. Montecorvo. 1988

-CALVO, ROBERTO. “Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE.” *Corriere Giur.*, 2015, 6, 823

-CALZECCHI ONESTI, CHIARA “L’arbitro bancario finanziario ed il tema dell’educazione finanziaria - il commento” *Contratti*, 2017, 4, 407

-CÁMARA LAPUENTE, SERGIO (Dir.) *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Editorial: s.a. colex. editorial constitucion y leyes. 2011

-CÁMARA LAPUENTE, SERGIO “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca "normas". Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017” En YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (coord.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Dykinson Vol. 9, 2017

-CAMPAGNA, MARCO FRANCESCO “Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della corte di giustizia” *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 4, 502

-CANDELA, CERDÁN, JUAN. *Manual para técnico documental en notarías. Tomo II* (2a. ed.), Dykinson, 2009

-CAÑOZARES LASO, ANA *La caducidad de los derechos y acciones*. Madrid. Civitas, 2001. ISBN 84-470.

-CAÑIZARES LASO, ANA “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216. vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015). Estudios.

-CAÑIZARES LASO, ANA “La prescripción: una reforma necesaria”, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Granada, 22 de julio de 2017.

-CAÑIZARES LASO, ANA “Anulabilidad de los contratos y caducidad del plazo” en el blog *Almacén de Derecho*. 10 de febrero de 2018

-CAÑIZARES LASO, ANA “Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el dies a quo.” *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 5, Nº. 4 (octubre-diciembre, 2018), 2018.

-CARBALLO FIDALGO, MARTA “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores” *InDret* 1/2010. Barcelona, enero 2010.

- CARBALLO FIDALGO, MARTA, “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”. *InDret* 1/2019. Barcelona.

-CARPI MARTÍN, FONT GORGORIÓ “Ficheros de solvencia positiva y obligación de evaluación de la solvencia en España: retos pendientes en el mercado de crédito.” *La ley digital*. LA LEY 18607/2017

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas. *Editorial: Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº 3/2012 UCLM. Año 2012.

-CARRASCO PERERA, Á., “Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, o cada día un poco más cerca del abismo”, *Análisis para Gómez-Acebo & Pombo*, Diciembre de 2015.

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “El tribunal supremo niega que el notario pueda controlar la conformidad de los contratos con la legalidad protectora del contratante débil.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 11 de Marzo de 2016.

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Persiste la ridícula e ideológica jurisprudencia sobre cláusulas hipotecarias.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 18 de Marzo de 2016.

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Sobre el control de abusividad de la cláusula de ejecución notarial de la hipoteca.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 15 de Septiembre de 2016.

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Nulidad de cláusulas abusivas apreciadas directamente por la administración.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 11 de Octubre de 2016.

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL. *Nuevos Clásicos. Derecho de Contratos. Remedios*. Aranzadi. 2017

-CARRASCO PERERA, ÁNGEL, RALUCA STROIE, IULIANA. “Oposición a la ejecución por abusividad de los intereses de demora, vencimiento anticipado y cláusulas suelo. dos extremos en el rol del consumidor.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 10 de Noviembre de 2016.

-CARRASCO PERERA, A., “La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado”, publicación electrónica del *Centro de Estudios de Consumo*. 10 de marzo de 2017.

-CARRASCO PERERA. El notario y la transparencia material en el proyecto de ley de crédito inmobiliario. *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 16 de diciembre de 2017.

-CARRASCO PERERA (dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019.

-CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN (Coord.). *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Editorial Tirant. TOL5.735. Febrero 2016.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Tesis doctoral dirigida por Antonio Gordillo Caña. Sevilla 1997.

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO “El hipotecante no deudor: ¿un “fiador real” cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 59, Nº 4, 2006,

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca.” *Revista de Derecho Patrimonial* num.20/2008 1 parte Artículos

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO “El hipotecante por deuda ajena no es un «fiador real».” *Revista de Derecho Patrimonial* num.24/2010 1 parte Jurisprudencia.
- CIPRIANI, NICOLA “Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n.119”. *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 5, 995
- CIPRIANI, NICOLA “Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - il patto marciano tra garanzia del credito ed esecuzione forzata.” *Giur. It.*, 2017, 7, 1715
- CIVALE, FABIO “La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori” www.dirittobancario.it Approfondimenti. Credito . 04/11/2016
- COSENTINO, SERENA *Il credito fondiario*. Tesi di laurea. Università degli Studi di Pisa. Anno Accademico 2012/2013.
- CONTI, ROBERTO “Contratto di mutuo con garanzia ipotecaria”. *Corriere Giur.*, 2013, 6, 866 Tutela dei consumatori - Clausole abusive
- CORDEIRO LOBATO “Obligaciones de información previa” En CARRASCO PERERA (dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO. *Ejecución Forzosa. Estudios sobre Derecho Procesal Civil*. BIB 2016\4955. ISBN978-84-9099-597-6. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2016.
- CRUZ MORENO, MARÍA. *La exceptio non adimpleti contrcatu*. Edición tirant lo blanch "colección privado". Valencia 2004.
- CUARTERO RUBIO, MARÍA VICTORIA “Artículo 4.2. Contratos excluidos” En Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi, 2000 ISBN 84-8410-403-6
- CUENA CASAS, MATILDE. “Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales”. *La Ley Digital*. LA LEY 89/2014
- CUENA CASAS, MATILDE “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 764, págs. 2871 a 2924 2017
- CUENA CASAS, MATILDE “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”. *InDret* 3/2017. Barcelona

- CUENA CASAS, MATILDE “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. *Actualidad Civil*, Marzo 2019, Editorial WOLTERS KLUWER

-DALMARTELLO, ANDREA “Mutuo / danni civili - «trasparenza dei mutui in valuta estera»” *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 9, 1153

- DE CRISTOFARO, G. Y OLIVIERO, F. “I contratti di credito ai consumatori”, en ROPPO, V. Y BENEDETTI, AM (dir.) *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Giuffrè, 2014.

-DE CRISTOFARO, GIOVANNI. “40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future” *Contratti*. 2019 n°2 p177-189

-DE LA PEÑA, LUIS. “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.130/2013 parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, VERÓNICA, y JORDÀ CAPITÁN, EVA. “Reseñas de actualidad: Derecho de Consumo”. *LA LEY mercantil*, N° 53, Sección CONSUMO / Reseñas de actualidad, Diciembre 2018, Editorial Wolters Kluwer

- DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN “Límites legales a la libertad de pactar el tipo de interés” *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, N°. 3, 2015

- DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al art. 1.303 CC” , en ALBADALEJO GARCÍA (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, tomo XVII, vol 2º, Ed. Edersa, Madrid, 1981

-DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA “La nueva regulación del vencimiento anticipado prevista en el artículo 22 del proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario”.2018. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-nueva-regulacion-del-vencimiento-anticipado-en-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/#dispensa>

-DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. “La doctrina de la sentencia del tje de 26 de marzo de 2019, sobre la clausula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios” web. 2019.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/#c43>

-DÍEZ GARCÍA, HELENA. “Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario” En AAPP Derecho Civil. *Vivienda e hipoteca*. Tecnos. 2018.

- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial . Volumen II: Las relaciones obligatorias*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). 2008

- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, "La anulabilidad de los contratos", en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch 1993

- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Civitas. Madrid, 2003

-DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2005.

-DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS *Ejecución hipotecaria de vivienda: (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)* Editorial Lex Nova 2010.

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “Hipoteca de vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria” En TARABAL BOSCH y LAUROBA LACASA (Coord.) *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* 2012, ISBN 9788497689922.

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, Nº. 5, 2013

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos procesales o asimilados” En MARÍN LÓPEZ (et al.). *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* Tirant lo Blanch, 2014. ISBN 978-84-9086-105-9

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La jurisprudencia del TJUE y su incidencia sobre el Derecho privado de los Estados miembros: el caso español y los préstamos con garantía hipotecaria” *Revista Electrónica de Direito*. RED, ISSN-e 2182-9845, Nº. 2, 2015

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS (Dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria* Editorial Aranzadi. Ediciones 2016 ISBN 978-84-9099-518-1 y 2019 ISBN 978-84-1309-624-7

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La vivienda habitual y otros inmuebles en garantía del cumplimiento de las obligaciones del prestatario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018.

-DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca” En AAPP *Derecho Civil Vivienda e hipoteca*. Tecnos. 2018.

-DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER. “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios” *InDret* 1/2016. Barcelona.

- DOMÍNGUEZ ROMERO, JAVIER *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas la integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado* Boletín Oficial del Estado, BOE. 2018. ISBN: 978-84-340-2458-8

- DURELLO, LAURA “Profili di tutela del terzo nel processo esecutivo avente ad oggetto un bene gravato da ipoteca” En LERDO DE TEJADA, MURGA FERNÁNDEZ (DIR.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Aranzadi. 2016

- EBERS, MARTIN et al., “EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and Its Transposition in the Member States”. *Sellier European Law Pub*. 2008. ISBN: 978-3866530638

-ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL; MURGA FERNÁNDEZ, JUAN PABLO (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor (Navarra), Editorial: Aranzadi, 2016.

- ESTANCONA PÉREZ, ARAYA ALICIA “Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales” *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 2, 2019

- FACCINI, JESSICA “Le novità nelle modifiche alle disposizioni di trasparenza della Banca d’Italia” *www.dirittobancario.it* . Attualità. Trasparenza. 26/03/2019

-FAUSTI, PIER LUIGI “Il Codice del consumo. Il ruolo ambiguo della trattativa e l'importanza della trasparenza (con nuove considerazioni sul ruolo del notaio nei contratti di finanziamento bancari)” *Notariato*, 2007, 1, 59 Codice del consumo

-FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO. “Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria notarial.” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.103/2017 parte

Sentencias, Resoluciones, Comentarios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017.

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA “La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica” *Diario La Ley*, N.º 9493, 8 de Octubre de 2019, WOLTERS KLUWER

- FERNANDEZ SENESPLEDA, IGNACIO. “Consecuencias del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria” *Diario La Ley*, N.º 9501, 18 de Octubre de 2019, WOLTERS KLUWER

-FERRETTI, ROBERTO e SANTORO, ANTONELLA “Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui” www.dirittobancario.it Approfondimenti. Credito. 27/05/2016

-FERRETTI, ROBERTO e LUNETTA, DANIEL “Clausole di indicizzazione al franco svizzero e floor - il commento”. *Società*, 2017, 1, 78

-FERRUCCI, A., FERRENTINO, C., AMORESANO A. “La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati” *Editore Giuffrè*. 2008.

-FLORES DOÑA, RAGA GIL (Dir.). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Dykinson, 2016.

-FUSARO, ANDREA “Il prestito vitalizio ipotecario in prospettiva comparatistica” *Notariato*, 2017, 2, 114

-GALLEGO SÁNCHEZ, ESPERANZA *Contratación Mercantil*. Editorial Tirant. 2003.

-GALLEGO SÁNCHEZ “La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento”, en PRATS ALBENTOSA y CUENA CASAS. *Préstamo Responsable y ficheros de Solvencia*. Aranzadi. 2014.

-GALVEZ CRIADO, ANTONIO “Los terceros garantes en los préstamos hipotecarios con consumidores: deberes de información y de evaluación de la solvencia.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.144/2016

- GÁLVEZ CRIADO, ANTONIO “El seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario y la designación del prestamista como beneficiario” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n.156. 2019

-GARCÍA ALGUACIL, MARÍA JOSÉ. “Intervención judicial activa e incidencia del principio iura novit curia en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas:

quiebras en la doctrina del TJUE”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.11/2015 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.

-GARCÍA GARCÍA, JOSE MANUEL. "No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos." *Diario La Ley*, 1989, pág. 1120, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 4320/2001

-GARCÍA HERNÁNDEZ, JOAQUINA. “El control de contenido de las cláusulas no negociadas entre empresarios” En ATAZ LÓPEZ, J. y GARCÍA PÉREZ, C. *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* Editorial Aranzadi SAU. Enero 2018

-GARCÍA PERULLES, LUIS FRANCISCO “La legislación de protección del deudor hipotecario en la unión europea: la reestructuración de la deuda al "fresh start" o segunda oportunidad” En SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA y OLMEDO CARDENETE, MIGUEL DOMINGO *Desahucios y ejecuciones hipotecarias* 2014, ISBN 978-84-9053-457-1, págs. 417-440

- GENOVESE, AMARILLIDE “Le pratiche commerciali sleali nel settore del credito. L’esperienza italiana delle polizze assicurative «abbinate» ai contratti di finanziamento”. En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

-GENTILI, AURELIO e CINTIO, VALERIO “I nuovi “vizi del consenso””. *Contratto e Impr.*, 2018, 1, 148.

- GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La prescripción de las acciones individuales de nulidad de las cláusulas abusivas” *Diario La Ley*, Nº 9048, 2017

-GRANELLI, CARLO “Gli obblighi informativi nella formazione dell’accordo contrattuale” *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 7-8, 1200

-GÓMEZ POMAR, FERNADO “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2019

-GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Artículo 5. Requisitos de incorporación” En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* Thomson Reuters Aranzadi. 2000.

-GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Artículo 7. No incorporación” En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Thomson Reuters Aranzadi. 2000.

-GONZÁLEZ PACANOWSKA, GARCÍA PÉREZ (Dir.) *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor (Navarra) Editorial Aranzadi. 2014

-GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL “Comentario al art. 85.3 de la TRLGDCU”. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO *Grandes Tratados. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. BIB 2009\2171 Editorial Aranzadi, S.A.U., septiembre de 2009.

-GONZÁLEZ MONTES SÁNCHEZ, JOSE LUIS “Algunas consideraciones sobre la ejecución hipotecaria. Las recientes reformas” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, ISSN 0212-8217, Nº 16-18, 2013-2015, págs. 605-638

-GUILLÉN CATALÁN, RAQUEL; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, CARLOS; ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER (Coord) *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable* . Editorial: Tirant. TOL5.735. Febrero 2016.

- HABDAS, MAGDALENA “The impact of the mortgage credit directive 2014/17 in Poland”. *Barcelona workshop*, 20-21 october 2016. Working paper 6/2017.

- HELLERINGER, G.; SIBONY, A. “European consumer protection through the behavioral lens”. *Columbia Journal of European Law*, 23(3). 2017.

- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA,MD.; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MD.; TEJEDOR MUÑOZ, L.; POUS DE LA FLOR, MP. *Derecho civil de la Unión Europea*. 2ª Edición. 2018. Tirant

- HERNÁNDEZ SAINZ, ESTHER “El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía” *InDret* 4/2017. Barcelona, octubre 2017

-HERRRO PEREZAGUA, JUAN “Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor” En ESPEJO LERDO DE TEJADA, MURGA FERNÁNDEZ (Dir.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor (Navarra), Editorial: Aranzadi, 2016

- HOWELLS, GERAINT. G. “The european union's influence on english consumer contract law”. *George Washington Law Review*, 85(6), 1904, 2017.

-IÑIGUEZ ORTEGA, PILAR “Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros «MiFID» II como medio de protección del inversor no profesional.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.145/2017 parte Artículos Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

- IULIANI, ANTONELLO “Contratti del consumatore - “l’abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell’armonizzazione giudiziale del diritto europeo” *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 3, 424

-IVONE, VITULIA “Il prestito vitalizio ipotecario: luci e ombre del principale istituto della c.d. finanza della terza età” *Contratto e Impr.*, 2018, 1, 383

-JARAMILLO SIERRA, CAMILA “Proportional, effective and dissipative penalties for failure to comply with the principle of the responsible loan.” *Revista E-Mercatoria*, 16(1). 2017.

- JEREZ DELGADO, CARMEN (Coor.) *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. BOE. 2015.

-JUAN GÓMEZ, MATEO. “Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar”. *Diario La Ley*. LA LEY 5771/2019

-LAFUENTE TORRALBA, ALBERTO JOSÉ. “Los obstáculos para el examen de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución: puntos ciegos y zonas de desprotección en el régimen vigente.” *Revista de Derecho Civil*. ISSN 2341-2216 vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015)

-LEGRAND, VERONIQUE “La normativa francesa” en ALBIEZ DOHRMANN, KJ.; MORENO-TORRES HERRERA, M. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. 1ª edición 1 enero 2018 Aranzadi

-LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA “Derechos básicos de los consumidores y usuarios” En DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA LM. *Derechos de los consumidores y usuarios*. 3ª Edición.” Editorial Tirant. 2016.

-LEÓN ARCE, A.; ALVARGONZÁLEZ TERRERO, C.; DÍAZ MÉNDEZ, C. “Derechos básicos de los consumidores y usuarios” En DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA LM. *Derechos de los consumidores y usuarios*. 3ª Edición. - Editorial Tirant. 2016.

-LINDINER, ANTONIO. *Gli obblighi di comportamento degli operatori finanziari nei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*. Tesis de doctorato. Archivio istituzionale della ricerca dell'Università degli Studi di Palermo.

2017.

-LLODRÁ GRIMALT, FRANCESCA “Elementos de derecho hipotecario. Ajustado al nuevo programa de notarías, de Lino Rodríguez Otero” *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 6, 2017

-LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (coord.) *Comentario a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019. ISBN: 9788490903841.

-LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA “Consideraciones generales sobre el mercado hipotecario y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”. En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.) *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* Madrid. Editorial Bosch. 2019. ISBN: 9788490903841’

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legal” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, 2014.

- MELERO BOSCH, LOURDES V. “El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Número 155 Julio-Septiembre 2019

-LUMINOSO, ANGELO “Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva”. *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1, 10

-LYCZKOWSKA, KAROLINA. ¿Quedan todavía cláusulas de vencimiento anticipado no abusivas? *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 25 de Noviembre de 2015.

-LYCZKOWSKA, KAROLINA. “Cada vez menos «puertos seguros» en materia de las cláusulas abusivas: ni tres veces el interés legal del dinero en intereses de demora, ni tres cuotas mensuales para el vencimiento anticipado.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 20 de abril de 2016.

-LYCZKOWSKA, KAROLINA. “El anteproyecto de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.” *Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 8 de abril de 2017.

-MAGRO SERVET, VICENTE “El vencimiento de las obligaciones determinante del incumplimiento. Respuesta de los tribunales.” *Editorial: El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 2. EDB 2016/103362. julio de 2016

-MAGRO SERVET, VICENTE. "La exceptio non adimpleti contractus por daños causados en los contratos de arrendamiento de servicios en la ejecución de una obra". *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 119, Segundo trimestre de 2014, Editorial LA LEY. LA LEY 1172/2014

-MANNOCCHI e FIORETTI "La nuova disciplina dei mutui al consumatore" *Mannocchi e fioretti Studio Legale*. N.1/2017 . Milano, gennaio 2017

-MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Comentario al art. 118 de la TRLGDCU. Aranzadi. 2009

-MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. "Control de transparencia, normas de transparencia en el proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario y "validez" de las cláusulas suelo y de gastos." *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 15 de noviembre de 2017.

- MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS "La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario" En CARRASCO PERERA (dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Editorial Aranzadi. Junio 2019.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA. "La declaración de abusividad de una condición general no puede acarrear efectos perversos para el empresario si existe abuso de derecho por parte del consumidor." *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 12 de septiembre de 2016.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA "¿cómo se ha estabilizado en las audiencias provinciales la doctrina en materia de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios derivada de las sentencias del tribunal supremo de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016?" *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 5 de septiembre de 2016.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA, "La incertidumbre del acreedor para ejercer lícitamente la facultad de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios de larga duración." *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 8 de Noviembre de 2016.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA. "La expansión del control de transparencia cualificada no tiene límites." *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 24 de Noviembre de 2016.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA. “Sobre el pacto de liquidez y un nuevo estándar de validez del vencimiento anticipado en ejecutivos hipotecarios.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 24 de Noviembre de 2016.

-MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA, “La pasividad del ejecutado en el cumplimiento de sus obligaciones como parámetro determinante de la no abusividad del ejercicio concreto del vencimiento anticipado.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 14 de Diciembre de 2016.

-MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL. “Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota de la hipoteca.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 30 de octubre de 2013

-MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL. “Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario.” *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*. 11 de Febrero de 2015.

- MARTÍNEZ PALLARÉS, J “Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de los Swaps en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ¿Un salto en el vacío?” *Diario LaLey*. LA LEY 15073/2017

-MAYORGA TOLEDANO, MC “Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente” en SIERRA FLORES *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* ISBN 978-84-9085-668-0. Dykinson, 2016.

-MELLADO RODRÍGUEZ, MANUEL. *Las clausulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*. Tesis para la obtención del Grado en Derecho. Madrid. 2008.

- MENDEZ-PINEDO, M. ELVIRA. “Will the directive 2014/17/eu on mortgage credit protect consumers in the next economic and/or financial crisis”. *Juridical Tribune*, 8(2), 2018.

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-8427, Nº. 1, 1997 (Ejemplar dedicado a: La vinculación del juez a la ley), págs. 297-326

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA “Comentario al art.8” En MENÉNDEZ, A., Díez PICAZO, L. (dir), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* Madrid. Civitas. 2002.

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. “La nulidad de las condiciones generales”. *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, ISSN-e 1699-3500, Nº. 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Coloquios)

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA “Comentario al artículo 82” En Sergio CÁMARA LAPUENTE *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX. 2011. ISBN: 978-84-8342-289-2.

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios.” *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. Nº27. 2013

-MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios.” En ARELLANO GÓMEZ, FJ.; MANUEL JESÚS, DG. *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*. 2015, ISBN 978-84-8095-572-0. Junta de Andalucía.

- MILO, MICHAEL “The impact of the mortgage credit directive 2014/17 in the Netherlands” *Barcelona Workshop*, 20-21 OCTOBER 2016. Working paper 5/2017

-MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria” *InDret* 2/2018. Barcelona, abril 2018

-MIRRIONE, MATTEO “Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario”. *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 1, 10209

- MOCCI, FRANCESCO e CARERI, PAOLO “Credito immobiliare ai consumatori: Banca d'Italia aggiorna le disposizioni sulla trasparenza”. *www.dirittobancario.it*. Attualità. Trasparenza. 07/10/2016

-MORALES MORENO, ANTONIO M. “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 52, Nº 1, 1999.

- MORALES MORENO, ANTONIO M. “Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012” *Revista de derecho mercantil*, ISSN 0210-0797, Nº 289, 2013.

- MORALES MORENO, ANTONIO M. “El control de abusividad en las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago”. En DIEZ-PICAZO, LUIS (Coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi 2014
- MORENO GARCÍA, LUCÍA. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Editorial Tirant lo Blanch. 2018
- MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA LUISA "¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?" *Revista crítica de derecho inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año nº 94, Nº 765, 2018
- MORLANDO, FRANCESCO “Dichiarazione giudiziale di abusività - gli effetti della dichiarazione giudiziale di abusività” *Giur. It.*, 2018, 1, 29.
- MUÑOZ GARCÍA, CARMEN. “«Falta de transparencia», posible ineficacia y acuerdo transaccional válido.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.152/2018 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.
- MÚRTULA LAFUENTE, VIRGINIA “Cuestiones actuales sobre los intereses remunerativos y de demora en los préstamos hipotecarios” en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Vivienda e hipoteca*. Editorial Tecnos 2018.
- NATOLI, R *.Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione* Milano, 2012.
- NEBBIA, PAOLISA “Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law.” *Hart Publishing. Modern Studies in European Law*. 2007. ISBN: 9781847313485.
- NIETO CAROL, UBALDO (Dir). *Grandes Tratados. Transparencia y protección de la clientela bancaria*. BIB 2016\830. ISBN 978-84-9099-859-5. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2016.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2012.
- OLEO BANET, FERNANDO, “Artículo 4”, en ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador) (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Editorial Civitas, 2002.
- ORDÁS ALONSO, MARTA “La fase precontractual en la contratación del crédito inmobiliario” En AAPP Derecho Civil. *Vivienda e hipoteca*. Tecnos. 2018.

-ORDÁS ALONSO, MARTA “Publicidad ilícita de crédito otorgado por intermediarios financieros.” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.109/2019 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2019

-ORDÁS ALONSO, MARTA. “La complejidad normativa en la contratación del crédito inmobiliario y la inexistente voluntad de poner fin a la misma” *Revista Aranzadi Doctrinal*, ISSN 1889-4380, N°. 4, 2019

- ORDUÑA MORENO y TOMILLO URBINA (Dir.), *Contratación Bancaria*, 2 tomos, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2001

-OTERO CRESPO, MARTA “Las obligaciones precontractuales de información, explicación adecuada y de comprobación de solvencia en el ámbito de los contratos de préstamo al consumo”. *La ley digital*. LA LEY 2906/2015

- PAGADOR LÓPEZ, JAVIER *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid, Marcial Pons. 1999. ISBN 9788472486768

- PAGLIANTINI, STEFANO “Debito e responsabilità nella cornice del xxi secolo: note minime”. *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 4, 1069

- PAGLIANTINI, STEFANO “L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra corte di giustizia, corte costituzionale ed abf: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale? – il commento” *Contratti*, 2014, 10, 853

- PAGLIANTINI, STEFANO “Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della cgue” *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 3, 561

- PALACIOS GONZÁLEZ y BERNAL DEL CASTILLO “Los contratos de crédito al consumo (ley 16/2011, de 24 de junio)” En DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA LM. *Derechos de los consumidores y usuarios*. 3ª Edición. Editorial Tirant. 2016.

-PAMPHILIS, MATTEO DE “Profili di nullità nei mutui indicizzati alla valuta estera” *Corriere Giur.*, 2017, 8-9, 1097

-PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO “Resolución por incumplimiento e indemnización” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 42, N° 4, 1989, págs. 1143-1168

-PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO “El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 44, N° 3, 1991, págs. 1019-1092

- PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 46, Nº 4, 1993, págs. 1719-1746
- PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO “Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos” *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 64, Nº 3, 2011, págs. 897-930
- PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO “La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivo” en *Almacén de Derecho* (2019): <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>
- PAPANTI-PELLETIER, PAOLO “El préstamo para la adquisición de vivienda en Italia” En LERDO DE TEJADA, MURGA FERNÁNDEZ (DIR.) *Vivienda, préstamo y ejecución*. Aranzadi. 2016.
- PASQUARIELLO, FEDERICA “Le procedure di sovraindebitamento alla vigilia di una riforma” *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 3, 732
- PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid : Civitas, 1997. ISBN 84-470-0839-8.
- PASQUAU LIAÑO, MIGUEL “La acción de nulidad sí prescribe” *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, ISSN-e 1699-3500, Nº. 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Coloquios)
- PASQUAU LIAÑO, MIGUEL “Lo abusivo y lo razonable. Facultades del juez para la normalización de los contratos de préstamo hipotecario” En SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, INMACULADA y OLMEDO CARDENETE, MIGUEL DOMINGO. *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*. 2014, ISBN 978-84-9053-457-1, págs. 213-226
- PATTI, FRANCISCO PAOLO “L’educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/ue (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)” *Contratto e Impr.*, 2015, 6, 1423
- PELLECCHIA, ENZA “L’interesse del debitore alla ristrutturazione dei debiti” *Contratto e Impr.*, 2015, 4-5, 1132
- PEÑA LÓPEZ, FERNANDO “Comentario al artículo 22 LCCC” en MARÍN LÓPEZ, MJ. *Comentarios a la ley de contratos de crédito al consumo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

- PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO. “La hipoteca «multidivisa» y la información precontractual como parámetro de validez”. *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Mayo 2019, Wolters Kluwer
- PÉREZ BENÍTEZ, ANTONIO ALBERTO. “El laberinto de los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado: ¿y ahora qué?” Editorial *LEFEBVRE*. EDC 2019/575819
- PÉREZ, PABLO “Los Efectos de la Declaración de nulidad en los Contratos Bancarios” <http://www.pabloperezabogado.es/index.php/blog/140-los-efectos-de-la-declaracion-de-nulidad-en-los-contratos-bancarios>
- PÉREZ CONESA, CARMEN Cláusulas abusivas, préstamo hipotecario y legislación interna: su reforma a “remolque” de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 5/2015 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015
- PÉREZ SOBERÓN, BLANCA “¿Qué hacer si la cláusula de vencimiento anticipado es nula por abusiva pero no se aplica en todos sus términos a la hora de ejecutar la hipoteca?” , *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*, 4 de julio de 2016
- PÉREZ UREÑA, ANTONIO ALBERTO. “Los contratos de crédito inmobiliario” Editorial *LEFEBVRE*. EDC 2019/536503
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Comentario al artículo 85 LGDCU” en CÁMARA LAPUNTE, SERGIO. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL-1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Editorial Colex. 2011.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial” *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 2, Nº. 2, 2015
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO “Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016.” *InDret* 4/2016
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO. *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios*. 2ª Edición 2017. Tirant lo Blanch
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, FRANCISCO. “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y

MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. y VELA TORRES, P. “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual.” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 106. Enero - Abril 2018

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “El dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 4, 2018. Octubre 2018.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F “Obligación de información y evaluación en la adquisición de productos de inversión según la normativa pre MIFID: suficiencia de la información verbal y no necesidad de evaluación formal si la entidad ya conocía el perfil del inversor : Comentario a la STS de 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5228)” *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, ISSN 0212-6206, Nº 110, 2019.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F “El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.154/2019 parte Artículos Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

- PICATOSTE BOBILLO, JULIO. “El derecho de información en la contratación con consumidores” *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, Nº 4, 2011.

-PINO ABAD, MANUEL. “El deber de información de las entidades financieras y la protección jurídica del usuario inversor de swap.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.151/2018 parte Crónicas Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.

-PIRAINO, FABRIZIO “Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori” *Giur. It.*, 2017, 7, 1715

- PONZIO, LUCA ANTONIO “Recepimento Direttiva Mutui: primo commento alle modifiche in consultazione della disciplina di Banca d'Italia sulla Trasparenza”. www.dirittobancario.it. Attualità. Trasparenza. 07/09/2016

- PRATS ALBENTOSA, LORENZO "El contrato de préstamo" en ORDUÑA MORENO y TOMILLO URBINA (Dir.), *Contratación Bancaria*, 2 tomos, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2001

- PUHALI, GIOVANNI “Credito fondiario - la cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità”. *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 1, 21
- PULIDO BEGINES, JUAN LUIS. “El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.130/2013 parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013. BIB 2013\14442
- QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL “La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecados. Impacto del Derecho europeo” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018
- QUESADA LÓPEZ, PEDRO MANUEL. “«¿Qué le dice la ejecución hipotecaria al dios de la muerte? —Hoy no». El vencimiento anticipado y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *Diario La Ley*, Nº 9389, Sección Doctrina, 3 y 9 de Abril de 2019, Editorial Wolters Kluwer
- RALUCA STROIE, IULIANA. “Los intereses moratorios abusivos no se pueden recalcular y la cláusula de vencimiento anticipado debe eliminarse si se considera abusiva independientemente de si en la práctica se ha respetado el plazo legalmente establecido”. *Editorial: Centro de Estudios de Consumo UCLM*, 18 de diciembre de 2015
- REIFNER, UDO. “Responsible credit in european law”. *Italian Law Journal*, 4(2), 2018.
- RICCIO, ANGELO “Patologie nel mutuo ipotecario”. En LERDO DE TEJADA, MURGA FERNÁNDEZ (DIR.). *Vivienda, préstamo y ejecución*. Aranzadi. 2016.
- RÍOS SÁNCHEZ, JUAN MANUEL “Contratación Bancaria” En MORALEJO IMBERNON, N.; QUICIOS MOLINA, S.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Tratado de Contratos*. 2ª Edición” 2013. Tirant
- ROBLES, MARIANO “Problema e sistema nel prestito vitalizio ipotecario” *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 6, 1590
- RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN “Los principios generales de la contratación y el control de las cláusulas «abusivas» en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario: un antes y un después” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018

-RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, PABLO, La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota: su vinculación con la categoría del miedo o temor al incumplimiento. *Editorial: Diario La Ley* Nº 7853, La Ley 1675/2011, Marzo 2011

-RODRÍGUEZ OTERO, LINO. *Elementos de derecho hipotecario: ajustado al nuevo programa de notaría*s. Bosch. 5ª edic-2016

-ROSSI, GIULIA “Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c’è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?” *Contratto e Impresa*, 2016, vol.32 n.6

-RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016. *Diario LA LEY*, nº 8791, de 27 de junio de 2016, Editorial LA LEY, 2016

-RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL “Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios” *Revista de derecho bancario y bursátil*, ISSN 0211-6138, Año nº 37, Nº 150, 2018.

-RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*, Madrid Editorial Tecnos, 2013

-RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA “El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE” *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 8140, 2013

-RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios” *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 7994, 2013

-RUIZ-RICO RUIZ, J. M. Y ACEBES CORNEJO, R., «Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios.», *Diario La Ley*. Sección Tribuna., vol. 9026, 2017

-RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL “La reforma del proceso de ejecución hipotecaria: aspectos civiles” En ALBIEZ DOHRMANN, K.MORENO-TORRES HERRERA, M. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. 1ª edición 1 enero 2018 Aranzadi

-RUMI, TIZIANA “Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali” *Contratti*, 2015, 1, 70

-SABATER BAYLE, ELSA “Cláusulas IRPH y transparencia (STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre)”. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Nº. 2, 2018,

-SABATER BAYLE, ELSA “Ejecución hipotecaria: incidentes de oposición, plazo de preclusión, y derechos de los consumidores” *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Nº. 6, 2017

- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. “Evaluación de la solvencia del prestatario consumidor en la directiva 2014/17/UE y en el proyecto de ley de su transposición al ordenamiento jurídico español.” *Revista Española de Derecho Europeo* num.65/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018.

- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, BEATRIZ. *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019*. Editorial Tirant lo Blanch. Mayo 2019.

-SALERNO, FRANCESCO “La violazione dell’obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici” *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 10, 1423

- SÁNCHEZ GÁLVEZ, FRANCISCO. “Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Régimen de transitoriedad” *Diario La Ley*, Nº 9423, Sección Tribuna, 27 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer

-SÁNCHEZ GARCÍA, JESÚS M^a “Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1^a del TS de 11 de septiembre de 2019” *Diario La Ley*, N.º 9479, 17 de Septiembre de 2019, WOLTERS KLUWER

-SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN “Garantía hipotecaria, mercado y crisis económica: bases para su reformulación.” *Revista de Derecho Patrimonial* num.35/2014 parte Artículos. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

-SÁNCHEZ-VENTURA MORER, INÉS. “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español” *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2019 parte Legislación. Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019.

- SENÉS MOTILLA, CARMEN “Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria” *Práctica de Tribunales*, Nº 120, Mayo-Junio 2016, Editorial Wolters Kluwer

-SERRANO FERNÁNDEZ, MARÍA "Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor. ¿una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario?" En ALBIEZ DOHRMANN,

K.MORENO-TORRES HERRERA, M. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. 1ª edición 1 enero 2018 Aranzadi

-SERRANO FERNÁNDEZ, M. y SÁNCHEZ LERÍA, R. “Del Código civil a las Directivas comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual del consumidor” *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 31, 2013, pp. 23-62.

- SILLERO CROVETTO, BLANCA “Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Especial referencia a la información precontractual” En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.). *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019

- SIRENA, PIETRO “I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo: commentario alla direttiva 2014/17/UE” Volúmenes 1-15 de *I quaderni della Fondazione italiana del notariato: Le ricerche*. Gruppo24Ore, 2016

-SIRENA, PIETRO “I sistemi di adr nel settore bancario e finanziario”. *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 9, 1370

-SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO. “La comisión de apertura en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores”. Editorial *LEFEBVRE*. *EDC* 2018/504355

-SOLER PASCUAL, LUIS ANTONIO. “ ¿Puede mantenerse, tras la Ley 5/2019, la doctrina jurisprudencial que sostiene que no cabe efectuar el control de transparencia material cuando el prestatario no es consumidor?. Editorial *LEFEBVRE*. *EDC* 2019/617018

-SPOTO, GIUSEPPE “Rilievo d’ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenz nazionale e della corte di giustizia” *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2016

-STILO, ANTONELLA “Interessi moratori e “principio di simmetria” nella determinazione del tasso usuraio” *Contratti*, 2016, 11, 1043

- SUÁREZ PUGA, ERNESTO “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.5/2017 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017

- TAPIA HERMIDA, ALBERTO. "Los contratos bancarios de préstamo y de apertura de crédito: semejanzas y diferencias" *LA LEY mercantil*, Nº 22, Sección Banca y Seguros, Febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer. LA LEY 521/2016
- TORIBIOS FUENTES, FERNANDO y DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS “La rehabilitación del préstamo y la enervación de la acción hipotecaria en el nuevo art. 693.3 LEC” En CACHÓN CÁRDENAS, MANUEL JESÚS y Picó i Junoy, JOAN *La ejecución civil: problemas actuales*. 2008, ISBN 978-84-96758-84-1.
- TORRES RUIZ, SALVADOR. “La intervención notarial en el control de transparencia material. Antecedentes y comentario al artículo 13 del Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario” En ALBIEZ DOHRMANN, KJ. y MORENO-TORRES HERRERA, ML. *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*. Aranzadi. 2018
- TURRI ZANONI, GIULIA. *Credito immobiliare ai consumatori: analisi della mortgage credit directive*. Corso di laurea magistrale in economia e diritto. Università degli studi di padova. 2016-2017
- UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALEA. *La suspensión de la precripción extintiva en el derecho civil*. Editorial Comares. Granada. 1997.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, ANGEL. “La Ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos registrales y relacionados con la jurisprudencia del TJUE : especial referencia a la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre cláusulas de vencimiento anticipado” *Boletín del Colegio de Registradores de España*, ISSN 1135-0180, Nº. 64, 2019
- VALLÉS PERELLÓ, ANTONIO “Apuntes sobre la integridad y fiabilidad del euríbor: propuestas de mejora antes sus vulnerabilidades”. LA LEY 3032/2019. *Laleydigital*.
- VELA TORRES, PEDRÓ-JOSÉ “Resolución de contrato de préstamo de dinero por incumplimiento grave” *Diario La Ley*, Nº 9301, Sección Comentarios de jurisprudencia, 19 de Noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- VERCHER MOLL, JAVIER. “La transcendencia jurídica de la gestión de riesgos en las entidades de crédito.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.150/2018 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018.
- VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE “Límites legales a la libertad de pactar el tipo de interés” *roderic.uv.es* 2015

- VERDÚN PÉREZ, FRANCISCO “La sentencia del tñue de 29 de octubre de 2015 en el asunto bbva: análisis de sus eventuales consecuencias.” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº 19/2016. UCLM. Año 2016
- VITERI ZUBIA, IBON. *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. el derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*. Editorial Tirant. 2013.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. “Falta de transparencia en el objeto principal del contrato.” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.146/2017 parte Artículos Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017
- ZUNZUNEGUE PASTOR, FERNANDO “Evaluación de la solvencia. Requisitos de conocimientos y competencia”. En LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA (Coord.). *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Madrid. Editorial Bosch. 2019