



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2020

Programa de Doctorado en Derecho

**SISTEMAS DE CONTROL DE LA CLÁUSULA DE
INTERÉS VARIABLE EN LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS**

Antonio Vallés Perelló

Directora: Apol·lònia Martínez Nadal
Tutora: Apol·lònia Martínez Nadal

Doctor per la Universitat de les Illes Balears



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2020

**SISTEMAS DE CONTROL DE LA CLÁUSULA DE
INTERÉS VARIABLE EN LOS PRÉSTAMOS
HIPOTECARIOS**

Antonio Vallés Perelló

A mi mujer y a mis hijos.

In memoriam, a mis padres y a mi hermana.

A Apolonia Martínez por su dirección y paciencia.

A todas las personas que me han ayudado porque sin su aliento y sus palabras Ítaca hubiera sido solo el mar.

RESUMEN

En esta tesis doctoral se analizan todos los aspectos relativos a los distintos sistemas de control de la cláusula de interés variable en los contratos de préstamo hipotecario formalizados por clientes personas físicas, es decir, el denominado mercado hipotecario minorista, con especial referencia a las operaciones que gravan bienes inmuebles de uso residencial.

La crisis financiera del año 2008 puso de relieve todo un conjunto de problemas, principalmente en relación con las operaciones a interés variable, que socavaron la confianza en el sistema financiero en temas esenciales como la transparencia, información crediticia o concesión responsable de préstamos, entre otras cuestiones relevantes. Sin ninguna duda, es en los préstamos a tipo variable y, concretamente, en la cláusula de interés variable como elemento esencial del contrato, donde deben aplicarse con rigor jurídico los controles que son objeto de detallado análisis en esta tesis. La razón de ser de esta exigencia es doble: en primer lugar, la falta de equilibrio contractual en detrimento del adherente, parte débil de la relación, y, en segundo lugar, en este tipo de contratos es únicamente el prestatario quien soporta el riesgo de las variaciones de tipo de interés.

Nuestro trabajo pretende estudiar los distintos controles, tanto los clásicos como los recientemente incorporados a nivel legislativo, aplicables a la cláusula de interés variable. En cuanto que elemento esencial de la cláusula, la tesis profundiza en los índices de referencia, todos ellos cuestionados por diversos motivos. Se realizan propuestas de mejora encaminadas a conseguir su necesaria representatividad y objetividad.

Se intenta además, clarificar todos aquellos instrumentos que intervienen en el proceso de contratación de los préstamos hipotecarios a tipo variable con el objetivo que el prestatario sea consciente tanto a nivel económico como jurídico de las obligaciones que asume en un contrato, no olvidemos, de larga duración.

RESUM

En aquesta tesi doctoral s'analitzen tots els aspectes relatius als diferents sistemes de control de la clàusula d'interès variable en els contractes de préstec hipotecari formalitzats per clients persones físiques, es a dir, l'anomenat mercat hipotecari minorista, amb especial referència a les operacions que graven bens immobles d'us residencial.

La crisi financera de l'any 2008 va posar de manifest tot un conjunt de problemes, principalment en relació amb les operacions a interès variable, que soscavaren la confiança en el sistema financer en temes essencials com la transparència, informació creditícia o concessió responsable de préstecs, entre d'altres qüestions rellevants. Sens dubte, és en els préstecs a tipus variable i, més concretament, en la clàusula d'interès variable com element essencial del contracte, on s'han aplicar amb rigor jurídic els controls que són objecte d'anàlisi detallat en aquesta tesi. La raó de ser d'aquesta exigència és doble: en primer lloc, la falta de equilibri contractual en detriment del adherent, part dèbil de la relació, i, en segon lloc, en aquest tipus de contractes únicament és el prestatari qui suporta el risc de les variacions de tipus d'interès.

El nostre treball vol estudiar els distints controls, tant els clàssics com el recentment incorporats a nivell legislatiu, aplicables tots ells a la clàusula d'interès variable. En quan que element essencial de la clàusula, la tesi aprofundeix en els índexs de referència, tots ells qüestionats per diferents motius. Es fan propostes de millora amb la finalitat d'aconseguir la necessària representativitat i objectivitat de l'índex de referència.

S'intenta, a més, clarificar tots aquells instruments que intervenen en el procés de contractació dels préstecs hipotecaris a tipus variable amb la finalitat que el prestatari prengui consciència tant a nivell econòmic com jurídic de les obligacions que assumeix en un contracte, no oblidem, de llarga durada.

ABSTRACT

In this doctoral thesis we analyze the aspects related to the different control systems of the variable interest clause in the mortgage loan contracts signed by individuals, that is, the so-called retail mortgage market, with special reference to transactions in which residential real estate properties are mortgaged.

The financial crisis of 2008 highlighted a whole set of problems, mainly in relation to operations at variable interest, which undermined confidence in the financial system on essential issues such as transparency, credit information or responsible granting of loans, among others relevant issues. Without any doubt, it is in variable rate loans and, specifically, in the variable interest clause as an essential element of the contract, where the controls analyzed in this thesis should be applied with legal rigour. The reasons for this requirement are basically two: first, the lack of contractual balance to the detriment of the adherent, the weak part of the

relationship, and, secondly, in this type of contract it is only the borrower who bears the risk of the interest rate variations.

Our work aims to study the different controls, both classic and recently incorporated at the legislative level, applicable to the variable interest clause. As an essential element of the clause, we analyze the reference rates in depth in the thesis, all of them questioned for different reasons. Improvement proposals are made aimed at achieving the necessary representativeness and objectivity of these reference rates.

We also try to clarify all those instruments involved in the process of contracting mortgage loans at a variable rate with the objective that the borrower is aware both economically and legally of the obligations assumed in a long term contract.

ÍNDICE

SISTEMAS DE CONTROL DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

TOMO I

<i>INTRODUCCIÓN</i>	15
<i>CAPÍTULO PRIMERO: EL MERCADO HIPOTECARIO. ANÁLISIS Y DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS</i>	22
1.- INTRODUCCIÓN.....	22
2.- ASPECTOS PRINCIPALES EN LA OFERTA EN EL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL DE PRÉSTAMOS	23
2.1.- Diversidad de operaciones: préstamos a tipo de interés variable, a tipo mixto y a tipo fijo.....	23
2.2.- Especial referencia a los préstamos a interés variable.....	28
2.2.1.- Pluralidad de índices de referencia.....	28
2.2.2.- Pluralidad de opciones en operaciones hipotecarias a interés variable.....	30
2.3.- Análisis y evolución de los principales índices de referencia en España.....	33
2.3.1.- Índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH).....	35
2.3.2.- El índice euríbor.....	38
3.- LA FINANCIACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS	40
3.1.- Introducción.....	40
3.2.- Algunos aspectos relevantes en la financiación de los préstamos hipotecarios.....	41
3.2.1.- El riesgo de liquidez.....	43
3.2.2.- El riesgo de tipo de interés.....	47

3.2.2.1.- Definición del riesgo.....	47
3.2.2.2.- Determinación de los tipos activos.....	51
3.2.2.3.- Determinación de la estructura del pasivo.....	52
3.2.2.4.- La cobertura de riesgo de tipo de interés.....	53
3.3.- Aproximación a la influencia de la regulación comunitaria sobre el crédito a la vivienda minorista.....	55
4.- EL RIESGO DE CRÉDITO	57
4.1.- Interrelación de interés variable y riesgo de morosidad.....	57
4.2.- El coste de ejecución de la garantía.....	60
5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	62
<i>CAPÍTULO SEGUNDO: APROXIMACIÓN A LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE Y SUS SISTEMAS DE CONTROL</i>	64
1.- LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE: CLÁUSULA FINANCIERA DETERMINANTE DEL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA	64
2.- EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE ADHESIÓN: SISTEMAS DE CONTROL DE LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES	66
A) El control de incorporación o inclusión.....	69
B) El control de transparencia real o material.....	73
C) El control de contenido o abusividad.....	79
D) Remedios generales y sectoriales.....	81
3.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	84
<i>CAPÍTULO TERCERO: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE</i>	87
1.- INTRODUCCIÓN.....	87
2.- DEFINICIÓN Y FUNCIÓN DE LOS REQUISITOS DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN O PRIMER CONTROL DE TRANSPARENCIA	88

3.- LOS REQUISITOS DE INCORPORACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REQUISITOS FORMALES DE INSERCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES	99
3.1.- Inserción completa de las condiciones generales. Contenido mínimo de los documentos contractuales.....	99
3.2.- Entrega al prestatario de las condiciones generales que se pretendan incorporar al contrato de préstamo.....	103
3.2.1.- Aprobación de la Ley 5/2019. Análisis de la situación previa: Referencia a la Orden EHA/2899/2011 y a la Ficha de Información Precontractual –FIPRE-, la Ficha de Información Personalizada –FIPER- y la oferta vinculante.....	103
3.2.2.- Situación actual: La información precontractual que se deriva de la transposición de la Directiva 2014/17/UE en virtud de la Ley 5/2019. En especial la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Tasa Anual Equivalente (TAE).....	114
3.3.- Concreción, claridad y sencillez en su redacción.....	135
3.3.1.- Los artículos 5 y 7 DE LA LCGC y 80. 1. a) del TRLGDCU.....	136
3.3.2.- La aplicación de los principios hipotecarios de especialidad y determinación. Diferenciación entre intereses remuneratorios e intereses moratorios. El principio de determinación.....	142
A.- Introducción.....	142
B.- Diferenciación e interrelación entre ambos tipos de interés. Régimen jurídico.....	147
C.- Establecimiento de un máximo de responsabilidad hipotecaria (entre partes y respecto a terceros).....	151
3.3.3.- La regla “contra proferentem” en el ámbito de las condiciones generales de la contratación.....	154
4.- NOTARIO Y REGISTRADOR: PARÁMETROS EN LA PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL.....	158
4.1.- La función notarial: Introducción y análisis crítico.....	158

4.2.- Los deberes del notario y los derechos del consumidor.....	165
A) El documento contractual de préstamo hipotecario. En especial la cláusula de interés variable.....	166
B) La imparcialidad del notario.....	170
C) La libre elección de notario.....	175
4.3.- La función notarial en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El principio de transparencia en su vertiente material.....	179
4.4.- La calificación registral como actividad de control de las condiciones generales.....	185
4.4.1.- Introducción.....	185
4.4.2.- Los principios hipotecarios y la protección de los consumidores.....	187
4.4.2.1.- El principio de especialidad o la determinación del contenido de los títulos inscribibles.....	188
4.4.2.2.- El principio de legalidad o el control de legalidad intrínseca de los títulos inscribibles.....	190
5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.....	191

TOMO II

CAPÍTULO CUARTO: EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....

1.- INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. DISTINCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL.....	195
2.- NATURALEZA JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL O PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL.....	198
2.1.- Introducción.....	198
2.2.- El reconocimiento del control de transparencia material en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	201

2.3.- El reconocimiento del control de transparencia material en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En especial el concepto de prestación esencial del contrato.....	216
3.- FUNCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	220
4.- FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO.....	226
4.1.- Fundamento normativo hasta la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.....	226
4.2.- Fundamento normativo en la Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario.....	229
4.3.- El principio de transparencia material en la comercialización de préstamos inmobiliarios a tipo de interés variable en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: Análisis crítico.....	238
5.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS	255
6.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	260
<i>CAPÍTULO QUINTO: EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE</i>	264
1.- INTRODUCCIÓN.....	264
2.- REQUISITOS DEDUCIDOS DE LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 82.1 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO DE LAS CONTRAPRESTACIONES	266
3.- SUPUESTOS CONCRETOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES	284
3.1.- Omisión de determinadas estipulaciones	284
3.2.- Vinculación del contrato a la voluntad de la entidad financiera.....	288
3.3.- Condiciones abusivas de crédito.....	290

3.3.1.- Introducción.....	290
3.3.2.- Cláusulas abusivas “ex lege”.....	298
A) Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.....	299
B) Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.....	306
C) Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.....	310
D) Cláusulas abusivas sobre garantías.....	315
E) Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.....	321
4.- CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA.....	327
4.1.- Introducción.....	327
4.2.- Más allá de la dicotomía consumidor o no consumidor: “minorista” o “profesional”.....	331
4.3.- La nulidad de las cláusulas abusivas.....	339
4.4.- Supuestos y posibles soluciones a la nulidad de la cláusula del índice o tipo de referencia en la cláusula de interés variable.....	347
4.4.1.- Introducción.....	347
4.4.2.- Revisión en relación a un índice o tipo no oficial.....	350
4.4.3.- Revisión en relación a un índice considerado oficial.	354
5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.....	364
<i>CAPÍTULO SEXTO: ESTRUCTURA Y OBJETIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE.....</i>	367
1.- INTRODUCCIÓN.....	367
2.- EXCLUSIÓN COMO ÍNDICE DE REFERENCIA DEL PREFERENCIAL DE LA PROPIA ENTIDAD O DE LOS ÍNDICES CONSIDERADOS INFLUENCIABLES POR LAS ENTIDADES.....	371

2.1.- Exclusión como tipo de referencia principal o único.....	371
2.1.1.- Planteamiento de la cuestión. Análisis de la principal normativa aplicable.....	371
A) Código Civil.....	373
B) Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Ley de Condiciones Generales de la Contratación.....	377
C) Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo	378
D) Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario	384
E) Normativa Sectorial.....	385
2.2.- Exclusión como tipo de referencia alternativo.....	395
3.- OBJETIVIDAD DEL ÍNDICE DE REFERENCIA.....	399
3.1.- Introducción.....	399
3.2.- Análisis de los requisitos de objetividad de la cláusula de interés variable.....	401
3.2.1.- Exacta determinación tanto del tipo inicial como del índice de referencia.....	401
3.2.2.- Objetividad del denominado IRPH Entidades.....	407
3.2.3.- Objetividad del euríbor.....	412
3.2.4.- Necesidad de un diferencial fijo durante toda la vida del préstamo.....	417
3.2.5.- Necesidad de que se prevea al menos un tipo de referencia alternativo que sea objetivo.....	422
3.2.6.- Expresa previsión de una cláusula de desistimiento.....	430
A) Introducción	430
B) Presupuestos y requisitos de la cláusula de desistimiento..	434

C) Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: instrumento de defensa del prestatario ante la variación de condiciones del contrato de préstamo.....	442
3.2.7.- Requisitos para la utilización de la media de preferenciales de otras entidades como índice de referencia.....	449
3.2.7.1.- Admisibilidad	449
3.2.7.2.- Requisitos para su validez.....	450
4.- ESTUDIO DE CLÁUSULAS DE USO FRECUENTE EN LA PRÁCTICA BANCARIA CON ÍNDICES DE REFERENCIA OFICIALES	462
4.1.- Análisis del índice de referencia del mercado interbancario (míbor)	462
4.1.1.- Concepto.....	464
4.1.2.- Esquema de una cláusula referenciada al míbor.....	466
4.2.- Cláusula referenciada a la media de los tipos concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española.....	467
4.2.1.- Introducción.....	467
4.2.2.- Análisis del índice.....	468
4.3.- Cláusula referenciada al índice interbancario a un año (euríbor).....	470
4.3.1.- Introducción.....	470
4.3.2.- La regulación del euríbor como índice de referencia en la normativa comunitaria.....	474
4.3.2.1.- Introducción.....	474
4.3.2.2.- Principios derivados del Reglamento 2016/1011 y del Informe de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV).....	482
4.3.2.3.- Integridad y fiabilidad del los índices de referencia: datos de cálculo y metodología.....	484
4.3.2.4.- Método de cálculo del euríbor.....	489
4.3.2.5.- Propuestas de mejora y valoración.....	491

4.4.- Cláusula referenciada al tipo medio de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito en España (IRPH Entidades).....	496
4.4.1.- Introducción.....	496
4.4.2.- Método de cálculo del IRPH Entidades.....	498
4.4.3.- Referencia a la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si es posible extender el control de transparencia material al índice IRPH	499
4.4.4.- Análisis crítico del índice IRPH Entidades.....	507
5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO	517
<i>CONCLUSIONES FINALES</i>	521
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	537

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Sin ninguna duda, la primera cuestión a la hora de afrontar una tesis doctoral, en cuanto que proyecto de investigación sobre una materia en la que el doctorando considere que puede realizar aportaciones, es la elección del tema. En esta tesis el orden lógico se ha invertido en el sentido de que quien ha investigado no ha elegido el tema, sino que ha sido justamente al revés. Una parte importante de mi vida laboral se ha desarrollado en el sector bancario. En estos años, sobrepasando a nivel profesional la media de duración de la mayoría de contratos de préstamo hipotecario, he vivido en primera persona la explosión de la financiación hipotecaria, o lo que algunos autores gráficamente han denominado la “gran ola hipotecaria”. No en balde en los años previos a 2008 en que se produjo el estallido de la crisis del sector financiero, España superó a Alemania y Francia conjuntamente en viviendas de nueva construcción iniciadas. Igualmente, factores de todos conocidos desembocaron en la crisis del sistema financiero que socavó sus cimientos hasta el extremo de producirse una profunda reorganización del mapa bancario español.

En esta tesis se aborda el estudio de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, y más concretamente, la cláusula de interés variable en cuanto que elemento sustancial, principal del contrato. Considerando que los componentes básicos de dicha estipulación son el índice de referencia y el diferencial, se impone fijar de manera clara y precisa los derechos que corresponden a ambas partes en orden a la modificación del coste del crédito. Se centra la tesis en la búsqueda de las cláusulas esenciales, “*essentialia negotii*”, en orden a delimitar aquellos elementos principales del contrato de los accesorios y, a partir de esta diferenciación, fijar los distintos controles y analizar su trascendencia sobre cada uno de estos elementos y sobre el contrato en su conjunto.

INTRODUCCIÓN

Por tanto, en la tesis se analizan principalmente las operaciones hipotecarias a interés variable no solo por representar actualmente el porcentaje más importante en el total de la cartera hipotecaria de nuestro país sino, principalmente, porque en este tipo de contratos el prestatario es quien soporta el riesgo de las variaciones de tipo de interés.

El análisis jurídico parte de la consideración de que el contrato bancario, en cuanto que atípico, aparece configurado por diversas cláusulas, todas ellas calificadas como condiciones generales de la contratación. Sin ninguna duda constituyen el elemento necesario para racionalizar la actividad bancaria caracterizada por la contratación masiva. Frente a esta realidad, se impone la necesidad de unos controles a través de los que se intentan restablecer el equilibrio contractual a favor del adherente, en nuestro caso, prestatario. Precisamente por ello, la tesis se circunscribe a las operaciones hipotecarias que calificamos como “minoristas”, ámbito subjetivo que incluye a las personas físicas, principalmente consumidores, que adquieren o hipotecan un inmueble que merezca la calificación de residencial. Constituye pues, principalmente, el ámbito subjetivo de estudio las personas físicas adquirentes de vivienda que contratan bajo condiciones generales, sin perjuicio de que en algunos apartados abordemos la problemática que se genera cuando el contrato se formaliza por una persona jurídica o por un profesional actuando en el ámbito de su actividad empresarial, apuntando soluciones que suponen una interpretación extensiva de los controles que sí son posibles cuando el adherente no merece tal calificación. Si bien es cierto, que se ha producido en este punto una importante novedad con la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al extender el control de transparencia a todas las personas físicas, independientemente de que sean o no consumidores, siempre que la hipoteca recaiga sobre un bien que merezca la calificación de residencial.

En cuanto a la estructura de la tesis, se inicia con dos capítulos introductorios desde la doble perspectiva económica y jurídica. El primero aborda desde una perspectiva económica un análisis de la cartera hipotecaria de nuestro país, incidiendo en aspectos como la diversidad de operaciones hipotecarias en función del tipo de interés, hecho diferenciador en relación al resto de países de nuestro entorno; la pluralidad de índices de referencia en las operaciones a interés variable; la circunstancia determinante, por su trascendencia sobre la política de precios y riesgos de las entidades que operan en el mercado hipotecario, que rara vez las mismas acuden al mercado interbancario para tomar fondos para las operaciones activas; e igualmente el factor de la inestabilidad de tipos que debería ser tenido en cuenta tanto por las prestamistas en los análisis del riesgo a la hora de conceder la operación como por los prestatarios a la hora de tomar una decisión para contratar o no un préstamo hipotecario.

INTRODUCCIÓN

En el segundo capítulo, igualmente introductorio, en este caso desde la perspectiva jurídica, se analizan brevemente los distintos sistemas de control de la cláusula de interés variable. Sin ninguna duda, a la vez que introductorio es una declaración de intenciones sobre los sistemas que a nuestro entender consideramos son aplicables a la estipulación esencial que regula el precio, es decir, los intereses remuneratorios: el control de incorporación o inclusión, el de transparencia material, el de contenido o abusividad y los remedios que se derivan tanto de la normativa general, principalmente el Código Civil, como de la sectorial o administrativa.

Expuestos inicialmente de forma básica dichos controles en el Capítulo II, a continuación, en los siguientes (Capítulos III a VI) se procede a analizar cada control de forma individualizada, incidiendo en los requisitos que permitan deslindar con nitidez cada uno de los mismos. Ciertamente, la frontera entre alguno de ellos es difusa y a nivel doctrinal no existe unanimidad, como veremos, sobre la independencia de cada control considerado de forma individual.

El primero que estudiamos, en el Capítulo III, es el tradicional control de incorporación o inclusión, también denominado de transparencia formal para diferenciarlo del denominado de transparencia material, recientemente incorporado a nivel legislativo a nuestro ordenamiento jurídico. En este primer control consideramos todos aquellos requisitos de naturaleza formal que necesariamente deben concurrir en el proceso de formación del contrato con la doble finalidad de garantizar, de una parte, el acceso del prestatario al contenido de las condiciones generales que se incorporarán al préstamo hipotecario y, de otra, garantizar que dichas condiciones generales puedan formar parte válidamente del contrato. En relación a la cláusula de interés variable se incide en la función, requisitos y consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Este análisis igualmente se realiza en cada uno de los capítulos que se corresponden con cada uno de los controles individualmente considerados.

Seguidamente, en el Capítulo IV se procede al estudio del control de transparencia material, de origen jurisprudencial, hasta su reconocimiento a nivel legislativo con la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. De entrada, manifestamos que estamos plenamente de acuerdo con la existencia de dicho control, si bien, expondremos propuestas de mejora en orden a conseguir por parte del prestatario el conocimiento efectivo tanto de la carga económica como jurídica del contrato, y, en nuestro caso, de la estipulación que regula los intereses remuneratorios del préstamo hipotecario.

En el Capítulo V se analiza el otro control tradicional denominado de contenido o abusividad que se realiza sobre las condiciones generales una vez se han incluido en el contrato de préstamo hipotecario. Su ámbito subjetivo se centra en la

INTRODUCCIÓN

figura del consumidor o usuario y se integra por los dos conceptos clásicos en materia de protección de los mismos, como son la ausencia de buena fe y el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. En este concreto control intentaremos determinar, de la manera más objetiva posible, los criterios para valorar esta abusividad. En parecidos términos valoramos las consecuencias de la declaración de nulidad de aquellas cláusulas que merezcan ser calificadas como abusivas.

Finalmente, en el último capítulo se profundiza en la estructura y en la objetividad, dentro de los requisitos de carácter general que deducimos tanto de la normativa general como sectorial, de la cláusula de interés variable. Sin ningún tipo de duda la objetividad, que impide dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, es un requisito que afecta de manera esencial al índice de referencia que, no olvidemos, es el elemento principal de la cláusula de interés variable. Procedemos a un estudio desde una perspectiva crítica de los índices de referencia del mercado hipotecario, y, de una manera especial a los dos más utilizados en nuestro país. Nos referimos al euríbor y al IRPH Entidades que han sido cuestionados y en relación a los cuales, a nuestro entender, son necesarias mejoras en orden a conseguir que ambos reúnan esta necesaria objetividad, es decir, que merezcan ser considerados no manipulables y, al mismo tiempo, sean representativos del mercado hipotecario.

Expuesta la estructura de la tesis, y pasando a la metodología y fuentes utilizadas, durante el trabajo de investigación se han recogido múltiples escrituras y minutas de préstamo hipotecario con la finalidad de analizar los clausulados, paradigma de la contratación mediante condiciones generales de la contratación, utilizados por las entidades financieras para implementar factores como los precios de las operaciones, las decisiones de riesgo y en la mayoría de casos las políticas de contratación de productos ligados a los préstamos hipotecarios. Al mismo tiempo se analiza toda la normativa que de forma específica afecta al mercado hipotecario minorista de vivienda libre, tanto la comunitaria como la nacional y dentro de la misma la normativa general y la sectorial o administrativa. Especial atención se ha prestado a la jurisprudencia comunitaria y nacional, así como a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, sin ser jurisprudencia, merecen especial consideración tanto por su nivel técnico como por su especial incidencia en el tema objeto de estudio. Igualmente se han estudiado los Informes anuales del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, intentando fijar aquellos criterios que, sin ser vinculantes para las entidades financieras, puedan ser considerados, en relación a las operaciones a interés variable, conformes a las buenas prácticas y usos financieros. En la medida que estos informes consultados abarcan los años posteriores a la crisis del sistema financiero iniciada en 2008, son representativos de la evolución de la contratación bancaria y ponen de manifiesto problemas que subsisten en la actualidad principalmente relacionados con

INTRODUCCIÓN

el segmento de clientes particulares, eje principal de estudio de esta tesis. En parecidos términos, se han recogido y analizado las distintas corrientes doctrinales que, como hemos señalado, no siempre son pacíficas sobre la sustantividad propia de los controles que a nuestro entender sí son aplicables, en orden al restablecimiento del equilibrio contractual, en las operaciones de préstamo hipotecario a interés variable.

Los objetivos que se persiguen con esta tesis son diversos y en algunos aspectos van más allá del análisis estrictamente jurídico de los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable. Sin ánimo de ser exhaustivos, exponemos en este momento los objetivos principales de nuestro trabajo.

Un primer objetivo es analizar desde una perspectiva económica el mercado hipotecario minorista, en especial, el grueso de la cartera de préstamos hipotecarios constituido por operaciones a tipo variable. En dichos contratos, en la medida que quien asume el riesgo de tipo de interés es el prestatario, se deberían exigir especiales cautelas y obligaciones de información para que las decisiones del momento de la formalización del contrato no desemboquen en futuros problemas, precisamente por la sensibilidad de determinados índices a las variaciones de tipo de interés. Este objetivo subyace en todos y cada uno de los controles que constituyen la columna vertebral de la tesis, con la finalidad de que el prestatario sea consciente, o, como mínimo tenga la máxima información posible, de la influencia de las variaciones de tipo de interés en un contrato de larga duración.

El segundo gran objetivo es, ya en el ámbito jurídico, fijar de manera clara y precisa los distintos controles que a nuestro entender son aplicables a la cláusula de interés variable. En la medida que cada uno de ellos lo consideramos independiente y con sustantividad propia, nuestro objetivo es concretar las funciones y los requisitos que se imponen a cada control, relacionándolos expresamente con la cláusula de interés variable. Nos centramos en delimitar el ámbito subjetivo y objetivo, así como, los requisitos y finalidades que se persiguen con cada uno de los sistemas de control. Igualmente valorar las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento.

Especialmente importante es el análisis de los distintos documentos que aparecen en el iter precontractual, muy reglamentado, de las operaciones hipotecarias a interés variable. El análisis crítico de instrumentos como la Ficha Europea de Información Normalizada, la Ficha de Advertencias Estandarizadas o la siempre controvertida Tasa Anual Equivalente es necesario y, en nuestro estudio, partimos de aquellos instrumentos que fueron precursores de los antes expuestos para incidir en su finalidad protectora y en la crítica de las lagunas y duplicidades que consideramos deberían conducir a su mejora.

INTRODUCCIÓN

Otro objetivo específico importante, es el análisis de las funciones que desempeñan los distintos operadores que forman parte del complejo mercado hipotecario: la entidad financiera, en especial, el personal que a su servicio interviene en los procesos de información y contratación, el prestatario, con sus específicas obligaciones de información, el notario, el registrador de la propiedad, las gestorías, los servicios de tasación... Sobre todos ellos entendemos que recaen especiales obligaciones en orden a la mejora de un mercado hipotecario que, no olvidemos, es vulnerable, como así ha quedado demostrado, al comportamiento irresponsable de sus participantes. En especial se valoran factores que tiendan a corregir esta irresponsabilidad para evitar que los errores que se cometieron en el pasado no vuelvan a suceder. En definitiva, se trata de recuperar la confianza de aquellos que acuden al mercado hipotecario, clarificando los instrumentos que permitan un mejor asesoramiento sobre los contratos de crédito, mejor accesibilidad a la información y, sin ninguna duda, favorecer la comparación entre las distintas ofertas existentes en el mercado de préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.

Un objetivo que, igualmente es muy relevante en el desarrollo de esta tesis, es el análisis de la objetividad tanto de la cláusula de interés variable como, muy especialmente, del índice de referencia. Es, sin ninguna duda, este requisito el elemento esencial y el eje conductor de toda la tesis. La objetividad tal como la entendemos implica no dejar al arbitrio, en nuestro caso, de la entidad financiera la validez y el cumplimiento del contrato. La falta de objetividad ha sido el elemento determinante de la supresión de determinados índices de referencia al ser considerados manipulables. En parecidos términos, es un factor que está cuestionando los índices más utilizados en nuestro mercado hipotecario. Por ello proponemos mejoras a fin de que dichos índices oficiales sean lo más representativos posibles del mercado que quieren medir y, al mismo tiempo, evitar que sean manipulables.

Como se ha apuntado al inicio, al ser una tesis realizada “desde dentro” el objetivo principal es analizar el mercado hipotecario minorista de adquirentes de inmuebles de naturaleza residencial y apuntar medidas para recuperar la credibilidad en dicho mercado para avanzar en su reconstrucción, tras la importante crisis sufrida, desde la responsabilidad de los operadores que intervienen en el mismo.

En suma, consideramos importante aunar factores tan relevantes como la protección del sistema financiero, de gran relevancia para la economía de nuestro país, la protección de los legítimos intereses de la clientela bancaria y la transparencia que debe regular todo el proceso de contratación del préstamo hipotecario, operación de gran trascendencia para la esfera personal y patrimonial del prestatario.

INTRODUCCIÓN

Nuestro gran objetivo es poner sobre la mesa todo un conjunto de normas y requisitos que, plasmados de una manera práctica, permitan construir un sistema de comercialización y gestión de préstamos hipotecarios que respeten tanto los intereses de la entidad financiera como del cliente, no olvidemos, parte débil de la relación contractual. Al mismo tiempo somos conscientes del gran dinamismo de la legislación y jurisprudencia directamente relacionadas con el objeto estudio de la tesis, tanto en lo referente al sector financiero como a la contraparte, merezca o no la calificación de consumidor. En este sentido se han ido apuntando cuestiones que más pronto o más tarde tendrán una plasmación a nivel legislativo o bien tendrán una respuesta a nivel jurisprudencial.

Decía Kavafis en su poema Troyanos: “pero siempre algo surge y nos detiene”. Somos conscientes de que el contenido de esta tesis: “Sistemas de control de la cláusula de interés variable en los préstamos hipotecarios”, no puede ser ajeno a este dinamismo y que el análisis que se realice continuamente deberá detenerse y recoger las nuevas normas y directrices que vayan surgiendo para, como hemos señalado, tender a recuperar la confianza de los usuarios en nuestro sistema financiero.

CAPÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO PRIMERO

EL MERCADO HIPOTECARIO. ANÁLISIS Y DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPALES INDICADORES DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS.

1.- INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente capítulo es realizar un breve análisis del mercado hipotecario español en su conjunto, tanto desde una perspectiva económica como jurídica, y de las interrelaciones existentes entre ambos campos. A nivel económico constataremos la importancia de las operaciones a interés variable y la aparición, con cada vez más fuerza como consecuencia de los actuales niveles de tipos de interés, de las llamadas operaciones mixtas en las que se pacta un tramo inicial fijo de cinco o diez años para posteriormente revisarse a interés variable. En cuanto a los índices de referencia más utilizados, el IRPH Entidades y el euríbor han sido objeto de crítica por distintos motivos, por lo que intentaremos plantear propuestas durante la tesis en orden a que sean, de una manera lo más objetiva posible, representativos del mercado hipotecario ya que, constataremos, no son significativos en nuestro país del coste de financiación de los recursos que las entidades destinan al mercado minorista de adquisición de vivienda libre.

No se pretende aquí un estudio exhaustivo sobre el entorno jurídico del mercado hipotecario, pues en otros capítulos del trabajo se analizarán las normas que directa o indirectamente configuran el marco legal por el que se regulan los préstamos hipotecarios. Ni tampoco se van a analizar en profundidad en este capítulo aspectos económicos tales como evolución de cuotas de mercado, estrategias y actividad de las entidades así como aquellos factores que permitirían acercarnos a la realidad

CAPÍTULO PRIMERO

económica de dicho mercado, sin perjuicio de su tratamiento en capítulos posteriores.

En este capítulo de aproximación económica al mercado hipotecario vamos a centrarnos a continuación en tres líneas de estudio con expresa referencia a las operaciones de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que constituyen el objeto principal de esta tesis doctoral:

1ª) Los principales aspectos en la oferta de préstamos hipotecarios por parte de las entidades financieras.

2ª) La financiación de los préstamos hipotecarios por parte de las entidades de crédito.

3ª) El análisis del riesgo adicional de impago que representa la eventual evolución de los tipos de interés.

2.- ASPECTOS PRINCIPALES EN LA OFERTA EN EL MERCADO HIPOTECARIO ESPAÑOL DE PRÉSTAMOS

2.1.- DIVERSIDAD DE OPERACIONES: PRÉSTAMOS A TIPO DE INTERÉS VARIABLE, A TIPO MIXTO Y A TIPO FIJO

En una primera aproximación a este tema podemos establecer una clasificación de las llamadas operaciones de activo, en función de la forma de fijación de los intereses remuneratorios, en operaciones a tipo de interés fijo, a tipo de interés variable y a tipo de interés mixto, incluyendo en este último grupo a nivel estadístico las operaciones con un tramo a interés fijo inicial entre 1 y 5 años y en menor medida entre 1 y 10 años¹.

¹ A nivel estadístico ha habido en los últimos 6 años una evolución en cuanto a la contratación según los tipos de interés formalizados que implica, por ejemplo, que en 2012 solo un 0,9% de los préstamos se contrataban con un tipo fijo superior a 10 años y en mayo de 2018 estas operaciones ya representaban el 30,3% del promedio contratado. El resto se desglosaban en un 37,5% a interés variable, un 28% variable con un tramo inicial fijo inferior a 5 años y un 4,3% con el tramo fijo inferior a 10 años. Consideramos que, en rigor, con un plazo medio de financiación de los préstamos de 23,8 años las operaciones con un plazo fijo inferior a 5 años encajan más dentro de la categoría de préstamos a interés variable que en las mixtas, categoría que por este mismo argumento entendemos que porcentualmente es residual (Fuente: Boletín Estadístico Trimestral de la Asociación Hipotecaria Española, julio de 2018, disponible en www.ahc.es). En el informe de diciembre de 2018 se constata que las operaciones a interés variable representan el 87,4% del total de la cartera hipotecaria (garantía inmueble residencial) mientras que el 12,6% están contratadas a tipo fijo. A destacar que la actividad de formalización de nuevas operaciones hipotecarias va revirtiendo paulatinamente este ratio a favor de los préstamos a interés fijo que han pasado del 37,4% de diciembre de 2015 al 65% a diciembre de 2018, si bien como ya hemos indicado, en rigor, los contratos con un plazo a interés fijo inferior a cinco años encajan más dentro de las operaciones a interés variable aunque estadísticamente se incluyan como préstamos a tipo fijo (Fuente: Un análisis de la cartera

CAPÍTULO PRIMERO

La opción por una u otra modalidad dependerá de las características del prestatario y de la política comercial de la entidad, condicionada por el contexto económico y la situación del mercado. La ventaja de las operaciones a tipo fijo es la seguridad de la cuota que se va a pagar, independientemente de las variaciones del mercado, de tal manera que quien contrata una operación a tipo de interés fijo sabe que no se verá perjudicado por las subidas de tipo de interés, aunque tampoco se beneficiará de las bajadas, lo que es una ventaja de las operaciones a interés variable.

En general los préstamos a tipo fijo presentan las siguientes características frente a los préstamos a interés variable²:

1) Un plazo de duración máxima mucho más corto que en las operaciones a tipo de interés variable. La duración suele oscilar entre los 12 y los 15 años, pudiendo llegar en algunos casos a 20 o 25 años con un importante encarecimiento del tipo de interés.

2) Un tipo de interés que normalmente se sitúa en uno o dos puntos más que el ofertado para los préstamos a interés variable.

3) Una comisión de apertura que se fija habitualmente en un porcentaje del uno por ciento del nominal concedido.

4) Las comisiones por amortizaciones parciales y por cancelación anticipada, llamadas en estas operaciones “compensaciones por tipo de interés” son importantes, muy superiores a las operaciones a tipo variable. En general van del 0,50 al 1 % y en algunas entidades llegan al 5 % en el concepto antes indicado de compensación por tipo de interés.

La cuestión que se plantea dada la situación de tipos de interés en el mercado hipotecario es optar entre un tipo fijo o un tipo variable³. Esta tradicional disyuntiva

hipotecaria española, marzo 2019, disponible en www.ahe.es.)

² Un estudio comparativo de las distintas ofertas de préstamos a tipos de interés fijo lo podemos encontrar en www.ocu.org/dinero/hipotecas (última consulta: 15 de julio de 2019).

³ Como es sabido, nos encontramos en una situación, fruto de la conjunción de múltiples razones entre las que destaca una política de tipos muy bajos como consecuencia de las medidas tomadas por el Banco Central Europeo, que ha llevado a tipos de interés en tasas negativas. Así el principal indicador, el euríbor, se colocó por primera vez en negativo el 11 de junio de 2014 hasta marzo de 2019 que sigue igualmente en negativo, con tasas del -0,10 % en la última observación indicada de marzo. El resto de los índices utilizados en la revisión de operaciones de préstamo hipotecario están en tasas relativamente bajas, pero en positivo. Así en febrero de 2019 el IRPH Entidades se situaba en 2,05 %; el tipo medio de las entidades de la zona euro se situaba en 1,81%; el IRS a 5 años en 0,13 % y el de deuda en 0,22%. Pueden consultarse estos datos en www.ecb.europa.eu y www.bde.es (última consulta: 18 de marzo de 2019).

CAPÍTULO PRIMERO

ha perdido parte del sentido en la actualidad, dado que la gran mayoría de entidades están ofertando un producto que combina características de los préstamos a interés fijo y de los de interés variable. Son los llamados créditos hipotecarios mixtos que más adelante serán objeto de análisis⁴.

Adicionalmente el impacto de la intensa caída de los tipos de interés, que ha tenido lugar en la Unión Económica y Monetaria (UEM) como consecuencia de la política monetaria expansiva desarrollada para combatir la crisis, ha afectado de una manera importante a los tipos de interés de las nuevas operaciones, en la medida que han reflejado esta bajada de tipos, lo que ha supuesto que aumente el porcentaje de préstamos a tipo de interés fijo, al poderse formalizar a tipos de interés más bajos, en algunos casos con valores similares a los de las operaciones a interés variable.

En efecto, una evolución del período 2008-2016 nos muestra como el peso de las operaciones a tipo variable se ha ido reduciendo paulatinamente hasta el punto de que se ha pasado de un 90,7 % de porcentaje de préstamos formalizados a interés variable en 2008 a un 48,9 % de porcentaje en 2016⁵. Esta reducción si cabe es más pronunciada si observamos la contratación hipotecaria desde el año 2012 hasta junio de 2019 dejando al margen los años inmediatamente posteriores al estallido de la crisis inmobiliaria. Así los préstamos a interés variable han pasado de representar un 77,8% del total de la cartera en el año 2012 a solo un 42,4% en 2017 y un 37,5% a mayo de 2018. En cambio, las operaciones estrictamente a interés fijo durante toda la vida del préstamo han variado de un 0,9% en el año 2012 a un 26,6% en 2017 y un 30,3% en mayo de 2018, ratios que se mantienen prácticamente iguales en marzo de 2019. Siendo así, es importante destacar que el peso de las operaciones a interés fijo sobre el total de la cartera hipotecaria, pese a que han ido aumentando, representan de momento a diciembre de 2018 un 12,6 % de la misma y las variables un 87,4 %, con un incremento de las operaciones a interés fijo de 8 puntos porcentuales en los últimos tres años observados (2015-2018)⁶. Con datos actualizados a junio de 2019 como consecuencia de la tendencia de contratación de operaciones a interés fijo se constata que sobre el total de la cartera hipotecaria las operaciones a interés variable

⁴ Como se verá posteriormente, y simplemente a modo de adelanto, suelen ofrecer un primer plazo que va de cinco a diez años a tipo de interés fijo y el resto a interés variable. Ya hemos señalado que porcentualmente las operaciones con un tramo fijo de hasta 10 años son solo del 4,3% en mayo de 2018.

⁵ *Cuaderno de Información Económica*, número 255, página 28, 2016, utilizando datos del Banco Central Europeo.

⁶ *Un análisis dinámico de la cartera hipotecaria española. Cuarto trimestre de 2018*. Estudio de la Asociación hipotecaria española, marzo de 2019. En dicho informe se señala como el total de la cartera a diciembre de 2018 estaba compuesto por 5.728.991 contratos de préstamo hipotecario.

CAPÍTULO PRIMERO

representan el 85,3 % y las de interés fijo el 14,7 %⁷. El resto son las operaciones llamadas mixtas con porcentajes que han tenido pequeñas variaciones del 20,2% en 2012 al 26,7% en 2017 para tramos fijos inferiores a 5 años y del 1,1% en 2012 al 4,2% en 2017 para tipos fijos inferiores a 10 años⁸. Una posible explicación a este hecho del incremento de las operaciones a tipo fijo habría que buscarlo curiosamente en los tipos excepcionalmente bajos de las operaciones a interés variable lo que, paradójicamente, explica este comportamiento de los clientes ante una más que previsible subida de tipos de interés.

Llaman la atención estos porcentajes en la medida que están muy alejados de las medias de los países de la Unión Europea con unas magnitudes del 37,7 % en el año 2008 y del 15,00 % en 2016 de peso de las operaciones a tipo variable sobre el total formalizado. No deja de sorprender que, por ejemplo, en las grandes economías europeas el porcentaje de los préstamos hipotecarios a tipo variable es muy reducido: 11% en Alemania y 1,8 % en Francia⁹.

Siendo todo esto cierto la cuestión a destacar es que, pese al panorama europeo, los préstamos hipotecarios a tipo fijo siguen representando un porcentaje reducido del total de la cartera hipotecaria española, si bien como hemos señalado, la variación en estos últimos años ha sido importante y, a nuestro entender, en el momento en que se produzca una subida de tipos de interés seguramente las operaciones a interés fijo volverán a ser porcentualmente menores, entre otras cosas porque las entidades financieras abogan por tipos de interés variables y, excepcionalmente, por las tasas negativas del euríbor se han visto abocadas a comercializar operaciones a tipo fijo.

La conclusión es, pues, que la inmensa mayoría del saldo vivo hipotecario está formalizado en operaciones a tipo de interés variable o a tipo mixto con un tramo fijo inferior a 5 años. Y si bien es cierto que estos últimos años el porcentaje de contratos a tipo fijo ha ido creciendo, hay que tener en cuenta que ha sido fruto de la importante caída de los tipos de interés y de que, no olvidemos, se han formalizado menos operaciones que en los años precedentes.

Examinemos a continuación cuales entendemos que son las causas de que la mayoría de las contrataciones se hayan formalizado a interés variable:

⁷ Fuente *Estudio de la Asociación Hipotecaria Española. Un análisis de la cartera hipotecaria española, primer semestre de 2019*. Boletín de septiembre de 2019, página 14.

⁸ Fuente *Boletín Estadístico Trimestral de la Asociación Hipotecaria Española*, julio de 2018, página 9.

⁹ *Cuaderno de Información Económica*, número 255, antes citado, página 29.

CAPÍTULO PRIMERO

a) En primer lugar, el interés por parte de las entidades financieras para encauzar al cliente hacia las operaciones a tipo variable ya que de esta manera se hace recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de interés inherente a una operación a largo plazo. Es un hecho constatable en estos últimos años, además, que los diferenciales bancarios en los préstamos han ido aumentando de manera importante en relación con los años anteriores a la crisis de 2008. Así, por ejemplo, en la Eurozona la media se sitúa, en los préstamos a las familias para la compra de vivienda, en un 2,02 durante el año 2016 y en España en un 1,78 de media en el diferencial a adicional al tipo de interés¹⁰. Ratios muy alejadas de las operaciones formalizadas en los años 2000 y 2008 con márgenes o diferenciales que en ningún caso eran superiores a un punto sobre el índice de referencia¹¹.

b) En segundo lugar, históricamente los plazos más reducidos de las operaciones a tipo fijo (normalmente un máximo de 20 años, siendo lo habitual préstamos a 15 años) lo que implicaba una mayor cuota de amortización difícilmente soportable para determinadas economías familiares, circunstancia que automáticamente introducía una limitación en las personas que podían suscribir esta clase de préstamos. En la actualidad con las tasas de tipo de interés excepcionalmente bajas se están ofertando operaciones a interés fijo a 30 años. Ya hemos indicado que en el momento en que se produzca una subida de tipos de interés los plazos de las operaciones a interés fijo probablemente volverán a ajustarse a plazos más reducidos en comparación a los préstamos a interés variable.

c) Finalmente, las comisiones tanto de apertura como por amortización parcial o total (cancelación), eufemísticamente llamadas “compensaciones por tipo de interés”, que son mucho más gravosas que en las operaciones a interés variable (en muchos casos 0).

Sobre la cuestión de si recomendar una operación a tipo fijo o a interés variable creemos oportuno hacer las siguientes consideraciones que nos llevarán a la conclusión de que no se puede optar de manera genérica y taxativa por una u otra clase de préstamo. Serán las características específicas de cada prestatario y el importe de la hipoteca las que van a determinar fundamentalmente la conveniencia de una u otra operación. Así:

1) Al existir unas limitaciones temporales más estrictas en las hipotecas a

¹⁰ Informe de la Asociación Hipotecaria Española de Junio de 2016, disponible en www.ahe.es y Banco Central Europeo, www.ecb.europa.eu . (última consulta marzo de 2019).

¹¹ Así queda acreditado en la mayoría de escrituras y minutas de préstamo sobre las que hemos trabajado en esta tesis.

CAPÍTULO PRIMERO

interés fijo, al menos en los años anteriores a la caída brusca de los tipos de interés, serán las características económicas de cada prestatario las que, de manera individualizada, analizada su capacidad de pago, aconsejarán una contratación a plazos más cortos acogiéndose a un tipo fijo o a plazos más largos con un interés variable.

2) Un dato importante a tener en cuenta es la voluntad que pueda tener el futuro prestatario de realizar amortizaciones parciales (por ejemplo, por motivos fiscales)¹², y que desaconsejarán la opción a interés fijo ya que las “compensaciones por tipo de interés” suelen ser, como antes hemos expuesto, más importantes.

3) Otra cuestión será la denominada barrera psicológica que hace referencia al tipo de interés por debajo del cual se considera conveniente contratar una operación a interés fijo¹³.

2.2.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRÉSTAMOS A INTERÉS VARIABLE.

Nos centramos a continuación en los préstamos a interés variable, que constituyen el objeto principal de esta tesis. Un breve análisis de las distintas ofertas que en este momento existen en el mercado nos muestra como datos más relevantes los siguientes:

2.2.1. PLURALIDAD DE ÍNDICES DE REFERENCIA.

Es, sin duda, una de las características esenciales del mercado hipotecario español de préstamos a interés variable: la multiplicidad de referencias en la fijación de los tipos de interés.

Hay que tener en cuenta que se ha producido una importante novedad en esta materia con la aprobación de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que ha supuesto la desaparición ex lege de determinados índices de referencia aplicados habitualmente por las entidades¹⁴.

¹² Tras la reforma del IRPF a partir de 1 de enero de 2013 se ha suprimido la desgravación fiscal para operaciones formalizadas desde esta fecha.

¹³ En la situación actual de tipos de interés y considerando los diferenciales medios aplicados en España (1,78 de media), creemos que un interés de 2,25 % y, siempre y cuando todas las demás variables de la operación sean correctas, podría ser interesante formalizar una operación a tipo de interés fijo.

¹⁴ En la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 se señala: “Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación

CAPÍTULO PRIMERO

Este hecho ha supuesto múltiples reclamaciones de los clientes ante las entidades y ante el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España (en adelante, también, DCMR)¹⁵ que, de manera resumida, solicitaban no la aplicación del índice sustitutivo o, a falta de este, del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por las Entidades de Crédito en España sino su sustitución por el euríbor. El argumento defendido por los clientes era la declaración de nulidad del tipo de referencia aplicado al considerarlo abusivo. En términos generales por parte del DCMR del Banco de España se han resuelto las reclamaciones de forma favorable a la entidad de crédito en el sentido de que esta goza de libertad para negociar y pactar con su clientela la aplicación de un concreto índice de referencia.

Incluso, en relación con esta problemática, suscitada por la Ley 14/2013, hay bastantes casos en que los contratos contenían la previsión adicional de que para el caso de que dejara de publicarse o desapareciera el índice de referencia se establecía la aplicación, para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo¹⁶.

Consideramos que ahora no es el momento de profundizar en esta casuística que en el fondo no hace más que incidir en la problemática de la dificultad interpretativa de este tipo de cláusulas que afectan directamente al objeto de estudio de la presente tesis, sin perjuicio de su tratamiento en capítulos posteriores.

Enumeramos brevemente a continuación cuáles son los índices de referencia considerados oficiales conforme a la Ley 14/2013:

1) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, del conjunto de entidades de crédito (conocido como IRPH entidades).

vigente: i) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; ii) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro, y iii) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros“. El régimen de transición para la desaparición de estos tipos establece que las referencias a dichos tipos en los contratos de préstamo o crédito hipotecario sean sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo acordado en el contrato, o en caso de que este fuera igualmente alguno de los índices o tipos que desaparecen por el tipo de interés oficial denominado “Crédito en España“, tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las Entidades de aplicándose 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.

¹⁵ Memoria de Reclamaciones del Banco de España, año 2015, página 73. Disponible en www.bde.es

¹⁶ Memoria de Reclamaciones del Banco de España, año 2016, página 80.

CAPÍTULO PRIMERO

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

3) Tipo interbancario a un año (MIBOR), solo aplicable a hipotecas anteriores al año 2000.

4) Referencia interbancaria a un año (EURIBOR).

5) Tipo medio de los préstamos hipotecarios de entidades de crédito en la zona euro.

6) Permuta de intereses/interés “rate swap” a cinco años.

En relación con estos seis índices de referencia oficiales podemos establecer una doble clasificación, que como veremos en apartados posteriores en este mismo capítulo, puede resultar relevante:

- Los señalados con los números 1, 4 y 5 son índices de referencia contruidos sobre operaciones de activo, es decir, sobre los tipos medios a los que las entidades han concedido o consideran que pueden conceder las operaciones de préstamo en el plazo al que se refiere el índice. No consideramos a nuestros efectos el índice mibor dado que solo es aplicable a operaciones formalizadas antes del año 2000 y actualmente su consideración como índice de referencia es prácticamente residual¹⁷.

- Los restantes números 2 y 6 son índices contruidos sobre operaciones por los intereses pagados por el dinero que las entidades han captado en el mercado.

2.2.2.-PLURALIDAD EN OPERACIONES HIPOTECARIAS A INTERÉS VARIABLE.

En este apartado queremos poner de manifiesto que existen distintos tipos de préstamos hipotecarios que aparecen bajo nombres comerciales diferentes y todos tienen como común denominador un interés variable, cambiando otras circunstancias según el tipo de operación y la entidad que lo comercializa. Exponemos brevemente a continuación los supuestos principales:

A) En primer lugar, exponemos el que podemos calificar como préstamo hipotecario a interés variable en sentido estricto que se caracteriza por:

a) Un período inicial corto, en general no superior a un año en el que el tipo

¹⁷ Hemos de considerar que el plazo medio de la cartera hipotecaria (no de las nuevas operaciones formalizadas) es de aproximadamente 15 años, con lo cual muy pocas operaciones están en vigor referenciadas al mibor (Fuente: *Un análisis de la cartera hipotecaria española*. Primer trimestre de 2018. Asociación Hipotecaria Española, página 4).

CAPÍTULO PRIMERO

de interés es fijo. Es importante este dato de que el período inicial en el que es invariable el tipo de interés no sea superior a un año para diferenciar a estas operaciones de los llamados préstamos hipotecarios mixtos caracterizados por dos fracciones temporales dentro de la operación hipotecaria: una primera a tipo fijo (normalmente oscila entre tres y cinco años) y una segunda, en la que el tipo de interés es variable, conforme a una cláusula de revisión que, en rigor, lo convierte en un préstamo a interés variable.

En este sentido consideramos que puede resultar engañosa la publicidad que algunas entidades realizan al ofrecer un crédito hipotecario mixto en el que normalmente se contrata un plazo muy corto a interés fijo y el resto a interés variable¹⁸.

b) Un plazo de amortización mucho más largo que en los supuestos de préstamos a tipo fijo. Normalmente se puede contratar la operación a 30 años y en algunas entidades hasta 40 años¹⁹.

c) Un tipo de interés durante los primeros seis meses o primer año muy superior al que resultaría de aplicarse la revisión pactada en la cláusula de interés variable²⁰.

B) Junto al préstamo hipotecario a tipo variable antes citado existen otros préstamos, también variables, pero con unas características específicas que nos llevan a distinguirlos de las operaciones tradicionales:

¹⁸ Ejemplo de ello sería la Hipoteca Ahora Mixta Liberbank con un período fijo de 18 meses y resto hasta 30 años variable (www.liberbank.es última consulta 23/02/2017).

¹⁹ Ejemplo de ello son la Hipoteca Santander hasta 40 años y 25 años para segunda vivienda, www.santander.es; Hipoteca Sin Más de Bankinter hasta 30 años siempre que la edad del solicitante no supere los 75 años al vencimiento, www.bankinter.com; Hipoteca Freedom de Banco Mediolanum hasta 30 años, www.bancomediolanum.es; Hipoteca La Caixa hasta 40 años, www.caixabank.es (última consulta 23/02/2019).

²⁰ Un claro ejemplo lo encontramos en la hipoteca de La Caixa con un tipo de interés los primeros seis meses del 3,75 % y la revisión a euríbor más un punto (la referencia del euríbor a febrero de 2017 se encontraba en el -0,11), fuente www.caixabank.es (última consulta 23/02/2017); la hipoteca de Liberbank con un tipo de enganche, término comercial referido al interés al que se formaliza la operación en el momento de la firma, del 1,75 y la revisión a euríbor más 0,85, fuente www.liberbank.es (última consulta 23/02/2017); la hipoteca de BBVA con un tipo de interés del 1,60 durante 12 meses y a la revisión euríbor más 1,10, fuente www.bbva.es (última consulta 24/09/2018). Curiosamente en este tema se ha invertido la tendencia en relación con las hipotecas formalizadas antes del año 2012 donde se producía el efecto contrario, es decir, la bonificación o tipo de enganche durante el primer período de la operación. Así, por ejemplo, encontrábamos tipos en el momento de la firma inferiores al 2 % cuando los índices de referencia, valga como muestra el euríbor, se encontraban en magnitudes superiores al 4 %, fuente www.euribor-rates.eu (consulta del euríbor año 2007: 4,06 y año 2008: 4,49).

CAPÍTULO PRIMERO

a) Los créditos hipotecarios de cuota constante o de cuota fija. En estas operaciones la cuota es fija y al ser una operación a interés variable las revisiones se traducen en un alargamiento o acortamiento del plazo previamente pactado, según se produzca un aumento o disminución del tipo aplicable.

b) Los créditos ofrecidos por determinadas entidades con unas características tan peculiares que o bien rompen los moldes de una operación hipotecaria tradicional a tipo variable o bien incluyen elementos en el propio contrato que merecerían una atención diferenciada a nivel tanto del análisis económico como jurídico²¹. Queremos señalar con ello que estas operaciones escapan a la estructura normal del préstamo hipotecario a interés variable, objeto de esta tesis, y que son las operaciones que la gran mayoría de entidades están comercializando a fecha de hoy. Respecto de estas operaciones atípicas actualmente algunas de ellas no se están

²¹ Destacamos a modo de ejemplo:

- la “superhipoteca recompensa” del Banco de Santander, hoy no comercializada, pero con contratos vigentes dado que se empezó a ofertarse en el año 1996, caracterizada porque al finalizar el plazo de amortización del crédito, el banco devuelve al cliente el 25 % del capital prestado. A cambio las condiciones del contrato no podrán modificarse, ni producirse incidencias en el pago de las cuotas y las amortizaciones parciales que puedan efectuarse reducirán el importe de las cuotas, pero nunca el plazo, es decir, el prestatario podrá reducir el plazo de amortización, pero perderá el derecho a la devolución.

- el “crédito total primera vivienda “de Catalunya Caixa, hoy integrada en BBVA. Es un préstamo hipotecario que posibilita el aplazamiento de pagos varias veces durante la vida de la operación. Este aplazamiento no podrá sobrepasar doce meses consecutivos, ni tampoco podrá realizarse en más de cinco ocasiones durante los treinta años de plazo máximo de préstamo.

- llama la atención la hipoteca de Triodos Bank que “aplica el tipo de interés según la certificación energética” de la vivienda a adquirir, así, por ejemplo, con certificación A+ el diferencial es de 1 punto sobre el euríbor, 1,12 de diferencial para calificación C y 1,24 de diferencial para la calificación G.

- hipoteca “Mihabitans” de Liberbank que permite carencia de capital inicial voluntaria de hasta un año.

- hipoteca “ideal” de Ibercaja que por contrato incluye la posibilidad de solicitar una carencia de dos años.

- hipoteca “mixta” de Bankinter que como argumento comercial incluye la dación en pago por contrato.

- hipoteca “Sin Más” con responsabilidad limitada de Bankinter que tiene como peculiaridad limitar la responsabilidad del deudor, incluyendo en el préstamo la cláusula de responsabilidad limitada del prestatario, contraria a la norma general que implica que la entrega del bien hipotecado no supone la extinción de la deuda contraída en virtud de la hipoteca si su cuantía excede el valor de adjudicación de la vivienda. En relación con este tema de la responsabilidad limitada o ilimitada se puede consultar ARRUÑADA, B., “La reforma de la responsabilidad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 731, páginas 1259 a 1289.

CAPÍTULO PRIMERO

ofertando en el mercado, pero siguen en vigor, dado que se formalizaron a plazos largos, y aún no se ha producido el vencimiento del contrato. En otros casos otras entidades comercializan estas hipotecas con unas políticas comerciales agresivas y en determinados aspectos novedosas por cuanto buscan diferenciarse del grueso de operaciones que se están ofertando hoy en el mercado.

2.3.- ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES ÍNDICES DE REFERENCIA EN ESPAÑA.

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, el escenario de los índices de referencia aplicables a las operaciones hipotecarias ha experimentado un cambio muy importante con la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que ha supuesto la desaparición de determinados índices de referencia, curiosamente algunos de los cuales eran aplicados habitualmente en las operaciones de activo.

En concreto, los siguientes índices o tipos de referencia que han dejado de publicarse y en consecuencia desde el 1 de noviembre de 2013 no pueden servir como referencia en la revisión de las operaciones son:

- a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Y, por tanto, como ya hemos expuesto, quedan como índices de referencia oficiales los seis siguientes:

- a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, del conjunto de entidades de crédito.
- b) tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- c) tipo interbancario a un año MIBOR
- d) referencia interbancaria a un año EURIBOR
- e) tipo medio de los préstamos hipotecarios de entidades de crédito de la zona euro.

CAPÍTULO PRIMERO

f) permuta de intereses/interés “rate swap” a cinco años.

En este apartado vamos a realizar a continuación una aproximación a los dos índices más habituales en el mercado hipotecario español: el euríbor y el IRPH Entidades. En relación con ambos índices en otros apartados de la tesis profundizaremos en aspectos sustanciales de los mismos, realizando un análisis crítico y cuestionando parámetros que afectan principalmente a su determinación y a su validez como índices de referencia en el mercado hipotecario actual. Esta problemática se ha agudizado tras la crisis financiera y por la constatación de importantes escándalos relacionados principalmente con el índice euríbor y por el hecho de que aún hoy, pese a que el Tribunal Supremo ha resuelto la validez del IRPH Entidades, se sigue cuestionando principalmente a nivel jurisprudencial, la validez del mismo dentro del contrato²².

Hay que recordar, como ya hemos expuesto, que la mayoría de las hipotecas de la cartera hipotecaria de nuestro país están formalizadas a tipo de interés variable: el 87,4 % según el informe de diciembre de 2018 de la Asociación Hipotecaria Española²³ y que, en estos momentos, según el mismo informe, aproximadamente existen 5.728.991 préstamos hipotecarios en cartera. En cuanto a los datos de qué porcentaje de estas operaciones están referenciadas a uno u otro índice, podemos señalar que prácticamente el 90% de los préstamos hipotecarios están referenciados

²² En este sentido, y simplemente a modo de avance, la Sentencia del Tribunal Supremo 4308/2017, de 14 de diciembre, señala en su Considerando sexto, apartado 2 que “el índice como tal no puede ser objeto de control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales y administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13”. En esta sentencia dos Magistrados emitieron un voto particular contrario en el que, de manera resumida, exponen su discrepancia con el fallo en el sentido que “la mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia, esto es, con otros términos, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto” (Punto primero, apartado 2 del voto particular). En relación con esta problemática la Comisión Europea ha remitido el 31 de mayo de 2018 un informe al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una serie de observaciones a propósito de la utilización del índice IRPH Cajas dando respuesta a una cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona. En el mismo la Comisión sí entiende que el deber de transparencia debe interpretarse de forma “extensiva”(observación 56) y argumentando en base al concepto de “información sustancial” que se entiende corresponde al índice de referencia al ser la “forma en que se determina el precio” (observación 64), “la Comisión estima que los elementos que conforman el precio del servicio a prestar (en este caso, el tipo de interés del préstamo hipotecario) constituyen sin duda, una información sustancial que el comerciante debe proporcionar al cliente para que este tome una decisión sobre la transacción” (observación 64).

²³ Informe de la Asociación Hipotecaria de España del tercer trimestre de 2018, publicado en marzo de 2019 (Un análisis dinámico de la cartera hipotecaria española). Se puede consultar el informe completo en www.ahe.es.

CAPÍTULO PRIMERO

al euríbor y el resto a las diferentes referencias, siendo la más utilizada el IRPH Entidades²⁴. De ahí que centremos en ellos este apartado.

2.3.1.- INDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH).

Este índice como hemos apuntado anteriormente es uno de los índices de referencia más utilizados, junto con el euríbor.

Se puede definir, conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990 de 7 de Septiembre del Banco de España sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela como “el promedio simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciados o renovados en el mes al que se refiere el índice”²⁵.

Inicialmente existían tres tipos de IRPH en función de si los datos provenían de los préstamos concedidos por los bancos, las cajas de ahorro o por el conjunto de bancos y de cajas de ahorro. Este último, llamado de entidades, a la postre es el único considerado oficial de todos ellos en estos momentos.

En relación con su determinación hay que tener en cuenta la siguiente normativa:

a) el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 que señala cuáles son los tipos oficiales que el Banco de España deberá publicar mensualmente. En concreto en la letra a) se menciona el que señalamos como IRPH. Como régimen transitorio, la Orden establecía que el Banco de España continuaría publicando mensualmente los IRPH de bancos, cajas de ahorro y el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, mientras no desaparecieran totalmente los contratos a los que se aplican.

b) la Disposición Adicional Decimoquinta “régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia” de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En esta disposición se señala la desaparición completa de los índices de referencia antes apuntados: bancos, cajas y tipo activo de referencia de las cajas de ahorro y se

²⁴ El informe de la Comisión Europea antes señalado en su página 4 facilita estos datos. Por su parte un informe del Síndic de Greuges de Catalunya de septiembre de 2015 cifra en más de un millón las hipotecas referenciadas al IRPH en el mercado español.

²⁵ Esta Circular está derogada por 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.

CAPÍTULO PRIMERO

establecen además dos previsiones muy importantes en relación con el tema objeto de estudio: en primer lugar, la desaparición de las referencias previstas y por tanto, su obligada sustitución por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato, en segundo lugar, para el supuesto de que alguno de los sustitutivos fuera uno de los que desaparecen, la revisión se realizará por el tipo IRPH.

c) el Anexo VIII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, derogada conforme establece la disposición derogatoria de la Circular 5/2012, de 27 de Junio, del Banco de España con la excepción del Anexo VIII que mantiene su vigencia a los solos efectos del cálculo de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones realizadas en España con el sector privado residente. Este Anexo VIII concreta la fórmula para calcular el índice y se obtiene con dos variables, de una parte, en el numerador, el tipo medio ponderado de los préstamos de cada banco, caja de ahorros o entidad y de otra, en el denominador el número de entidades declarantes.

A propósito del índice IRPH se plantean una serie de cuestiones que hay que señalar:

1) El tipo declarado por las entidades es TAE, es decir, incluyen las comisiones y en este sentido representan el coste total del crédito.

2) Es un promedio simple con lo cual cada una de las entidades tiene el mismo peso específico, al margen de la cuota de mercado y volumen de préstamos concedidos por cada entidad. Es decir, no hay una relación directa entre cuota de mercado y representatividad en esta determinación del IRPH.

3) Al haberse reducido significativamente las distintas entidades que operan en el mercado se aumenta el peso específico de las que quedan en la determinación del índice.

4) Habría que analizar si el cálculo se realiza a partir de tipos TAE, cómo afectan, por ejemplo, las llamadas cláusulas suelo o las que aplican redondeos al alza, dado que ambos casos supondrán una subida de los tipos de interés aplicados.

5) Sí que es cierto que, en comparación, por ejemplo, con el euríbor, el IRPH es un índice mucho más estable a la hora de influir sobre las cuotas de amortización de la hipoteca en el sentido de que al ser su evolución más lenta su reflejo en las cuotas no se realizará de forma tan brusca como podría ser con la referencia euríbor.

6) Por definición al ser un índice que se determina en relación con los tipos medios de las operaciones de préstamo o activas siempre estará por encima del euríbor, máxime, si en muchas entidades los diferenciales o márgenes a adicionar suelen ser bastante parejos en ambos índices de referencia.

CAPÍTULO PRIMERO

Desde 1999 el IRPH ha tenido un comportamiento que ha variado desde el 5,26 de enero de ese año a 2,01 en enero de 2016, 1,92 en enero de 2017, 1,93 en enero de 2018, 2,03 en diciembre de este mismo año y 2,05 en mayo de 2019 ²⁶.

Refiriéndonos a las observaciones en enero desde 1999 hasta 2019:²⁷

2000: 5,04	2005:3,33	2010: 2,81	2015: 2,43
2001: 6,39	2006: 3,59	2011: 2,96	2016: 1,94
2002: 4,73	2007: 4,81	2012: 3,71	2017: 1,93
2003: 4,14	2008: 5,61	2013: 3,21	2018: 2,03
2004: 3,47	2009: 4,89	2014: 3,27	2019: 2,05

(a mayo)

Si los comparamos con el euríbor durante estos mismos años:

2000: 3,94	2005: 2,31	2010: 1,23	2016: 0,04
2001: 4,53	2006: 2,83	2011: 1,71	2017:-0,09
2002: 3,48	2007: 4,06	2012: 1,83	2018: -0,18
2003: 2,70	2008: 4,49	2014: 0,56	2018: -0,12
2004: 2,21	2009: 2,62	2015: 0,29	2019:-0,13

(a mayo)

Dependiendo de las observaciones en momentos dados existen diferencias de prácticamente dos puntos entre ambos índices. No es de extrañar, pues, la gran cantidad de reclamaciones de prestatarios que ante las diferencias de tipo de interés hayan planteado la sustitución del índice IRPH por el euríbor, incidencias que adquieren mayor relevancia a partir del año 2010 en el momento en que este último baja por debajo de la cuota del 2%, incluso con tasas negativas a partir de 2017, y el IRPH, pese a que también ha bajado, se ha quedado prácticamente en el entorno del 2% como valoración más baja. Circunstancia que se ha visto agravada porque en ambos índices de referencia los diferenciales han sido bastante similares, si bien es cierto que determinadas entidades han ofrecido como solución para corregir estas

²⁶ Una evolución del IRPH de los últimos años se puede consultar en la página de la Asociación Hipotecaria de España: www.ahe.es. En la última consulta realizada el 18 de abril de 2019 el valor del índice se situaba en 2,05% en febrero de 2019.

²⁷ Se pueden consultar ambos índices en www.bde.es

CAPÍTULO PRIMERO

diferencias una novación jurídica reduciendo significativamente e incluso dejando sin diferencial el índice de revisión cuando era el IRPH.

Quedan apuntadas distintas cuestiones que deberemos recuperar posteriormente en el estudio de la objetividad de la cláusula de interés variable en el que centramos esta tesis.

2.3.2.- EL ÍNDICE EURIBOR

El euríbor (European Interbank Offered Rate) es un índice de los considerados oficiales según la Ley 14/2013 de 27 de septiembre. Lo podemos definir como el tipo al que las entidades financieras formalizan (o afirman que formalizarían) los préstamos de dinero entre sí en la zona del mercado interbancario de la moneda europea. Para ello se realiza diariamente una encuesta a distintos bancos europeos, se elimina el 15 por ciento más alto y más bajo de los tipos y se realiza la media del resto redondeada con tres decimales. Las entidades financieras emplean diferentes tipos de interés según el plazo al que se prestan o pretenden prestar el dinero, por tanto, se puede hablar, por ejemplo, de euríbor a una semana, a un mes o a un año, este último es el que se utiliza como referencia para las hipotecas. El cálculo lo realiza en la actualidad Global Rate Set Systems LTD que reemplazó a Thomson Reuters y a él están referenciadas la mayoría de las hipotecas del mercado español junto con el IRPH²⁸.

Hay que tener en cuenta que cuando nos referimos al euríbor como índice de referencia lo hacemos a nivel minorista, es decir, como referencia aplicable a los contratos de hipotecas formalizados por particulares y no en relación con su aplicación a los mercados de bonos o préstamos sindicados. Su importancia viene avalada por el hecho de que es la referencia utilizada para el 82% de las nuevas hipotecas a interés variable contratadas en España a fecha de 2013 y por el 90% a fecha de 2018²⁹.

Los datos que han de destacarse en la determinación del euríbor son:

- 1) Se basa en transacciones hipotéticas más que en transacciones reales.

²⁸ El organismo que publica el interés promedio es el Instituto Europeo de Mercados Monetarios – EMMI (European Money Markets Institute). Según consulta realizada el 25.02.2019 en www.emmi.benchmarks.eu los cuatro bancos españoles que intervienen en la determinación de la media son BBVA, Banco de Santander, Cecabank y Caixabank.

²⁹ Fuente: Boletín Económico de Información Comercial Española, publicado por la Secretaría de Estado de Comercio, número 3045, el 1 al 30 de noviembre de 2013, página 45; Informe de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2018, página 4.

CAPÍTULO PRIMERO

2) Es una referencia que descansa fundamentalmente en las expectativas de tipos de interés de los agentes que facilitan los datos para la confección del índice, considerando dentro de estas no solo los tipos esperados sino también, a plazos más largos, la prima de liquidez por la mayor incertidumbre asociada al mismo. Es importante señalar que no existe un régimen específico de sanciones en caso de manipulación³⁰.

3) Existen incentivos implícitos a su manipulación de cara a lanzar una señal de solvencia al mercado en relación con la entidad financiera. Precisamente por ello se propone que la información utilizada se base en transacciones reales de mercado³¹.

4) Es un índice que está en manos de las entidades financieras lo que debería implicar una supervisión por parte de las autoridades (principalmente transparencia en relación con las entidades proveedoras de las referencias) ya que no olvidemos que sus beneficios dependen de la evolución de estos índices. Recordemos que el riesgo de precio, al que haremos referencia posteriormente, en los préstamos a interés variable es prácticamente nulo para el prestamista, consecuencia directa de la aplicación del principio de valor financiero de un activo que provoca que las cuotas de interés futuras se ajusten a los tipos empleados para la actualización de las mismas³².

Finalmente, desde enero de 1999 a enero de 2018 el comportamiento del Euribor ha variado desde el 3,245 hasta el -0,18 del 2018, habiendo cerrado en diciembre de 2018 en una tasa negativa de -0,12 y en la publicación de marzo de 2019 el valor se situaba en -0,10³³. El cuadro evolutivo y comparativo con el IRPH lo hemos reproducido en el punto anterior.

3.- LA FINANCIACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

3.1.- INTRODUCCIÓN

³⁰ De hecho, la Comisión Europea el 4 de diciembre de 2013 impuso una sanción record de 1.712 millones de euros a la gran banca por manipular el euríbor, al considerar dicha manipulación contraria al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se puede consultar OROZCO BARQUÍN, C. “*Euribor: la gran estafa europea*”, Escritura Pública, marzo-abril. 2014, páginas 70 y ss.

³¹ Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea de julio de 2012 sobre operaciones con información privilegiada y manipulación de mercado (Market Abuse Regulation – MAR -).

³² DE ANDRES SANCHEZ, J., “Evaluación de la sensibilidad de la cuota de los préstamos a interés variable a la variación del índice de referencia. Evidencia empírica en el mercado hipotecario español en el período 2009-2013”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*. 2015, página 149.

³³ Una evolución del índice se puede consultar en www.euribor-rates.eu (última consulta 18.04.2019).

CAPÍTULO PRIMERO

En este punto del estudio que se realiza sobre los aspectos económicos relacionados con el contrato de préstamo hipotecario vamos a hacer hincapié en la cuestión de la financiación de los mismos.

Sería complejo y extenso analizar en profundidad la financiación de las operaciones hipotecarias. Se enumeran brevemente aspectos básicos de la misma y se exponen algunas cuestiones que, por su importancia e implicaciones en el posterior estudio jurídico de esta tesis, merecen ser destacadas.

Anticipando algunas de las conclusiones que se deducirán de la posterior exposición y que justifican este apartado podemos decir que:

1) La fijación de los tipos de interés de los créditos hipotecarios es una decisión de los órganos de administración y gestión de las distintas entidades³⁴. En consecuencia, entendemos que hay que objetivar las posteriores revisiones de tipo de interés para conseguir que sea el mercado a través de los índices de referencia quien vaya marcando las pautas en la evolución del precio de la operación evitando, por consiguiente, decisiones arbitrarias³⁵.

De hecho, los períodos de revisión, el sistema de amortización, el diferencial a sumar al índice de referencia o las comisiones por amortizaciones anticipadas son aspectos que, una vez contratados entre entidad y prestatario, van a permanecer invariables durante toda la vida del préstamo y van a caracterizar la operación de una determinada forma. Defendemos en este sentido que los índices de referencia sean objetivos (profundizaremos en los requisitos necesarios para que merezcan tal consideración); atendiendo a las operaciones formalizadas en España consideramos que lo deseable es la utilización de uno de los seis señalados como oficiales por la ley (analizaremos en profundidad los dos más habituales, euríbor y IRPH Entidades), y, defenderemos como presupuesto que vengán marcados por la evolución del mercado hipotecario.

Un tema polémico y no exento de controversia es la posible solución que habrá que dar a aquellas operaciones en las que contractualmente se había pactado

³⁴ Es criterio del Banco de España a través del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones que las entidades de crédito gozan de libertad para negociar y pactar con sus clientes la aplicación de un concreto índice de referencia, al tratarse de una materia perteneciente al ámbito de su política comercial. Véase la contestación al expediente R-201502696, página 73 de la Memoria de Reclamaciones del año 2015.

³⁵ Un ejemplo: la estipulación séptima del préstamo firmado el 27 de febrero de 2003 entre la Entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares (hoy BMN) y un prestatario: “La Caja de Ahorros, atendiendo a la situación del mercado se reserva la decisión de no efectuar revisión durante un período o varios períodos consecutivos de interés...”.

CAPÍTULO PRIMERO

un índice de referencia que a partir de 2013 ha dejado de publicarse. Situación que en no pocos casos se ha agravado por el hecho de que igualmente ha dejado de publicarse el índice sustitutivo. Ciertamente la solución no es fácil³⁶.

Discrepamos abiertamente de una de las soluciones aportadas por el Banco de España en el sentido de que se aconseja adoptar como tipo fijo el resultante de la previsión contractual. Dicho de otra manera, se pasa de una financiación de tipo variable a otra de tipo fijo. Venimos argumentando que el cliente que ha optado por una operación a interés variable lo que desea es en todo momento tener un préstamo a condiciones de mercado, circunstancia que no se produciría en absoluto si de facto se pasara a un interés fijo hasta el final de la vida del préstamo. La finalidad última del tipo de interés variable es tener unas condiciones de mercado.

Una posible alternativa la encontramos en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios que, ante la falta de acuerdo entre entidad prestamista y prestatario, ofrece la posibilidad de subrogar el préstamo con otra entidad renegociando las condiciones de tipo de interés y, en este caso, de índice de referencia aplicable.

2) Determinados índices de referencia como, por ejemplo, el euríbor es básicamente eso, índices de referencia. No significa, y de hecho no se produce, que las entidades tengan que acudir, por ejemplo, al mercado interbancario y tomar fondos al tipo de interés establecido para el prestatario. En consecuencia, la rentabilidad para las entidades financieras será mayor normalmente que el diferencial pactado.

De hecho, en nuestro país lo habitual es no acudir al mercado interbancario dado que las entidades financieras suelen tener exceso de liquidez al captar principalmente los recursos a través de las redes de oficinas mediante instrumentos tradicionales, como por ejemplo, los depósitos.

3.2.- ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA FINANCIACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

La principal característica de un mercado hipotecario es la forma en que permite canalizar fondos para financiar los préstamos realizados. Cada una de las modalidades de captación de recursos ajenos define³⁷:

³⁶ Memoria de Reclamaciones del Banco de España, año 2015, página 74.

³⁷ Clasificación expuesta por FREIXAS, X. en *“El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de*

CAPÍTULO PRIMERO

1) un riesgo de liquidez: a nivel bancario atiende al hecho de que las entidades tienen una estructura de pasivo con una proporción de fondos propios mucho menor que el resto de las empresas, y la mayor parte del pasivo bancario, como hemos indicado anteriormente, está en forma de depósitos totalmente líquidos para sus titulares, mientras que los activos están materializados en préstamos con distintos plazos de vencimiento. En consecuencia, la falta de liquidez, que impida en un momento determinado realizar los pagos comprometidos, es un riesgo inherente al negocio bancario que deberá ser tenido en cuenta en la gestión de las entidades de crédito.

2) un riesgo de tipo de interés: referido al riesgo actual o futuro para el capital o ganancias de las entidades financieras a raíz de las fluctuaciones de las tasas de interés que afecten a las posiciones de su cartera de inversión. Las variaciones de las tasas de interés afectan a las ganancias de dichas entidades al alterar los ingresos y gastos sensibles a ellas, afectando a sus ingresos netos por intereses.

De manera resumida, podemos señalar el esquema de intermediación en el mercado hipotecario con los siguientes actores:

a) el prestatario: paga una cuota relativamente alta³⁸.

b) el intermediario financiero (prestamista): realiza funciones de intermediación asumiendo básicamente dos riesgos, el riesgo de crédito y el riesgo de tipo.

c) el depositario: recibe una tasa (remuneración) relativamente baja o más baja por su dinero.

Un hecho constatable es que la financiación de la actividad hipotecaria se

reforma“, Fedea (Fundación de Estudios de Economía Aplicada). Madrid, año 1991.

³⁸ En relación con esta cuestión se produce actualmente una situación objeto de gran controversia. Los denominados “intereses negativos”. Ciertamente la actual coyuntura de tipos de interés con índices de referencia situados en negativo, por primera vez en la historia, ha ocasionado que si se interpreta la cláusula en sus términos literales habrá que admitir la posibilidad de pago de interés por parte de la entidad prestamista. El artículo 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha establecido en relación con las variaciones de tipo de interés que se pacten a partir de su entrada en vigor que “el interés remuneratorio de dichas operaciones no podrá ser negativo” (apartado 4). Sobre esta cuestión existen distintas opiniones doctrinales que diferencian las cláusulas cero puras de las que denominan cero mixtas, es decir, las que operando como cero tienen también un efecto suelo, frente a las primeras que no aseguran un interés remuneratorio. Se puede consultar: DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios”, *Revista para el análisis del Derecho*, enero de 2016, página 8; RIPOLL, A., “euríbor negativo y suelo hipotecario”, *El blog del Notario*, 1 de mayo de 2015, disponible en <http://pildoraslegales.com>

CAPÍTULO PRIMERO

realiza normalmente a tipos de interés más bajos que la financiación que no tiene tal carácter ya que en principio los riesgos son más limitados³⁹.

3.2.1.- EL RIESGO DE LIQUIDEZ.

Estudiamos, en primer lugar, el que hemos denominado riesgo de liquidez. De entrada, las formas de financiación de las entidades que operan en el mercado hipotecario pueden ser muy variadas. En general, una misma entidad combinará recursos captados mediante una de las modalidades siguientes, cada una de las cuales ofrece ventajas e inconveniente⁴⁰: a) depósitos; b) contratos depósitos-préstamos; c) préstamos; d) obligaciones; y e) cesión de préstamos y titulización. Analicemos brevemente a continuación cada una de estas formas de financiación:

a) Depósitos: la financiación mediante depósitos no es únicamente una financiación minorista basada en cuentas corrientes, libretas de ahorro e imposiciones a plazo y certificados de depósito, sino que gracias a los depósitos interbancarios constituye también una forma de financiación mayorista.

La importancia y liquidez del mercado hipotecario hace que los depósitos de otras instituciones o entidades financieras ajenas a la prestamista puedan ser una forma de financiación complementaria, principalmente en el corto plazo. Es lo que conocemos bajo las siglas mÍbor o eurÍbor antes señaladas. Si bien el índice que mide la realidad de dicha financiación es el eonia o tipo de interés a un día del mercado interbancario ya que es el único que se basa cien por cien en transacciones reales.

Es necesario, en este punto, clarificar una cuestión muy importante en relación con ambos índices en tanto que tipos de interés del mercado interbancario y en tanto que índices de referencia en las operaciones hipotecarias. Siguiendo la argumentación lógica que venimos desarrollando en relación con una concreta operación de préstamo hipotecario, tanto mÍbor como eurÍbor habrán de ser entendidos como el coste de obtención de los fondos en el mercado interbancario, por un importe igual al crédito dispuesto en una concreta operación y teóricamente por un plazo de duración similar a la del período de intereses que se considere para la aplicación del tipo en cuestión. Dicho de otra manera, se puede considerar como el tipo de interés que ha de satisfacer la entidad prestamista para obtener en el mercado

³⁹ Un análisis comparativo se encuentra por ejemplo en la Revista Expansión de fecha 11.03.2016 con préstamos que van desde un 5,61 % del Préstamo Ahora de BMN al 9,76 % del préstamo personal de Openbank. Igualmente, un comparativo lo podemos encontrar en la página de la OCU con operaciones que van desde el 10,75 % de Abanca, al 6,50 % del Banco Sabadell o una horquilla de precios entre el 6,25 % y el 9,25 % del Banco de Santander. (Consulta 28.02.2017).

⁴⁰ FREIXAS, X., ob.cit., página 172.

CAPÍTULO PRIMERO

interbancario un depósito igual al del crédito concedido y por plazo similar al del período de interés de que se trate.

A la vista de esta exposición hay, sin embargo, que resaltar un aspecto importante y es el hecho de que ambos, tanto mibor como euribor son básicamente índices de referencia, sin que ello signifique que las entidades tengan que acudir efectivamente al mercado interbancario y tomar los fondos de este al tipo de interés de referencia establecido para el prestatario. Este dato es especialmente significativo en el caso de las entidades financieras españolas cuya fuente de captación de fondos, con carácter principal, son los depósitos realizados por los clientes, cuya remuneración, salvo observaciones puntuales, es sensiblemente inferior al mibor o euribor establecidos como tipo de interés de referencia.

En consecuencia, el tipo de interés aplicado a la concreta operación supondrá un beneficio no solo en la cuantía que resulte del diferencial pactado sino en la diferencia entre el tipo de interés que se aplica al préstamo y el tipo de interés que satisfacen a los depósitos de los clientes en la entidad financiera⁴¹.

Esta es una de las grandes ventajas que para las entidades financieras tiene la financiación mediante depósitos y que podemos resumir en que la gestión del préstamo hipotecario al combinarse con la de un depósito en cuenta corriente puede resultar de un menor coste total para la entidad. Las desventajas son un coste operativo elevado al ser una forma de financiación basada en la existencia de una importante red de sucursales, un elevado riesgo de liquidez y posiblemente, como señala FREIXAS, también un riesgo de tipos de interés dada la liquidez de los depósitos⁴².

b) Contratos depósitos – préstamos. Este sistema contractual de ahorro vinculado “se basa en un contrato por el que un cliente que ha ahorrado en ciertas condiciones tiene derecho a un préstamo hipotecario”⁴³. Normalmente el Estado subvenciona este tipo de ahorro⁴⁴.

⁴¹ LÓPEZ ANTÓN, F., en “*Créditos a Interés Variable. Su régimen jurídico*”, año 1985, página 224, es especialmente expresivo al señalar que “el tipo de interés interbancario no representa el coste de los fondos utilizados en la concesión de crédito, sino un coste de oportunidad, que representa la pérdida del beneficio que le reportaría la colocación de tales fondos en operaciones del mercado interbancario”.

⁴² FREIXAS, X., ob.cit., página 173.

⁴³ FREIXAS, X., ob.cit., loc.cit.

⁴⁴ Estos sistemas de ahorro vinculado están muy desarrollados en países como Alemania, Austria o Francia. En nuestro país es una figura desconocida y debemos diferenciarla de las cuentas vivienda o depósitos ahorro-

CAPÍTULO PRIMERO

Las condiciones del contrato de ahorro estipulan generalmente:

- 1) un plazo mínimo
- 2) un importe mínimo
- 3) un tipo de interés inferior al del mercado pero que incluye la ausencia de gravamen sobre los intereses obtenidos.

Por su parte, el préstamo formalizado estipula:

- 1) un plazo máximo inferior al plazo de los préstamos hipotecarios habituales.
- 2) un importe máximo.
- 3) un tipo de interés fijo que guarda cierta relación con el tipo pactado en la remuneración del ahorro.

Este sistema de ahorro es poco flexible por lo que no está concebido para la financiación de la totalidad del importe de adquisición de la vivienda. Los adquirentes deberán combinar el préstamo obtenido gracias al contrato con un préstamo hipotecario complementario del primero. En este sentido pues, este sistema de ahorro debe contemplarse como una posibilidad de completar la financiación de la adquisición de la vivienda.

Se observa en este aspecto una similitud con las llamadas “cuentas vivienda” que existían en España. Eran también una fórmula de ahorro que, hasta el 1 de Enero de 2013, fecha en que se produjo la modificación fiscal que supuso que las operaciones posteriores de dicha fecha no podían beneficiarse de la desgravación por adquisición de vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), se beneficiaba de importantes incentivos fiscales traducidos en deducciones de la base imponible de la declaración de la renta sobre las cantidades que se habían ido aportando a dicha cuenta durante el ejercicio fiscal correspondiente.

Obviando las ventajas fiscales, actualmente desaparecidas, sí que tendrán sentido productos similares a las cuentas vivienda antes existentes, desde la perspectiva del futuro prestatario, en cuanto que punto de referencia a la hora de contratar un préstamo hipotecario ya que, de una parte el dinero ahorrado, podrá destinarse a la compra de la vivienda y de otra, desde la perspectiva de la entidad financiera, constituye un punto de referencia importante a la hora de valorar la

vivienda, si bien tienen algunas similitudes con las mismas que analizaremos más adelante.

CAPÍTULO PRIMERO

capacidad de ahorro del futuro prestatario.

c) Préstamos. Cuando una entidad hipotecaria forma parte de un mismo grupo societario podrá financiarse mediante un préstamo de dicho grupo. Dentro de los préstamos bancarios, los préstamos sindicados han cobrado gran importancia en los últimos años. En este tipo de operaciones cada una de las entidades prestamistas limita su riesgo. Simultáneamente al tratarse de volúmenes elevados el tipo de interés a aplicar puede ser inferior.

d) Obligaciones. La financiación mediante obligaciones puede estar respaldada de forma más o menos importante por una garantía real. Las obligaciones pueden ser emitidas:

1) con garantía sobre préstamos específicos (sería el supuesto de los bonos hipotecarios)

2) con garantía general sobre los préstamos hipotecarios (caso de las cédulas hipotecarias)

3) sin garantía específica, pero con la obligación para la entidad emisora de los títulos de utilizar los fondos obtenidos para realizar préstamos hipotecarios

4) sin garantía específica.

e) La cesión de préstamos y la titulización. La cesión de préstamos es la forma más sencilla de movilización y de intermediación financiera. La entidad conserva la administración del préstamo, pero al cederlo se desprende también del riesgo de liquidez, del riesgo de tipo de interés y del riesgo de fallido que asume el inversor adquirente del préstamo hipotecario.

Un ejemplo concreto lo encontramos en la llamada titulización de préstamos hipotecarios. La titulización de activos se ha convertido, en los últimos años, en una de las características más relevantes de innovación financiera. Esta institución permite transformar un conjunto de activos financieros poco líquidos (básicamente hipotecarios) en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados⁴⁵. El auge de esta figura se explica porque, de una parte, supone una ventaja para las entidades financieras en términos de captación de recursos a unos costes atractivos y, de otra, porque representa una gestión y diversificación del

⁴⁵ CATARINEU, E., y PÉREZ, D., “La titulización de activos por parte de las Entidades de Crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial”, Informe de Estabilidad Financiera, número 14, Banco de España, año 2008, página 89.

CAPÍTULO PRIMERO

riesgo de crédito asumido. Como hemos indicado cualquier activo financiero puede ser titulizado, sin embargo, los derechos de crédito, principalmente préstamos hipotecarios, son los activos más frecuentemente titulizados.

Hemos de tener en cuenta que en los últimos años se han producido importantes cambios en los mercados financieros, algunos de los factores más relevantes han sido⁴⁶: el progreso tecnológico en ordenadores y comunicación, el nivel de volatilidad de la inflación y los tipos de interés y la regulación de las políticas fiscales.

Debemos centrarnos en la volatilidad de los tipos de interés en cuanto que factor importante en este proceso de innovación financiera y en cuanto que elemento que ha determinado la creación de nuevos vehículos que permitan la redistribución del riesgo de tipo de interés. Uno de ellos es la llamada titulización.

Podemos definir la titulización, al hilo de lo que ya hemos adelantado, como “un proceso de conversión de un activo financiero poco líquido en otro u otros más líquidos, que pueden negociarse entre los inversores sin necesidad de ser ellos los originarios de tales títulos”⁴⁷. Serán las carteras de préstamos hipotecarios las que serán más fáciles de convertir en activos líquidos precisamente por tratarse de activos homogéneos y de elevada calidad crediticia, lo que va a favorecer su colocación a los inversores que percibirán una rentabilidad por su suscripción.

3.2.2.- EL RIESGO DE TIPO DE INTERÉS

3.2.2.1.- DEFINICIÓN DEL RIESGO

En las dos últimas décadas se han producido sustanciales modificaciones en el entorno financiero en el que operan las entidades de crédito. En particular, el importante incremento de la volatilidad de los tipos de interés ha hecho necesario que el efecto de las variaciones de los mismos tuviese que ser integrado en la estrategia bancaria en su conjunto.

Es constatable que la evolución de los tipos de interés hipotecarios en España y en Europa durante estos años (2000-2015) muestra que se han visto influidos por la crisis económica mundial. Partiendo de un contexto de bajadas durante los años anteriores a 2008, la crisis financiera internacional reciente se ha reflejado en un

⁴⁶ FREIXAS, X., ob.cit.página 180.

⁴⁷ FREIXAS, X., ob.cit.página 180.

CAPÍTULO PRIMERO

aumento de los tipos de interés de las nuevas operaciones en todas las carteras de los países europeos. Sí que es cierto que desde 2014 la recuperación económica y la gestión de la mora por parte de las distintas entidades han ayudado a una disminución en los tipos hipotecarios.

En este sentido, el llamado riesgo de tipo de interés aparece cada vez que los plazos o la forma de indexación de los intereses de las operaciones de activo no se corresponden con las operaciones de pasivo. Por este motivo se impone determinar y evaluar el nivel de riesgo de tipo de interés que existe en el mercado hipotecario.

Una comparación del riesgo de tipo de interés existente en España con el de otros países europeos nos permite afirmar que, gracias a la generalización de los tipos de interés variables, nuestro país no se encuentra entre los que tienen mayores niveles de riesgo⁴⁸. Esta afirmación, siendo cierta y en buena medida ventajosa para las entidades financieras, implica una serie de cuestiones que deben ser analizadas:

1) La generalización de los préstamos a interés variable supone que el prestatario asuma la totalidad del riesgo de tipo de interés, es decir, tendrá que asumir las fluctuaciones de los tipos de interés de su concreta operación, lo que obviamente plantea un incremento del riesgo de impago en función del porcentaje de endeudamiento del deudor en relación con el volumen de ingresos y con la evolución de los tipos de interés.

Este hecho, que se ha constatado en la práctica, sin que las entidades se preocuparan de las consecuencias de las variaciones de tipos de interés, en muchos casos ha sido consecuencia de políticas agresivas de captación de mercado de las entidades. Ello ha supuesto, en no pocas situaciones, que las operaciones entren en morosidad, problema al que la entidad financiera no siempre es ajena.

Valga como ejemplo que, si medimos el riesgo de crédito por la tasa de mora, en España se pasó de unos niveles de apenas un 0,5 % entre los años 2003 a 2007 hasta un repunte que llegó al máximo en 2013 con una tasa superior al 6 %⁴⁹.

En consecuencia, un elemento fundamental en la determinación de los tipos de interés de las operaciones hipotecarias a plazos largos vendrá determinado por el

⁴⁸ Señalar que según datos a junio de 2016 de la Asociación Hipotecaria Española el 95,7 % de las operaciones de la cartera hipotecaria de nuestro país estaba referenciada a tipos a interés variable. A diciembre de 2018 este porcentaje bajada al 87,4 %, se puede consultar en www.ahe.es.

⁴⁹ FELIX IZQUIERDO, J., “*Determinantes de los tipos de interés hipotecarios en la eurozona*”, Observatorio Económico, enero de 2016, página 5.

CAPÍTULO PRIMERO

riesgo de crédito: cuanto más limpio esté el balance de mora, menor será la influencia del riesgo de crédito en la determinación del precio de las operaciones.

2) Un examen de los distintos tipos de referencia y de los diferenciales utilizados nos permite afirmar que, en no pocas ocasiones, se eligen tipos de referencia y diferenciales que pueden implicar riesgos innecesarios a los prestatarios sin disminuir el riesgo de la entidad.

Esta situación se presenta principalmente cuando se combinan un tipo promocional muy bajo con la utilización de un índice “volátil” como puede ser el euríbor. El impacto en la cuota en el momento de la revisión o indexación (transcurridos seis meses o un año) puede provocar, en no pocos casos, problemas para hacer frente a las cuotas por parte del deudor. Ya habíamos apuntado que la utilización de estos índices supone dos consecuencias con distinta valoración cada una de ellas:

- en primer lugar, para el prestatario y para las entidades financieras pueden resultar más convenientes estos índices que más rápidamente se ajustan a las evoluciones de los mercados monetarios de cara a tener una operación a tipo de mercado.

- en segundo lugar, precisamente por lo apuntado anteriormente son estos índices los que, de una manera más “violenta” e imprevisible, introducen variaciones en el importe de las cuotas de amortización.

Para definir el riesgo de tipos de interés hay que tener en cuenta la circunstancia de que la actividad de intermediación financiera requiere que se comercialicen los productos financieros (ya sean de activo o de pasivo) en función de las necesidades de plazo y de las características de tipos de interés que desean, a la vez, los prestamistas y los prestatarios de la entidad. Al no corresponderse necesariamente los productos de activo y pasivo de las entidades financieras, los ingresos y gastos financieros de las mismas varían de forma diferente cuando los tipos de interés se modifican. Ello implica un aumento o una disminución del margen para la entidad y en, consecuencia, se origina un riesgo.

Determinar exactamente el efecto de los tipos de interés sobre los beneficios bancarios supondría estimar el efecto sobre cada uno de los elementos de activo y pasivo. Al ser esta operación demasiado compleja, estimamos el riesgo de tipos de forma aproximada basándonos en uno de estos métodos⁵⁰:

⁵⁰ FREIXAS, X., “*El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma*”. Publicado por Fedea,

CAPÍTULO PRIMERO

a) El desfase contable: se basa en la evaluación del efecto de un incremento de un punto base de los tipos de interés sobre los beneficios obtenidos para un plazo dado. Es un método basado en una óptica a corto plazo que nos lleva a determinar la incidencia de las variaciones de tipos de interés sobre los beneficios obtenidos durante un plazo fijado.

b) La duración: supone adoptar una perspectiva de gestión de cartera y evaluar el efecto del cambio en los tipos de interés sobre el valor en capital del activo y pasivo bancario. Representa valorar la incidencia de las variaciones de los tipos sobre del valor actualizado de los beneficios futuros.

Este panorama se complica si tenemos en cuenta el dato de que el activo puede tener un plazo incierto, aspecto particularmente importante en la actividad hipotecaria. Esta cuestión se pone especialmente de relieve en los préstamos a tipo fijo en que las entidades normalmente cubren el riesgo con el establecimiento de cláusulas de penalización por amortización anticipada⁵¹. El supuesto es claro ya que, en cualquier tipo de préstamos hipotecarios, y los fijos no son una excepción, se permite la posibilidad de reembolso anticipado del capital no amortizado.

Ocurrirá en los supuestos de préstamos a tipo de interés fijo, incluso en no pocos casos de operaciones a interés variable, en las que, por ejemplo, el diferencial es de varios puntos porcentuales, de tal manera que se está pagando un interés muy superior al real del mercado o en aquellas operaciones con cláusula suelo (en la mayoría de casos con suelo del 3,5 % ó 4 %) que si los tipos de interés disminuyen los prestatarios pueden desear cancelar el crédito obtenido y financiarse a tipos más acordes con el mercado. Esta circunstancia determinará, pues, que los flujos de amortizaciones anticipadas no parciales y consecuentes cancelaciones dependan del nivel de tipos de interés. En consecuencia, lo que venimos calificando como “riesgo de tipo de interés”, deberá tomar en cuenta este tipo de comportamientos por parte de los prestatarios cuando los tipos de interés disminuyen.

Esta circunstancia puede darse igualmente no sólo con las amortizaciones anticipadas sino también con las denominadas en el sector “subrogaciones hostiles”, haciendo referencia a las operaciones de subrogación de hipotecas entre entidades, algunas consecuencia de políticas comerciales agresivas de captación de aquellas

Madrid, año 1991.

⁵¹ Son las llamadas “compensaciones por tipo de interés “que habitualmente son del 1 % pero que en algunas entidades pueden llegar al 5 % en el concepto antes indicado. En otro apartado de la tesis realizamos un estudio comparativo de las distintas condiciones y compensaciones.

CAPÍTULO PRIMERO

operaciones con bajos porcentajes de financiación o de endeudamiento, cuya consecuencia desde la perspectiva de la entidad prestamista es asimilable a las cancelaciones antes señaladas⁵².

3.2.2.2.- DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS ACTIVOS

Es un hecho incuestionable que la fijación de los tipos activos por parte de las entidades de crédito constituye básicamente una decisión de estrategia comercial⁵³. Los órganos de dirección de las entidades fijan los precios de los productos de activo y pasivo, así como los índices de referencia aplicables a las operaciones activas, correspondiendo a la red de oficinas su comercialización de acuerdo con las pautas y precios marcados.

Centrándonos en los tipos de interés de los productos de activo podemos establecer la siguiente clasificación:

1.- Tipos de interés fijos: a) con posibilidad de amortización anticipada (con o sin penalización en caso de amortización); b) sin posibilidad de amortización anticipada.

2) Tipos de interés variables:

a) renegociables: la entidad de crédito tiene la opción de exigir el reembolso en una serie de fechas prefijadas en el contrato de préstamo. El deudor podrá renegociar su deuda a los nuevos tipos de interés del mercado.

b) indicados: el contrato de préstamo contempla un índice de referencia que determina el tipo de interés que el deudor deberá pagar. El precio, en realidad, vendrá fijado además por el diferencial y el resto de las condiciones (habituales en las hipotecas bonificadas).

Representan estos últimos (tipos de interés indicados) el grupo más

⁵² Importante y novedosa fue en su momento la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE de 4 de abril). Expresiva es la Exposición de Motivos de dicha Ley, al señalar que “el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso...”.

⁵³ Argumento repetido hasta la saciedad por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España al señalar que las entidades “gozan de libertad para negociar y pactar con su cliente la aplicación de un concreto índice de referencia, al tratarse de una materia perteneciente al ámbito de su política comercial,...”, Memoria de Reclamaciones, 2015, página 73.

CAPÍTULO PRIMERO

importante, en el que centramos el estudio jurídico que realizamos, de forma que la práctica totalidad de préstamos hipotecarios contratados por las personas físicas adquirentes de una vivienda se pueden englobar en este apartado.

3.2.2.3.- DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PASIVO

La concreción de la estructura de la otra gran magnitud opuesta al activo, es decir, el pasivo, depende de las condiciones en que se encuentra la entidad de crédito. Las entidades bancarias pueden desarrollar estrategias distintas de remuneración de los depósitos, de emisión de títulos o de ausencia o reducción de comisiones en los servicios que prestan a sus clientes⁵⁴. En general, cuando los agentes tienen aversión al riesgo, el inversor que adquiere títulos a largo plazo obtiene una prima de rentabilidad como remuneración del mayor riesgo de variación del valor en capital del activo que ha adquirido.

Este hecho indica que, en término medio, los tipos de interés a más largo plazo deberían ser superiores. La realidad nos muestra en no pocos casos que no existe una prima de riesgo del largo plazo sobre el corto plazo sino más bien que existe una prima de riesgo variable según los períodos.

Esta circunstancia se ha constatado en España y el resto de los países periféricos de la Unión Monetaria Europea, principalmente a partir del año 2010, experimentando un intenso proceso de elevación de los tipos de interés. Si tomamos como referencia el tipo de interés de la Deuda Pública, de siempre activo refugio ante las turbulencias de los mercados financieros, observamos cómo se produjo un importante repunte de los tipos de interés de la misma en países como Grecia, Portugal, Irlanda y España, consecuencia de la desconfianza de los inversores sobre sus economías. En nuestro país el reconocimiento de problemas de solvencia sobre algunas entidades financieras (como el caso de Bankia) impulsó adicionalmente esta tendencia alcista.

Será en 2012 cuando empiecen las bajadas de tipos principalmente por señales inequívocas del final de la recesión, primeros crecimientos del PIB de los países, la mejora de las calificaciones crediticias de la deuda de determinados países y sobre todo las extraordinariamente laxas condiciones monetarias impuestas por el Banco

⁵⁴ La cuestión de la reducción de comisiones es un hecho cada vez menos habitual en el segmento de particulares en el que nos movemos. El estrechamiento del margen financiero entre los tipos de activo y pasivo ha supuesto una importante reducción de los márgenes de rentabilidad, en consecuencia, ha sido vía comisiones por donde se han ido manteniendo estos coeficientes de rentabilidad.

CAPÍTULO PRIMERO

Central Europeo⁵⁵.

3.2.2.4.- LA COBERTURA DE RIESGO DE TIPOS DE INTERÉS.

Como hemos señalado, siempre desde la perspectiva de la entidad financiera, en la base de la determinación de los precios de los productos de activo y de pasivo se encuentra una decisión de los órganos de gestión de cada banco o caja.

La fijación de un precio concreto en un préstamo hipotecario y toda una serie de factores tan importantes como, por ejemplo, el tipo de interés ofertado de entrada, el diferencial a aplicar o el sistema de amortización, se realizan a partir de unos datos precisos que permiten proyectar una evolución de los tipos de interés a medio y largo plazo. Factores determinantes son: la evolución del ciclo económico, la política de emisiones de la Deuda Pública, la política fiscal, las perspectivas sobre la tasa de inflación, la coyuntura del tipo de cambio respecto a la balanza de pagos – para aquellos países fuera de la Unión Monetaria Europea - y los cambios previstos en el entorno internacional ⁵⁶.

Existe, pues, una información que, al ser desconocida por el consumidor, prestatario de la operación hipotecaria, le coloca en una posición de desventaja en relación con la entidad financiera precisamente por este menor nivel de información y capacidad de gestión. Es por causa de este desequilibrio en detrimento del prestatario por lo que defendemos en este estudio la objetividad no sólo del índice de referencia sino también del procedimiento de revisión.

Pero además y de manera lógica y comprensible las entidades toman decisiones de gestión y buscan instrumentos que les permitan cubrirse contra las fluctuaciones y riesgos inherentes a la volatilidad de los tipos de interés.

La manera más natural y habitual de actuar contra el riesgo de tipo de interés es estructurar el activo de la entidad de crédito de forma tal que su duración media corresponda a la del pasivo. Esto puede realizarse mediante la utilización de tipos variables en las operaciones de crédito, así como en las operaciones de captación de recursos.

Sin embargo, esta opción señalada supone una restricción en la política de

⁵⁵ Es conocida la ya famosa frase de Mario Draghi, Presidente del Banco Central Europeo, el 23 de julio de 2012: “todo lo que sea necesario”.

⁵⁶ ADELL, R., y ROMEO, R., “Los contratos de futuros y opciones financieras “, *La Gaceta de los Negocios*, Madrid, 1995, página 9.

CAPÍTULO PRIMERO

comercialización de la entidad de crédito que puede hacerla más vulnerable a estrategias de comercialización más agresivas por parte de sus competidores. Nos situamos así ante los instrumentos que permiten a las entidades cubrirse contra las fluctuaciones de los tipos de interés. Se pueden utilizar distintas alternativas según se quiera eliminar completamente el riesgo o simplemente limitarlo cuando este supera cierto nivel. En el primer caso se utilizan “swaps” o futuros y en el segundo, opciones.

Un contrato de futuros “es un acuerdo estandarizado entre dos partes para comprar y vender una determinada cantidad de mercancías o activos financieros en una fecha futura, a un precio establecido de antemano”⁵⁷. La aplicación de los futuros al campo financiero pretende, como habíamos señalado, cubrir el riesgo derivado de la fluctuación en el precio de tres factores fundamentales en la economía: los tipos de interés, los tipos de cambio y las cotizaciones bursátiles.

En cuanto a las opciones, tienen como función limitar el riesgo y su desarrollo ha sido simultáneo al mercado de futuros. Existen dos tipos de opciones denominadas “call” y “put”.

En la opción “call” el adquirente de la misma “compra un derecho a comprar un activo subyacente a un determinado precio o precio de ejercicio, en una fecha de vencimiento a cambio del pago de una prima”⁵⁸.

En la opción “put” el comprador de la misma adquiere “un derecho a vender un activo subyacente, a un determinado precio o precio de ejercicio, en una fecha de vencimiento a cambio del pago de una prima”⁵⁹.

En la medida que ambos son instrumentos con un elevado nivel de sofisticación, solo las entidades financieras recurrirán a ellos como estrategia para cubrirse ante los cambios de tendencia de tipos de interés, recurso al que difícilmente acudirá el prestatario.

3.3.- APROXIMACIÓN A LA INFLUENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN COMUNITARIA SOBRE EL CRÉDITO A LA VIVIENDA MINORISTA.

Durante la tesis nos referimos básicamente a las operaciones de préstamo hipotecario que recaen sobre viviendas adquiridas por particulares que en la gran

⁵⁷ ADELL, R., y ROMEO, R., ob.cit. página 20.

⁵⁸ ADELL, R., y ROMEO, R., ob.cit. página 33.

⁵⁹ ADELL, R., y ROMEO, R., ob.cit. página 36.

CAPÍTULO PRIMERO

mayoría de ocasiones merecerán la calificación de consumidores. Aunque sea de manera breve consideramos oportuno referirnos en este momento, por su importancia, a la regulación comunitaria por su trascendencia tanto en lo relativo a la conducta y supervisión de las entidades financieras como en lo relativo a la protección del consumidor, sin perjuicio de un posterior tratamiento más detallado y profundo en capítulos posteriores.

Hemos tomado en consideración en el apartado anterior aspectos relevantes relacionados con la financiación de los préstamos hipotecarios, manejando los conceptos de pasivo, en cuanto que actividad desarrollada por las entidades para la captación de fondos, y, la de activo, o actividad encaminada a prestar los fondos requeridos por los demandantes de dichos fondos, en nuestro caso, los adquirentes de vivienda. Si nos centramos en las operaciones a interés variable es necesario analizar brevemente la normativa comunitaria que tenga influencia directa con el mercado hipotecario, atendiendo, de una parte, a los requisitos de capital que son aplicables a las entidades financieras y su relación con el mercado minorista de préstamos considerando la disponibilidad de fondos y la armonización de normas del sistema bancario europeo, y, de otra, la influencia que esta normativa pueda tener en relación con la protección de la contraparte débil, el prestatario. Ciertamente son normas prudenciales tanto desde el punto de vista de la concesión del crédito como de protección del deudor para intentar evitar que estos queden privados de sus viviendas.

Nos vamos a centrar brevemente en la nueva regulación de los requerimientos de capital y liquidez exigibles a las entidades financieras y en concreto a la nueva Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE y al Reglamento UE nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 642/2012. Si atendemos a la regulación relativa a la protección del consumidor hemos de referirnos a 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

Sin duda alguna esta normativa surge como consecuencia de la crisis inmobiliaria y financiera posterior al año 2007. La concesión irresponsable de

CAPÍTULO PRIMERO

créditos, la falta y en algunos casos ausencia total de controles por parte de las autoridades responsables, y, en suma, las malas prácticas bancarias han sido, entre otros, factores condicionantes de este nuevo marco regulatorio que incide, como hemos señalado, en la estabilidad financiera y en la protección del consumidor. Las tres normas señaladas, dos Directivas y un Reglamento, tienen en común objetivos, muchos de los cuales serán defendidos y asumidos a lo largo de la tesis. En este apartado simplemente los apuntamos por la trascendencia que tienen sobre aspectos relevantes de la financiación hipotecaria:

- la información precontractual.
- las bases de datos utilizadas en la concesión de créditos a efectos de evaluar su formalización y la solvencia.
- la tasa anual equivalente.
- el asesoramiento sobre préstamos hipotecarios por parte de los operadores del mercado.
- la transparencia y eficiencia del propio mercado.
- las normas de conducta en la concesión de operaciones para bienes inmuebles de uso residencial.
- el marco regulador para la correcta utilización de los coeficientes préstamo- valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos.
- las medidas para valorar correctamente los riesgos subyacentes en la concesión de la operación de cara a evitar el sobreendeudamiento del prestatario.
- los criterios para vigilar las operaciones con ventajosos tipos de interés sin una valoración adecuada del riesgo.
- los requisitos prudenciales exigibles a las entidades, principalmente liquidez, asignación de costes y, en consecuencia, beneficios de dicha liquidez.
- la estrecha regulación de las actividades bancarias para aportar transparencia, reducir el riesgo sistémico y eliminar prácticas inadecuadas.
- la fijación de criterios claros en materia de gobierno corporativo de conformidad con la propensión al riesgo y los valores e intereses a largo plazo de la entidad de crédito.

4.- EL RIESGO DE CRÉDITO

CAPÍTULO PRIMERO

Se propone en este último apartado el análisis del riesgo en el sentido de factor adicional de impago que supone la eventual evolución de tipos, haciendo referencia también al coste de ejecución de la garantía y su relación con el porcentaje a financiar en las operaciones hipotecarias.

4.1.- INTERRELACIÓN DE INTERÉS VARIABLE Y RIESGO DE MOROSIDAD.

Un factor a tener en cuenta en situaciones de inestabilidad de tipos de interés es el riesgo adicional de impago que implica una eventual subida de los mismos, de manera que esta circunstancia deberá ser incorporada en el análisis de riesgo de las operaciones hipotecarias.

Es muy importante no confundir interés con margen. No siempre márgenes y tipos de interés van parejos. Los márgenes, en cuanto que magnitud o diferencial a aplicar al índice de referencia, suelen ser gestionados por las entidades tanto para influir en la cuenta de resultados como para hacer frente a las provisiones asociadas al aumento de la morosidad⁶⁰.

Existen distintos elementos en la estructura compleja de una cláusula de revisión de un préstamo hipotecario a interés variable:

1.- el tipo de interés o índice de referencia, en el que centramos principalmente nuestra tesis.

2.- el plazo

3.- el porcentaje de financiación respecto del valor de la vivienda (LTV)

4.- el margen o diferencial a adicionar al índice de referencia

5.- el sistema de amortización

De ellos, el tipo de interés o índice de referencia y el diferencial son los elementos principales y los que van a condicionar en todo momento los demás

⁶⁰ Así por ejemplo, en febrero de 2019 la media de los márgenes aplicados en España a los préstamos a las familias para compra de vivienda se situó en el 2,1, más alto que el registrado, por ejemplo, en el año 2016 que se situaba en el 1,78 frente al 2,02 de media de la Eurozona, destacando en la parte alta países como Irlanda (3,16) o Letonia (2,92) y en la parte baja Italia (1,22) y Finlandia (0,61). En España en 2012 el margen era de un 1 punto, superando los 2 puntos durante el año 2014 (fuente: Banco Central Europeo, www.ecb.europa.eu y Boletín Económico 2/2019 del Banco de España, publicado el 11 abril 2019).

CAPÍTULO PRIMERO

fijando el precio de la operación.

En un contexto de tipos de interés elevados, superiores por ejemplo a dos dígitos, los plazos de amortización rara vez superan los 15 años. Lo contrario ocurre cuando los tipos de interés son únicamente de un dígito planteándose, en consecuencia, operaciones a 30 e incluso 40 años. Al igual que con la variable de financiación respecto del valor de la vivienda que va aumentando hasta porcentajes que pueden llegar al 85 % siempre con tipos de interés inferiores a dos dígitos. De hecho, en estos últimos años el LTV (importe de la operación en relación con la última tasación disponible o Loan To Value) es un indicador al que recurren las autoridades financieras para realizar políticas especialmente prudentes precisamente para impedir la formación de nuevas burbujas hipotecarias⁶¹.

La influencia que pueda tener la evolución del tipo de interés sobre un mayor riesgo de morosidad en las carteras hipotecarias es consecuencia básicamente de dos hechos:

1) La utilización de tipos promocionales más bajos que el índice de referencia que va a determinar el coste real de la operación durante toda la vida del préstamo.

La mayoría de las entidades ofrecían hasta la fecha tipos de entrada inferiores en muchos casos en 1 o 2 puntos al precio real de la operación, considerando este como el resultado de índice de referencia más el diferencial. De hecho, la inmensa mayoría de operaciones se contrataron en estas condiciones. La situación ha cambiado en la actualidad, básicamente por la importante caída de los índices de referencia que incluso ha supuesto que, por ejemplo, el euríbor esté a fecha de hoy en tasas negativas.

2) La elección de índices de referencia que reflejan inmediatamente las oscilaciones del mercado, ajustándose a las evoluciones de los mercados monetarios, introducen fuertes e imprevisibles variaciones en el nivel de las cuotas de amortización. Si ello se combina con sistemas de amortización como, por ejemplo, el de cuota creciente que adicionalmente incrementa en algunos casos un 2 % la cuota

⁶¹ Así se ha propuesto limitar la concesión de hipotecas por encima de umbrales máximos de LTV. Un estudio interesante se puede consultar en la estadística del Colegio de Registradores de la Propiedad, recogido en el Observatorio Económico de enero de 2016 donde se pone en relación operaciones con LTV superior al 80 % y potencial morosidad futura (www.registradores.org). Para la determinación del Loan To Value las entidades consideran como numerador el importe pendiente del préstamo y como denominador se asigna el valor de la última tasación disponible, todo ello referido a una concreta operación. En relación con esta cuestión de la ratio de financiación sobre última tasación se puede consultar TRUCHARTE ARTIGAS, C. “Nuevos requerimientos sobre el mercado hipotecario: un análisis del Loan To Value”, *Boletín de Estabilidad Financiera*, número 19, de noviembre de 2010, publicado por el Banco de España. En dicho informe se acredita (página 52) que aquellos créditos hipotecarios para adquisición de vivienda con LTV superior al 80% presentan una ratio de morosidad superior a la media del sector.

CAPÍTULO PRIMERO

anualmente, tenemos una situación que puede ocasionar bruscas variaciones de las mensualidades. Sería el caso de que se eligieran índices como mibor o euríbor.

En este punto y al referirnos a la interrelación entre morosidad y tipos de interés variables sería interesante mencionar la obligación de las entidades de crédito de evaluar en la celebración de los contratos, en especial en los hipotecarios, no solo la solvencia de los clientes sino también la conveniencia de la operación en el sentido de que esta sea razonable, es decir, que su concesión sea adecuada a la vista de los intereses y circunstancias personales del prestatario más allá de prácticas agresivas comerciales.

Estamos, sin duda, ante un tema complejo que difícilmente puede encontrar solución atendiendo a la dispersa legislación positiva. Una novedad fue la introducida por la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que en su artículo 29 establecía que las entidades de crédito vienen obligadas a evaluar la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar un contrato de crédito o préstamo. Incidiendo en esta cuestión, de gran importancia como analizaremos en posteriores capítulos de la tesis, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en sus artículos 11 y 12 establece la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario. En base a tales normas y a la Orden EHA/2899/2011 apuntamos la idea que la entidad deberá actuar con un nivel de diligencia que no puede basarse sólo en la información que facilite el cliente sino también atendiendo a normas sobre gestión de riesgos y control interno⁶².

De la normativa antes expuesta que, en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, pretende corregir “el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado”, y del desarrollo que realiza la Orden EHA/2899/2011 de 28 de Octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios en cuya Exposición de Motivos se señala que se dicta en desarrollo de “los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable para que el sector financiero español, mejore los niveles prudenciales en la concesión de este tipo de operaciones “⁶³, podemos inferir que las prácticas que favorecen la concesión responsable de préstamos son:

- a) las que prestan una adecuada atención a los ingresos de los consumidores

⁶² DIAZ RUIZ, E., “Crédito bancario responsable “, *Homenaje al Profesor Juan Luis Iglesias Prada*. Madrid, año 2011, página 227.

⁶³ Exposición de Motivos, número II.

CAPÍTULO PRIMERO

en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

b) la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que garanticen los préstamos. Es la cuestión que habíamos expuesto al referirnos a los umbrales razonables de LTV, en definitiva, evitar alteraciones interesadas en la valoración de los activos que sirven de garantía a los préstamos hipotecarios⁶⁴.

c) la consideración de diferentes escenarios al alza o a la baja en las variaciones de tipos de interés cuando sean préstamos a interés variable, así como las posibles coberturas frente a las variaciones de tipos de interés.

d) la obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante del crédito o préstamo.

e) la información precontractual y asistencia apropiada para el consumidor.

Estas prácticas, brevemente enumeradas, persiguen no solo reforzar la solvencia de las entidades en el sentido de que es esencial para su negocio que los prestatarios devuelvan las cantidades recibidas, sino también insistir en la cuestión de la conveniencia de la operación para dichos prestatarios. Dicho de otra manera, no será razonable conceder las operaciones a personas que no tienen los suficientes ingresos para devolverlas. Apuntamos brevemente el hecho, habitual en los años anteriores al estallido de la crisis del sector financiero, de que un objetivo primordial para los bancos y cajas era conceder operaciones sin criterios estrictos de prudencia para posteriormente titular carteras de operaciones hipotecarias para que terceros invirtieran en bonos y captar así pasivo sin la más mínima diligencia ni garantía de que al vencimiento se pudiera devolver el dinero captado.

4.2.- EL COSTE DE EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.

Nos situamos ante una cuestión directamente relacionada con el porcentaje a financiar sobre el valor de tasación de la vivienda.

El proceso de ejecución en caso de impago y su coste son elementos determinantes de la parte del coste de los préstamos hipotecarios que corresponde al riesgo de crédito. Partimos de la base de que en España los costes de ejecución de los préstamos y posteriores adjudicaciones de las viviendas son elevados ya que incluyen:

⁶⁴ Se trata de evitar los llamados “predatory lending” o préstamos predatorios prohibidos desde antiguo en derecho anglosajón.

CAPÍTULO PRIMERO

- los gastos judiciales: honorarios de abogado, procurador, publicaciones de edictos, notificaciones a acreedores posteriores, etc... Son gastos importantes y en no pocos casos no cubrirán la diferencia entre el importe concedido y el valor de tasación de la vivienda⁶⁵.

- el impuesto de transmisiones patrimoniales aplicable sobre el valor del bien adjudicado. Actualmente el tipo de gravamen es el 8 %.

- el coste de inmovilización de los recursos cuando la entidad financiera se adjudica el bien hipotecado, en cuyo caso debemos considerar un período de lucro cesante.

- el coste de deterioro de la vivienda durante el período de ejecución. Suele ser importante ya que, en muchas ocasiones, ante la inminencia del desahucio, se produce un abandono de la vivienda, no siempre con pautas razonables de diligencia.

- toda una serie de gastos que debe satisfacer la entidad financiera: Impuesto sobre Bienes Inmuebles, gastos de comunidad, etc...

Teniendo en cuenta todos los factores expuestos puede ocurrir que el importe obtenido en el proceso de ejecución no siempre sea suficiente para cubrir el conjunto de gastos, así como la deuda contraída por el deudor hipotecante. No consideramos el hecho de que la posible deuda residual sea posteriormente una deuda personal del deudor con respecto a la entidad financiera y que esta pueda ser objeto de ulterior reclamación.

Por todo ello, estos gastos y las posibles pérdidas que se puedan generar en el proceso de ejecución son partidas lo suficientemente elevadas como para no ser tenidas en cuenta. De hecho, tienen una influencia importante en la determinación del precio y tipos de interés de los préstamos hipotecarios.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

1) La mayoría de los saldos vivos de préstamos hipotecarios en España son a interés variable si bien es cierto que, en estos últimos años, como consecuencia de la

⁶⁵ Este hecho nos da idea de la exigencia de un importe máximo de préstamo concedido sobre el valor de tasación de la vivienda a la hora de la concesión del préstamo hipotecario. Raras veces la entidad financiera sobrepasará el 85 % sobre dicho valor, siendo lo normal acudir a porcentajes que suelen oscilar entre el 70 y 75 %. Esta cuantía máxima sobre tasación se reduce de manera importante en los supuestos de adquisición de segunda vivienda en el que el porcentaje financiado suele ser del 60 % del valor de tasación.

CAPÍTULO PRIMERO

bajada de tipos de interés se están formalizando más operaciones a tipo fijo. Ya hemos señalado nuestra opinión sobre el hecho de que en todo caso solo aquellas operaciones con un tramo inicial a interés fijo superior a 10 años merecen tal calificación. El resto, con plazos medios de los préstamos de aproximadamente 25 años, difícilmente merecen ser calificadas como operaciones a interés fijo, incluso ni siquiera operaciones a interés mixto como se están comercializando por parte de las entidades financieras. Este hecho de la gran proporción de operaciones a interés variable es diferenciador en relación con el resto de los países de la Unión Europea, lo que nos lleva a la conclusión de que los mercados hipotecarios europeos tienen un carácter acusadamente local.

2) En las operaciones a tipo variable únicamente es el prestatario quien sufre el riesgo de las fluctuaciones al alza en el tipo de interés. De ahí el interés por parte de las entidades financieras en formalizar los préstamos a interés variable. El hecho excepcional de que el índice euríbor esté desde 2017 en tasas negativas ha favorecido que se estén firmando operaciones a interés fijo. La situación se revertirá en el momento en que se produzca una subida del índice de referencia. También es cierto que los tipos de interés fijos están muy condicionados por los requisitos de vinculación de las operaciones en forma de productos contratados por todos o cada uno de los prestatarios.

3) Existen una pluralidad de índices de referencia, lo que representa un hecho diferencial importante en relación con el resto de los países de la Unión Europea. Del total de índices dos son los mayoritarios: IRPH y EURIBOR.

4) La fijación de los tipos de interés de las operaciones hipotecarias es una decisión de los órganos de dirección de las entidades financieras. Por tanto, hay que objetivar las revisiones de tipo de interés y dotar de transparencia a las comunicaciones de las entidades en relación con los índices de referencia.

5) Ante la desaparición tanto del índice de referencia principal como del sustitutivo no es oportuno adoptar un tipo de interés fijo para aplicarlo a la concreta operación.

6) En España rara vez las entidades financieras acuden al mercado interbancario para tomar los fondos para las operaciones activas. En consecuencia, el IRPH y el euríbor son estrictamente índices de referencia y no representan el coste de financiación de las operaciones activas; por tanto, sería conveniente que ambos se determinaran en base a transacciones reales. Proponemos, y durante la tesis abordaremos en profundidad, planes de mejora en la confección del índice de

CAPÍTULO PRIMERO

referencia.

7) Las previsiones de inestabilidad de tipos deberían incorporarse en el análisis de riesgo de las operaciones hipotecarias, y, en todo caso, deberían ser conocidas por el prestatario a efectos de poder tomar una decisión con la mayor información posible que debería ser facilitada por la entidad financiera. Es un hecho constatable si atendemos al cuadro de amortización que, a mayor duración, más sensibilidad a las variaciones de tipo de interés, al igual que a mayor frecuencia de variación (trimestral, semestral o anual), mayor sensibilidad de la cuota de préstamo.

8) Es importante atender no solo al tipo de interés o índice de referencia sino también a otras variables de la cláusula y de la operación de préstamo como pueden ser el plazo, el porcentaje de endeudamiento, las comisiones de amortización tanto parciales como total, la penalización por desistimiento, la llamada LTV (relación préstamo valor), el margen o diferencial y el sistema de amortización.

CAPÍTULO SEGUNDO

CAPÍTULO SEGUNDO

APROXIMACIÓN A LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE Y SUS SISTEMAS DE CONTROL

1.-LA CLÁUSULA DE INTERES VARIABLE, CLÁUSULA FINANCIERA DETERMINANTE DEL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.

En relación con la cláusula de interés variable consideramos que es importante delimitar, aunque sea de manera breve, el régimen de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario y, al mismo tiempo, precisar, principalmente en atención a la Ley Hipotecaria, cuál es el contenido inscribible de dichas escrituras.

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 12 de la Ley 13/2015, de 24 de Junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de Febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de Marzo, establece que:

“En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”¹.

¹ Este artículo fue redactado por el número 1 del artículo 11 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y por la que se establece determinada norma tributaria.

La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, señala en su artículo 1 que “las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece...”; en su artículo 2 enumera cuáles son estas entidades: a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito; b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) las cooperativas de

CAPÍTULO SEGUNDO

Tanto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de septiembre de 2013 como la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 30 de marzo y 28 de abril de 2015 han interpretado este artículo en el sentido que el contenido del asiento de inscripción de hipoteca comprende necesariamente²:

1º.- la extensión propia del derecho real de hipoteca: extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria.

2º.- la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de su ejecución (ya sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario).

3º.- aun cuando el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca³.

Por tanto, en concreto las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado se trasladan al asiento registral, siempre y cuando resulten conformes a la ley, “bien porque determinan el contenido de la reclamación hipotecaria (cláusulas

crédito; y d) los establecimientos financieros de crédito. En consecuencia, esta es la lista cerrada de lo que iremos denominando durante la presente tesis las entidades financieras o parte prestamista, en contraposición a la figura del prestatario ya sea persona física o jurídica.

² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 y Resoluciones de la DGRN del 30 de marzo de 2015 y 28 de abril de 2015. En particular en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo citada se señala: “Hay, sin embargo, actos o títulos que además de proclamar la atribución del derecho real a quien sea su titular y la causa de la mutación jurídico real, contienen datos que, sin constituir derechos de tal clase ni alcanzar a su núcleo o esencia, contribuyen a dotar a los que se registran de un determinado contenido....La significación de esas regulaciones que son complementarias de las que tienen una indiscutible trascendencia real se advierte, particularmente, cuando a una relación de obligación se le añade, como accesoria, otra de hipoteca, a causa de la vinculación que la función de garantía produce entre el derecho real de realización de valor y el crédito garantizado, a cuya satisfacción queda afectado el bien hipotecado”. Adicionalmente esta Sentencia pone de manifiesto que el artículo 12 no puede interpretarse de forma aislada sino que debe integrarse con otras normas que operan en relación con el mercado de productos financieros: “Sin embargo, es lo cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, 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, tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan con la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia Ley. Así también los apartados 1 de los artículos 552 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución.”

³ Fundamento de Derecho 4 de la Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015. En concreto se refiere a los artículos 129 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPÍTULO SEGUNDO

financieras), o bien porque fijan los requisitos necesarios (cláusulas de vencimiento de la obligación) para que ésta se ponga en marcha y le sirven de fundamento” (Fundamento de Derecho 4 RDGRN de 28 de Abril de 2015). Estas cláusulas financieras deben responder tanto en su contenido como en su estructura a la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y que ha venido a sustituir a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) y a la oferta vinculante, desarrolladas en los artículos 21 a 23 y en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011 antes señalada. Esta Orden constituía hasta el momento de aprobación de la Ley 5/2019 la normativa general de transparencia en el sector bancario⁴.

2.- EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS BANCARIOS DE ADHESIÓN: SISTEMAS DE CONTROL DE LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES.

El contrato bancario, en cuanto que contrato atípico, aparece configurado por diversas cláusulas, todas ellas calificadas como condiciones generales de la contratación entre las que podemos destacar la cláusula de intereses remuneratorios u ordinarios. Es, sin duda, en relación con las operaciones activas o de préstamo, la estipulación que reúne los siguientes requisitos esenciales para ser considerada condición general de la contratación⁵:

a) contractualidad: redactada para ser incorporada a un contrato y además su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión (Considerando 137 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013).

b) predisposición: con independencia de quien sea su autor y cuya característica es que no es fruto del consenso alcanzado tras la fase de tratos previos.

c) imposición: su incorporación al contrato es impuesta por el empresario de forma tal que el bien o servicio sobre el que versa el contrato solo puede obtenerse mediante la aceptación de la inclusión en el mismo de dichas cláusulas.

c) generalidad: en la medida que está destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos.

⁴ Esta circunstancia mereció importantes críticas por un sector doctrinal ya que se niega trascendencia negocial a dicha normativa, reduciendo su eficacia al ámbito administrativo. En este sentido MIRANDA SERRANO, L.M. “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Revista para el análisis del Derecho*, abril de 2018, página 5; NIETO CAROL, U. *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, año 2016, *passim*.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

CAPÍTULO SEGUNDO

Adicionalmente ya habíamos señalado, y lo iremos reafirmando durante la tesis, que, en la medida que los precios de las operaciones son decisiones de los órganos de dirección de las entidades financieras, la manera que tienen de trasladar estas políticas de precios a las operaciones que se van formalizando es mediante condiciones generales, precisamente por estas cuestiones y, en especial, por el requisito de la generalidad, o, en palabras del Tribunal Supremo, para dar respuesta “a la lógica de la contratación en masa” (STS 222/2015, de 29 de Abril). Es importante considerar que al margen de la consideración de las operaciones de préstamo como contratos de adhesión con condiciones generales y que una de las partes, el adherente o prestatario, se limite a aceptarlas, existen dos cuestiones relevantes que, de entrada, nada tienen que ver con la prestación del consentimiento por parte del adherente: una primera es que existe libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se van a liquidar las operaciones activas de las entidades de crédito⁶; y, una segunda, y no menos importante, es que las entidades financieras en

⁶ Los límites, en cuanto a los intereses remuneratorios, habría que buscarlos en la Ley de Represión de la Usura, difícilmente aplicable en la práctica en sede de préstamos hipotecarios. Sobre esta cuestión de la incompatibilidad de la concurrencia de la normativa sobre usura y protección del consumidor en los supuestos de préstamos hipotecarios con condiciones generales se ha pronunciado el Tribunal Supremo en distintas sentencias en la que señala que se trata de controles causales de distinta configuración y alcance, por tanto, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados (Sentencias de 18 de junio de 2012 y 2 de diciembre de 2014). Sienta la doctrina de la que Ley de Usura supone un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código Civil “al presuponer una lesión grave de los intereses objeto de protección que a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta” (Fundamento de Derecho tercero, apartado 2, sentencia de 2 de diciembre de 2014). Como consecuencia de la gravedad y extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado con la consiguiente obligación o deber de restitución. Por su parte el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. En cuanto a los límites de los intereses moratorios hay que tener en cuenta que han dejado de ser libres tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en sus artículos 3 y disposición transitoria segunda, limita a tres veces el tipo de interés legal del dinero y solo se pueden devengar sobre el principal pendiente de pago. En relación con esta libertad de pactos y al límite de los intereses remuneratorios es importante recoger lo señalado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de febrero de 2016 que afirma, de una parte, que en nuestro ordenamiento prevalece el principio de libertad de la voluntad de precios, “el cual es básico para sostener el esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la autonomía privada de las partes <pacta sunt servanda>”. De modo que, es necesario hacer hincapié que la libertad de precios según lo acordado por las partes, se impone como pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (a su favor recoge, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 26 de abril de 1965, 29 de diciembre de 1971 y 20 de julio de 1993); de otra parte, en la misma resolución, en cuanto a la limitación de los intereses ordinarios o remuneratorios, señala que existen supuestos de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios ya que por definición este no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato, ya que el interés moratorio, “por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la ley en el sentido de que los intereses de demora deben calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado al interés legal del dinero” (Fundamento de Derecho

CAPÍTULO SEGUNDO

materia de asunción de riesgos crediticios son libres para aprobar las operaciones que les plantean sus clientes, en función siempre del estudio riguroso e individualizado del riesgo y de las condiciones propuestas, compatibilizando los criterios clásicos de la selección de riesgos, en base a criterios como seguridad o solvencia, liquidez y rentabilidad, a partir de las cuales se diseñan sus políticas de inversiones crediticias⁷.

Frente a la predisposición del clausulado está la posición contractual de inferioridad del adherente. El cliente, en nuestro caso concreto el prestatario, no tiene otra vía para celebrar el contrato que adherirse a clausulados impuestos por las entidades de crédito, predisponentes, lo que puede conducir, precisamente por la situación de inferioridad contractual, a abusos que comprometen el equilibrio contractual. Además, a la general utilización de condiciones generales en sede de contratación hipotecaria, hay que añadir una complejidad cada vez mayor de las operaciones que las entidades están ofreciendo en el mercado. No en balde los reducidos volúmenes de negocio y tipos de interés y la consecuente caída de los márgenes han supuesto que, adicionalmente a la remuneración de la hipoteca en sentido estricto, se incorporen todo un elenco de “condiciones de vinculación” que complican el análisis económico a nivel de coste del préstamo⁸. Sin duda alguna esta

5). Las determinaciones legales que fundamentan tal limitación son, según esta misma resolución: el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que fija el interés moratorio en dos puntos por encima de los remuneratorios pactados; el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fija el interés de mora procesal en el interés legal del dinero más dos puntos; el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que limita el interés moratorio de los descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal del dinero; o, finalmente, el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, que para el préstamo destinado a la adquisición de vivienda habitual lo limita, al moratorio, a tres veces el interés legal del dinero. Igualmente invoca a favor de que los intereses moratorios sean superiores a los remuneratorios las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 que fijan tal criterio como doctrina jurisprudencial.

⁷ Memoria de Reclamaciones del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, año 2016, página 61. Las reglas sobre evaluación de solvencia aparecen recogidas en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la norma duodécima de la Circular del Banco de España 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.

⁸ Se puede consultar MARTÍNEZ PAGÉS, J. “El margen de intereses de las entidades de depósito españolas y los bajos tipos de interés”, *Boletín Económico 3/2017- Artículos Analíticos*, Publicación del Banco de España, 4 de Julio de 2017. En esta monografía se muestra como el volumen de crédito y la morosidad son tanto o más relevantes que el margen para explicar los ingresos netos por intereses desde el inicio de la crisis – la elevada morosidad ha provocado una importante caída de los intereses ya que un activo moroso implica que no se reciban intereses -, además se señala como desde el inicio de la crisis (año 2008) se ha producido una elevación del diferencial de rentabilidad entre las nuevas operaciones y los tipos de interés del mercado interbancario, como consecuencia de la respuesta de las entidades a los bajos tipos de interés.

En parecidos términos ARTIGOT GOLOBARDES, M. “La relación entre costes y precios en los contratos de hipoteca y su relevancia en el análisis de abusividad: la comisión de apertura”, *Almacén del Derecho*, 6 de octubre de 2018. Disponible en <https://almacenderecho.org>. Defiende esta autora una división de los costes entre variables y fijos. Interesan los primeros ya que constituyen el precio del contrato y representan en realidad el sacrificio que tiene que soportar, en el caso del préstamo hipotecario, el prestatario por la disposición de los fondos necesarios de la operación. Argumenta, además, y en ello estamos totalmente de acuerdo, que “cuanto más competitivo sea el mercado en cuestión, más cercano estará el precio del contrato al total del coste variable de la transacción – el marginal-, mientras que cuanto más imperfecta sea la competencia en el mercado, mayor será el

CAPÍTULO SEGUNDO

circunstancia, que analizaremos posteriormente con más detalle, ha posibilitado la introducción de un nuevo control de creación jurisprudencial de las condiciones generales: el control de transparencia cualificado o segundo control de transparencia, también denominado control de transparencia real, que se suma, no exento de polémica, a los controles legales tradicionales: control de incorporación y control de contenido.

Por tanto, a modo de introducción, podemos enumerar tres controles específicos y además los controles que podemos deducir de los remedios generales de la legislación civil tanto general como sectorial en relación con las condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión y en especial en la contratación bancaria:

A) EL CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN. También denominado actualmente control de transparencia formal o documental o primer control de transparencia.

Con él nos referimos a las exigencias de forma que ha de cumplir el predisponente, entidad financiera, para asegurarse de que las cláusulas predispuestas lleguen a incorporarse al contrato. Con este primer control se trataría de garantizar al adherente la posibilidad de conocimiento de las cláusulas redactadas por el otro contratante, pero en modo alguno implica que tengan que ser efectivamente conocidas por él. Se fundamenta en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para aquellos contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales y al artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para aquellos contratos en los que interviene un consumidor. La gran diferencia con el segundo control (el material o sustantivo) es que con este último se persigue un conocimiento efectivo de las condiciones generales.

En esta tesis se abordarán con profundidad tales exigencias relativas al control de incorporación o inclusión. Sin ningún tipo de duda, en una primera aproximación al tema, consideramos oportuno destacar que los llamados contratos de adhesión fruto de la contratación en masa no tienen reflejo en el Código Civil, cuyo derecho de obligaciones y contratos se basa en la autonomía privada y los principios recogidos en el artículo 1255 de libertad e igualdad contractual:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

precio en relación al coste de la transacción y más elevado será el margen de beneficio para el oferente” (página 2). Sin duda alguna, habría que ligar competencia, que difícilmente podrá ser perfecta en un mercado donde los procesos de concentración la han erosionado, con procesos objetivos y basados en transacciones reales para concretar este precio de contrato, no olvidemos conformado por el índice de referencia y el diferencial o marginal.

CAPÍTULO SEGUNDO

Sin embargo, ya hemos puesto de relieve, como la realidad muestra que existe una manifiesta desigualdad entre las partes y una ausencia de negociación. Como paradigmático de la contratación bajo condiciones generales es sin duda el sector de la contratación bancaria y, en especial, el de las operaciones hipotecarias. En consecuencia, aquellas normas o presupuestos que regulan aspectos concretos cuya finalidad es la protección de la parte débil, en nuestro caso el adherente, habrá que buscarlos básicamente en cuerpos normativos ajenos al Código Civil⁹. Por tanto, será necesario extraer los requisitos de naturaleza formal necesarios en el iter contractual para garantizar el conocimiento por parte del adherente de las condiciones generales que se pretenden incorporar al contrato de los artículos de dos normas especiales como son la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

a) en primer lugar, que en el documento contractual (entendiendo por tal aquel donde se recoge el consentimiento de ambas partes) figuren las condiciones generales o una referencia expresa al documento donde estas se encuentren.

Sin ningún tipo de duda esta afirmación expresamente prevista por la ley supone el más firme apoyo a las tesis contractualistas de las condiciones generales de la contratación, no solo porque su exigencia de incorporación garantice el conocimiento efectivo de las cláusulas en el momento de perfección del contrato, sino también porque “impide que la incorporación de las condiciones generales de la contratación pueda alcanzarse a través de su consideración como uso, aunque sea meramente interpretativo¹⁰. Estamos completamente de acuerdo con la doctrina que

⁹ PÉREZ ESCOBAR, M. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVIII, año 2015, páginas 409 a 480. En relación con este tema defiende esta autora que, ante la extraordinaria importancia económica alcanzada por los contratos celebrados con condiciones generales de la contratación, “al menos su regulación básica” debería estar situada en el Código Civil ya que es el cuerpo legal destinado a contener el núcleo del Derecho de contratos (página 411). Se refiere en derecho comparado tanto al Código Civil holandés como al BGB alemán que incorporó al mismo el régimen sobre condiciones generales de la contratación en sus parágrafos 305 y siguientes y “recuperó la centralidad en el ámbito del Derecho privado, ganó en claridad y coherencia entre instituciones como consecuencia de la desaparición del conjunto de leyes civiles especiales que regulaban ámbitos concretos de los contratos de consumo, y dio además un paso importantísimo en orden a que el Derecho de los consumidores deje de ser considerado un derecho especial” (página 412). Esta línea es la que fue seguida en la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos, presentada en 2009 al Ministerio de Justicia por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación.

¹⁰ Un argumento que entre otros autores GONZALEZ PACANONOWSKA, I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (RODRIGO BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, coordinadores), Madrid, año 2000, página 151, emplean para reafirmar la naturaleza contractual de las condiciones generales. Señala dicha autora que las normas de incorporación conjuran el eventual peligro de una interpretación integradora del contrato, que, basándose en el artículo 1287 del Código Civil, pretendiera el desarrollo de la voluntad contractual conforme a las cláusulas “que de ordinario suelen establecerse”. Se trataría con estos requisitos de incorporación de impedir cualquier consideración de las condiciones generales empleadas por la empresa como uso, ni siquiera interpretativo, aunque pudiera probarse el carácter habitual de su inserción en los contratos de un determinado sector de la contratación, aunque incluso se

CAPÍTULO SEGUNDO

defiende que las condiciones generales son verdaderas cláusulas contractuales. Durante la tesis vamos a defender la necesidad de los diferentes sistemas de control con la finalidad principal de que, en nuestro caso, el prestatario, conozca o como mínimo pueda conocer dichas condiciones que formarán parte esencial del contrato. Nuestro argumento descansa tanto en todo un conjunto de exigencias que consideramos deben cumplir las entidades financieras (en fase precontractual y contractual) como en la obligación que tiene el prestatario desde un punto de vista jurídico de desarrollar un comportamiento diligente para conocer dichas condiciones generales. Como ejemplo, cabe citar las actuales fichas de información precontractual incorporadas a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (las denominadas FEIN y FiAE que han venido a sustituir a las llamadas FIPRE y FIPER). Son instrumentos que son desarrollados legislativamente para proteger al contratante débil, y además es importante destacar que le obligan a una actuación responsable y en este sentido toda la normativa que regula tales exigencias actúa como garante para su incorporación al contrato¹¹.

b) en segundo lugar, debe entregarse al adherente una copia de las condiciones generales, bien en el propio documento contractual, bien en el documento al que se refiere este.

c) en tercer lugar, las condiciones generales deben estar redactadas de forma legible y comprensible.

d) en cuarto lugar, no se exige en ninguna de las normas que comentamos que el adherente manifieste expresamente su voluntad de aceptar las condiciones generales. Su incorporación al contrato se deducirá de la celebración del mismo habiendo cumplido el predisponente con las cargas de los artículos señalados¹².

e) en quinto lugar, se exige transparencia en la redacción de las condiciones cuya incorporación se pretende. A diferencia de los requisitos anteriores, la transparencia implica que el alcance de las declaraciones de voluntad no se valore

pudiera probar que el adherente tuviera conocimiento de esta práctica (página 150). Señala el artículo 1.287 del Código Civil: “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”.

¹¹ DURÁN RIVACOBBA, R. “Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2008, número 706, página 692, pone el énfasis en el desinterés sobre el contenido de las condiciones generales “que se complementa con la inexistencia de una obligación jurídica de conocer el contenido de las condiciones generales de la contratación, a pesar de la carga cognoscitiva que se deduce de las normas sobre la materia”.

¹² ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, año 1991, página 190, señala que “sería impreciso hablar de un <acuerdo de inclusión> como algo siquiera abstractamente diferenciado del consentimiento contractual, salvo que las partes celebren un contrato modificativo del contrato principal por el que introduzcan unas condiciones generales en el mismo”.

CAPÍTULO SEGUNDO

con parámetros exclusivamente formales, sino que se tiene en cuenta con dicho requisito la protección de la libre y consciente decisión del aceptante. Nos referimos al principio de transparencia en sede de control de incorporación y lo debemos relacionar con la “claridad, concreción y sencillez” que no son sino manifestaciones de dicha transparencia. Nos referimos a ella como exigencia de la redacción de las cláusulas, tanto en relación con una cláusula individualmente considerada, como a todo el contrato: “unas condiciones generales excesivamente largas, sin apartados ni enunciados, pueden tener una redacción sencilla y clara, pero consideradas en su conjunto no ofrecen la transparencia que razonablemente puede exigirse, porque obligan al adherente a leer con cuidado todo el clausulado para encontrar aquello que le interese”¹³.

Es importante diferenciar esta transparencia del llamado “control de transparencia material” al que nos referimos en el apartado siguiente y que se refiere al conocimiento efectivo por parte del adherente tanto de la carga jurídica, como de la carga económica del contrato.

f) en último lugar, se exige que todos los requisitos señalados se hayan cumplido en el momento de la celebración del contrato.

La función que desempeñan, pues, estos requisitos es la de dotar al adherente de la información necesaria en la fase de celebración del contrato para que pueda adoptar una decisión racional: bien para que opte entre contratar y no contratar, bien para que una vez que se ha decidido a contratar, pueda seleccionar racionalmente entre las distintas ofertas del mercado¹⁴.

¹³ GONZALEZ PACANONOWSKA, I., ob.cit., página 188.

¹⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. ob.cit. página 192. Señala dicho autor que dichos requisitos, al aproximar y simplificar la información al cliente tienen como finalidad rebajar los costes de transacción y preparar el terreno para una más eficiente asignación de los recursos. Defiende que, desde una posición contractualista, que no comparte, estas normas responden al denominado control de consentimiento o control de procedimiento de formación del contrato, y apunta que “un control de las condiciones generales coherente con su consideración como cláusulas contractuales debería apoyarse básicamente, no en el control de contenido, sino en normas del tipo de las que examinamos”. (página 193).

Critica dicho autor que lamentablemente nuestro legislador ha otorgado un papel muy secundario al control de inclusión en relación con el control de contenido. Argumenta que la eficacia o funcionalidad de estas normas para garantizar la libertad de decisión de los adherentes resulta más que dudosa en el caso de condiciones generales: “los adherentes no se molestan en leer y comparar las condiciones generales, y, en todo caso, es esta conducta que habría que modificar para que las normas que elevan la información no resultaran inútiles. Si se imponen requisitos de transparencia excesivamente onerosos, se dificulta la consecución de uno de los efectos pretendidos con el empleo de condiciones generales, es decir, la aceleración y simplificación de la celebración de los contratos, sin que ello venga compensado por un contenido equilibrado de las mismas” (página 195).

Destacar que dicho autor niega, como hemos señalado, la naturaleza contractual de las condiciones generales y considera que tienen una eficacia declarativa de las normas y principios legales aplicables al contrato (página 93). Su argumento es que “el fundamento contractualista de la validez de las condiciones generales ha conducido a una incorrecta comprensión de la cláusula general provocando que el legislador la concibiera como un límite a la <libertad contractual> del predisponente cuando su función es indicar a los jueces que sólo deben admitir la validez de las condiciones generales cuyo contenido sea conforme con las normas y principios legales” (página 94).

CAPÍTULO SEGUNDO

Estos requisitos relativos al control de inclusión y la normativa interna a la que nos hemos referido (tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como el actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), traen causa de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Nos referimos a la misma en este punto por su importancia y notable influencia sobre esta materia de la contratación con condiciones generales y porque estableció las pautas para el control de las estipulaciones incorporadas a los contratos de adhesión. Sin ningún tipo de duda es la “referencia normativa más importante que existe a nivel europeo en relación con estas materias”¹⁵.

La Directiva se aplica según el artículo 3.2 a todas aquellas cláusulas no negociadas individualmente en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, y, considera que “una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. Relacionado directamente con los requisitos de incorporación encontramos el artículo 5 que señala: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”; y también hallamos el punto i) del Anexo que recoge dentro del elenco de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: “hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”. A lo largo de la tesis abordaremos con profundidad estas cuestiones que, recordemos, persiguen dar toda la información necesaria al adherente para que pueda tomar la decisión de contratar o no con pleno conocimiento de causa.

B) EL CONTROL DE TRANSPARENCIA REAL O MATERIAL. También se denomina segundo control de transparencia o de transparencia cualificado.

Se trata de un nuevo control de transparencia ligado al conocimiento efectivo por parte del cliente bancario de la carga real (comprendiendo en este concepto tanto la carga económica como la carga jurídica del contrato) asumida al prestar el

En términos opuestos y defendiendo la teoría contractualista PÉREZ ESCOBAR, M., ob.cit. página 415, reafirma la importancia del control de incorporación ya que pese a que el mismo tenga que ser seguido por un control de contenido o material “dirigido a garantizar el equilibrio de las prestaciones conforme al principio de buena fe, es necesaria esta primera intervención legislativa dirigida a procurar en fase de formación del contrato, que el adherente tenga conocimiento o, al menos, posibilidad de conocer su contenido, lo cual deriva en la necesidad de que las condiciones generales de la contratación estén redactadas de forma comprensible”.

¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Contenido y efectos del contrato”, *Derecho Privado Europeo*, Sergio Cámara Lapuente (Coordinador), Madrid, año 2003, página 443.

CAPÍTULO SEGUNDO

consentimiento en relación con un determinado contrato¹⁶. Este control, antes de su reconocimiento en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, nació como creación jurisprudencial y aparece, por primera vez, con total nitidez a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013, de 9 de mayo, en relación con las cláusulas suelo de las hipotecas¹⁷. Reproducimos los siguientes Considerandos de dicha Sentencia que, bajo el enunciado de “El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores”, introduce por primera vez este control¹⁸:

¹⁶ Sin duda alguna la cuestión de si es posible un control de los llamados esenciales del contrato ha sido un tema de importante discusión doctrinal y jurisprudencial. Con carácter previo a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, un sector doctrinal se había pronunciado sobre la cuestión de si era posible el control de contenido de estipulaciones concretas relativas al precio o al objeto principal del contrato. CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, año 2006, aborda esta cuestión partiendo de la polémica de la transposición o no al ordenamiento español del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Defiende dicho autor que no cabe “hablar técnicamente de cláusulas abusivas en relación con los elementos esenciales del contrato” y sostiene que habrá que buscar en el ordenamiento jurídico (Código Civil, leyes civiles sectoriales, leyes administrativas, normas sobre información precontractual, ...) cauces de protección frente a lo que denomina “fraudes en la descripción del objeto contractual” (página 180). Cita a favor de esta línea abundante doctrina: EMPARANZA, A; PAGADOR LÓPEZ, J. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., entre otros.

¹⁷ Diversos autores se mostraron críticos, en su momento, con la creación de este control de transparencia por vía jurisprudencial como independiente y distinto tanto de los controles de inclusión y de contenido o abusividad. Entre otros: OLIVENCIA RUIZ, M. “Las cláusulas suelo en los contratos de préstamos bancarios con consumidores”, en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, (Dirigida por MIRANDA SERRANO, L.), año 2015, página 256, se muestra crítico con la creación de este control de transparencia por esta vía jurisprudencial, por considerar que carece de base y fundamento en nuestro Derecho y que constituye una creación judicial del Derecho que invade el ámbito del poder legislativo; CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, 1ª edición, Aranzadi, año 2006. “Sin perjuicio de lo sugerente del planteamiento... no resulta patente que el artículo 4.2 de la Directiva contenga un deber de transparencia distinto del control de inclusión formulado en otros preceptos de la misma; y también debe ponderarse si tal deber no podría entenderse comprendido en una formulación amplia del control de inclusión” (páginas 124 y 125); CASADO NAVARRO, A. “El control de transparencia como <llave> del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *La Ley Mercantil*, número 11 de febrero de 2015, página 50 a 62, considera que en todo caso se trataría de un “control menor” que en todo caso se configuraría como control cuando se cuestionaran las cláusulas calificadas como condiciones generales relativas al objeto principal del contrato y que únicamente los controles de inclusión y contenido son los auténticos mecanismos de fiscalización de las condiciones generales, pues son los únicos que determinan una consecuencia jurídica (no incorporación si nos referimos al control de inclusión y nulidad en el de contenido) a unos concretos supuestos de hecho.

¹⁸ Aunque sin duda es esta la sentencia que estableció con total claridad y nitidez este control de transparencia, la línea jurisprudencial sobre el mismo se inició con una serie de sentencias del propio Tribunal Supremo que de forma breve enumeramos: Sentencia 663/2010, de 4 de noviembre, enjuiciaba la validez de la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios y basándose en la STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto Caja Madrid) argumentaba para decretar la nulidad de dicha estipulación que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las estipulaciones relativas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, si bien, no se pronunciaba sobre si la cláusula de redondeo al alza se podía considerar elemento esencial del contrato. Sentencia 406/2012, de 18 de junio, sin duda alguna la primera sentencia que intenta delimitar un control de transparencia distinto del de contenido. En esta sentencia se resolvía sobre una cláusula de intereses ordinarios de un préstamo hipotecario del 20,50% fijo durante todo el contrato. En el Fundamento de Derecho 4, apartado 3 se señala que “el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que, en conjunto, el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”. Falla la sentencia considerando la validez del tipo de interés no aplicando la ley de

CAPÍTULO SEGUNDO

“209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas examinadas de forma aislada cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente..., aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la <carga económica> que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la <carga jurídica> del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

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

Por tanto, y de forma resumida, la finalidad del control de transparencia material es doble, de forma que el adherente pueda conocer con sencillez:

a) la carga económica que supone para el adherente el contrato celebrado. Se trata de que perciba la onerosidad o el sacrificio patrimonial que tiene que realizar en compensación a la prestación económica que quiere obtener.

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

El conocimiento de esta denominada carga jurídica exige comprobar que la información facilitada permita: en primer lugar, que el adherente perciba que la cláusula define el objeto principal del contrato y que tiene relación directa con el contenido de su obligación de pago, y, en segundo lugar, que el adherente tenga un

usura ya que señala que “la aplicación de dichos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios, o a su proyección respecto de la libertad del pacto de tipos de interés, ya que su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia” (Fundamento de Derecho 4, apartado 2).

CAPÍTULO SEGUNDO

conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar esta cláusula en la economía del contrato, de forma que, en nuestro caso el prestatario, antes de la efectiva formalización del contrato pueda tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa. Con ello, sin duda alguna se intenta dar respuesta a una cuestión que afecta directamente a la cláusula objeto de estudio de esta tesis: ¿pueden ser sometidos a control los elementos esenciales o principales de un contrato, en concreto, su objeto principal y la adecuación entre precio y contraprestación?

Para dar respuesta a esta cuestión es de interés mencionar, en relación con la cláusula de interés variable en divisa de un préstamo hipotecario, el planteamiento que se realiza como cuestión prejudicial en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-186/16, caso Andriuc) de cómo debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en el sentido de determinar si dicha estipulación se incluye en 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”. Se resuelve la misma en el sentido de que la definición del objeto principal del contrato o, dicho en palabras del Tribunal Europeo, la “prestación esencial de ese contrato que, como tal, lo caracteriza”, es la estipulación incluida en un contrato de crédito mediante la cual: “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” (Apartados 38 y 39).

Asimismo, respecto de esta cuestión, destacamos por su claridad en relación sobre cuál es el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2005 que realiza una consideración detallada sobre lo que se debe entender como “precio” del contrato:

“Por el contrario, sin perjuicio de los elementos esenciales conformadores de todo contrato, cuales son el consentimiento, objeto y causa – artículo 1261 del Código Civil -... constituyen elementos esenciales y específicos del contrato de préstamo la prestación, y el precio, esto es, el capital cierto y determinado entregado por la entidad bancaria o financiera, y la contraprestación del cliente consistente en la devolución y remuneración de ese capital, excluyéndose, incluso, como prestación principal, el pago de intereses moratorios por incumplimiento contractual. En los préstamos hipotecarios a interés variable constituye el precio exclusivamente, conjuntamente con el pago del principal entregado, el índice o tipo de referencia y el diferencial, que determinan el tipo de interés anual remuneratorio durante la vida del préstamo”.

Como hemos señalado, la cuestión reside en cómo debe interpretarse el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Según dicho artículo:

CAPÍTULO SEGUNDO

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Al margen de su posterior desarrollo en el capítulo de la tesis donde analizaremos con profundidad el control de transparencia material aplicable a los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, consideramos oportuno destacar las siguientes cuestiones en relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13:

1ª.- Quedan fuera del ámbito objetivo, con base en el artículo señalado, las cláusulas que versen tanto sobre la “definición del objeto principal”, como sobre la “adecuación entre precio y contraprestación”. Ambas estipulaciones constituyen los que podemos calificar como elementos esenciales del contrato.

2ª.- Esta exclusión desaparece y, por tanto, quedan sometidas a la Directiva las cláusulas que aún refiriéndose a los elementos esenciales no se redacten de manera clara y comprensible.

3ª.- El fundamento de la exclusión de dichas cláusulas referidas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y contraprestación del control de contenido o abusividad (al que posteriormente nos vamos a referir), siempre y cuando estén redactadas de manera clara y comprensible, se encuentra en los siguientes argumentos¹⁹:

a) no es defendible entender que el prestatario no ha tenido en consideración y, por tanto, que no ha prestado su auténtico consentimiento a estas dos cuestiones determinantes del contrato: las características del objeto o servicio, en nuestro caso, el importe del capital prestado por la entidad financiera y el precio, o tipo de interés – índice de referencia más diferencial – que se le solicita como contravalor.

Sin ningún tipo de duda será necesario incidir en la relevancia de la información precontractual como elemento sine qua non de la transparencia porque, no olvidemos, la práctica así lo demuestra, que la escritura de préstamo se otorga por el prestatario en la práctica totalidad de casos al mismo tiempo que se firma la escritura de compra del inmueble financiado, y en este momento este no tiene ningún margen de maniobra para buscar financiación sin frustrar la compraventa. En este sentido, la cláusula relativa al objeto principal del contrato tendrá que ser

¹⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*. Editorial Aranzadi, año 2006, página 19; EMPARANZA, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 231, página 473.

CAPÍTULO SEGUNDO

conocida y valorada antes de la formalización del préstamo²⁰.

b) no es sostenible el control sobre cuestiones puramente económicas. Hay que traer a colación el artículo 38 de la Constitución que señala que en el marco de la economía de mercado:

“Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso reconoce la libertad de empresa en el, de la planificación”.

c) el sistema contractual se asienta en la autonomía de la voluntad, que sufriría un cercenamiento importante caso de admitirse el control de los elementos esenciales del contrato. De hecho, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia califican las condiciones generales como cláusulas contractuales, “sometidas eso sí, a un control específico más intenso que el marcado con carácter general por el artículo 1255 del Código Civil”²¹. La argumentación de esta llamada doctrina contractualista parte de las siguientes premisas ²²:

1ª.- el carácter vinculante de las condiciones generales. Esta premisa considera legítimos los intereses de las empresas en racionalizar su actividad contractual.

2ª.- la imposibilidad constitucional de reconocer un poder normativo a los empresarios, lo que, de hecho, supone el rechazo a la fundamentación normativista, vinculada a la concepción institucional de la empresa que la considera como servicio privado de utilidad pública²³.

²⁰ DE BLAS JAVALOYAS, J.R., “Las acciones judiciales de reclamación en la contratación bancaria con consumidores y el control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato”. *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, número 1, marzo de 2018, página 45.

²¹ Planteamiento expuesto y al mismo tiempo criticado por ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, año 1991, página 52

²² DE CASTRO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1961, página 302; GARCIA AMIGO, M. *Condiciones generales de los contratos*, año 1969, página 145, señala “su eficacia vinculante debe provenir necesariamente de las fuerzas subjetivas...En otras palabras, puesto que son fuerzas subjetivas quienes las formulan ya que proceden de los particulares carentes de poder legislativo, la sola eficacia posible es la que pueda serle conferida a través del negocio jurídico”; LACRUZ BERDEJO, J.L./SANCHO REBULLIDA.F. de A./LUNA SERRANO,A./DELGADO ECHEVERRÍA,J./RIVERO HERNÁNDEZ,F./RAMS ALBESA *Elementos de Derecho Civil II-2*, Derecho de obligaciones, volumen primero, parte general, Teoría general del contrato, Madrid, año 2007., página 342; ALBADALEJO, M. *Derecho Civil*, II, Derecho de obligaciones, año 2004, página 390; PÉREZ ESCOBAR, M. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, año 2015, página 415.

²³ Se refiere a esta teoría de la empresa como institución social portadora de intereses generales ALFARO AGUILA-REAL, J. ob.cit. páginas 41 y siguientes, señalando que únicamente el Código Civil italiano responde en cierta manera a esta concepción de empresa. De hecho, los artículos 1341 y 1342 de dicho código no exigen ni siquiera la adhesión del cliente para considerarlas vinculantes, bastando con que éste las hubiera conocido o podido conocer utilizando una diligencia ordinaria. Se muestra crítico con esta teoría normativista ya que su mayor debilidad es que considerando el concepto de empresa como servicio privado de utilidad pública

CAPÍTULO SEGUNDO

3ª.- la inexistencia de otras fuentes de vinculación que no sean la norma o el contrato.

d) el funcionamiento del mercado, antes ya nos hemos referido al modelo consagrado por el artículo 38 de nuestra Constitución, que implica un modelo económico-constitucional en el que rige la libertad de precios, marco en el que tendrán que desarrollarse las negociaciones sobre los elementos esenciales del contrato.

C) EL CONTROL DE CONTENIDO O DE ABUSIVIDAD. Este control está basado en los artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este control persigue que las cláusulas predispuestas no sean contrarias ni a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ni a una ley imperativa o prohibitiva y, en todo caso, que no tengan la consideración de abusivas. En este sentido, el artículo 8 LCGC señala:

“1.- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2.- En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”²⁴.

Esta remisión del artículo 8 de la LCGC a la Ley 26/1984 se entiende realizada actualmente al artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que dispone:

“1.-Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante

“consideran erróneamente que los legítimos intereses de las empresas en estandarizar su contratación solo pueden protegerse declarando vinculantes las condiciones generales y atribuyendo a las empresas un poder reglamentario lo que no solo resulta innecesario sino, constitucionalmente imposible” (página 42). En el mismo sentido DE CASTRO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1.961, páginas 306 a 317, que señala que atribuir este poder reglamentario a la empresa es incompatible con el Estado de derecho.

²⁴ La remisión tanto al artículo como a la disposición adicional debemos entender que se refiere a los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por cuanto este entró en vigor el día 1 de diciembre de 2007 (Artículo único TRLGDCU: “Se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al que se incorpora lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...”).

CAPÍTULO SEGUNDO

de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...

3.- El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4.- No obstante, lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

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

La primera cuestión que ya habíamos puesto de manifiesto es que el control de contenido no se aplica a aquellas cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato que, en todo caso, habría que someter al que hemos calificado como control de transparencia material o control de transparencia cualificado. Y, en segundo lugar, como señala una parte de la doctrina, deducido de los artículos que hemos transcrito (artículo 8 LCGC y 82 TRLGDCU) habrá que recurrir al control de contenido para aquellas cláusulas que deroguen bien el derecho imperativo o bien el derecho dispositivo²⁵.

Analizaremos en el capítulo V de la tesis todas las cuestiones que plantea el control de contenido o abusividad directamente relacionadas con los distintos elementos de la cláusula de interés variable con exclusión de lo que es estrictamente el precio²⁶.

²⁵ ALFARO AGUILA REAL, J. “El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 67, año 1997, señala “el sentido del control de contenido que se articula a través de las previsiones comentadas no es otro que limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de modo que solo pueda establecer un derecho que sería homologado por el legislador, es decir, un derecho que resulta coherente – para decirlo con las palabras del artículo 1258 del Código Civil – con el *derecho dispositivo* (la cursiva es nuestra), los usos y la buena fe. Otro derecho, aunque pudiese ser homologado por la autonomía privada, ha de perecer, ya que en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas predispuestas faltan precisamente las bases que permiten confiar a la autonomía privada la producción del reglamento contractual. En este sentido conviene precisar que lo que ha de juzgarse abusivo en un contrato integrado por cláusulas predispuestas nada tiene que ver con lo que merece esa consideración en un contrato negociado. Los patrones de enjuiciamiento son muy distintos en uno y otro sistema de contratos. Buena prueba de ello es que la mayoría de cláusulas concretas que esta ley prohíbe no serían objetables en el seno de contratos negociados, precisamente porque estarían amparadas por la autonomía privada...al que aspira a regular unilateralmente el contenido de un contrato en la conciencia de la falta de influencia de su contraparte sobre el mismo no le está permitido apartarse sin justificación de las normas y principios del Derecho dispositivo”. En parecidos términos CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi, año 2006, páginas 78 y 79.

²⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J. *Las condiciones generales de la contratación*, año 1991: “La fijación de los precios y de las ofertas de bienes y servicios viene encomendada al mecanismo del mercado por medio de la

CAPÍTULO SEGUNDO

D) REMEDIOS GENERALES, LEGISLACIÓN DE DERECHO PRIVADO DE TIPO SECTORIAL Y NORMATIVA ADMINISTRATIVA: Expuestos los tres controles antes señalados, es muy importante señalar, que en nuestro ordenamiento estos no agotan los posibles remedios para corregir injusticias contractuales. En este sentido podemos enumerar²⁷:

a) Remedios generales:

- la moral o el orden público como límites a la libertad contractual (artículo 1255 del Código Civil: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público”);

- la buena fe (artículos 7.1 y 1258 del Código Civil: “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” y “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no solo 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”);

- el abuso del derecho (artículo 7.2 del Código Civil: “la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”);

- el fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”);

- los vicios del consentimiento (artículos 1265 y siguientes del Código Civil: “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”)²⁸;

competencia...no debe posibilitarse un control de los precios o de las ofertas de bienes y servicios por medio del control de contenido”, página 141.

²⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. *El control de las cláusulas <abusivas> sobre elementos esenciales del contrato*. Editorial Aranzadi, año 2006, página 85 y siguientes. Apunta dicho autor que los controles señalados en relación con los contratos no negociados individualmente no tienen ningún sentido en los contratos efectivamente negociados, ya que en ellos la voluntad de las partes recobra su plena virtualidad, lejos de la imposición que suponen los contratos de adhesión (página 84).

²⁸ Es importante señalar que el control de transparencia material como parámetro abstracto de validez hay que situarlo fuera del ámbito del error propio o error vicio. En relación con esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017 en su Fundamento de Derecho noveno señala al enjuiciar la validez de un

CAPÍTULO SEGUNDO

- la moderación judicial de las penas convencionales (artículo 1154 del Código Civil: “el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”);

- el requisito de la objetividad que impide dejar al arbitrio de la entidad financiera cualquier modificación del tipo de interés (artículo 1256 del Código Civil: “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” y artículo 1115 del Código Civil: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”)²⁹. Precisamente la objetividad, requisito que será analizado con profundidad durante la tesis por su trascendencia en la configuración del índice de referencia, es, dentro de estos remedios generales deducidos del Código Civil destinados a proteger a la persona en las relaciones jurídicas generales, determinante en la configuración de la cláusula de interés variable.

b) Legislación de derecho privado de tipo sectorial: referida a aquellos límites a la autonomía de la contractual fijados por la ley directamente relacionados con el tipo de interés. Ejemplos directamente relacionados con los contratos de préstamo son: la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 o la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo en relación con los intereses por descubierto en cuenta corriente al establecer como límite una T.A.E. superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

En cuanto a los intereses, avanzar en este punto, que, si bien rige el principio de autonomía contractual en la determinación de la cuantía de los tipos de interés, existen unos límites imperativos que se proyectan sobre dicho principio, algunos delimitados por las leyes que antes hemos señalado. Sin perjuicio del posterior

contrato de swap o permuta financiera que creía el adherente le protegía el coste de financiación frente a posibles subidas de los tipos de interés: “la entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero, lo que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros, es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo el incumplimiento del deber de información”.

²⁹ Con ambos artículos nos situamos ante las llamadas “condiciones potestativas” (frente a las casuales), en cuanto condición que depende de la voluntad de una de las partes de la relación jurídica sometida a condición. Frente a estas condiciones potestativas, están las condiciones casuales en las que el hecho previsto no depende de la voluntad de las partes. El problema de estas condiciones potestativas radica en que el hecho condicionante dependa de la voluntad de una de las partes, así serán nulas las que dependan “de la exclusiva voluntad del deudor” (artículo 1115) y en parecidos términos según el artículo 1256 “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

CAPÍTULO SEGUNDO

análisis que con mayor profundidad vamos a realizar posteriormente consideramos oportuno distinguir los intereses remuneratorios, moratorios y procesales:

- Los intereses remuneratorios, objeto principal de estudio de la tesis, tienen carácter retributivo y según el artículo 1755 del Código Civil solo se deben si han sido pactados (“No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”) y además este pacto deberá respetar en todo caso las previsiones de la ley de 23 de Julio de 1908, de la Usura. En su artículo 1 establece tres supuestos en los que el contrato de préstamo tiene dicho carácter: 1º.- al préstamo en el que “se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”; 2º.- el que se estipule “en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”; 3º.- el contrato “en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias”.

- Los intereses moratorios tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios que puedan ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación dineraria (la STS de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real es abusiva la cláusula que fija un interés de demora superior en dos puntos al remuneratorio pactado).

- Los intereses procesales son los establecidos con la finalidad de fomentar el cumplimiento por parte del deudor de las sentencias de condena al pago de una suma de dinero. Están previstos en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cual dispone que “desde que se dicte en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida devengará en favor del acreedor, un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o disposición de la ley”.

Como hemos indicado, la tesis se centra en el estudio de la cláusula de interés variable que regula los intereses remuneratorios del contrato de préstamo hipotecario. Constituye el elemento esencial del negocio y, en este sentido, es el eje del contenido económico del mismo por contraposición al contenido normativo que posteriormente iremos concretando a efectos de delimitar qué control es aplicable sobre las cláusulas que conforman no solo ambos contenidos sino también cuáles merecen la calificación de elementos principales y accesorios y los controles aplicables en función de dicha calificación.

c) Normativa administrativa. Constituida básicamente por órdenes ministeriales y circulares del Banco de España, todas ellas de gran importancia en el tema objeto de estudio. Se analizará la evolución de esta normativa sectorial de carácter administrativo ya que a través de la misma se puede constatar la evolución

CAPÍTULO SEGUNDO

de la contratación bancaria en el sector hipotecario de cliente minorista. En relación con la misma se plantea la cuestión de si la misma es aplicable o no a la relación banco-cliente o si solo trasciende a la relación Banco de España-entidad de crédito³⁰. Defendemos que son diferentes la “ordenación del crédito” y la “regulación de los contratos bancarios”. Sin ningún tipo de duda, la primeras son normas de Derecho Público que disciplinan las relaciones entre la Administración y las entidades financieras, por contra, las normas que regulan los contratos bancarios son, así lo hemos expuesto, de Derecho Privado y contemplan las relaciones entre dichas entidades y sus clientes³¹. Adicionalmente hay que traer a colación el argumento de que la potestad reglamentaria se encuentra, en función del artículo 53.1 de la Constitución, limitada en función de la reserva de ley y, ya lo habíamos señalado, establecer límites a la actividad de las entidades de crédito afectaría a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la propia Constitución.

3.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

1) Defendemos que el tipo de interés remuneratorio, es decir, la cláusula de interés variable se determina por la iniciativa empresarial que diseña la oferta comercial tanto en cuanto al precio como en cuanto a la concesión de la operación, todo ello dentro de unos límites establecidos por el legislador y que serán objeto de análisis en la tesis. Esta oferta de préstamo, principalmente en las operaciones a interés variable que posteriormente se plasmará en la escritura de préstamo hipotecario deberá ser comunicada de forma clara y comprensible, circunstancia no siempre fácil de valorar por adherentes que carecen de conocimientos especializados.

2) La obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro: el primero, aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que el adherente sea o no consumidor, es el llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula en el contrato reconocido en el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

³⁰ En relación con este tema encontramos opiniones doctrinales enfrentadas. De una parte, ILLESCAS ORTÍZ, R., “Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 1989, número 34, páginas 261 a 289; PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor a crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, año 1996, páginas 181 a 195 y BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “La infracción de Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica sustantiva”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 1995, número 58, páginas 533 a 544, defienden que la normativa sectorial se incluye dentro de los límites de la libertad contractual establecidos en el artículo 1255 del Código Civil y por tanto son aplicables a la relación banco-cliente. De otra, ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España”, *Instituciones del Mercado Financiero*, Volumen I, año 1999, páginas 11 y siguientes, sostiene que las circulares del Banco de España no pueden afectar a la contratación bancaria.

³¹ En este sentido NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Editorial Aranzadi, año 2016, página 209 y CUÑAT EDO, V., “El sistema de fuentes en el Derecho contractual bancario”, en *Protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Estudios de Derecho Judicial, número 55, Valencia, año 2005, páginas 286 y 287.

CAPÍTULO SEGUNDO

que atiende a la transparencia formal de las condiciones generales. El segundo filtro, limitado conforme a la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al caso de contratación con personas físicas, sean o no consumidores, se articula a través del control de transparencia material como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado. Por tanto, atiende a la comprensibilidad real, que no formal o meramente gramatical, de los aspectos básicos del contrato. En este sentido, el control de transparencia material tiene en cuenta aquellos elementos que definen el objeto principal del contrato, en nuestro caso el precio, es decir, la cláusula de interés variable que habrá que analizar para distinguir dentro de la misma los elementos esenciales de los accesorios.

3) Además de estos dos controles está el llamado control de contenido o abusividad que considera como tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (artículo 82 TRLGDCU). Es un control que considera el equilibrio normativo entre derechos y obligaciones del contrato. En tal sentido, ni el objeto principal del contrato ni el acuerdo sobre el precio podrán ser objeto de control de contenido o abusividad, cuyo ámbito objetivo, por tanto, vendrá delimitado por las cláusulas de contenido jurídico.

4) Adicionalmente, junto a estos controles específicos, están las reglas deducidas del Código Civil y de la legislación de derecho privado de tipo sectorial. En cuanto al Código Civil destacar los principios deducidos de los artículos según los cuales “el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes” (artículo 1256 del Código Civil) y “la obligación condicional será nula cuando el cumplimiento de la condición dependa exclusivamente de la voluntad del deudor” (artículo 1115 del Código Civil). De ambos artículos deducimos la inadmisión de las condiciones potestativas entendidas como la posibilidad de producir efectos jurídicos en la relación contractual solo con la voluntad de una de las partes frente a la que se sitúa la otra parte que, precisamente por la vinculación contractual tiene que aceptar y tolerar la modificación jurídica ³².

De estos remedios generales deducidos del Código Civil destinado a proteger a la persona en las relaciones jurídicas generales situamos un requisito básico en la configuración de la cláusula de intereses variables: la objetividad del índice de

³² CAÑIZARES LASO, A. “Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos”. *Revista para el Análisis del Derecho*, año 2017, página 17.

CAPÍTULO SEGUNDO

referencia en cuanto que pieza fundamental en la determinación de los elementos de la relación contractual. Este requisito será analizado con profundidad en el capítulo VI de la tesis.

En este capítulo VI, atendiendo al requisito de la objetividad del índice de referencia intentaremos dar respuesta a si los dos índices más utilizados en el mercado hipotecario español: euríbor y IRPH Entidades son objetivos principalmente atendiendo principalmente a la metodología y modo de cálculo de los mismos. Pondremos, además, de relieve como la cláusula de interés variable contiene más elementos que el propio índice de referencia: “procede distinguir entre el índice propiamente dicho, por una parte, y la cláusula contractual que acuerda la aplicación de dicho índice para establecer el tipo de interés del préstamo, por la otra” (Observación 25 del Informe de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2018 sobre el índice IRPH).

CAPÍTULO TERCERO

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO A INTERÉS VARIABLE.

1.- INTRODUCCIÓN

En el capítulo precedente hemos planteado, de conformidad con las diferentes líneas doctrinales y jurisprudenciales actuales, los sistemas de control directamente relacionados con los contratos de adhesión y, en especial, con la cláusula de interés variable de los préstamos hipotecarios. En este capítulo nos centramos en el llamado control de incorporación o inclusión, también denominado control de transparencia formal o documental o primer control de transparencia, que podemos definir como aquel que nos permite analizar los requisitos de naturaleza formal que necesariamente deben concurrir en el proceso de formación del contrato para garantizar, de una parte, el acceso del adherente o prestatario al contenido de las condiciones generales que se incorporarán al préstamo hipotecario y, de otra, garantizar que dichas condiciones generales puedan formar parte válidamente del contrato¹.

Como indica el encabezamiento de este capítulo, abordamos el estudio de una de las ópticas clásicas desde las que se puede analizar el contenido contractual y su eficacia entre las partes. Es el llamado control de incorporación de unas condiciones generales en un contrato determinado. Al mismo se refieren fundamentalmente los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 80.1 a) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios².

¹ PÉREZ ESCOBAR, M. “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, año 2015, página 414.

² Artículo 5 LCGC: “Requisitos de incorporación. 1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte) por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas...”

CAPÍTULO TERCERO

La finalidad de este control es “discernir cual es el contenido del contrato, sobre qué realidad se ha emitido el consentimiento contractual, o cabe entenderlo emitido, aunque realmente no haya tenido lugar”³.

2.- DEFINICIÓN Y FUNCIÓN DE LOS REQUISITOS DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN O PRIMER CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Enumerados en el capítulo anterior los controles que, a nuestro entender, persiguen el restablecimiento del equilibrio contractual en los contratos bancarios de adhesión vamos a analizar, en este capítulo, el primero de ellos del que se ocupan la LCGC y el TRLGDCU en los artículos antes citados al señalar los requisitos formales que ha de cumplir quien utilice condiciones generales para garantizarse su incorporación al contrato, es decir, para que las cláusulas previamente redactadas pasen a formar parte de un determinado contrato. Se exige, de forma genérica en los contratos celebrados conforme a condiciones generales y de forma específica en los contratos de préstamo hipotecario, el cumplimiento por el predisponente de determinados requisitos formales en el momento de su celebración⁴.

Consideran la LCGC y el TRLGDCU incluidas en un contrato unas determinadas condiciones generales si ha existido: “...transparencia, claridad,

4.- La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.”

Artículo 7 LCGC: “No incorporación. 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 del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o 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.”

Artículo 80.1 a) LGDCU: “Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente. 1.- En los contratos no consumidores u usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones Públicas y las entidades de ella dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenviar a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa su lectura.
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

³ COCA PAYERAS, M. Comentando la letra a) del párrafo 1º del artículo 10 de la LGDCU, de idéntica redacción al artículo 80 en “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, Edición coordinada por R.Bercovitz y J.Salas. Editorial Civitas, Madrid, año 1992, página 234.

⁴ PÉREZ ESCOBAR, M., ob.cit.loc.cit.

CAPÍTULO TERCERO

concreción y sencillez“ (artículo 5.4 LCGC) ⁵; “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenviar a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual” (artículo 80.1 a) TRLGDCU).

De la redacción de estos preceptos se deducen los siguientes requisitos⁶:

a) En el documento contractual deben figurar las condiciones o una referencia expresa al documento en que estas se encuentren. Observemos que esta exigencia es similar a la del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro⁷. Hay que señalar que normalmente en el sector de la contratación bancaria las condiciones generales están redactadas y disponibles en el contrato o en otro documento que puede añadirse al mismo.

b) La entrega al adherente de una copia de las condiciones generales.

c) Las condiciones generales deben estar redactadas de forma legible y comprensible.

d) Todos los requisitos expresados deben haberse cumplido en el momento de la celebración del contrato.

Dos son, básicamente, las funciones que se derivan de la exigencia de estos requisitos en la contratación bajo condiciones generales: comprensibilidad o

⁵ En la redacción del Anteproyecto de esta Ley se establecía: “Las condiciones generales de la contratación deberán redactarse de forma clara y precisa. Siempre que sea posible, quien aplique las condiciones generales deberá proporcionar una información clara, veraz y suficiente de las mismas a la otra parte contratante, de manera que ésta pueda conocerlas usando una diligencia ordinaria. Para que las condiciones generales de la contratación se consideren incluidas en un contrato deberán figurar en su documento o acompañarse en un documento complementario. Deberá entregarse al interesado un ejemplar del contrato y, en su caso, del documento complementario.

⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Las condiciones generales de la contratación”. Editorial Civitas, año 1991, páginas 189 y siguientes. En el mismo sentido RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Contratos bancarios” Edición del Consejo Oficial de Corredores de Comercio, Madrid 1992, páginas 932 y siguientes; CÁMARA LAPUENTE, S., ob.cit., páginas 98 y siguientes; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas”, *Revista Jurídica del Notariado*, año 2000, páginas 9 a 36; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española”, *Revista Española de Seguros*, año 2004, páginas 7 a 46.

⁷ Artículo tercero: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”.

CAPÍTULO TERCERO

transparencia y publicidad.

a) **La función de comprensibilidad o transparencia** tiene como finalidad dotar al cliente de la información necesaria en la fase de celebración del contrato para que pueda adoptar una decisión racional, bien para que opte entre contratar y no contratar, bien para que una vez que se haya decidido a contratar pueda seleccionar racionalmente entre las distintas ofertas del mercado. Es decir, nos situamos ante la exigencia de que las condiciones generales estén redactadas de forma comprensible para que el prestatario pueda tomar una decisión con la máxima información posible. Sin ningún tipo de duda la cuestión más complicada es determinar cuál debe ser esta información en función del perfil del adherente. Esta cuestión será abordada en capítulos posteriores intentando fijar criterios objetivos para valorar cómo concretar esta información en función de la clasificación que podamos dar al contratante débil⁸.

En esta idea de comprensibilidad o transparencia formal se enmarcaba la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. La misma fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que recoge los principios que había establecido la norma derogada, ampliándolos y recogiendo los últimos avances que se han ido desarrollando en el ámbito sectorial del tráfico financiero minorista. Destacar en este campo los cambios en aspectos como crédito al consumo, servicios de pago, publicidad y principalmente la transformación en la comercialización de servicios bancarios vinculada a la expansión del crédito hipotecario, a la complejidad de los nuevos productos financieros y a las consecuencias de la grave crisis del sector financiero iniciada en 2008. Referencia expresa a esta función la encontramos también en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) al exigir a las condiciones generales una redacción ajustada a los criterios de “transparencia...” dentro de los requisitos de incorporación del artículo 5.5.

⁸ A nivel europeo existe la normativa MIFID relativa a los mercados de instrumentos financieros que sin duda alguna por los objetivos que persigue debería poder aplicarse a las operaciones hipotecarias en las que se establece una revisión en base a un índice de referencia. La normativa europea está desarrollada en la Directiva 2014/65/EU relativa a los mercados de instrumentos financieros y el Reglamento UE 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros. Ambas normas tienen como objetivo mejorar y aumentar la transparencia en los mercados y reforzar la protección del inversor, regulando de manera pormenorizada el asesoramiento en la comercialización de productos financieros. Ciertamente no es posible su aplicación a la operación de préstamo o crédito ya que su ámbito objetivo se centra en los instrumentos financieros entendiendo por tales “...acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos derivados relacionados con...tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo” (Anexo I, sección C Directiva 2014/65/EU). La similitud con los contratos referenciados a un tipo de interés variable con un índice que determina la evolución del precio de la operación es lo suficientemente relevante como para extender a dichos contratos los requisitos de transparencia y de clasificación de clientes exigidos tanto por la Directiva como por el Reglamento.

CAPÍTULO TERCERO

La primera cuestión que debemos considerar es que la transparencia a la que se refiere tanto la Orden EHA/2899/2011 como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es diferente a la que da nombre al control de transparencia material como control específico con sustantividad propia de las condiciones generales de la contratación y que abordaremos en el capítulo siguiente. En este capítulo del control de incorporación o inclusión nos referimos al requisito formal de transparencia, desde el punto de vista gramatical, que deben cumplir las cláusulas redactadas mediante condiciones generales de la contratación para que se puedan considerar válidamente incorporadas a un contrato. Se refiere a la claridad e inteligibilidad desde un punto de vista gramatical. Y en cambio, la transparencia que define el control autónomo de transparencia material se refiere a la comprensibilidad por parte del consumidor de la carga económica que se deriva del contrato.

Esta comprensibilidad formal viene exigida, como hemos indicado anteriormente, por el artículo 5.5 de la LCGC al regular dentro de los requisitos de incorporación la necesidad de que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Evidentemente esta comprensibilidad presupone la “legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido” tal como se recoge en el artículo 80.1 b) del TRLGDCU, en este sentido se añadió a este artículo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modificó dicho TRLGDCU, el párrafo que señala que “en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”. En términos parecidos se establece en el artículo 7 de la LCGC que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: “b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran 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”⁹. Esta exigencia igualmente se recoge en el artículo 60.1

⁹ Sin ningún tipo de duda la redacción de este precepto es poco afortunada. PÉREZ ESCOBAR, M. ob.cit. página 431, señala que “pese a la perplejidad que la redacción de esta norma pueda causar, que parece validar la incorporación al contrato de cláusulas incomprensibles en determinados ámbitos, su significado hay que vincularlo a la incomprensibilidad aparente, para un adherente medio, de cláusulas que sin embargo se ajustan a normas específicas sobre transparencia, particularmente, las relacionadas con la contratación bancaria y bursátil, que se caracterizan por un nivel de tecnicismo muy elevado cuya utilización es necesaria en estos sectores de la contratación; de ahí que el cumplimiento del requisito de la transparencia se haga depender de la normativa específica existente al respecto”. No podemos estar de acuerdo con esta argumentación, la simple remisión, en orden al control de transparencia, a una normativa administrativa no debería ser suficiente por sí sola para considerar superado este control y debería ser obligatorio que el predisponente aportara mayor información para que el adherente pudiera valorar las consecuencias económicas de la estipulación concreta. Esta es la base de la argumentación del voto discrepante de la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, dando validez al índice IRPH Entidades. Es cierto que se refiere a lo que entendemos transparencia en sentido material o lo que hemos calificado como segundo control de transparencia pero, sin ningún tipo de duda, pone el foco en los distintos planos normativos a considerar en orden a los controles de las condiciones generales insertas en los contratos de préstamo hipotecario y, como se señala literalmente en el punto 2 del contexto valorativo de la

CAPÍTULO TERCERO

del TRLGDCU en sede de información precontractual al imponer la obligación al empresario “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente” de facilitar de “forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas”¹⁰.

El requisito de la transparencia o comprensibilidad tal como lo entendemos se vulnerará cuando el clausulado del contrato aparezca redactado de forma oscura, sin ningún tipo de orden, con continuas remisiones internas o referencias continuas a disposiciones legales de forma tal que el adherente no pueda formarse un conocimiento de su posición contractual¹¹.

Si nos centramos específicamente en el ámbito de los préstamos hipotecarios, la normativa aplicable está encabezada, en primer lugar, por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en segundo lugar, a nivel sectorial por la Orden EHA/2899/2011, recogiendo el testigo de la Orden de 5 de mayo de 1994, planteando como objetivo principal la protección de quienes contratan préstamos hipotecarios. Para ello el instrumento elegido es proporcionar a estos una adecuada información sobre las condiciones financieras del crédito, de hecho según la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, que recoge la argumentación de las entidades financieras, la norma derogada de 5 de mayo de 1994 “regula el iter negocial de la contratación – extremo de hecho –, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente – valoración jurídica – de tal forma que la cláusula se suscribe “con el adecuado conocimiento y con total información”¹².

discrepancia de la sentencia señalada; “en los supuestos de referencia a estos índices oficiales el plano de la disposición legal o administrativa de dichos índices no solo se superpone al plano sustantivo del control de transparencia, *sino que acaba por integrarlo o subsumirlo*” (la cursiva es nuestra).

¹⁰ Curiosamente en el artículo 60 del TRLGDCU fundamentó una parte de la doctrina el control de transparencia material antes de su reconocimiento normativo en la Ley 5/2019. Se señalaba que en dicho artículo se imponía al empresario el deber de informar al consumidor de las principales características del contrato y en especial del precio total del producto o servicio. En tal sentido se puede consultar PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “La falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 3/2013, páginas 17 y 18 y MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 2/2018, páginas 14 y siguientes.

¹¹ PÉREZ ESCOBAR, M. ob.cit. página 430.

¹² Esta Sentencia es la que resolvió las cláusulas suelo y en el punto 145 en relación con los pactos, tanto si son de limitación de intereses como si no, recoge la argumentación de las entidades financieras en el sentido de que las cláusulas de las escrituras acreditan la posibilidad de una negociación efectiva “no meramente ilusoria o quimérica”.

CAPÍTULO TERCERO

Tanto la reciente Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como, en su día, la Orden de mayo de 1994 y en idénticos términos la actual Orden EHA/2899/2011, como doctrinalmente se ha puesto de relieve, parten de la idea de transparencia en cuanto que finalidad perseguida por la misma y en cuanto que principio del derecho del mercado financiero¹³. El principio de transparencia “no es más que la articulación de mecanismos para que la información sobre las condiciones de los mercados, de los contratos celebrados en ellos y de sus agentes circule de la forma más libre posible, su contenido sea fiable, y pueda ser conocida por el mayor número de personas”¹⁴.

Su importancia en el campo financiero parte de la idea económica de que los mercados son más eficientes cuanto mejor es la circulación de las informaciones significativas para estos. Idea que aparecía implícita en la Exposición de Motivos de la Orden de mayo de 1994 al señalar que “la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito...”. Es obvio que se impongan, pues, determinados deberes de información a los operadores financieros.

La práctica nos muestra como en la contratación de determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio están absolutamente predeterminados. Aquel consumidor que pretenda contratar un préstamo hipotecario deberá aceptar las condiciones propuestas o simplemente renunciar a contratar y en todo caso dirigirse a otra entidad financiera. Se muestra con toda su crudeza el “take it or leave it” (lo tomas o lo dejas). Los servicios bancarios y financieros son uno de los más estandarizados, en ellos se manifiesta la “superioridad económica de uno de los contratantes, la unilateralidad de las cláusulas,... la invariabilidad del texto negociado que sitúa a la parte débil ante un tomarlo o dejarlo”¹⁵. Por ello se imponen, así lo recogen tanto la Ley 5/2019 como la Orden EHA/2899/2011, determinados deberes de información. La Ley 5/2019 en su Exposición de Motivos, reitera la necesidad de normas de transparencia y conducta a los prestamistas y a sus representantes designados. Destaca esta Ley por mejorar, en determinados aspectos, tanto la Orden EHA/2899/2011 como 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.

¹³ SALINAS, C., “La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios”, *Revista General del Derecho*, número 601-602, año 1994, Páginas 10735 a 10759.

¹⁴ SALINAS, C., ob.cit., página 10737.

¹⁵ Punto 1.1 de la introducción del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 20 de abril de 2001.

CAPÍTULO TERCERO

La mejora introducida por la Ley 5/2019 viene referida principalmente al reconocimiento con sustantividad propia del principio de transparencia material que, hasta el momento de promulgación de la misma, era un control de creación jurisprudencial. Sí que es importante diferenciar, como hemos apuntado en el capítulo anterior, la transparencia formal encuadrada en este capítulo de la transparencia material que es objeto de estudio en el capítulo IV de esta tesis y al cual nos remitimos.

Nos centramos pues, en los requisitos relativos al control de inclusión o incorporación o, considerando la exigencia de transparencia, nos referimos a la misma desde una perspectiva formal, no material. En su articulación jurídica, este principio de transparencia formal se caracteriza por su polifuncionalidad. Las normas sobre transparencia formal sirven para satisfacer necesidades diversas¹⁶.

- En primer lugar, la promoción de la libre competencia. Se trata de conseguir un mercado en el que tanto operadores profesionales como consumidores puedan tener acceso a las condiciones en que son ofrecidos los productos que allí se negocian, lo que lo hará más competitivo. No olvidemos, ya lo hemos apuntado en varias ocasiones, que la aplicación o no de las condiciones de tipo de interés es, en general, una práctica decidida en cada momento, por cada una de las entidades para todos los productos que ofertan en el mercado. En realidad, nos encontramos ante una política comercial decidida por los órganos de dirección de cada entidad y las oficinas, último eslabón de la cadena de comercialización, no tienen ninguna facultad para variar las condiciones del producto, en nuestro caso, el préstamo hipotecario.

- En segundo lugar, la facilitación de la vigilancia de las autoridades públicas. Abandonados los sistemas de control autoritarios sobre los mercados financieros y reafirmado el principio de libertad de mercado, el mejor medio que le queda a la autoridad pública para ejercer una vigilancia prudencial es el de la obtención de un adecuado y fiable caudal de información sobre dichos temas. De hecho, la observancia de los trámites regulados en la Orden EHA/2899/2011 y por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de voluntad del prestatario se desarrolle libremente, lo que nos lleva a enlazar con la tercera necesidad, la protección de la clientela. Cuanto mayor, más veraz y comprensible es la información en poder del cliente, mayor es la protección que este tiene.

Especialmente crítico con la eficacia o funcionalidad de las normas que tienden a garantizar exigencias de información se muestra un sector de la doctrina, encabezados por ALFARO AGUILA-REAL al señalar que es dudosa su eficacia en el

¹⁶ SALINAS, C., ob.cit, página 10738

CAPÍTULO TERCERO

caso de condiciones generales¹⁷. Argumentan que el contenido de las condiciones generales no actúa de forma determinante sobre el prestatario ni en su decisión de contratar, ni en la elección de la otra parte del contrato porque los adherentes no se molestan en leer y comparar las condiciones generales. Unas normas que se limitan a facilitar al adherente un ejemplar claro y concreto de las condiciones generales en el momento de suscribir el documento contractual no elevan el nivel de información del prestatario.

Junto a ello se apuntan una serie de inconvenientes derivados de las normas que imponen requisitos de forma: en primer lugar, provocan un aumento de la litigiosidad en torno a la prueba de su cumplimiento y, en segundo lugar, dificultan la celeridad en la celebración de los contratos. Si se imponen requisitos de transparencia excesivamente onerosos se dificulta la consecución de uno de los efectos pretendidos con el empleo de condiciones generales, esto es, la rapidez y simplificación en la celebración de los contratos, sin que ello venga compensado por un contenido equilibrado de las mismas.

Compartimos los argumentos de ALFARO ÁGUILA-REAL ya que no es habitual que el adherente-prestatario vaya a realizar un detenido estudio de las condiciones generales, guiándose solo a la hora de contratar una operación por algunos datos mínimos en relación con el conjunto de la operación: comisión de apertura, periodicidad de amortización, tipo de interés,... sin detenerse en aspectos extremadamente importantes como la determinación de la variación del tipo de interés, el diferencial, las comisiones por amortización anticipada total o parcial, la existencia de límites a la variación de tipo de interés, la existencia de límites a la variación del tipo de interés (las llamadas cláusulas suelo)¹⁸, etc...

b) **La función de publicidad o cognoscibilidad.** Desempeña una función más modesta que la de transparencia o comprensibilidad y su función principal es que el adherente conozca el contenido de las condiciones generales en el momento de formalizar el contrato. Es importante destacar que este conocimiento que en este caso sería puesta a disposición, es diferente del que estudiaremos en el capítulo siguiente en la transparencia material donde se exige conocimiento y comprensión por parte del adherente tanto de la carga económica como de la jurídica del contrato. En efecto, y en tal sentido cobra toda su virtualidad el control de transparencia

¹⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit. Página 194. Cita a HONDIUS, X. "Unfair contracts terms: new control systems", *American Journal of Comparative Law*, año 1978, páginas 525-549 y RAKOFF, T, "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", *Harvard Law Review*, año 1983, páginas 1174 a 1284 que señala "para que la información sea efectiva no basta con que aumente los conocimientos del informado; es necesario que provoque una alteración de las formas de conducta institucionalmente admitidas" (página 1229).

¹⁸ Valga como ejemplo, según informe del Banco de España que las cláusulas suelo anteriormente al año 2004 alcanzaban casi el 30 % de la cartera hipotecaria a interés variable. Informe publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales, Senado, número 457, de 7 de mayo de 2010.

CAPÍTULO TERCERO

material, los requisitos establecidos por los artículos 5 y 7 de la LCGC y 80.1 a) de la LGDCU no garantizan que el prestatario conozca el contenido y alcance de las condiciones generales de forma tal que este conocimiento pueda influir en su decisión de celebrar el contrato de préstamo hipotecario.

Adicionalmente hay que considerar que la normativa sectorial impone al empresario, entidad financiera, unos concretos deberes de información que no excluyen la naturaleza de condición general de la contratación. La práctica nos muestra como la adhesión al documento contractual se realiza habitualmente por parte del prestatario sin un análisis previo y pormenorizado de su contenido. Este desinterés es, en el fondo, una decisión que podemos calificar de racional por parte del adherente ya que, así lo hemos señalado, no tiene sentido ejercitar un derecho que no va a cambiar una decisión ya previamente adoptada al haber una “coaligación negocial (compraventa-préstamo hipotecario)”¹⁹ y un relativo breve plazo para informarse. Este argumento ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 al señalar que en el ánimo del adherente-prestatario pesa el hecho de que “el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general”. (Considerando 143). Por tanto, la función de publicidad exigirá que las condiciones generales estén a disposición del adherente en una redacción comprensible de manera que, cuando se produzca cualquier contingencia prevista en las cláusulas del contrato, el adherente sepa como programar su conducta de conformidad con lo estipulado en el contrato.

Esta exigencia de cognoscibilidad o publicidad se recoge en los artículos 5.1 y 3 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 80.1.b) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En nuestro caso nos referimos básicamente al artículo 5.1 que regula los contratos que se formalizan por escrito dado que el apartado 3 relativo a los que no se formalicen por escrito no tiene aplicación práctica en los préstamos hipotecarios objeto de estudio²⁰. Señala el artículo 5.1:

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

¹⁹ SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Madrid, año 2016, página 105.

²⁰ El artículo 5.3 en relación con los contratos que no deban formalizarse por escrito y el predisponente entrega un resguardo justificativo de la contraprestación recibida establece que “basta con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”.

CAPÍTULO TERCERO

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”.

En primer lugar, en relación con el ámbito subjetivo de este precepto, ha de destacarse que se aplicará a todos aquellos contratos que contengan condiciones generales de la contratación, que se celebren por escrito y, además, que se celebren entre empresarios y consumidores o entre empresarios entre sí.

En segundo lugar, se exigen tres requisitos que posteriormente serán desarrollados en profundidad en relación con los contratos de préstamo hipotecario²¹:

a) que en el contrato la aceptación del adherente conste por escrito.

b) que el predisponente expresamente informe al adherente sobre la existencia de condiciones generales.

c) que se ponga a disposición del adherente un ejemplar de dichas condiciones generales de la contratación ya sea en el propio documento contractual, ya sea reenviando a otro documento en que consten dichas condiciones.

Igualmente se hace referencia en el artículo 80.1.b) del TRLGDCU a esta cognoscibilidad al señalar que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, estas deberán cumplir los siguientes requisitos: “...b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido....”.

Por consiguiente, y a modo de resumen, las funciones de comprensibilidad y cognoscibilidad dentro del llamado control de incorporación o inclusión persiguen un doble objetivo que se deriva de los dos conceptos señalados: en primer lugar, transparencia formal que supone la necesidad de una redacción comprensible para un adherente medio en relación con el tipo de contrato que se va a firmar y, en segundo lugar, cognoscibilidad en cuanto que posibilidad del adherente de conocer el contenido de las condiciones generales que se van a incorporar al contrato en el momento de su formalización.

²¹ A nivel doctrinal existe coincidencia sobre estos requisitos. Se puede consultar: GONZALEZ PACANOWSCA, I., “Artículo 5, requisitos de incorporación”, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Navarra, año 2000, páginas 153 y siguientes; DURANY PICH, S., “Artículos 5 y 7”, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Coordinador Jesús Alfaró Águila-Real, Madrid, año 2002, páginas 281 y siguientes; PÉREZ ESCOBAR, M., ob.cit., páginas 421 y siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

Como hemos indicado, esta postura que defendemos en relación con estas funciones del control de incorporación no es en absoluto pacífica a nivel doctrinal ya que, de una parte, está la línea de aquellos que entienden que el control de transparencia material, al que hemos otorgado sustantividad propia, forma parte del control de inclusión o incorporación²². Por otra parte, otro sector doctrinal, otorga una función mucho más modesta a los requisitos de inclusión, en detrimento de los que atañen al control de contenido²³. Estas funciones vendrían dadas, en primer lugar, antes de la celebración del contrato en que los requisitos de inclusión solo garantizan que el adherente sabe que el contrato se regula por condiciones generales y cuáles son estas.

Será posteriormente durante la ejecución del contrato cuando la función de estos requisitos adquirirá mayor trascendencia. En este segundo momento es cuando los requisitos de inclusión desempeñan su función principal, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de “claridad, concreción y sencillez” en la redacción de las cláusulas, de manera que el adherente no solo conozca la existencia de un contrato cuya regulación está configurada por condiciones generales sino que además por su redacción de manera clara y comprensible pueda conocer cuál es su situación jurídica, pudiendo reaccionar tempestivamente en cualquier momento ante cualquier incumplimiento del predisponente, es decir, de la entidad prestamista. En consecuencia, se trata no solo de que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica, extremo que estudiamos en otros apartados de la tesis, sino también la carga jurídica del mismo, es decir, “la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos en el desarrollo del mismo”²⁴.

En rigor, la función de publicidad exige que las condiciones generales estén a disposición del adherente en una redacción comprensible para un prestatario medio que ante cualquier contingencia pueda saber a qué atenerse y como programar su conducta. La falta de comprensibilidad puede desencadenar consecuencias altamente perjudiciales para el prestatario, en cuanto que el desconocimiento de la situación jurídica le lleve a admitir la legitimidad de comportamientos o exigencias de la entidad de crédito no amparadas por el régimen previsto en las condiciones generales insertas en la escritura de préstamo hipotecario.

²² CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, año 2006, página 125; GONZÁLEZ PAGANOWSCA, I. “Artículo 5: Requisitos de incorporación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, año 2000, página 142.

²³ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ob.cit.*, páginas 196 y siguientes.

²⁴ Considerando 210 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

CAPÍTULO TERCERO

Como señala ALFARO, “mientras el control de contenido garantiza al adherente que la regulación será jurídicamente justa, el control de inclusión le garantiza que el predisponente no aplicará arbitrariamente dicha regulación, lo que haría ineficaz el control”²⁵.

3.- LOS REQUISITOS DE INCORPORACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: REQUISITOS FORMALES DE INSERCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.

Por exigencias legales de constitución de la garantía real, todos los contratos de préstamo hipotecario se formalizan en documento notarial que contiene la expresión del consentimiento del prestatario.

Conforme a la normativa bancaria que analizamos a continuación, los requisitos de incorporación en los contratos de préstamo hipotecario se pueden resumir en tres exigencias cuyo estudio realizamos en los subapartados siguientes: inserción completa, entrega al prestatario de las condiciones generales que pretendan incorporarse al contrato y concreción, claridad y sencillez en su redacción.

3.1.- INSERCIÓN COMPLETA DE LAS CONDICIONES GENERALES. CONTENIDO MÍNIMO DE LOS DOCUMENTOS CONTRACTUALES.

La normativa en relación con esta exigencia viene determinada a nivel general por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, a nivel sectorial, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y por la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos²⁶.

Solo se considera cumplido este requisito si figuran en el documento todas las condiciones que el predisponente pretende incluir, de forma que no serán oponibles aquellas cláusulas que no consten en el contrato. Nada impide que el documento contractual recoja solo una parte de las condiciones generales si el resto se halla en otro texto al cual se haga referencia en el contrato y que se facilite igualmente al prestatario. Esta remisión a otro texto no suele ser habitual en las escrituras de

²⁵ Ob.cit., loc.cit.

²⁶ Tanto la Orden como la Circular se han modificado como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 que introduce novedades principalmente en cuanto a la información precontractual y con el reconocimiento del control de transparencia material. En concreto, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril ha modificado la Orden EHA/2899/2011 y mediante el Real Decreto 209/2019, de 26 de abril, se ha desarrollado parcialmente la Ley 5/2019.

CAPÍTULO TERCERO

préstamo hipotecario²⁷.

La Ley 5/2019 en relación con la información que se debe facilitar tanto en la publicidad de los préstamos hipotecarios como en la información precontractual exige, principalmente en las operaciones a interés variable, incluir todos aquellos elementos que permitan valorar exactamente el coste total del préstamo para el prestatario. Así, en préstamos a interés variable, en cuanto al contenido de la publicidad de los préstamos inmobiliarios se deberá especificar de “forma clara, concisa y destacada” (artículo 6.1):

1º.- la identificación del tipo deudor, concretando si es fijo, variable o una combinación de ambos, en clara alusión a las operaciones que actualmente se están formalizando con un tramo inicial fijo de cinco o diez años y el resto del contrato a interés variable.

2º.- la Tasa Anual Equivalente (TAE) que deberá estar “igualmente destacada” que el tipo de interés (artículo 6.1 e).

3º.- el sistema de amortización y la fórmula de cálculo de las cuotas de amortización del principal del préstamo y de los intereses con el suficiente detalle “como para que el prestatario pueda verificar con claridad la corrección de los importes cobrados” (artículo 6.1 g).

4º.- además toda esta información deberá facilitarse mediante un ejemplo representativo.

5º.- se reitera la exigencia de que toda la información “deberá ser fácilmente legible o claramente audible, según sea el caso, en función del medio utilizado para la publicidad” (artículo 6.4).

En cuanto a las exigencias de información precontractual vienen detalladas en los artículos 9 y 10 de la Ley 5/2019 que analizamos. Centrándonos en las operaciones a interés variable y en los requisitos de incorporación podemos enumerar los siguientes presididos por la necesidad de que la información debe ser “clara y comprensible” en un claro intento por parte del legislador de distinguir las exigencias relativas al control de inclusión o transparencia formal de las relativas a la transparencia material:

²⁷ Una norma que expresamente recoge esta previsión es el artículo 3 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro que su primer párrafo señala: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiera y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”.

CAPÍTULO TERCERO

a) las formas del tipo deudor disponible, indicando si es fijo o variable o una combinación de ambos. En los tipos variables, una breve descripción de sus características incluyendo las implicaciones para el prestatario (artículo 9, letra e).

b) un ejemplo representativo del importe total del crédito, del coste total del mismo para el prestatario y del importe total adeudado por el prestatario y la Tasa Anual Equivalente de la operación (artículo 9, letra g).

c) la indicación de aquellos costes no incluidos en el coste total del crédito (artículo 9, letra h).

d) la indicación de los servicios accesorios que el prestatario esté obligado a contratar para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas y, si fuera el caso, la posibilidad de que estos servicios accesorios pueden contratarse con un proveedor distinto del prestamista (artículo 9, letra m).

e) la advertencia sobre las posibles consecuencias de no cumplir los compromisos asociados al contrato de crédito (artículo 9, letra n).

Además, esta información, reiteramos clara y comprensible, deberá ser personalizada tomando en consideración, por tanto, las necesidades, situación financiera y preferencias facilitadas por el prestatario (artículo 10). Las finalidades perseguidas por esta claridad, comprensibilidad y personalización son: en primer lugar, facilitar que el prestatario pueda comparar los préstamos disponibles en el mercado, en segundo lugar, evaluar las implicaciones que para el mismo tiene la concreta operación y finalmente, tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar dicho contrato (artículo 10).

Sin duda, la primera finalidad es la que tiene una relación directa con la claridad y comprensibilidad formal y, la segunda, es la que atiende a las implicaciones jurídicas y económicas directamente relacionadas con el control de transparencia material.

La Ley 5/2019 señala que esta información personalizada se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) exigible a partir del 22 de marzo de 2019 que se ha erigido, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley el 16 de junio de 2019, como el elemento esencial de la información precontractual sustituyendo todos los documentos que hasta la fecha habían conformado la información a facilitar al prestatario²⁸.

²⁸ La disposición transitoria cuarta de la Ley 5/2019 señala: “Hasta el 21 de marzo de 2019 los prestamistas podrán seguir utilizando la Ficha de Información Personalizada prevista en el artículo 22 y el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en lugar de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) señalada en el artículo 10.2 de esta Ley, así como la Ficha de

CAPÍTULO TERCERO

En relación con este punto hemos de hacer expresa referencia a la vigente Orden EHA/2899/2011 que se refiere a la obligatoriedad de incluir lo que denomina “cláusulas financieras” en los documentos contractuales y escrituras públicas en que se formalicen los préstamos hipotecarios. Distingue la Orden las llamadas cláusulas financieras del resto de estipulaciones que en ningún caso podrán desvirtuar, en perjuicio del cliente, el contenido de aquellas. No define ni enumera cuales son estas cláusulas financieras sino que simplemente se remite en términos de “contenido mínimo” a la denominada Ficha de Información Personalizada (FIPER) desarrollada en el Anexo II de la propia Orden, a la que haremos referencia posteriormente. Esta mención habrá que entenderla realizada a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que sustituye a la FIPER.

Es oportuno referirnos a la Exposición de Motivos de la Orden EHA/2899/2011 que señala que se ha producido un avance importante en relación con la regulación anterior (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 Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ambas derogadas) en línea con la normativa aprobada de crédito al consumo y con la normativa europea a la que posteriormente nos referiremos, y que se orienta a la exigencia de “una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual” (Punto II de la Exposición de Motivos).

El artículo 29.2 de la Orden únicamente hace referencia al tipo de interés aplicable, así como a la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas por este tipo de interés. Tendremos que acudir al Anexo II para identificar las cláusulas financieras cuya inserción es obligatoria en las operaciones de préstamo hipotecario. Atendiendo a los requisitos de este Anexo II y centrándonos únicamente en las cláusulas financieras el documento contractual necesariamente deberá reflejar:

- clase de tipo de interés aplicable
- importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del inmueble (LTV).
- la TAE, o coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. Esta deberá comprender necesariamente el tipo de interés que en caso de operaciones a tipo variable o variable limitado deberá reflejar el tipo de referencia

Información Precontractual prevista en el artículo 21 y en el Anexo I de dicha Orden”. Por su parte la disposición final decimosexta señala que la entrada en vigor de la Ley será a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, por tanto, el día 16 de junio de 2019, dado que se publicó el 16 de marzo.

CAPÍTULO TERCERO

más diferencial.

- el importe de cada cuota hipotecaria calculada en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo es a tipo variable o variable limitado.

- la tabla de amortizaciones (entenderíamos sistema de amortización) advirtiendo expresamente de la variabilidad de las cuotas.

- en aquellos supuestos que existan “obligaciones de vinculación”, la implicación que tiene su incumplimiento en las variaciones de tipo de interés.

- las compensaciones en los supuestos de amortización anticipada parcial o total.

- la compensación por desistimiento, caso de que se pacte.

3.2.- ENTREGA AL PRESTATARIO DE LAS CONDICIONES GENERALES QUE SE PRETENDAN INCORPORAR AL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

3.2.1.- APROBACIÓN DE LA LEY 5/2019. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN PREVIA: REFERENCIA A LA ORDEN EHA/2899/2011 Y A LA FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL (FIPRE), LA FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA (FIPER) Y LA OFERTA VINCULANTE.

En este punto se han producido modificaciones como consecuencia de la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuya entrada en vigor se ha producido a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, por tanto, el día 16 de junio de 2019. Modificaciones que afectan, sin duda, a la información precontractual al suprimirse dos de los documentos existentes hasta ahora (FIPER y oferta vinculante) y sustituirse por dos documentos que constituirán el eje de la información previa a la formalización del contrato de préstamo: la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) cuyo contenido, en sus líneas esenciales viene delimitado en la propia ley y que además ha sido objeto de desarrollo reglamentario mediante 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. En este sentido, esta Orden de 2019 se ha dictado en virtud de la Disposición final decimoquinta de la Ley 5/2019 que en su apartado 2 habilita al titular del Ministerio de Economía y Empresa para dictar disposiciones relativas a:

CAPÍTULO TERCERO

“a) El contenido específico de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en el marco de la regulación dictada por el Gobierno,...”. En posteriores apartados de esta tesis analizamos y valoramos ambos documentos incorporados a nuestro ordenamiento por dicha Ley 5/2019.

En este punto, a expensas del posterior análisis que realizamos como consecuencia del desarrollo reglamentario que se ha producido de la Ley 5/2019, en relación con los dos documentos que sustituyen tanto a la FIPER como a la oferta vinculante, consideramos importante analizar, de forma previa, las modificaciones que se introdujeron con la aprobación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Todo ello a fin de poder realizar un estudio comparativo de esta situación previa y del nuevo escenario derivado de la aprobación de la Ley 5/2019, que se analiza en el apartado siguiente. La propia Exposición de Motivos de la Orden 2899/2011 reconocía la necesidad de abordar el desarrollo específico de la normativa de transparencia en relación con los contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda y en este sentido, centrándonos en el punto objeto de estudio, se diseña la normativa sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual.

Ciertamente algunas de las exigencias previas de información ya existían, si bien dispersas, y la Orden 2899/2011 vino a concentrar en un único texto la normativa necesaria para mejorar “por si misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano”. Adicionalmente se produjo una actualización de las normas en relación con la protección del cliente bancario “al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito”.

La Orden se complementa con la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España, ya anteriormente citada, que no hace sino incidir en aspectos cruciales como la entrega del documento contractual y el desarrollo y sistematización de contenidos financieros de los citados documentos, nos remitimos al punto anterior en cuanto al contenido de las cláusulas financieras.

En relación con esta materia señalar la importancia que tuvo en su día la Orden de 5 de mayo de 1994, hoy derogada por la Orden EHA/2899/2011, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Se reguló por primera vez la figura de la “oferta vinculante”, la cual debía formularse por escrito y especificar las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras de la operación a formalizar. Se pretendía con la citada oferta vinculante, como señalaba la exposición de motivos de la Orden, una mayor protección de los legítimos intereses de la clientela de las entidades, una garantía de información y protección de quienes concertaban préstamos hipotecarios y sobre todo una

CAPÍTULO TERCERO

comprensión de las implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario.

Las modificaciones introducidas por la Orden EHA/2899/2011 fueron importantes no tanto en relación con la oferta vinculante (hoy desaparecida con la FEIN que constituye en rigor el único documento precontractual, ya que la llamada FIPRE según señala el artículo 21 de la Orden tendrá únicamente “carácter orientativo”), sino sobre todo por la introducción, en sede de información precontractual, de dos nuevos documentos en orden a la información a facilitar a los clientes previamente a la contratación de la operación hipotecaria: la ficha de información precontractual (FIPRE) y la ficha de información personalizada (FIPER). Además, por parte del Banco de España, desarrollando la previsión del artículo 20 de la Orden, se elaboró la llamada “guía de acceso al préstamo hipotecario” con el fin de que los demandantes de “servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación”. Esta guía de acceso además deberá estar disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España²⁹.

Las dos fichas “estrictamente precontractuales” eran la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER) ya que la Oferta Vinculante representaba un paso adicional hacia la definitiva formalización del préstamo ya que ambas partes, cliente y entidad, habían mostrado “su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario”³⁰. Ambas

²⁹ Se puede consultar en www.bde.es. La última versión disponible en dicha página es la de mayo de 2016 (fecha consulta 02/09/2019). En la misma se señala que se ha elaborado siguiendo el mandato contenido en el artículo 20 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Igualmente la guía está disponible en las páginas de las grandes entidades financieras: www.bbva.es (la guía disponible es la versión de julio de 2013); www.caixabank.es (versión de julio de 2013), (fecha consulta 02/09/2019). Por su parte el banco Santander no recoge dicha guía y sí información sobre la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario www.bancosantander.es. Bankia, por su parte, no la tiene disponible, ni se refiere a la Ley 5/2019 (fecha consulta 02/09/2019).

³⁰ En relación con estas fichas “precontractuales” se ha producido una modificación, como hemos señalado, con la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2014/14/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, transposición que se ha realizado mediante la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En la misma se introduce por primera vez, en sede de información precontractual personalizada, la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). De hecho, la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario recoge dicha ficha y la obligatoriedad de facilitar la misma previamente a la formalización de la operación. En la disposición transitoria cuarta se señala que a partir del 21 de marzo de 2019 se deberá utilizar la FEIN que sustituye a la FIPRE y la FIPER. En el Anexo I de la propia Ley 5/2019 se regula el modelo que deberá reproducirse en la FEIN, habrá que esperar el desarrollo reglamentario de la misma para determinados aspectos que puedan afectar al contenido de la misma. Más adelante, como hemos señalado, hacemos una valoración del contenido de la misma.

Junto a la FEIN se introduce en la Ley 5/2019 la llamada Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) cuya finalidad es la advertir al potencial prestatario de “la existencia de cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar los tipos de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la

CAPÍTULO TERCERO

vinieron a sustituir al folleto informativo introducido por la derogada Orden de 5 de mayo de 1994 y representaron un mayor nivel de información en relación con dicha Orden. A estos tres documentos, dos de los cuales han sido sustituidos recientemente, nos referimos a continuación. Consideramos importante su estudio ya que fueron el eje de la información precontractual hasta que fueron sustituidas por la FEIN y la FiAE actualmente en vigor por aplicación de la Ley 5/2019.

A) FICHA DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL (FIPRE). La primera, la llamada FIPRE, se regula en el Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, al que remite el artículo 21 de la misma Orden de nueva redacción por la Orden ECE/482/2019, anteriormente citada, y de la que, a grandes rasgos, centrándonos en las condiciones generales directamente relacionadas con la hipoteca a interés variable, podemos enumerar los siguientes aspectos directamente relacionados con la cláusula de intereses variables:

- 1) La información se tiene que facilitar en un único documento.
- 2) Los caracteres tipográficos utilizados deberán ser “claramente legibles”.
- 3) Se empleará negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño para aquellos elementos que deban resaltarse (características del préstamo, tipo de interés, vinculaciones, tasa anual equivalente y amortización anticipada).
- 4) Dentro de las características del préstamo, debe destacarse el importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble. Ya hemos comentado la importancia de este dato en la determinación del precio de la operación. A mayor LTV (“Loan To Value”, refiriéndose al importe del préstamo en relación con el valor de la última tasación realizada, considerando, por tanto, como numerador el importe del préstamo y como denominador la valoración realizada con motivo de la solicitud del préstamo) se incrementa el riesgo de la operación y, en consecuencia, la entidad seguramente aplicará un mayor tipo de interés a la operación.
- 5) Tipo de interés: fijo o variable y en este último caso si es variable expresando el tipo de interés de referencia más diferencial o si es variable limitado señalando el tipo de interés mínimo y máximo e igualmente el tipo de referencia más diferencial (cláusula suelo-techo). Además, se contempla la necesidad de informar de que si durante el plazo de amortización se modifica la clase de tipo de interés se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo, refiriéndose a las operaciones mixtas donde se combina un tipo de interés fijo durante un plazo habitualmente de

variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado...” (artículo 12.1 a).

CAPÍTULO TERCERO

hasta 5 años para posteriormente pasar a interés variable.

6) Vinculaciones, refiriéndose a aquellos productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas. Hubiera sido deseable que adicionalmente se exigiera la información de la trascendencia que tiene cada uno de estos productos bien individual o cumulativamente sobre el tipo de interés y para el caso de que esto realmente se hiciera que dicha información se trasladara en los mismos términos al documento contractual³¹.

³¹ A continuación, se transcriben dos escrituras de préstamo hipotecario con cláusulas donde se contemplan estos servicios vinculados y su incidencia sobre el tipo de interés:

(A) Escritura de préstamo hipotecario de 4 de octubre de 2017, entidad Caixa Colonya: FIPRE fechada el 28 de septiembre de 2017: “En respuesta a su solicitud de información se ha elaborado el presente documento ...válido por un plazo de 15 días a contar desde el día de hoy. Después del indicado plazo puede variar con arreglo a las condiciones de mercado.

La información se refiere a un préstamo hipotecario a interés fijo/variable (mixto), concretamente variable limitado.

En concreto fijo durante 120 meses y resto variable limitado a Euribor más un diferencial de 1,50 puntos con un mínimo de 2 % y máximo de 5,50 %. Se identifica el valor actual del índice en – 0,156 %.

El importe del préstamo en relación con el valor de tasación del inmueble es del 48,37 %. El valor de la TAE es 1,533 %.

Vinculación: Si desea beneficiarse de las condiciones del préstamo sin las penalizaciones descritas en el apartado 12.2 debe cumplir las obligaciones que a continuación se indican: Se deberán contratar a través del operador de banca seguros de la entidad un seguro de vida de prima anual de 167,49 (se entiende de mínimo) y un seguro de vivienda de prima anual de 150,09 (igualmente entendemos de mínimo); así como domiciliar la nómina y domiciliar el seguro de autónomo (se debería recoger o). En caso de incumplimiento de las vinculaciones se establece una penalización de 0,50 puntos porcentuales.

En cuanto a la amortización anticipada se prevé una comisión del 0,50% si es amortización total.

Estipulación 1.3 de la Escritura: “...Revisión del tipo de interés: El tipo de interés nominal anual pactado en esta escritura se revisará a partir del 1 de octubre de 2027 aplicando un diferencial de 1,500 puntos sobre el indicador Euribor.

Este diferencial pasará automáticamente a ser de 2,000 puntos sobre el indicador Euribor si durante el periodo de interés anterior a la revisión el/los prestatario/s indistintamente dejan de tener contratado con... operador de banca seguros vinculado, el seguro de vida o el de hogar o dejan de tener domiciliada en... la nómina, o en su caso, el recibo de autónomos”.

(B) Escritura de préstamo hipotecario Banco Santander de 25 de septiembre de 2017: “Tipo de interés. El capital dispuesto y no amortizado devengará diariamente, a contar desde el día de hoy y durante 60 meses, un interés nominal fijo del 2,25 % anual que se liquidará y se pagará al banco con periodicidad mensual... Este tipo de interés se ha pactado en base al compromiso que el prestatario asume en orden al cumplimiento de todas y cada una de las condiciones que seguidamente se detallan. Se entenderán cumplidas dichas condiciones si, en caso de ser varios los prestatarios, éstas se dan respecto de cualquiera de ellos o entre todos ellos, es decir que puede uno de los prestatarios cumplir unas condiciones y otro las restantes. 1.- Tener domiciliada en el banco la percepción de la nómina, pensión, prestación por desempleo o cualquier tipo de prestación de carácter público...la nómina y la prestación por desempleo deberán ser por importes mínimos de 2.000 euros al mes... o tener domiciliado en el banco el pago de la Seguridad Social Autónomos por importe de al menos 250 euros al mes... 2.- Tener domiciliados y pagados en alguna cuenta abierta en el banco a su nombre, al menos tres recibos con tres referencias distintas en los tres meses anteriores a aquel en que se lleve a cabo la comprobación por parte del banco del cumplimiento de estas obligaciones...3.- Utilizar al menos tres veces, en los tres meses anteriores a aquel en que se lleve a cabo la comprobación del cumplimiento de estas obligaciones una tarjeta de débito o crédito, emitida por el banco a su nombre.

Transcurrido el plazo de devengo de interés fijo nominal anual, el tipo de interés nominal anual aplicable al capital del préstamo dispuesto y pendiente de amortizar tendrá carácter variable... conforme a lo pactado en la cláusula financiera tercera bis, “tipo de interés variable”.

CAPÍTULO TERCERO

En relación con este tema de las ventas vinculadas y combinadas se ha producido una importante novedad con la aprobación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a la que anteriormente nos hemos referido. Se establece, por primera vez, la distinción entre ventas vinculadas y combinadas. Considerando las primeras, que están prohibidas, como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado” (artículo 4, número 25) y las combinadas, que sí podrán realizarse, como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, *cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado*” <la cursiva es nuestra> (artículo 4, número 26).

7) Tasa anual equivalente (TAE)³²: consideramos la TAE como el coste total del préstamo en forma de porcentaje anual. Sin duda alguna es el mejor instrumento para ayudar al consumidor a comparar las distintas ofertas. Lamentablemente en el escenario actual de ofertas hipotecarias con productos variables y mixtos que pueden coincidir alguno de ellos en una misma operación implicando distintas TAE para un mismo préstamo no siempre esta magnitud sirve como elemento para comparar con fiabilidad las ofertas de distintas entidades³³. Es importante recordar que con la aprobación de la Ley 5/2019 se han prohibido las operaciones a interés variable con

Tercera bis. - Tipo de interés variable... El tipo de interés nominal anual aplicable al capital dispuesto y pendiente de amortizar en cada periodo de interés se determinará mediante la adición de un margen constante de 0,99 puntos al valor que represente el tipo de referencia en la fecha de revisión de dicho tipo.

En caso de que el prestatario no cumpliera alguna de las condiciones pactadas en la anterior cláusula financiera, el tipo de interés nominal anual aplicable a la liquidación de intereses de que se trate será el que resulte de sumar al tipo de interés en vigor, conforme a lo aquí pactado, un margen adicional de 1,20 puntos.”

Constatamos que no se recoge con claridad la trascendencia del incumplimiento de las condiciones sobre el diferencial ya que en esta operación concreta prácticamente se duplicaría. Igualmente, no queda claro qué ocurriría en caso de no cumplir las condiciones durante el período a interés fijo.

³² En relación con la TAE se han producido variaciones con la aprobación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En el artículo 6 del mismo se señala que “1. Se entiende por Tasa Anual Equivalente (TAE) el coste total del préstamo para el prestatario, expresado como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario.

2. El Ministro de Economía, Industria y Competitividad establecerá la fórmula matemática, los costes y los supuestos que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la TAE”

³³ En este sentido reproducimos las TAE que aparecen en la oferta de la hipoteca variable del Banco Santander (www.bancosantander.es) consultada el 13 de octubre de 2017:

“Tipo de interés: el primer año el tipo de interés nominal anual será del 0,99% (TAE variable 2,01%). Transcurrido el primer año, el tipo de interés será revisable y se revisará con periodicidad anual. Si se cumplen todas las condiciones indicadas, el tipo de interés nominal anual será el Euribor + 0,99. Si no se cumplen las condiciones indicadas a este tipo se sumará un margen adicional de 1,20 % (TAE variable 2,32 %). Si se incumple únicamente la condición indicada en el punto número 2, el margen adicional será de 0,20 % (TAE variable 1,67 %).

CAPÍTULO TERCERO

un límite a la baja del tipo de interés (cláusula suelo).

8) Amortización anticipada. Con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se han establecido por ley unos límites tanto a la compensación o comisión a favor del prestamista. En primer lugar, se establece en el artículo 23 apartado 5 la posibilidad de que contractualmente se pacte dicha comisión en las operaciones a tipo de interés variable o “en aquellos tramos variables de cualquier otro préstamo”, considerando pues dicha posibilidad en las operaciones mixtas (tramos fijos y variables) cuando la operación se encuentre en el tramo variable. En segundo lugar, solo se permite cobrar comisión por amortización durante los cinco primeros años de vigencia del contrato de préstamo, diferenciando si es durante los cinco primeros años, en cuyo caso, la comisión o compensación “no podrá exceder del importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, de conformidad con la forma de cálculo prevista en el apartado 8 de este artículo, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente”³⁴; o durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo, en los que en idénticos términos no podrá superar el importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, estableciendo en esta fracción temporal un límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente.

Consecuentemente en los préstamos a tipo variable, habrá que estar a lo pactado con la entidad, pero su cobro solo será posible si la cancelación supone una pérdida para la entidad, circunstancia que a efectos prácticos se producirá únicamente cuando los tipos de interés de mercado sean, en el momento de la cancelación, menores que el interés que se está pagando en la operación. La cuestión

³⁴ Esta pérdida financiera se determinará según el apartado 8 de dicho artículo 23 de la Ley 5/2019, proporcionalmente al capital reembolsado, por “la diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo”. Este valor presente de mercado “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”. Esta previsión es muy parecida a la de los artículos 8 y 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. En el artículo 9.2 en cuanto a las compensaciones por riesgo de tipo de interés, en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de préstamos o créditos hipotecarios, se establece que “el valor de mercado del préstamo o crédito 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”. En la Disposición transitoria única se señala que el tipo de interés de referencia será el tipo vigente de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública con vencimiento residual entre 2 y 6 años, regulado en la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 5 de diciembre de 1989.

CAPÍTULO TERCERO

que entendemos no queda resuelta es cuál debe ser el criterio en aquellos contratos con un tramo fijo inicial, por ejemplo, de 5 años. Habrán transcurrido “los cinco primeros años de vigencia del contrato de préstamo” pero la operación entrará por primera vez a tipo variable. Atendiendo al espíritu de la ley no debería poder cobrarse comisión al haber transcurrido el plazo de cinco años fijado como límite por ley para poder trasladar coste al prestatario, aunque en ningún momento la operación se haya liquidado a interés variable.

B) FICHA DE INFORMACIÓN PERSONALIZADA (FIPER). Esta ficha estaba regulada en el artículo 22 de la Orden EHA/2899/2011 que remite al Anexo II de la propia Orden. Con la nueva redacción dada a la Orden de 2011 por la Orden ECE/482/2019 el contenido del citado artículo 22 se refiere a la FiAE o Ficha de Advertencias Estandarizadas, incorporada a nuestro ordenamiento por primera vez mediante la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Conforme a la normativa anterior el cliente ya había facilitado a la entidad de crédito la información sobre sus necesidades de financiación y había aportado los datos sobre su situación financiera y sus preferencias de financiación, entendemos que había optado por alguna de las modalidades de tipo de interés (fijo, variable, mixto, variable limitado). En este caso la entidad debía proporcionar al cliente “información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato” (artículo 22.1 de la Orden).

La FIPER suponía un paso más y, en relación con la FIPRE anteriormente desarrollada, representaba concretar a nivel económico las distintas informaciones anteriormente aportadas, es decir, duración del préstamo, número de pagos, importe de cada cuota hipotecaria, la tabla de amortizaciones, la concreción de las vinculaciones (eufemísticamente señaladas como “obligaciones para beneficiarse de las condiciones del préstamo hipotecario”), las condiciones y procedimiento para las amortizaciones anticipadas y si ha lugar al derecho de subrogación de la operación a otra entidad.

C) LA OFERTA VINCULANTE. Sistemáticamente estaba situada dentro de la Sección 2ª de la Orden EHA/2899/2011 que regulaba la información precontractual tras las anteriormente comentadas fichas de información precontractual y de información personalizada. La oferta vinculante tenía como presupuesto que “el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario” (artículo 23.1). Aparecía regulada en el artículo 23 de la Orden de 2011³⁵, exigiendo que debía formularse por escrito y

³⁵ La Orden de 5 de mayo de 1994, hoy derogada por la Orden EHA/2899/2011 en su Disposición Derogatoria única, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios reguló por primera vez

CAPÍTULO TERCERO

especificar las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras de la operación que se va a formalizar. Se pretendía conseguir con la citada oferta, como señala la Exposición de Motivos de la Orden EHA/2899/2011, avanzando en las consideraciones de transparencia expuestas en la exposición de motivos de la Orden de 5 de mayo de 1994 de la que es heredera, una serie de aportaciones y novedades:

1ª.- mejorar las exigencias en materias relativas a la información precontractual (tipos de interés, comisiones, comunicaciones con el cliente, servicios vinculados, ...)

2ª.- facilitar la comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario. En este sentido se diseñan una serie de requerimientos de información unificada (FIPRE, FIPER y Oferta Vinculante) tanto de carácter precontractual como contractual.

3ª.- se recoge, en aras a las obligaciones de transparencia y difusión de información relevante, la información en relación con dos estipulaciones de gran alcance económico y jurídico: las cláusulas suelo (hoy prohibidas) o techo y los instrumentos financieros de cobertura de tipos de interés.

Cronológicamente, como hemos señalado, la oferta vinculante se situaba tras las fichas de información precontractual y de información personalizada, tras la solicitud en firme por parte del cliente (en este sentido entendemos que se tenía que interpretar la referencia que se realiza en el artículo 23 a “una vez que el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario) y después de la tasación y de determinadas comprobaciones por parte de la entidad financiera en relación con la situación registral del inmueble y de la capacidad financiera del cliente³⁶. Se configuraba como una obligación por

esta figura de la oferta vinculante en términos muy parecidos a la actual previsión normativa.

³⁶ En este punto se ha producido una importante novedad ya que, en desarrollo de los principios generales previstos en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, se establecen parámetros en orden a mejorar los niveles prudenciales en la concesión de operaciones de préstamo hipotecario. Consciente el legislador de los graves problemas que ocasionó en nuestra economía el estallido de la burbuja inmobiliaria señala en la Exposición de Motivos de la Orden que “a estos efectos se ha diseñado un sistema basado en la evaluación de la solvencia, que tiene como objetivo la valoración del riesgo de impago a efectos de la posible concesión de un préstamo y cuyo desarrollo no debiera, en ningún caso, suponer una barrera de acceso al crédito de la población, sino un estímulo legal al comportamiento más sano y prudente de entidades y clientes”.

El artículo 18 de la Orden aborda los principios básicos en aras a la correcta evaluación de la solvencia del cliente. Los procedimientos para valorar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo deberán contemplar como mínimo:

- a) la adecuada evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente.
- b) la valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para los que se tendrán en cuenta, además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos (acudiendo al historial crediticio del cliente en la Central de Información de Riesgos del Banco de España), sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.

CAPÍTULO TERCERO

parte de la entidad de crédito siempre que sea solicitada por el cliente, así entendemos que se debe interpretar el artículo 23.1 in fine al señalar “este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante”.

En el punto 2 del artículo 23 de la Orden EHA/2899/2011 se indicaba que debía facilitarse por escrito con idéntico formato al de la Ficha de Información Personalizada y adicionalmente debía especificar: que se trataba de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de dicha oferta. A diferencia del artículo 5 de la anterior Orden de 1994 no se exigía que fuera firmado por representante de la entidad si bien había que considerar la exigibilidad de dicho requisito si la oferta vinculante debía constituir una garantía para el adherente-prestatario. El plazo de validez de la misma salvo que mediaran “circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad” no debía ser inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

C) DOCUMENTO CONTRACTUAL Y ACTO DE OTORGAMIENTO. Aparecen regulados dichos actos en los artículos 29 y siguientes de la Orden EHA/2899/2011. En este punto existe una diferencia con la anterior regulación de la Orden de 1994 en la medida en que en la oferta vinculante se hacía constar “el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante”. Destacamos que en la regulación actual con la entrada en vigor de la Ley 5/2019, desaparece la oferta vinculante que es sustituida por la FEIN y el derecho del prestatario se convierte en obligación. Los cambios, en este sentido, son relevantes ya que:

1º.- Se deberá entregar al potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto del momento de la firma del préstamo hipotecario, entre otros documentos, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que tendrá la consideración de oferta vinculante (artículo 14.1). En parecidos a la oferta vinculante regulada en la Orden EHA/2899/2011 hay que señalar que la FEIN supone para el prestatario una simple toma de conocimiento de las condiciones financieras del préstamo. Pero hasta la firma solo vinculan a la entidad financiera. Por lo tanto, entendemos que estaríamos ante un precontrato de constitución de préstamo hipotecario, vinculante solo para una de las partes, la entidad financiera.

Debemos tener cuenta que la FEIN, como en su día la oferta vinculante, en

c) en el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones.

d) en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

CAPÍTULO TERCERO

rigor, solo recoge las condiciones financieras de la operación, las cuales tienen que coincidir con las cláusulas financieras del documento contractual a través del cual se va a instrumentar el préstamo hipotecario. Por lo tanto, el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario previsto en el artículo 30.2 es mucho más amplio que la FEIN regulada en los artículos 10 y Anexo I de la Ley 5/2019.

De todas maneras, no podemos obviar la extraordinaria importancia que adquiere esta Ficha Europea de Información Normalizada en el tema que nos ocupa por la posibilidad que ofrece al prestatario de llegar a una adecuada comprensión de los pactos incluidos en el contrato de préstamo. A esta comprensión hay que sumar el hecho de la remisión a la estructura del Anexo I de la Ley 5/2019 en la redacción de las cláusulas financieras, lo que conlleva referirse a un clausulado financiero estandarizado en cuanto a sistemática y contenido, circunstancia que en buena lógica implica una mayor comprensión para el prestatario.

Una correcta interpretación de esta exigencia de sujeción a la estructura de la FEIN nos lleva a sostener la exclusión de aquellas cláusulas cuya redacción suponga el sometimiento del prestatario no solo a las condiciones generales insertas en la escritura de préstamo que se firma sino también a las que resulten de las modificaciones posteriores del clausulado general llevado a cabo por la entidad financiera³⁷.

En rigor, este tipo de cláusulas de sujeción a una regulación abierta o mutable no deberían quedar incorporadas al contrato. Ahora bien, lo que sí cabría es la posibilidad de variar las condiciones generales, siempre y cuando dicha modificación estuviera prevista en las condiciones generales inicialmente firmadas y siempre y cuando se cumplieran los requisitos de los artículos 5 LCGC y 80 del TRLGDCU: entrega de las nuevas condiciones generales al adherente; redacción de forma clara y comprensible y, expresa adhesión a las mismas por el prestatario.

2º.- El prestatario deberá acudir (“habrá de comparecer”, artículo 15.1), ante el notario para obtener el asesoramiento necesario previo a la firma del contrato de préstamo hipotecario.

De manera resumida enumeramos el contenido de esta intervención notarial que es desarrollada de manera exhaustiva en otros apartados de la tesis:

a) verificar el cumplimiento de la entrega de la documentación prevista en el

³⁷ Un ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos en las condiciones generales de un contrato de tarjeta de crédito recogido por ALFARO AGUILA-REAL, J., “Las condiciones generales de la contratación”, Madrid, 1991. Editorial Civitas, página 230: “La Caja se reserva no obstante el derecho de modificar tales condiciones y, en tal caso, las variaciones que se introdujeran serían también aplicables a quienes fueran ya titulares de la tarjeta”.

CAPÍTULO TERCERO

artículo 14.1 de Ley 5/2019: la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN); la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE); un documento en las operaciones a interés variable recogiendo las cuotas periódicas a satisfacer en distintos escenarios de tipos de interés; una copia del proyecto de contrato que deberá ajustarse, como hemos indicado, a los documentos antes relacionados, en especial a la FEIN; información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestatario y documentación de las condiciones de los seguros exigidos en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo.

b) advertencia expresa de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito por parte del notario elegido por el prestatario para autorizar la escritura pública de préstamo hipotecario. Este asesoramiento deberá versar sobre “el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado” (artículo 14.1 g).

3.2.2.- SITUACIÓN ACTUAL: LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL QUE SE DERIVA DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE EN VIRTUD DE LA LEY 5/2019. EN ESPECIAL, LA FICHA EUROPEA DE INFORMACIÓN NORMALIZADA (FEIN) Y LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE).

Consideramos oportuno estudiar en este apartado la normativa que se ha derivado de la transposición de la Directiva de 4 de febrero de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea). Estas normas comunitarias ya se han incorporado a nuestro derecho interno mediante la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que aborda aspectos cruciales en orden a la consecución de un mercado crediticio más transparente y eficiente. Se aprobó en este sentido esta ley, cuya entrada en vigor se ha producido el día 16 de junio de 2019 y que, como hemos señalado, transpone a nuestro ordenamiento jurídico tanto la Directiva 2014/14/UE como el Reglamento (UE) nº 1093/2010³⁸.

Un breve análisis de la Exposición de Motivos de la mencionada Directiva nos permite enlazar la misma con la adopción por parte de la Comisión Europea el 18 de diciembre de 2007 del llamado Libro Blanco sobre la integración de los mercados de

³⁸ Boletín Oficial del Estado de día 16 de marzo de 2019. En el Boletín de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados de día 17 de noviembre de 2017) se publicó el Proyecto de ley y también se puede consultar en relación con el mismo el informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley con la inclusión de las 18 enmiendas aprobadas en el Boletín Oficial de la Cortes Generales – Congreso de los Diputados de día 11 de diciembre de 2018.

CAPÍTULO TERCERO

crédito hipotecario de la Unión. A grandes rasgos el Libro Blanco anunciaba la intención de la Comisión de evaluar actuaciones en aspectos como información precontractual, bases de datos sobre créditos, la solvencia, la tasa anual equivalente (TAE) y el asesoramiento sobre contratos de crédito. Todas estas actuaciones enlazan con el objetivo previsto en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de crear un mercado interior crediticio “más transparente y eficiente dentro de ese espacio fundamental para promover el desarrollo de las actividades transfronterizas y crear un mercado interior de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial” (Considerando 2)³⁹.

De cara a conseguir estos objetivos en un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo con unos contratos de crédito que faciliten un elevado nivel de protección a los consumidores (ámbito subjetivo), se establecen por la Directiva disposiciones en orden al suministro de información precontractual y en concreto con la implantación del formato de la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE)⁴⁰. Recordemos que se sigue manteniendo la llamada Ficha de Información Precontractual (FIPRE) cuyo contenido atañe a las obligaciones de información general de los préstamos inmobiliarios prevista en el artículo 9 de la Ley 5/2019 y que, según se señala en el artículo 21 de la Orden EHA/2899/2011, tendrá carácter orientativo.

Dentro de la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva junto al subjetivo, es decir el concepto de consumidor al que ya nos hemos referido, el objetivo se refiere a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles con independencia de la finalidad del crédito. Obviamente se incluyen los utilizados para

³⁹ Se refiere la Exposición de Motivos de la Directiva a un tema que ya hemos mencionado, la crisis financiera como consecuencia del comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado financiero. De esto se derivan hechos como la pérdida de confianza por parte de los consumidores en el sector financiero y el dato preocupante de las dificultades por parte de los prestatarios para hacer frente a sus operaciones, provocando un aumento de los impagos.

Precisamente para conseguir un ámbito sólido en los llamados “criterios de suscripción correctos” (Considerando 3) se hace referencia a una serie de instrumentos financieros como los coeficientes préstamo-valor del activo, préstamo-ingresos, deuda-ingresos, niveles mínimos por debajo de los cuales no se consideraría aceptable ningún crédito y otras medidas para evitar el endeudamiento excesivo de los hogares.

Todo ello son medidas para evitar lo que califica la citada Exposición de Motivos como “irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado...” (Considerando 4).

⁴⁰ Destacar que la Directiva se aplica a los contratos en que una de las partes sea consumidor entendiendo por tal según el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. El argumento, ya tantas veces repetido, es que los consumidores y las empresas no están en la misma posición, en consecuencia “no necesitan disponer del mismo grado de protección (Considerando 11).

Mención expresa se realiza en el Considerando 12 a los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada consumidor.

CAPÍTULO TERCERO

la adquisición de la vivienda pero también, expresamente lo señala la Directiva, los de refinanciación, los que ayuden a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas y los destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial⁴¹.

Junto a la FEIN y la TAE se regulan ámbitos directamente relacionados con la concesión de préstamos, en este momento simplemente los mencionamos, al margen del posterior desarrollo que realizaremos de ellos en otros apartados de la tesis, en aras a determinar y concretar la regulación de prácticas no siempre acordes con la necesaria protección del consumidor. Cabe destacar entre ellas:

a) Las técnicas de venta agrupada o vinculadas de productos o servicios asociados al contrato de crédito hipotecario. Es muy habitual esta práctica dentro de la política comercial de la entidad financiera y el día a día nos muestra como se combinan, agrupándolas en paquetes, una operación de préstamo hipotecario con servicios o productos financieros que no son más que una muestra del interés de la prestamista de diversificar su oferta y obtener mayor rentabilidad a la operación⁴².

En relación con estas prácticas comerciales, la Directiva establece una serie de

⁴¹ Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva las llamadas hipotecas inversas o hipotecas vitalicias ya que según se argumenta “resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa. Las operaciones de este tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente” (Considerando 16).

⁴² Estas prácticas son tan habituales hasta el punto de que ya forman parte de las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario dentro de las llamadas “bonificaciones del tipo de interés”. Valga, como ejemplo, la escritura de 11 de Octubre de 2017 del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), estipulación 3.bis.3 Bonificación de tipo de interés: “El Banco manifiesta que el “tipo de interés vigente” aplicable en cada “período de interés” que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal anual que más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el Banco....La formalización de la presente escritura en ningún caso implica la obligación del Banco de acceder a contratar con la parte prestataria todos o alguno de los productos o servicios relacionados en la presente cláusula.

La bonificación estará en función de los grupos A, B y C de productos y servicios vigentes, con las condiciones que para cada caso se especifican:

Grupo A: 1.- Nómina: se entiende a estos efectos la domiciliación ininterrumpida durante los seis meses anteriores a cada “período de interés”, en cuenta abierta en BBVA, de nómina, pensión, subsidio de desempleo o domiciliación de pago de la cuota de autónomos.

2.- Seguro multirriesgo hogar que deberá contratarse con la Compañía BBVA Seguros SA o cualquier otra compañía aseguradora perteneciente al grupo BBVA.

Grupo B: 1.- Seguro de Vida o Seguro de Amortización del presente préstamo: deberá contratarse con la compañía BBVA Seguros SA o cualquier otra compañía aseguradora perteneciente al grupo BBVA.

2.- Tarjeta de crédito: se entiende el ser titular de cualquiera de las tarjetas de crédito comercializadas por BBVA...

Grupo C: 1.- Planes de pensiones o de entidades de previsión social voluntaria (EPSV) individuales: deberá ser contratado con la correspondiente entidad gestora perteneciente al grupo BBVA mediante la comercialización del Banco, y realizarse unas aportaciones mínimas ininterrumpidas de 50 euros al mes durante los seis meses anteriores a cada “período de interés” (plazo que se reducirá a dos meses únicamente durante el período de “interés fijo”, siempre que el mismo se haya pactado con una duración inferior a seis meses), o bien con aportaciones extraordinarias mínimas de 600 euros en los 12 meses anteriores a cada “período de interés”.

CAPÍTULO TERCERO

previsiones: las operaciones de venta agrupada no deben distorsionar la capacidad de elección del consumidor ni la competencia del mercado; no deben permitirse estas prácticas a no ser que el producto o servicio financiero no pueda ofrecerse por separado al constituir una parte del crédito plenamente integrada en el mismo (ejemplo una cuenta de ahorro o caso de que la concesión de crédito esté vinculado a un producto que sirva de garantía al mismo) y en los casos de seguro para asegurar el valor de la garantía el consumidor debe tener la oportunidad de elegir su propio proveedor de seguro con la única condición de que la póliza tenga un nivel de garantía equivalente al de la ofrecida por el prestamista. De hecho, la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario distingue las ventas vinculadas de las combinadas y expresamente prohíbe las primeras al no ofrecerse la oferta o venta de paquete de productos “por separado” del contrato de préstamo.

b) La tasación adecuada de cara a la adopción de procedimientos adecuados de gestión de los riesgos internos y principalmente de las garantías. Para ello se precisa que los distintos métodos y normas de valoración de los activos conduzcan a tasaciones “realistas y fundamentadas de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación que sea detallada y plausible” (Considerando 26).

c) Se atiende por primera vez a la profesionalidad, equidad y honestidad del “personal que interviene directamente en las actividades reguladas por la presente Directiva” (Considerando 32) en alusión a los trabajadores de las entidades financieras comprendiendo en este concepto no solo al personal que atiende al cliente sino también a los trabajadores de los servicios de apoyo que desempeñan un papel importante en el proceso del contrato de crédito, “incluidos los directivos” (Considerando 32).

Así, se establecen normas sobre los conocimientos y competencias que deben poseer los trabajadores de las entidades financieras en aspectos tales como la elaboración, oferta, concesión e intermediación de contratos de crédito⁴³.

⁴³ A continuación, hacemos referencia a una serie de requisitos mínimos de conocimientos y competencia concretados en el Anexo III de la Directiva. A modo de resumen se incluyen dentro de los mismos: a) un conocimiento adecuado de los productos de crédito y de los servicios accesorios que suelen ofrecerse junto con ellos; b) un conocimiento adecuado de la legislación relativa a los contratos de crédito ofrecidos a los consumidores, en particular en lo que respecta a la protección del consumidor; c) un conocimiento y una comprensión adecuados del proceso de adquisición de bienes inmuebles; ...g) un conocimiento adecuado de las normas deontológicas del sector; h) un conocimiento adecuado del proceso de evaluación de la solvencia del consumidor o, si ha lugar, competencia en la evaluación de la solvencia de los consumidores y i) un nivel adecuado de competencias en materia financiera y económica. Además, se establece que los Estados miembros determinarán el nivel adecuado de conocimientos y competencias sobre una doble base:

a) las cualificaciones profesionales (títulos académicos, formación y pruebas de competencia)

b) la experiencia profesional que podrá definirse como un número mínimo de años de actividad laboral en ámbitos relacionados con la preparación, distribución o intermediación de productos crediticios.

CAPÍTULO TERCERO

Ciertamente novedosa es la cuestión de establecer normas de remuneración del personal de las entidades de crédito con el fin de limitar las malas prácticas de venta y de garantizar que la remuneración de los trabajadores no impida cumplir la obligación de tener en cuenta los intereses del consumidor. De forma expresa se indica que las políticas de remuneración no deben incentivar al personal a celebrar “un número o un tipo determinado de contratos de crédito, o a ofrecer al consumidor ciertos servicios accesorios sin tener expresamente en cuenta sus necesidades e intereses” (Considerando 35). Esta cuestión de los conocimientos y competencia exigibles al personal al servicio del prestamista se ha desarrollado reglamentariamente mediante la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril que ha modificado el artículo 32 de la Orden EHA/2899/2011 y ha incorporado los artículos 32 bis a 32 quinquies. Nos encontramos, sin duda, ante una de las dos cuestiones más complejas en orden al cumplimiento del principio de transparencia material en la comercialización de los préstamos hipotecarios. Reiteraremos durante la tesis nuestra opinión de que las obligaciones en sede precontractual, incluso en el mismo momento de la firma de la escritura, deben recaer de forma prioritaria en las personas de la entidad financiera que comercializan el préstamo hipotecario. Ellas son las que durante el iter precontractual han negociado las condiciones económicas y deberían asumir el grueso de las obligaciones inherentes a los controles, tanto de incorporación como de transparencia, exigibles a un contrato, el de préstamo hipotecario, paradigma de la contratación con condiciones generales. Sin ninguna duda son muy loables las propuestas de los artículos señalados de la Orden EHA/2899/2011, habrá que valorar el alcance de los conocimientos y competencias que se vayan alcanzando a medida que se vayan desarrollando estas acciones formativas. Debería exigirse por el Banco de España el máximo rigor y objetividad a las “empresas certificadoras” que acrediten el nivel de conocimientos y competencias. Debería haberse considerado que bien las universidades o determinados colegios profesionales fueran quienes, mediante pruebas objetivas, acreditaran dicho nivel. El que la formación pueda ser impartida por el propio prestamista (artículo 32 quáter) nos debería alertar sobre esta formación que, sin duda, será más de comercialización de productos vinculados a la hipoteca que de los necesarios conocimientos de los riesgos que asume el prestatario, protección del prestatario o posibles evoluciones de los tipos de interés y su incidencia sobre la operación.

Esta cuestión nos permite enlazar con otro problema relacionado con la concesión de préstamos: la obligación del prestamista de evaluar adecuadamente la solvencia del potencial prestatario. No debemos olvidar que la irresponsabilidad de las entidades en la concesión de hipotecas fue el detonante de la crisis que hizo tambalear el sistema financiero en 2008. En tal sentido la exposición de motivos de la

Adicionalmente se establece que a partir de 21 de marzo de 2019, la determinación de la posesión de conocimientos y competencias adecuados no podrá basarse exclusivamente en la experiencia profesional (punto b).

CAPÍTULO TERCERO

Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 reconoce claramente que “la crisis financiera ha demostrado que el comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado puede socavar los cimientos del sistema financiero, ... y puede tener graves consecuencias sociales y económicas”. Es obvio que quien está obligado a evaluar la solvencia del prestatario es el prestamista, el artículo 11 de la Ley 5/2019 que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/17/UE impone la obligación de las entidades financieras de “evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante”. En el propio artículo 11 se consideran una serie de factores que obligatoriamente deben ser valorados: “la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos”. Es, a todas luces, una norma insuficiente. Iremos señalando durante la tesis que necesariamente deberían fijarse límites a determinadas ratios como préstamo/valor o préstamo/ingresos ya que solo así podríamos conseguir un mercado hipotecario que se desarrollara bajo criterios de prudencia. En no pocos casos la práctica nos ha demostrado que la necesaria contratación de seguros exigida por la entidad se argumenta en base a esta prudencia y la consecuencia es la contraria al aumentar el endeudamiento del prestatario obligándole a compromisos que nada tienen que ver con la hipoteca y que lo único que consiguen es que el deudor asuma compromisos que exceden su capacidad de pago.

Directamente relacionada con esta cuestión son las consecuencias que debería tener la entidad financiera que ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia del deudor⁴⁴. El artículo 11.4 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario establece, en pura lógica ya que es el prestamista quien debe valorar dicha solvencia, que: “La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información”. Ciertamente la cuestión inversa, es decir, cuando sea imputable a la entidad financiera la incorrecta evaluación de la solvencia no está prevista en la Ley ya que, como acertadamente señala CUENA “la posibilidad de que un deudor sobreendeudado demande a una entidad financiera para reclamar unos daños y perjuicios es cercana a la ciencia ficción”⁴⁵. Cuestión diferente, que simplemente apuntamos, es qué consecuencias debería tener la concesión de un préstamo ante un test de solvencia negativo. Es este sin duda un tema complicado de resolver ya que la dicción del artículo 11 es ciertamente confusa al referirse a esta cuestión en términos de probabilidad sin que se introduzcan parámetros objetivos

⁴⁴ Sobre este tema se puede consultar CUENA CASAS, M., “La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario”, *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 84, marzo/abril de 2019, páginas 50 a 54.

⁴⁵ Ob.cit. página 52.

CAPÍTULO TERCERO

como, por ejemplo, préstamo-valor tasación o ingresos-compromisos de pago, así señala dicho artículo que “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...”. Nos situamos, una vez más, ante un supuesto en que se traslada el riesgo al prestatario, es una muestra más del funcionamiento deficiente préstamo-riesgo⁴⁶. No se consideran sanciones de derecho privado, a diferencia de otros ordenamientos como, por ejemplo, el francés o el belga que prevén en el primer caso la pérdida de intereses remuneratorios o, en el segundo, la pérdida de los intereses moratorios y la reducción de la obligación de restituir el capital⁴⁷. Lamentar, en tal sentido, la oportunidad que ha perdido el legislador español de regular los efectos de la evaluación de la solvencia, principalmente en aquellos casos en que o bien no se realiza o bien, aún habiéndose realizado con un resultado negativo, la entidad financiera concede el préstamo⁴⁸. En nuestra opinión, actualmente, tras la crisis del mercado hipotecario del año 2008, se vuelven a repetir factores en nuestro mercado de financiación inmobiliaria que deberían ser corregidos y, sin duda, la aprobación de la Ley 5/2019 habría sido una buena oportunidad para poner coto a prácticas que, inevitablemente, volverán a desembocar en una nueva crisis que habría que valorar si debería ser soportada nuevamente por los contribuyentes. Nos referimos en concreto a factores como la tendencia a la sobretasación⁴⁹, el traslado de riesgos a los

⁴⁶ CUENA CASAS, M., “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número 55, año 2015, página 516. Designa este problema como *selección adversa* por trasladar la totalidad del riesgo al consumidor por parte de entidades financieras demasiado optimistas que no prestan atención al factor de una garantía sujeta a variaciones de valor.

⁴⁷ Artículos L312-16, L341-27, L341-28, L341-31 y L341-33 del Código de Consumo Francés y artículos VII.201 y VII.209 del Code de Droit Économique de Bélgica, en este último, el artículo VII.209 señala: “Lorsque le preteur n’a pas respecté les obligations ou les interdictions visées aux articles....., le juge peut: 1° sans préjudice des sanctions de droit commun, por un pret hypothécaire avec una destination mobilière, déclarer nul le contrat ou réduire les obligations du consommateur au montant du crédit prélevé et relever le consommateur de tout ou partie des intérêts de retard...; 2° pour un crédit hypothécaire avec une destination immobilière, condamner le preteur au paiement unique de dommages et intérêts de 40 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est inférieur ou égal à 20.000 euros, de 30 p.c. maximum de tous les intérêts du crédit lorsque le montant du crédit prélevé est supérieur à 20.000 euros. En parecidos términos el artículo L341-28 del Código de Consumo Francés señala: “Le preteur qui accorde un crédit sans réaliser l’étude de solvabilité mentionné à l’article 313-16 peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge”. El artículo 313.16 exige que el prestamista “avant de conclure un contrat de crédit, le preteur procède a une évaluation rigoureuse de la solvabilité de l’emprunteur”.

⁴⁸ Resulta curiosa la Sentencia 54/2018, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el artículo 263-2.4 del Código de Consumo de Cataluña que señalaba: “el prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo”. Obsérvese la similitud con la redacción del artículo 11.5 de la Ley 5/2019: “el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario...” En relación con este tema de la implicación de la evaluación de la solvencia se puede consultar: MARTÍN FUSTER, J., “Obligaciones y efectos de la evaluación de la solvencia tras la Ley 5/2019 Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Revista La Ley 5920/2019*.

⁴⁹ Resulta difícil obviar el papel que han desarrollado las empresas de tasación en la crisis del sistema financiero. Un dato llamativo es que más de la mitad de las tasaciones son realizadas por empresas participadas por los bancos y cajas de ahorro (Fuente GARCÍA MONTALVO, J., ob. cit. página 13). En un estudio donde se analizan el precio de venta, valor de tasación e importe del préstamo se observa como la variable préstamo-valor préstamo alcanza

CAPÍTULO TERCERO

clientes, el excesivo recurso a la venta cruzada para recuperar la rentabilidad en un entorno de bajos tipos de interés y el hecho de que los actores del sistema financiero vuelvan a creer que será difícil una caída del precio de la vivienda⁵⁰. Hubiera sido deseable que las normas prudenciales no quedaran relegadas al ámbito puramente administrativo, de supervisión bancaria, y tuvieran efectos contractuales de cara a disuadir a las entidades financieras de prácticas deficientes, como bien señala un amplio sector doctrinal: “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”⁵¹.

En relación con este tema de la necesaria y correcta evaluación de la solvencia del futuro prestatario consideramos oportuno referirnos, aunque sea brevemente, a los llamados sistemas de información de crédito que a nivel internacional constituyen un elemento fundamental del sistema financiero⁵². Considerando la existencia básicamente de ficheros negativos y positivos, entendiendo los primeros como aquellos que recogen datos de impagos o incumplimientos del deudor y, los segundos, como los que contienen las operaciones que permiten calcular el grado de endeudamiento del deudor, la obligación que impone el artículo 11 de la Ley 5/2019 (“los prestamistas deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el apartado anterior”) debería contemplar el acceso y valoración de las deudas del solicitante tanto de los ficheros negativos como de los positivos. Lamentablemente en nuestro país el intercambio de información

una media durante el año 2012 del 82,9% y en cambio este valor se dispara al 110% si se considera la variable préstamo-precio de mercado de la vivienda (Fuente GARCÍA MONTALVO, J., ob.cit., páginas 14 y 15).

⁵⁰ Un estudio sobre el mercado español que alerta de estos riesgos se puede consultar en GARCÍA MONTALVO, J., “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, enero de 2018, Editorial Aranzadi, disponible en www.upf.edu.

⁵¹ CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 764, año 2017, páginas 2871 a 2924. En parecidos términos 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*, número 2 (abril-junio, 2015), páginas 1 a 30.

⁵² CUENA CASAS, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret-*, Julio de 2017, página 10.

CAPÍTULO TERCERO

entre entidades dista mucho de la tendencia que, cada día con más fuerza, se está consolidando en la Unión Europea principalmente con la base de datos AnaCredit (analytical credit datasets) regulada en el Reglamento 2016/867 del BCE de 18 de mayo de 2016, sobre recopilación de datos granulares de crédito y riesgo crediticio (son los llamados “datos crediticios” en palabras de Considerando primero de la Exposición de Motivos de dicho Reglamento y que no son más que la suma de la información detallada e individual sobre los instrumentos que originan un riesgo crediticio).

A) LA FICHA EUROPEA DE INFORMACIÓN NORMALIZADA (FEIN). Nos situamos, como ya hemos indicado, en el iter precontractual y atendiendo a la exigencia que el consumidor reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato con la finalidad de que pueda comparar ofertas y valorar de forma detenida el contrato que pretende formalizar. La información que contiene la FEIN, al igual que la que habíamos analizado, a nivel de nuestro derecho, con la derogada Ficha de Información Personalizada (FIPER) regulada en la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, persigue proporcionar al consumidor información personalizada sobre el contrato de crédito que va a suscribir. Ha de destacarse que mediante la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se ha implantado la FEIN como única ficha que contendrá la información precontractual; de hecho, según el artículo 14 de la Ley tendrá la consideración de oferta vinculante y sustituirá a las fichas reguladas en la Orden y a la propia oferta vinculante también recogida en la misma.

Recordemos, en primer lugar, que la Ficha Europea de Información Normalizada había sido desarrollada por primera vez en virtud de la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de Marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda, información normalizada que forma parte del llamado “código de conducta voluntario sobre la información precontractual para los créditos vivienda” (Anexo II)⁵³, y que fue negociado bajo los auspicios de la Comisión entre las asociaciones y federaciones que representaban a los prestamistas por una parte, y a los consumidores, por otra. La Directiva 2014/17/UE que comentamos, recoge la necesidad de revisar tanto el contenido como la presentación de la FEIN con la finalidad de garantizar, de una parte, su claridad y comprensibilidad y, de otra, la conveniencia de que contenga toda la información que se considere pertinente para el consumidor. Para ello se revisa la estructura de la ficha (en particular, el orden de los elementos de información) y se simplifica su formulación, buscando un lenguaje más sencillo y comprensible.

⁵³ Sin citarlas expresamente en su Exposición de Motivos la introducción de ambas Fichas por la Orden EHA/2899/2011 fue consecuencia de las reformas acometidas en derecho comunitario y en concreto de la Recomendación 2001/193/CE que impulsó mejoras en tema de información precontractual unificando requisitos de información.

CAPÍTULO TERCERO

Los puntos de mejora que entendemos que introduce la Directiva con la nueva Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) en relación con la FEIN antigua y con las FIPRE y FIPER de la Orden EHA/2899/2011 son los siguientes:

1º.- Se modifica la estructura y presentación prestando especial interés a la claridad de la información y a determinadas advertencias que se incorporan en aspectos como tipos de interés variable, tipos mixtos, riesgos potenciales asociados al tipo de interés, moneda del crédito distinta a la moneda nacional del consumidor, ...

2º.- Se simplifica su formulación, refundiendo, por ejemplo, las secciones relativas al “tipo de interés nominal” y “tasa anual equivalente”.

3ª.- Se añaden secciones como, por ejemplo, las llamadas “características flexibles” o “elementos de flexibilidad” en alusión a aspectos como si existe la posibilidad de transferir o subrogar el préstamo a una tercera persona y en qué condiciones y si existe dentro del contrato un crédito adicional y las condiciones para su disposición. Igualmente se establece la obligatoriedad de facilitar al consumidor una tabla ilustrativa de amortización tanto si la operación es a tipo variable como si es a tipo mixto.

4ª.- Un aspecto importante es la antelación con la que deberá facilitarse la FEIN. En palabras de la Exposición de Motivos de la Directiva “es importante que el consumidor, una vez que haya facilitado los datos precisos sobre sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias, reciba la información correspondiente por medio de la FEIN sin demora y con la suficiente antelación antes de quedar vinculado por una oferta o un contrato de crédito, de modo que pueda reflexionar y comparar las características de los productos de crédito y obtener asesoramiento de un tercero en caso necesario” (Considerando 44).

Hay que tener en cuenta, en relación con el plazo de antelación mínima para entregar al futuro prestatario la FEIN, única ficha que va a facilitarse obligatoriamente sustituyendo todas las existentes, el artículo 14 letra a) que establece diez días como mínimo, término que se considera necesario para garantizar a los consumidores un período de tiempo suficiente para valorar las implicaciones de la operación. Igualmente se establece en la Directiva que, en aras a la flexibilidad que pueda adoptar cada estado miembro en la transposición de la misma, este período de reflexión vincule al consumidor por una duración que no exceda de dichos diez días⁵⁴.

⁵⁴ Artículo 14.6: “Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.

Los Estados miembros especificarán que el período a que se hace referencia en el párrafo primero será un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho de desistimiento

CAPÍTULO TERCERO

Los puntos a considerar dentro de la Ficha Europea de Información Normalizada, centrándonos en el tipo de interés variable, objeto de estudio de la tesis, son los siguientes:

1º.- Obligatoriedad de mencionar el tipo de interés en forma porcentual y para el supuesto, el más habitual, de que se determine en relación con un tipo de referencia, la mención de este y el valor porcentual que represente el diferencial del prestamista.

2º.- Indicación expresa del valor del tipo o índice de referencia vigente en el día en que se extiende la FEIN.

3º.- Las hipótesis empleadas para el cálculo de la Tasa Anual Equivalente. Nos remitimos al apartado siguiente para el estudio de la TAE de conformidad con la definición que de la misma realiza la Directiva.

4º.- Para el caso de que estén previstos límites al alza o a la baja en el tipo de interés, especificación de los mismos. En el supuesto que tenga un límite al alza, se recogerá un ejemplo con el tipo deudor aumentado en la primera revisión al nivel máximo previsto en el contrato de préstamo. Si no hubiera límite al alza, en la Ficha deberá reflejarse la TAE al tipo deudor más elevado de los últimos veinte años como mínimo y si no hubiera datos en un plazo tan largo, se cogerá el período más largo para el cual tales datos estén disponibles.

5º.- Una expresa advertencia que indique que la variación del tipo de interés puede afectar al nivel efectivo de la TAE de la operación.

6º.- Cuando el préstamo tenga varios tramos a diferentes tipos, operaciones muy habituales actualmente donde aparecen de manera coincidente tipos de interés en parte fijos y en parte variables, la información exigida se facilitará respecto de cada tramo del crédito.

Consideramos positiva de cara a la claridad de la información los puntos que deberá reflejar la nueva Ficha. Sin embargo, criticamos que la única mención que se realiza respecto del índice de referencia, que no olvidemos va a determinar el precio de la operación durante todo el plazo de duración, sea el “tipo de referencia externo

tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas.

Cuando un Estado miembro especifique un período de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito:

- a) la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión, y
- b) el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión.

Los Estados miembros podrán establecer que los consumidores (no) puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión”.

CAPÍTULO TERCERO

empleado para el cálculo del tipo deudor si ha lugar”. Debería concretarse más definiendo cuál va a ser dicho índice de referencia, si hemos expuesto la necesidad de la objetividad del mismo, solo la perfecta identificación del citado índice podrá clarificar la posible influencia de la entidad prestamista en la cuantificación de la variable que va a determinar el precio de la operación.

B) LA TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE). La Tasa Anual Equivalente se incluye obligatoriamente dentro de la Ficha antes estudiada y es un instrumento importante para garantizar tanto la protección de los consumidores como la comparabilidad de la información de las operaciones en todo el territorio de la Unión Europea (Considerando 49).

Quizás la primera cuestión sea definir qué entiende la Directiva por TAE y, muy importante, concretar qué se incluye dentro de dicho concepto y cómo se debe calcular la misma. La definición la encontramos en el artículo 4 apartado 15 que define “tasa anual equivalente (TAE)” como:

“el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, más los costes contemplados en el artículo 17, apartado 2, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes (disposiciones de fondos, reembolsos y gastos) convenidos por el prestamista y el consumidor”.

Por tanto, la TAE comprende, de una parte, el llamado “coste total del crédito” y ,de otra, adicionalmente, los costes previstos en el artículo 17 apartado 2 referidos a aquellos casos en que la obtención del crédito este supeditado a “la apertura o mantenimiento de una cuenta, los costes de apertura y mantenimiento de dicha cuenta, de utilización de un medio de pago para transacciones y operaciones de disposición de crédito y los demás costes relativos a las operaciones de pago se incluirán en el coste total del crédito para el consumidor”. El coste total del crédito viene definido en el artículo 3, letra g) de la Directiva 2008/48/CE y debe incluir todos los gastos que el consumidor debe abonar en relación con el contrato de crédito y que conozca el prestamista⁵⁵. En consecuencia, se deben incluir los intereses, las comisiones, los impuestos, la remuneración de los intermediarios de crédito, los costes de tasación de bienes a efectos hipotecarios y cualquier otro gasto. Se excluyen expresamente los gastos notariales, necesarios para formalizar la operación, y se incluyen los seguros, tanto el de incendios que es obligatorio, como el de vida si es necesario contratarlo.

⁵⁵ Artículo 3, letra g) Directiva 2008/48/CE: “ todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría; el coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguros, se incluye asimismo en este concepto si, además, la celebración del contrato de servicios es obligatoria para obtener el crédito o para obtenerlo en las condiciones ofrecidas”.

CAPÍTULO TERCERO

De forma previa al análisis de la regulación de la TAE en la Directiva consideramos oportuno analizar cuáles son los antecedentes y la regulación actual de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera referencia a la TAE en nuestro derecho fue en la disposición séptima de la Orden Ministerial de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito, hoy derogada⁵⁶, que, en el último párrafo, establecía que “adicionalmente, en los casos en que sea obligatoria la entrega del documento contractual, o cuando así lo solicite el cliente, las Entidades de crédito harán constar en el mismo, separadamente y a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de interés efectivo anual post pagable. La fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al Boletín Oficial del Estado en que se hubiera publicado la Circular del Banco de España en que se contenga”. Además, la Disposición Final primera de la citada Orden facultó con amplitud al Banco de España para que desarrollase y ejecutase la Orden. En su desarrollo se aprobó la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta Circular ha sido derogada por 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 que únicamente ha mantenido la norma 8ª de la Circular 8/1990. En concreto, esta norma octava establece que:

“a) los tipos de interés, costes o rendimiento se expresarán en tasas porcentuales anuales pagaderas a término vencido equivalentes.

b) la tasa porcentual equivalente es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación por todos los conceptos, incluido el saldo remanente a su término, con las excepciones e indicaciones que se recogen en los siguientes apartados”.

⁵⁶ Dictada en virtud de la facultad que establecía el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. En dicho artículo se facultaba al “Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, pudiera:

a) Establecer que los contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas con las eventualidades propias de cada clase de operación...

b) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización”.

CAPÍTULO TERCERO

Dos cuestiones podemos destacar en relación con la introducción por primera vez de este método de medición del coste de las operaciones:

1ª.- La TAE representó una importante novedad en el sistema de transparencia en la contratación bancaria, especialmente en las operaciones activas y más concretamente en tema de préstamos hipotecarios. Supuso por primera vez normalizar el coste de las operaciones lo que permitiría a los futuros deudores comparar ofertas previas a la formalización de sus operaciones.

2ª.- Atendiendo a la previsión de la derogada Orden de 1989, originalmente la TAE fue, en sus inicios un elemento informativo, sin ningún tipo de consecuencia contractual (“adicionalmente..., separadamente, y a efectos informativos”) y ligado más a la rentabilidad para el prestamista que al coste para el prestatario⁵⁷.

Actualmente con la entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se establece en su artículo 8, apartado 1 que “la Tasa Anual Equivalente (TAE) se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que figura en el Anexo II, epígrafe I de esta Ley”. Hasta la promulgación de esta ley, cuya entrada en vigor se ha producido el día 16 de junio de 2019, existían distintas regulaciones de la TAE en nuestro ordenamiento con una única fórmula de cálculo⁵⁸, y diferencias en cuanto a factores de coste que diferirán en los supuestos de contratos de crédito al consumo, en los de adquisición de vivienda con garantía hipotecaria en los que sí habrá que atender a la nueva regulación de la TAE, ya que dicha ley solo

⁵⁷ Como señala acertadamente NIETO CAROL, U., “*Transparencia y Protección de la clientela bancaria*”. Editorial Aranzadi, Pamplona, año 2016, página 307: “se podía considerar así, como una expresión extracontractual del precio de la obtención de un recurso financiero” y “habida cuenta que solo tenía en cuenta los desembolsos del deudor que eran ingresos del acreedor, más que el coste para el acreditado realmente era la rentabilidad para la entidad de crédito”.

De hecho, en la misma norma Octava en su número 4 se indicaba que en las operaciones activas “en el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos cuyo devengo sea a favor de la Entidad. No se considerarán, a estos efectos los gastos complementarios o suplidos (timbres, corretajes a favor de terceros, gastos notariales, etc...) aun cuando debe quedar expresa y claramente indicado que la tasa anual efectiva de coste no incluye tales gastos, que han de detallarse uno a uno”.

⁵⁸ Regulaciones que encontramos en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios – Anexo V –, en el artículo 32 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo y en la Circular del Banco de España 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.

El artículo 32 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo remite para el cálculo de la TAE en los contratos de crédito al consumo a la parte I del Anexo I de la propia ley que adapta el cálculo a las peculiaridades de las operaciones de consumo con unos límites mucho más reducidos que las operaciones hipotecarias.

Por su parte la TAE relativa a los contratos de crédito inmobiliario se regula en el artículo 8 de la Ley 5/2019 y en su Anexo II, epígrafe I. Igualmente en el artículo 31 de la Orden EHA/2899/2011, desarrollada en el Anexo V, se regula igualmente hasta que reglamentariamente se modifique dicha Orden.

Para el resto de los contratos la TAE se encuentra regulada en la norma Decimotercera de la Circular 5/2012 que a su vez remite al Anejo 7 de la propia Circular.

CAPÍTULO TERCERO

afecta a los contratos de crédito inmobiliario y no al resto de contratos bancarios⁵⁹.

Sin entrar en las peculiaridades de cada uno de los distintos tipos de contratos, atendiendo a la fórmula de cálculo, y, sin considerar las diferencias de coste por la especialidad de los contratos, podemos destacar del actual concepto de TAE, los siguientes rasgos comunes:

1º.- Las distintas previsiones legales ya no se refieren a la TAE “a efectos informativos”. Podemos señalar que ya es un elemento que necesariamente se tiene que plasmar en los contratos bancarios.

2º.- Se configura como coste para el prestatario si atendemos a la dicción de las normas vigentes. Si antes se señalaba que “en el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos cuyo devengo sea a favor de la entidad”, actualmente se incluyen pagos por amortización, intereses, comisiones y otros gastos de la operación, es decir, todos los gastos soportados por el prestatario, al margen de que sean o no ingreso para la entidad.

3º.- En los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés o que permitan modificaciones de las comisiones o gastos incluidos en la TAE que no sean cuantificables en el momento del cálculo se introduce por primera vez el concepto de “TAE variable” advirtiendo expresamente de tal circunstancia y calculando la tasa anual equivalente partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato.

Esta llamada TAE variable es consecuencia de la transposición de la Directiva 2008/48/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de Abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, que señala, en su artículo 19.4, que “en los contratos de crédito que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo deudor y, en su caso, los gastos incluidos en la tasa anual equivalente que sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto básico de que el tipo deudor y los demás gastos se mantendrán fijos al nivel inicial y se aplicarán hasta el término del contrato de crédito”.

⁵⁹ El artículo 32 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo remite para el cálculo de la TAE en los contratos de crédito al consumo a la parte I del Anexo I de la propia ley que adapta el cálculo a las peculiaridades de las operaciones de consumo con unos límites mucho más reducidos que las operaciones hipotecarias.

Por su parte la TAE relativa a los créditos hipotecarios garantizados con vivienda se regula en el artículo 31 de la Orden EHA/2899/2011, desarrollada en el Anexo V.

Para el resto de los contratos la TAE se encuentra regulada en la norma Decimotercera de la Circular 5/2012 que a su vez remite al Anejo 7 de la propia Circular.

CAPÍTULO TERCERO

En sede de préstamos hipotecarios y, en concreto en relación con las operaciones a interés variable, es importante destacar las previsiones de la norma decimotercera de la Circular 5/2012 y el artículo 31 y Anexo V de la Orden EHA/2899/2011. En orden a calcular la TAE es necesario considerar los siguientes puntos:

1º.- En el apartado 5 de la norma decimotercera de la Circular 5/2012, se señala al referirse a las operaciones a interés variable que “en los contratos que contengan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y/o de las comisiones o gastos incluidos en la tasa anual equivalente, que no sean cuantificables en el momento del cálculo, la tasa anual equivalente se calculará partiendo del supuesto de que el tipo de interés y las comisiones y gastos se computarán al nivel fijado en el momento de la firma del contrato. En estos casos, la expresión TAE se sustituirá por la TAEVariable, y se deberá indicar expresamente que se ha utilizado la simplificación anterior”.

2º.- El cálculo de esta TAEVariable se realizará “bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante durante toda la vida de la operación, en el último nivel conocido en el momento de la celebración del contrato...En estos casos, la tasa anual equivalente solo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión <esta TAEVariable se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto esta TAEVariable variará con las revisiones del tipo de interés>”. Es decir, para el cálculo de la TAE se considerará un tipo de interés que será el resultante de aplicar el criterio de variabilidad en la fecha del contrato, atendiendo en consecuencia al valor del índice de referencia en el momento de formalización, al margen de cuál sea el tipo de interés durante el primer plazo de la operación.

Continúa indicando la norma decimotercera de la Circular citada que en las operaciones a interés variable en las que se establezcan límites a su variación, “dichos límites deberán tenerse en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente”⁶⁰.

En este punto ha tenido lugar un notable avance en relación con la Circular del Banco de España 8/1990, hoy derogada, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que en el número 6 de la norma octava establecía que “en las operaciones a tipo de interés variable, el coste o rendimiento efectivo a reflejar en la documentación contractual, girará sobre el

⁶⁰ Un ejemplo recogido por NIETO CAROL, U., ob. cit. página 317 muestra estas variables: “en un préstamo a 20 años se fija un tipo de interés inicial del 3,50% durante 3 años y luego revisión anual aplicando el tipo de referencia euríbor anual más dos puntos porcentuales, el cálculo se hará de la siguiente manera: se computa un tipo que sería el resultado de sumar al tipo euríbor anual vigente en el momento del contrato (ejemplo 0,50 %) el diferencial pactado, o sea, el 2,50 %. Pero si se ha pactado un mínimo del 3% este sería el tipo a considerar para el tiempo restante”.

CAPÍTULO TERCERO

primer tipo aplicable...”⁶¹.

3º.- Un supuesto específico para el cálculo de la TAE es el relativo a las ofertas vinculantes relativas a las operaciones de subrogación de préstamos hipotecarios, recordemos, reguladas mediante la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios⁶². En estas operaciones para el cálculo de la TAE, además de los previstos en la norma Decimotercera de la Circular, se deberá incluir el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo objeto de subrogación⁶³.

4º.- Para su cálculo se incluirán los intereses, comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito o préstamo recibido o los servicios inherentes al mismo. Igualmente se incluirán las primas de los seguros que tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre y cuando su contratación haya sido impuesta por la entidad para conceder la operación (artículo 31 y norma Decimotercera número 7, letra d).

5º.- En aquellos supuestos de operaciones hipotecarias en que “la entidad reciba ayudas, subsidios o subvenciones de carácter público, solo se tendrán en cuenta para el cálculo de la tasa anual equivalente los importes efectivamente reintegrados por el beneficiario, de forma que aquellas subvenciones resulten excluidas de sus costes” (norma Decimotercera, número 7, letra d) in fine). Se contempla el supuesto de los préstamos con ayudas tanto de capital como subvenciones a los tipos de interés (por ejemplo, las viviendas de protección oficial o las viviendas de precio tasado)⁶⁴.

⁶¹ Esta previsión posibilitó las prácticas comerciales de ofertas de tipos de interés de “enganche” muy por debajo del índice de referencia, lo que implicaba TAEs mucho más bajas que el tipo de interés en el que realmente quedaba la operación una vez tenía lugar la primera revisión.

⁶² Hay que tener en cuenta que estas operaciones sin llegar a los niveles de los años álgidos en la llamada “guerra de las hipotecas” (años 2000 a 2007) siguen formalizándose. Por ejemplo, en los meses de septiembre de 2015 se firmaron 2.304 operaciones de subrogación con cambio de acreedor y en Diciembre de 2015 se firmaron 1.832. Se puede consultar la estadística mensual en www.ine.es (estadística de hipotecas). Última consulta 12 de enero 2018

⁶³ Norma Decimotercera, número 7, letra c): “En las ofertas vinculantes a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de Marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, entre los conceptos que se han de tener en cuenta en el cálculo de la tasa anual equivalente, además de los que se derivan de lo dispuesto en la letra b) precedente, se incluirá el importe de la comisión de cancelación o de la compensación por desistimiento del préstamo objeto de subrogación. Con la oferta vinculante, también se informará al cliente del coste efectivo remanente del préstamo cuya subrogación se pretenda realizar.”

⁶⁴ Las operaciones de compraventa de viviendas protegidas hoy son porcentualmente escasas dado que su construcción ha caído en picado. Así por ejemplo durante el año 2016 para un total a nivel nacional de 34.351 viviendas libres se terminaron 7.118 viviendas protegidas (20,72 %). Fuente Observatorio de Vivienda y Suelo.

CAPÍTULO TERCERO

En la Directiva 2014/17/UE la regulación de la TAE se realiza en el artículo 17 en el Capítulo 5 que comprende únicamente dicho artículo. Del mismo y de su Anexo I, que recoge la fórmula matemática para su cálculo, deducimos los siguientes requisitos en su determinación⁶⁵:

1º.- Deben incluirse, como ya hemos indicado, todos los costes de los productos que necesariamente se tienen que contratar para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas (cuenta vinculada con sus costes de apertura y mantenimiento; medios de pago y de forma genérica “los demás costes relativos a operaciones de pago”) (artículo 17.2).

2º.- El cálculo de la TAE se realizará considerando que el contrato estará vigente durante todo el plazo acordado, cumpliendo ambas partes, prestamista y consumidor, sus obligaciones en las condiciones y plazos pactados (Artículo 17.3).

3º.- En los préstamos en que se haya pactado un interés fijo durante al menos cinco años pasados los cuales tenga que negociarse un nuevo tipo fijo, el cálculo de la TAE afectará únicamente al primer plazo de cinco años y se basará en el “supuesto de que, al final del período del tipo deudor fijo, se haya reembolsado el capital pendiente”. (Artículo 17.5)

4º.- En las operaciones a interés variable o en palabras de la Directiva “cuando el contrato de crédito tenga en cuenta variaciones en el tipo deudor” (artículo 17.6), será necesario, de una parte, que se facilite la TAE conforme a la fórmula matemática del Anexo I y, de otra, para que el consumidor esté informado de las posibles repercusiones de las variaciones en los importes adeudados y en la TAE originaria, se le deberá facilitar una TAE adicional que “ilustre los posibles riesgos vinculados a un aumento significativo del tipo deudor” (artículo 17.6).

5º.- En aquellos supuestos en que el tipo de interés no esté limitado (ausencia

Boletín número 23, informe del tercer trimestre de 2017 que recoge las estadísticas del año 2016 y los tres primeros trimestres del año 2017. Ministerio de Fomento www.fomento.gob.es (Última consulta 12/01/2017). De dicho informe merece ser destacado el dato que hasta septiembre de 2017 se han realizado un total de 121.561 transacciones de vivienda con un peso muy importante de las operaciones de vivienda usada que multiplican por diez las de viviendas nuevas. Señalar un dato también relevante como es el que la compra de vivienda por parte de extranjeros se mantiene en los últimos años en el entorno del 17 % del total de operaciones. Y otro dato importante como es el de préstamos hipotecarios formalizados para adquisición de vivienda que durante los tres primeros trimestres de 2017 fue de 80.834 operaciones.

⁶⁵ La fórmula según el Anexo I es la “ecuación de base que traduce la equivalencia de las disposiciones de crédito, por una parte, y de los reembolsos y pagos de gastos por otra.

La ecuación de base, que define la tasa anual equivalente (TAE), expresa la equivalencia anual entre, por un lado, la suma de los valores actualizados de las disposiciones de crédito y, por otro, la suma de los valores actualizados de los importes de los reembolsos y pagos de gastos”.

CAPÍTULO TERCERO

de suelo y/o techo) se deberá advertir expresamente al consumidor de las posibles variaciones en dicho tipo.

6º.- Cálculo de la Tasa Anual Equivalente conforme al Anexo I:

a) la fecha inicial deberá ser la de la primera disposición de fondos⁶⁶.

b) los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Se establece además que para el cálculo de la TAE “un año tiene 365 días”. Se ataja con ello una práctica muy habitual en las operaciones de las entidades financieras españolas donde es muy común incluir una cláusula del siguiente tenor:

“La fórmula matemática para obtener, a partir del tipo de interés nominal anual, el importe de los intereses devengados en cada período es la siguiente; $C \times d \times r / 360 \times 100$; siendo C = el capital pendiente del préstamo al inicio del periodo de liquidación; d = el número de días de que consta el periodo de liquidación; r = el tipo de interés nominal anual.....Para el cálculo de interés, se entenderá que el año tiene 360 días”⁶⁷.

c) el resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo y si la cifra del segundo decimal es superior o igual a cinco, se redondeará a la cifra superior.

d) en los supuestos de un préstamo puente o de posibilidad de descubierta, “se considerará que se ha dispuesto del importe total del crédito en su totalidad y por toda la duración del contrato” (letra j).

e) en el resto de las operaciones de duración indefinida, entendiéndose por tales aquellos que no tienen una duración fija, incluyendo los “que deben reembolsarse en su totalidad dentro o después de un período, pero que, una vez devueltos, vuelven a estar disponibles para una nueva disposición de fondos”, se establecen para el cálculo de la TAE las siguientes presunciones:

- cuando la finalidad de la operación sea adquirir o conservar derechos sobre

⁶⁶ Cuestión de gran importancia en aquellas operaciones donde se permiten ulteriores disposiciones de fondos (ejemplo, crédito abierto de La Caixa) o igualmente en las operaciones hipotecarias para construcción de la propia vivienda donde las disposiciones se realizan a medida que se va produciendo un avance de la construcción.

⁶⁷ Recogida por ALFARO AGUILA-REAL, J., “Cuando los años tienen 360 días”, *blog Almacén del Derecho*. 26 de enero de 2017, página 3

En relación con este tema hay que señalar que 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, recoge en su Anejo 7 la fórmula para el cálculo de la Tasa Anual Equivalente y en el apartado observaciones en la letra c) indica que “....Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366)....”

CAPÍTULO TERCERO

bienes inmuebles se presumirá que el crédito se otorga por un período de 20 años a partir de la fecha de la primera disposición de fondos y que el pago final liquida el saldo de capital, intereses y otros gastos.

- se presumirá que el consumidor devuelve el crédito en plazos mensuales iguales a contar desde la fecha de la primera disposición de fondos y cuando el capital tenga que ser reembolsado en su totalidad en un pago único, los intereses y otros gastos se aplicarán de conformidad con dichas disposiciones.

Como hemos señalado anteriormente, se han incorporado al ordenamiento jurídico español tanto 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 y el Reglamento (UE) número 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea). En este sentido y con esta finalidad se ha aprobado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Consideramos oportuno destacar, por su importancia en el tema objeto de estudio, aquellos aspectos más relevantes de dicha ley en relación con la tasa anual equivalente.

En primer lugar, en el artículo 4, número 14, se incorpora, bajo el epígrafe de definiciones, la consideración de la tasa anual equivalente (TAE) como: “ el coste total del préstamo para el prestatario, expresado como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario”. En el artículo 8 de esta Ley se han incorporado una serie de nuevas previsiones en la configuración de la TAE con la aprobación de las enmiendas de los Grupos Parlamentarios. De forma resumida considerando tanto los artículos mencionados como el Anexo II de dicha Ley podemos destacar las siguientes cuestiones⁶⁸:

a) deberán incluirse dentro del coste total del crédito además de los señalados en el artículo 8, todos aquellos relativos a la exigencia de apertura o mantenimiento de una cuenta necesariamente vinculada a la obtención del préstamo, así como a la posible utilización de medios de pago para transacciones y operaciones de disposición del crédito.

b) se calculará la TAE suponiendo que el contrato estará vigente durante todo el período de tiempo acordado.

⁶⁸ En el Anexo II (de nueva redacción en relación con el primer Proyecto de Ley publicado en noviembre de 2017) se establece la fórmula matemática conforme a la que se deberá calcular la TAE.

CAPÍTULO TERCERO

c) el cálculo, cuando en el contrato se incluyan cláusulas que permitan modificaciones del tipo de interés y de gastos que no se pueden cuantificar en el momento de formalización de la operación, se realizará considerando que tanto el tipo deudor como los gastos se mantendrán sin cambios respecto al nivel fijado en el momento de formalización del contrato.

d) igualmente, en contratos a tipo de interés variable, se deberá informar al prestatario y, en consecuencia, facilitar una TAE adicional que ponga de relieve que podrán existir variaciones en el coste total del crédito. En el apartado 6 del artículo 8 se señala que esta advertencia se deberá realizar “al menos mediante la FEIN”, circunstancia que corrobora que la FEIN se configura como elemento esencial, y, a nuestro entender, debería ser el único, salvo la TAE, de la información a facilitar previa a la formalización del contrato.

e) en cuanto a aspectos relacionados directamente con el cálculo, se zanján definitivamente dos cuestiones que hasta la fecha han sido polémicas: se señala expresamente que un año tiene 365 días y un mes normalizado 30,41666 días y que el resultado del cálculo se expresará con una precisión de un decimal como mínimo y si es con dos y la cifra del decimal siguiente es superior o igual a cinco, el decimal precedente se redondeará a la cifra superior.

f) se establece la presunción para aquellos contratos en que no se haya fijado el importe máximo del crédito que este será de 170.000 euros.

g) en parecidos términos se recogen una serie de presunciones en cuanto a los pagos de intereses y fechas de pago tanto de capital, intereses como del resto de gastos: los intereses se pagarán junto con los reembolsos de capital; los gastos, distintos de los intereses, deberán satisfacerse en la fecha de celebración del contrato; el último pago liquidará el saldo de capital, intereses y otros gastos, si se hubieran previsto (letra h, apartado II del Anexo II).

Sin ningún tipo de duda, debemos considerar positiva esta nueva configuración de la TAE que no es más que la ecuación que refleja el coste total del préstamo para el prestatario. Ya hemos criticado que con la Ley se suprimen todas las fichas precontractuales existentes hasta la fecha y se unifican en la FEIN (la llamada FiAE no aporta ninguna información adicional en relación con la FEIN y simplemente se limita a destacar algunos aspectos relevantes de la misma) y en la TAE que, sin duda, es el elemento más importante a la hora de valorar el coste de la operación y de comparar las distintas ofertas del mercado. Tendremos que esperar el desarrollo que de la TAE se realice mediante el instrumento normativo flexible de una norma reglamentaria previsto en el apartado 8 del artículo 8 de dicha Ley para valorar con más detalle aspectos concretos de la misma.

CAPÍTULO TERCERO

3.3.- CONCRECIÓN, CLARIDAD Y SENCILLEZ EN SU REDACCIÓN.

Exigen los artículos 5.4 LCGC “claridad, concreción y sencillez”, el artículo 80.1 TRLGDCU “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...” , el artículo 7.b) LCGC señala que no quedarán incorporadas las condiciones generales que “sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”⁶⁹ y el artículo 9 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario obliga a los prestamistas a facilitar en todo momento en soporte papel “información clara y comprensible sobre los contratos de crédito”.

Con estos requisitos se pretende hacer frente a una forma de utilización de condiciones generales claramente insatisfactoria⁷⁰. Los clausulados generales, especialmente los contenidos en escrituras de préstamo hipotecario suelen presentarse con una redacción ambigua, asistemática, plagadas de tecnicismos, de remisiones internas, de imprecisiones en los términos empleados, etc... que dificultan el que el prestatario pueda hacerse una composición de lugar respecto a las obligaciones que ha asumido al contratar, las consecuencias de su actuación durante la vida del contrato o su situación en caso de litigio⁷¹.

⁶⁹ En parecidos términos se expresaba ya el artículo 4 de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, hoy ley en vigor: “Las condiciones generales de la contratación deberán redactarse de manera clara y precisa. Siempre que sea posible, quien aplique las condiciones generales deberá proporcionar una información clara, veraz y suficiente de las mismas a la otra parte contratante, de manera que ésta pueda conocerlas usando una diligencia ordinaria”.

Adicionalmente se establece que en los supuestos que el contrato tenga un tipo de interés variable, el índice debe cumplir entre otras condiciones “ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes” (artículo 21.2 a).

⁷⁰ YSÁS SOLANES, M., ob.cit., página 231.

⁷¹ Un claro ejemplo de esta redacción que nos ilustra sobre un modo de utilizar de forma poco satisfactoria los clausulados de préstamo hipotecario con condiciones generales en operaciones a tipo de interés variable lo encontramos en la escritura de préstamo hipotecario de Unión de Créditos Inmobiliarios de fecha 25 de junio de 2007:

“Un mes antes de cada fecha aniversario de la primera cuota mensual, a partir del año sexto el importe de las mismas se volverá a calcular sobre la base del nuevo tipo de interés vigente, determinado de conformidad con la condición “cargas del préstamo” antes indicado, de manera que el saldo deudor de su cuenta sea totalmente reembolsado durante los quince años inicialmente previstos, menos los años ya transcurridos. La modificación del importe de la cuota mensual que podría resultar entrará en vigor en la fecha aniversario de la primera cuota mensual. Dicho importe será comunicado, como máximo, quince días antes, correspondiendo a la parte prestataria la carga de la prueba de esta comunicación.

Sin embargo, para atenuar los efectos de la posible variación del tipo de interés, el aumento eventual de las cuotas mensuales nunca podrá ser superior al 80 por ciento del incremento del índice de precios al consumo (IPC) para los últimos doce meses, publicado un mes antes de proceder a la revisión por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Si del nuevo cálculo resultare un importe de la cuota mensual inferior al del año anterior, se mantendrá la cuota del año anterior durante el nuevo período de doce meses, lo cual puede suponer una reducción de la duración del préstamo.

Al final de los quince años: si por la limitación establecida en los dos párrafos anteriores, no hubiese sido pagado la totalidad del saldo deudor al finalizar los quince años (plazo inicialmente previsto), la parte prestataria continuará pagando las cuotas mensuales en las mismas condiciones de cálculo hasta el pago completo

CAPÍTULO TERCERO

Los instrumentos jurídicos para combatir tales situaciones son básicamente tres:

1.- los requisitos de los artículos 5 y 7 b) de la LCGC, 80 1 a) del TRLGDCU y 9 de la Ley 5/2019 señalados.

2.- la aplicación de los principios hipotecarios de especialidad y determinación.

3.- la aplicación de la regla “contra proferentem” en el ámbito de la interpretación.

3.3.1.- LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 b) DE LA LCGC, 80 1 a) DEL TRLGDCU y 9 DE LA LEY 5/2019.

Del tenor de estos artículos podemos deducir las siguientes tres exigencias dirigidas a la entidad de crédito que utiliza las condiciones generales en sus contratos de préstamo hipotecario:

1ª).- **Exigencia de legibilidad:** aparece expresamente mencionado en el artículo 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, debemos interpretarlo como un presupuesto necesario de la comprensibilidad en la medida que la ilegibilidad de la cláusula veda la posibilidad de captar su contenido⁷².

La ilegibilidad puede venir provocada por el tamaño de la letra o incluso en ciertos casos por la escasa calidad de impresión del texto⁷³. A esta cuestión se refiere

del saldo de su cuenta, sin que esta prórroga pueda superar los quince años. Los pagos serán iguales a la cuota mensual del año 14, aumentada cada año en una proporción del 80 por ciento de la variación del IPC, como se ha indicado más arriba...”.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1982.

⁷³ Es la clásica afirmación de que las condiciones generales son “la letra pequeña”. Alfaro recoge en “Las condiciones generales de la contratación”, Madrid, año 1991 (Editorial Civitas) una sentencia del BGH (Tribunal Supremo Federal Alemán) donde se negó la inclusión de unas condiciones generales porque solo podían leerse con lupa y aún así no sin dificultad.

Sí podría plantearse este supuesto en el tema de la publicidad que realizan las entidades sobre sus préstamos hipotecarios. Se debe equiparar en el tema de la publicidad la “letra pequeña” con las omisiones deliberadas de aspectos importantes y esenciales de la operación de crédito.

Plantea esta cuestión SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en el artículo “La responsabilidad derivada del folleto informativo en la Jurisprudencia alemana” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 53, enero-marzo de 1994, páginas 217 a 220. Se refiere al folleto informativo de mercado de valores, si bien sus conclusiones son perfectamente extrapolables al caso que nos ocupa, por cuanto entendemos que la finalidad última perseguida por la información es siempre la misma: facilitar a los destinatarios los datos necesarios para que se puedan formar un juicio completo y razonado sobre el producto que se oferta.

Las principales conclusiones a las que llega dicho autor son:

- la obligación de incluir en el folleto todos los elementos que puedan influir sobre la decisión de contratar, lo que deduce de la presunción de que no se hubiera producido la inversión si se hubieran conocido todos los datos

CAPÍTULO TERCERO

también el Anexo I de la Ley 5/2019 al regular el contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), lo hace en parecidos términos a los Anexos I y II de la Orden EHA/2899/2011 al regular tanto la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) como la Ficha de Información Personalizada (FIPER) hoy sustituida, esta última, por la FEIN.

Así en la Parte A del Anexo I de la Ley 5/2019 al regular el contenido y modelo al que debe ajustarse la FEIN expresa que la información deberá facilitarse utilizando “caracteres tipográficos claramente legibles. Cuando se trate de elementos de información que deban resaltarse, se emplearán negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño. Se indicarán de forma destacada todas las advertencias de riesgo aplicables”⁷⁴. En este sentido considerando la obligatoriedad en la FEIN de recoger las advertencias de riesgo que incidan sobre la concreta operación, a nuestro entender, la incorporación de la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) exigida en el artículo 14.2 de la Ley 5/2019 es un documento que no va a aportar mayor información y por tanto es redundante e innecesario. Era un documento no previsto en la Directiva 2014/17 que se transpone y en aras a la unificación y claridad de la información precontractual hubiera sido deseable facilitar toda la información en un único documento, máxime si en el mismo se exige destacar las “advertencias de riesgo” aplicables a la concreta operación.

2ª).- **Exigencia de comprensibilidad:** es la expresión del artículo 80 1 a) del TRLGDCU al exigir la “posibilidad de comprensión directa”, la del artículo 7 b) de la LCGC cuando de forma negativa declara no incorporadas las condiciones generales “incomprensibles” y del artículo 9 de la Ley 5/2019 al referirse a que la información sobre los contratos de crédito sea “comprensible”.

Dentro de la comprensibilidad hay que considerar diferentes aspectos⁷⁵. En primer lugar, la determinación de si unas condiciones generales son o no comprensibles supone utilizar como patrón la figura del adherente medio, excluyendo por tanto aquellas que estén redactadas de tal modo que el conocimiento de su contenido no pueda alcanzarse sin realizar esfuerzos extraordinarios, de tal manera que induzca al prestatario a confusión respecto a sus derechos y obligaciones.

omitidos en el folleto.

- se establece la responsabilidad por cualquier daño sufrido a partir de una información errónea o incompleta, con independencia de que el daño efectivamente registrado pudiera ser reconducido o no a los defectos u omisiones concretos sobre los que se apoya la acción del inversor que se siente perjudicado.

⁷⁴ En los Anexos I y II de la Orden EHA/2899/2011 en relación con la FIPRE y FIPRE se exigía la obligatoriedad de que la información que se facilite, recordemos referida básicamente a las cláusulas financieras de la operación, fuera mediante la utilización de “caracteres tipográficos claramente legibles. Cuando se trate de elementos de información que deban resaltarse, se empleará negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño”. Observemos que la redacción es idéntica.

⁷⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit., páginas 235 y siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

Tampoco hay que exigir la redacción de las condiciones generales con todas las explicaciones pertinentes ya que ello podría tener efectos contrarios a los perseguidos, provocando mayores dificultades de comprensión al alargar excesivamente los clausulados. Además, la incomprensibilidad puede predicarse de unas condiciones generales en su conjunto en diferentes casos, en particular cuando:

- las cláusulas estén recogidas sin ningún orden o clasificación (por ejemplo, que no vayan precedidas de encabezamientos que faciliten su búsqueda, hasta el punto de forzar al prestatario que desee encontrar la regulación aplicable a un punto determinado a tener que leer todas las condiciones generales).

- empleen un lenguaje excesivamente técnico sin que este resulte imprescindible.

- contengan gran cantidad de remisiones internas de unas cláusulas a otras, de forma que para hallar la regulación de un determinado supuesto sea necesario recorrer todo el formulario entero.

- haya contradicciones entre cláusulas.

- el mismo texto se utilice para diferentes tipos de contratos y no se adapte al contrato efectivamente celebrado.

Se aborda esta problemática de la comprensibilidad en distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de entre las que destaca la de 12 de marzo de 2015 en relación con una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario⁷⁶. En la defensa de la comprensibilidad de la cláusula de revisión de tipo de interés por parte del notario ante la negativa del Registrador de su inscripción se argumenta que debería primar la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato y es precisamente el notario el garante de proporcionar la misma en los supuestos de contratos celebrados bajo condiciones generales. La DGRN resuelve que, si bien corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero, “también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación de cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados – lo que propicia la idea de que son irrelevantes para quien carece de conocimientos especializados” (Fundamento de Derecho 4, citando el Parágrafo 259 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). En este sentido se resuelve que no es suficiente la mera transparencia formal o documental, “sectorialmente prevista a

⁷⁶ En parecidos términos, Resolución de 13 de septiembre de 2013.

CAPÍTULO TERCERO

efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada” (Fundamento de Derecho 4, in fine).

En términos muy parecidos, si bien en relación con el control de transparencia material, no formal, los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que resolvió la validez del índice IRPH Entidades defienden que no son suficientes las remisiones a disposiciones administrativas o sectoriales para considerar la validez de dicho índice sino que debe imperar una “valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional más allá de la mera referencia a un índice oficial” (Fundamento 1, apartado 2 del voto particular).

En consecuencia, entendemos, que esta “comprensibilidad” que en cierta manera es reflejo de la “claridad, concreción y sencillez” debe implicar un conocimiento de la regulación contractual. Sin ninguna duda, si ponemos en relación los artículos 5.4 y 7 b) de la LCGC, existe una reiteración de las expresiones: “la falta de transparencia determina oscuridad, y manifestaciones de esta son la ilegitimidad, la ambigüedad y la incomprensibilidad”⁷⁷.

Por último, existen una serie de cláusulas concretas que pueden resultar incomprensibles por ser factible interpretarlas en muchos sentidos o resultar muy difícil que el prestatario pueda hacerse una mínima composición de lugar sobre sus derechos y obligaciones (ejemplos de ello los encontramos en la utilización de vocablos o expresiones con un significado diferente del que tienen en el uso normal del lenguaje o las continuas remisiones a disposiciones legales)⁷⁸.

Un supuesto específico de esta índole lo constituyen aquellas cláusulas que contienen el añadido “sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes” (por ejemplo: “El banco facilitará información sobre créditos excluyendo cualquier responsabilidad en la medida en que dicha exclusión esté permitida por la ley”)⁷⁹. La ilegitimidad de este tipo de estipulaciones se funda básicamente en que con las mismas los predisponentes consiguen una formulación de la cláusula “tan beneficiosa para ellos como legalmente resulte posible contradiciendo la exigencia de transparencia”⁸⁰.

⁷⁷ GONZALEZ PACANOWSCA, I. “Artículo 5. Requisitos de incorporación “, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (Coord), año 1999, página 188.

⁷⁸ Supuestos muy habituales en los contratos de préstamo hipotecario son la utilización de expresiones como “oficial”, “entrada en vigor”, “tipo vigente”, todas ellas referidas a las propias condiciones generales que en rigor no son normas jurídicas. Pese a ello se utilizan estas expresiones jurídicas en un claro intento de utilización indebida de expresiones que en realidad tienen otro significado.

⁷⁹ Recogida por ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit., página 237.

⁸⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit.loc.cit.

CAPÍTULO TERCERO

Defendemos la incomprensibilidad de dichas cláusulas porque, a menos que el adherente conozca la regulación legal, le es imposible hacerse una composición de lugar sobre sus derechos y obligaciones en relación con la cuestión regulada en la estipulación concreta.

Con razón señala ALFARO que, con la cláusula sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes, “el predisponente no está declarando aplicables al contrato normas legales que en cualquier caso lo serían, sino que está tratando de derogar, en la medida en que sea admisible, el Derecho dispositivo. Por tanto, debe informar al cliente con precisión del alcance de su pretensión”⁸¹.

3ª.- **Exigencia de concreción.** Este principio trata de impedir que la entidad prestamista pueda obtener ventajas de la formulación de la cláusula derivadas de su carácter vago o poco preciso de manera que deje a la entidad un ámbito discrecional en la interpretación de la misma. En relación directa con la cláusula de intereses variables se debe aportar toda la información necesaria para la perfecta comprensión de la estipulación y su funcionamiento. Sin ninguna duda, a propósito de la previsión de variabilidad de intereses la cuestión principal estriba en si es suficiente la simple remisión a la normativa sectorial o si por el contrario sería necesario determinar el contenido de la misma. Lo contrario, es decir, la simple remisión, parece que está más orientado a evitar posibles demandas de nulidad que a concretar la información necesaria para facilitar la protección del adherente. Lo importante pues es que se facilite al adherente un ejemplar claro y concreto de las condiciones generales en el momento de celebración del contrato⁸².

En defensa de este argumento consideramos la definición que del verbo concretar señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre la que se habla o escribe; reducirse a tratar o hablar de una sola cosa, con exclusión de otros asuntos”. Sostenemos, en relación con la cláusula de interés variable, que habría que atender a la información específica sobre el índice de referencia y sobre el diferencial pactado en el contrato. Es cierto que resulta difícil diferenciar en este punto la comprensibilidad formal de la real, más cercana al control de transparencia material. La concreción, por tanto, atendería a la suficiencia y comprensión de la estipulación que recoge la cláusula de interés variable. Lo consideraríamos cumplido cuando se hubiera facilitado de forma adecuada, suficiente y de forma definida la información sobre el índice de referencia y a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés.

En otro ámbito y dentro de la órbita del control de contenido o abusividad dentro de la misma escritura de préstamo hipotecario nos referimos a la necesidad de

⁸¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit, página 238.

⁸² ALFARO AGUILA-REAL, J., ob. cit. página 194

CAPÍTULO TERCERO

que las cláusulas que reserven derechos al predisponente o imponen obligaciones al adherente tengan sus contornos perfectamente definidos, de forma que pueden resultar ineficaces cuando al establecerlos de manera excesivamente general resulte difícil determinar exactamente el contenido de los mismos. Estas estipulaciones resultan fácilmente abusivas y por consiguiente susceptibles de ser sometidas al control de contenido o abusividad porque aun cuando contuviesen un núcleo legítimo, pueden ser interpretadas como reconocedoras de derechos exorbitantes a la entidad de crédito.

Esta exigencia aparece con toda su fuerza en la cláusula, bastante habitual, contenida en muchas operaciones hipotecarias que permite resolver a la entidad financiera en caso de que el prestatario incumpla cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato⁸³.

⁸³ Algunos ejemplos de estas estipulaciones los podemos encontrar en las siguientes escrituras:

“Escritura de préstamo hipotecario de 27 de diciembre de 2006, entidad La Caixa: “V.- Causas de vencimiento anticipado: ... f) En general si la parte deudora infringiera cualquiera de los pactos de esta escritura...; ... si no la tuviera asegurada de daños, incluido incendios, en compañía de notoria solvencia, por cantidad que cubra las responsabilidades dimanantes de este contrato...”

“Escritura de préstamo hipotecario de 25 de junio de 2007, entidad Unión de Créditos Inmobiliarios: “Decimosegunda.- Incumplimiento contractual. Casos de incumplimiento:... incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en este contrato;... si se entablan dos o más procedimientos en reclamación de cantidad contra la parte prestataria;... si concurre alguno de los casos de vencimiento anticipado previstos por la Ley”.

Adicionalmente a esta inconcreción se añaden además unas consecuencias extremadamente gravosas y carentes de total objetividad para el caso de incumplimiento de cualquiera de las estipulaciones antes señaladas. En caso de incumplimiento U.C.I “podrá exigir el pago inmediato del saldo deudor de la cuenta. Hasta la fecha de su pago efectivo, este saldo producirá intereses de demora al tipo de interés vigente al producirse el incumplimiento incrementado en una indemnización de siete puntos porcentuales...; en el supuesto de que U.C.I no opte por exigir el reembolso inmediato del saldo deudor de la cuenta, el tipo de interés vigente al producirse el incumplimiento será incrementado en cinco puntos porcentuales...”.

“Escritura de préstamo hipotecario Banco Hipotecario de España de 20 de febrero de 1992: Sexta. Vencimiento anticipado: ... b) Cuando la parte prestataria incumpliera cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, incluso las accesorias... g) Cuando la parte prestataria enajene o grave más del 25 % del total de sus bienes, modifique o cambie su objeto social, sus actividades o su naturaleza jurídica de manera sustancial, que influya negativamente en su solvencia”.

“Escritura de préstamo hipotecario de 20 de noviembre de 2017, entidad Bankia: Vencimiento anticipado: ... g) Cuando sin concurrir las circunstancias previstas en los apartados anteriores sea presumible una variación de la situación económica del acreditado por el impago de efectos a su cargo en un plazo de dos meses, o la hipoteca, embargo o venta del 20 % de su activo patrimonial...”.

Igualmente en la siguiente estipulación recogida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1987 en la que se resuelve sobre una cláusula del siguiente tenor: *Quinta.- Vencimiento anticipado:...a) Cuando incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato y en especial por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de interés y plazos de amortización del capital prestado.*

b) Cuando se comprobare inexactitud de los datos de la parte prestataria o en los documentos aportados por ella que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo.

c) Cuando por cualquier circunstancia sufriere deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un veinte por ciento respecto al tipo fijado para subasta...

Comentada por GARCÍA-ARANGO, C. y RUANO, J.P., *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, año 1988, números 584-586, páginas 497 a 547.

CAPÍTULO TERCERO

3.3.2.- LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS DE ESPECIALIDAD Y DETERMINACIÓN. DIFERENCIACIÓN ENTRE INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES MORATORIOS. EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN

A.- INTRODUCCIÓN

Es práctica habitual en las escrituras de préstamo hipotecario incluir junto a la responsabilidad por razón de intereses ordinarios o remuneratorios una cantidad para responder de los intereses moratorios o de demora, configurándolos en la mayor parte de los casos como una hipoteca de máximo.

La realidad muestra como la cláusula de pago de intereses de demora se incluye en los contratos de préstamo hipotecario para el caso de que el prestatario no reintegre a tiempo la cuota pactada por principal e intereses. Suele consistir en varios puntos más que el tipo de interés correspondiente a los intereses ordinarios o bien en un tipo de interés fijo más alto que el remuneratorio, configurándose en todo caso como hipoteca de máximo al señalar habitualmente un tipo máximo de interés⁸⁴.

⁸⁴ Ejemplos de cláusulas: Escritura de préstamo hipotecario de 5 de Diciembre de 2014, BBVA: "... 6ª.- Intereses de demora. Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6ª bis, un interés de demora del DIECINUEVE (19,00) POR CIENTO nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por períodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta este momento y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª.

En una escritura igualmente de préstamo hipotecario de la misma entidad y fecha 11 de Octubre de 2017 se añaden las letras b y c a la cláusula 6ª de intereses de demora con el siguiente contenido :....b) Según lo pactado en este contrato, la finalidad del préstamo es la adquisición de vivienda habitual de la parte prestataria, sobre la que se constituye la hipoteca, por lo que de conformidad con lo previsto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el citado interés de demora aplicable al préstamo no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero y solo se devengará sobre el capital vencido y pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) En el supuesto de que por cualquier circunstancia la vivienda pasase a ser una vivienda no habitual, el interés de demora aplicable se devengará: - de acuerdo con lo establecido en el apartado a) de esta cláusula; - sin la limitación establecida en el apartado b) de la misma; - y los intereses de demora vencidos y no satisfechos devengarán y liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Escritura de préstamo hipotecario de 25 de Septiembre de 2017, Banco de Santander: "... Sexta.- Intereses de demora.- La parte prestataria estará obligada a satisfacer al Banco intereses de demora por las cantidades adeudadas en concepto de principal no satisfechas en las fechas estipuladas, sin necesidad de previo requerimiento. El tipo de interés de demora aplicable será el equivalente a tres veces el tipo de interés legal del dinero vigente al producirse la demora.

El cálculo del devengo de estos intereses se efectuará diariamente, multiplicando la cantidad vencida y no satisfecha por el interés de demora aplicable, y dividiendo el resultado por 36.000

Los intereses de demora se liquidarán el día en que la parte prestataria efectúe el pago o haya saldo suficiente en la cuenta a que se refiere la cláusula financiera primera, letra b), quedando el banco autorizado para proceder al

CAPÍTULO TERCERO

Es incuestionable que los intereses de demora tienen naturaleza y régimen distintos de los remuneratorios, así lo afirma la doctrina y así lo defiende la Dirección General de los Registros y del Notariado en distintas Resoluciones que posteriormente serán comentadas. Dentro de estas Resoluciones se exponen algunas líneas esenciales en la diferenciación de ambos intereses que siquiera como breve introducción es conveniente exponer.

Sin ningún tipo de duda, el primer rasgo que podemos predicar de los intereses moratorios es su eventualidad ya que solo se generan en aquellos supuestos en que se produce un incumplimiento.

De esta circunstancia se deduce que su naturaleza es la de ser “un crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no solo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación” y de esta distinta naturaleza se deduce que la cláusula de intereses moratorios a diferencia de los remuneratorios “anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite – tipo impositivo- previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad”⁸⁵.

De esta diferenciación, en virtud de la exigencia del principio de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria), deducimos que, si los intereses de demora pretenden protección hipotecaria, “deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad”⁸⁶.

La jurisprudencia mantiene el criterio de acudir a la común intención de las partes, de forma que cuando aparece claramente que no es otra que la de “apremiar al deudor por este medio, al cumplimiento de la obligación principal y castigar su morosidad, previniendo además con esta sanción cualquier daño que el retraso en el pago pudiera inferirle”, se está evidenciando que se quiso pactar una cláusula de naturaleza penal⁸⁷.

oportuno adeudo en tal cuenta, y ello sin perjuicio de la liquidación que proceda por la parte no pagada a efectos de la reclamación judicial o extrajudicial.

Los intereses de demora no se capitalizarán, es decir, no devengarán a su vez nuevos intereses, salvo en el caso previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁵ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de abril de 2014 (Fundamento de Derecho 3); en el mismo sentido Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2013

⁸⁶ Fundamento de Derecho 3 RDGRN de 25 de abril de 2014.

⁸⁷ DE LOS MOZOS TOUYA, J.I., “*Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral*”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1991, páginas 699 a 708, recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1906 y la opinión de LOBATO DE BLAS, JESÚS MARÍA en La cláusula penal en el

CAPÍTULO TERCERO

En este sentido, tratándose del pacto de intereses de demora, resulta bastante clara la intención de las partes de castigar por el retraso en la devolución de la cuota de préstamo, compensando al mismo tiempo por las pérdidas derivadas de dicho retraso. De ahí que debamos afirmar que este pacto moratorio asume el carácter de una cláusula penal con función sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, función por otra parte, que es la presumida por el Código Civil en el párrafo 1º del artículo 1108. Llegados a este punto podemos afirmar, pues, que los intereses de demora no podrán, en consecuencia, garantizarse ni bajo la cifra de costas y gastos, ni bajo la cifra de los intereses ordinarios⁸⁸. Además, en rigor, los intereses de demora no son tales intereses remuneratorios en la medida que no suponen una retribución al goce del capital, sino una sanción por el retraso en el cumplimiento de unas obligaciones.

Por tanto, es interesante clarificar el alcance del principio de autonomía de voluntad en la determinación de la cuantía de los tipos de interés y en especial de los moratorios. Tres son básicamente los cuerpos normativos que regulan este tema: la Ley de represión de la usura de 23 de Julio de 1908, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y el nuevo artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

a) En primer lugar, el artículo 1 de la Ley de 23 de Julio de 1908 declara nulo, como limitación a la libertad de pactar los intereses, el préstamo usurario, entendiéndose por tal según dicho artículo:

“todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Derecho Español, Pamplona, año 1974.

⁸⁸ Un ejemplo lo encontramos en la cláusula 9ª, constitución de hipoteca, de la escritura de 5 de Diciembre de 2014 de BBVA: “Sin perjuicio de la responsabilidad persona, ilimitada y solidaria de la parte prestataria, ésta constituye (conforme al artículo 217 Reglamento Hipotecario) hipoteca unilateral a favor del banco, sobre la finca que a continuación se describe para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además:.....b) Del pago de los intereses de demora convenidos en la estipulación 6ª al tipo máximo a efectos hipotecarios del DIECINUEVE (19,00) POR CIENTO nominal anual, limitándose además esta responsabilidad a efectos de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en la cantidad máxima de VEINTIÚN MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (21.935,69 EUROS)”.

CAPÍTULO TERCERO

Centrándonos en el tema objeto de estudio debemos referirnos al supuesto en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. En estos casos, según jurisprudencia consolidada, el carácter usurario del interés de la operación dependerá de la desproporción del interés pactado en relación con el normal del dinero en el momento de la celebración del contrato⁸⁹. Curiosamente la jurisprudencia se muestra más flexible al atender a las circunstancias del caso cuando el prestatario es comerciante y toma dinero a préstamo para realizar una operación comercial, ya que en estos casos aunque el interés sea más elevado no es fácil considerar su carácter usurario ya que los intereses pactados en las operaciones mercantiles en las que el destino de la operación es una actividad productiva difícilmente podrán merecer la calificación de usurarios ya que el dinero se destina libremente a una finalidad mercantil⁹⁰.

b) En segundo lugar, en aquellos casos en que el prestatario sea un consumidor, por aplicación del artículo 82.1 TRLGDCU son abusivos los intereses moratorios desproporcionados, debiendo considerarse como nulas y no puestas las cláusulas que los establezcan: “Se considerarán cláusulas abusivas todas 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”. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, fija como doctrina jurisprudencial que, en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

La consecuencia, a raíz de la doctrina que sienta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2012⁹¹, es que si el juez

⁸⁹ SSTs de 29 de septiembre de 1992, 30 de Junio de 1998 y 2 de Octubre de 2001 que literalmente señala “la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso”.

Por ejemplo, la STS de 18 de Junio de 2012, atendiendo a las circunstancias del caso, consideró que no era usurario un interés nominal anual del 20,5%, justificando esta elevada cuantía en el nivel de endeudamiento del prestatario, que conllevaba un alto riesgo de impago.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1984 y SAP de Valencia de 8 de febrero de 2006. En la Sentencia del Tribunal Supremo se señala: “a) el interés pactado lo fue en una operación mercantil, no pudiéndose en esa clase de operaciones y teniendo en cuenta las circunstancias acreditadas del caso debatido estimarse como usurario el establecido en total por el dictamen pericial para mejor proveer” (Considerando tercero).

⁹¹ Asunto Banco Español de Crédito – Calderón Camino, c-618/10 (TJCE 2012,143) resolviendo una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en relación con la cláusula que fijaba el interés de demora en el 29% fijo. El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sabadell declaró de oficio nula por abusiva dicha estipulación al considerar que el interés de demora sobrepasaba el interés retributivo en más de

CAPÍTULO TERCERO

nacional constata la existencia de una cláusula abusiva debe limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor y no es posible, en ningún caso, que modifique su contenido⁹². Así señala la STJUE citada que “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

Añade el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, de admitir la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, se correría el riesgo de poner en peligro el objetivo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, consistente en el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Así literalmente se indica “la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”⁹³. Por tanto, el juez únicamente deberá limitarse a declarar la nulidad por abusividad de la cláusula que imponga unos intereses moratorios desproporcionados, sin facultad para moderar su cuantía⁹⁴.

20 puntos. Banesto interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona alegando que el Juzgado de Primera Instancia no podía declarar de oficio la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora. Ante este recurso la Audiencia planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre si a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en concreto el artículo 6, el juez tiene la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor y si, en todo caso, declarada la nulidad de una cláusula abusiva el juez tiene la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula. El TJUE declara que ni es posible dicha declaración de oficio y en ningún caso se puede integrar dicho contrato modificando el contenido de la estipulación.

⁹² Modificación que se había realizado, por ejemplo, en la STS de 23 de septiembre de 2010 que, en el caso de un interés de demora pactado del 29%, aminoró dicho tipo a un interés anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

⁹³ Esta Jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en la reciente modificación del TRLGDCU que ha suprimido el número 2º del artículo 83.2 que señalaba: “La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato”.

⁹⁴ Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015: “La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de

CAPÍTULO TERCERO

c) Finalmente, una cuestión importante es la novedad introducida por el artículo 114.3 de la LH que señala que “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago”. Al mismo tiempo la Ley 1/2013 que introdujo el párrafo en el artículo antes citado ha establecido cauces procesales para que el carácter abusivo de las cláusulas pueda ser apreciado de oficio por el juez (artículo 552.1 LEC) e invocando por el deudor en el juicio ejecutivo tanto ordinario, como hipotecario (artículos 557.1.7ª y 695.1.4ª LEC)⁹⁵. En relación con la cláusula de intereses de demora en operaciones hipotecarias es importante traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo consolidada en distintas sentencias (23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016) en virtud de la cual se consideran abusivos los intereses de demora que superen en dos puntos el interés remuneratorio pactado, siempre y cuando se trate de un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual por parte de un consumidor. Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos c-96/16 y c-94/17) que además resuelve, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada, que la consecuencia de la declaración del carácter abusivo de una estipulación que establece un interés de demora superior en dos puntos al remuneratorio consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato (apartado 3 del fallo).

B.- DIFERENCIACIÓN E INTERRELACIÓN ENTRE AMBOS TIPOS DE INTERÉS. RÉGIMEN JURÍDICO.

incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Éste se seguirá devengado porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por éste de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad”.

⁹⁵ Estas estipulaciones se están incluyendo en las escrituras de hipoteca formalizadas en estos momentos. Véase como ejemplo la escritura de hipoteca de 25 de septiembre de 2017 del Banco de Santander.

Escritura de préstamo hipotecario de 25 de Septiembre de 2017, Banco de Santander: “... Sexta.- Intereses de demora.- La parte prestataria estará obligada a satisfacer al Banco intereses de demora por las cantidades adeudadas en concepto de principal no satisfechas en las fechas estipuladas, sin necesidad de previo requerimiento. El tipo de interés de demora aplicable será el equivalente a tres veces el tipo de interés legal del dinero vigente al producirse la demora.

El cálculo del devengo de estos intereses se efectuará diariamente, multiplicando la cantidad vencida y no satisfecha por el interés de demora aplicable, y dividiendo el resultado por 36.000

Los intereses de demora se liquidarán el día en que la parte prestataria efectúe el pago o haya saldo suficiente en la cuenta a que se refiere la cláusula financiera primera, letra b), quedando el banco autorizado para proceder al oportuno adeudo en tal cuenta, y ello sin perjuicio de la liquidación que proceda por la parte no pagada a efectos de la reclamación judicial o extrajudicial.

Los intereses de demora no se capitalizarán, es decir, no devengarán a su vez nuevos intereses, salvo en el caso previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPÍTULO TERCERO

Como hemos adelantado, se aborda esta cuestión en distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, básicamente en tres: 20 de mayo de 1987, 23 de octubre de 1987 y 16 de Febrero de 1990.

En la Resolución de 20 de mayo de 1987 analiza la Dirección General la cuestión de la inscribibilidad de una cláusula de intereses moratorios que se deniega por parte del Registrador al considerarlos abusivos. El punto de partida reside en que la distinta naturaleza de uno y otro tipo de intereses reclama una configuración diferenciada de la cobertura real asignada a cada uno de ellos. Así podemos defender tanto en base a la Resoluciones de la DGRN como, con posterioridad, en base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015), que la naturaleza de ambos es distinta, pero al mismo tiempo debe existir una correlación o proporción entre ellos. Siguiendo la exposición de los fundamentos de derecho de la Resolución antes citada podemos destacar:

1º.- El interés de demora tiene una naturaleza por un lado indemnizatoria (del daño causado por el retraso en el pago) y, por otra, disuasoria (desincentivar el incumplimiento o cumplimiento tardío). Por su parte, el interés ordinario tiene por función la de retribuir el dinero prestado durante el tiempo que esté a disposición del prestatario. En este sentido, y refiriéndonos a anteriores resoluciones, se señala en cuanto a los intereses remuneratorios que el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, es el resultado de la simple aplicación del tipo de interés estipulado al principal pendiente de pago en el período considerado.

2º.- Si bien se diferencia entre ambos intereses, tiene que existir una correlación, una proporción. Así, citando la RDGRN de 22 de julio de 2015, podemos señalar que “ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que el interés de demora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero”.

3º.- Esta diferente naturaleza y esta correlación o proporción entre los intereses ordinarios y los intereses moratorios, debe existir en todo préstamo, sea o no consumidor el deudor, si bien, en el supuesto de que el deudor tenga el carácter de consumidor, expresamente el Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016) ha sentado la doctrina de que el interés de demora no pueda superar dos puntos al interés ordinario.

Los criterios para establecer esta correlación o proporción que hemos señalado los podemos deducir del propio ordenamiento jurídico:

CAPÍTULO TERCERO

a) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (que recordemos derogó la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo que contenía una regla similar en su artículo 19.4) al establecer que “en ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuenta corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”.

b) el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que contempla el tipo de interés del Banco Central Europeo más ocho puntos:

“1.- El tipo de interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2.- El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales”.

c) la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que, en su artículo 20.4º, señala que “la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial”.

d) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del Código Civil que contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal: “si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

e) los denominados intereses procesales señalados por ley en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos: “1.- desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley”.

f) la nueva redacción del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria que, para el préstamo destinado a la adquisición de vivienda habitual, fija en tres veces el interés legal del dinero: “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición

CAPÍTULO TERCERO

de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En parecidos términos la RDGRN de 21 de marzo de 2017 señala que “el principio de determinación registral exige que la responsabilidad hipotecaria quede perfectamente definida en su alcance y extensión”.

De esta clara diferenciación, y en virtud de la exigencia de especialidad (artículo 12 Ley Hipotecaria), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; estos si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad: sistema de liquidación del débito, posibilidad de impugnación, duración, etc.

De esta distinción básica podemos extraer una serie de consecuencias:

1ª.- Es necesario precisar la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria ya que, según establece la más reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hemos mencionado, “la garantía hipotecaria sobre intereses moratorios, por ser indeterminado el crédito hasta el momento de la mora, es una hipoteca de seguridad; que exige la fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria”.

2ª.- Pese a que esta hipoteca se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, no es posible englobar ambos créditos – por intereses ordinarios y por intereses de demora – en una sola cantidad, en virtud del principio de especialidad que “exige que ambas responsabilidades aparezcan claramente diferenciadas, tanto para que lo conozcan las partes, como los terceros y evitar ambigüedades”⁹⁶.

3ª.- El hecho de estar ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, supone que deben recogerse en la escritura los datos matemáticos que permitan calcular dicha cifra máxima de responsabilidad. Como señala en el fundamento sexto la citada Resolución de 21 de marzo de 2017, es necesario pactar la forma de acreditar el interés variable,

⁹⁶ En parecidos términos la Resolución de 14 de Enero de 1991 al abordar también un problema de inscripción de una cláusula de interés variable señala que “sin embargo, el hecho de que esas pretensiones de eficacia real consten en escrituras públicas bajo términos ambiguos, aconseja aclarar en la nota de despacho su intrascendencia registral en cuanto al asiento practicado, para evitar la confusión en el tráfico jurídico, y en el ejercicio de los derechos, pues cabe incluso que haya acreedores y deudores de buena fe, que por la práctica continuada de la inserción de esta cláusulas, crean en la eficacia real de las mismas”.

CAPÍTULO TERCERO

remitiéndose al artículo 131, números 3º y 4º de la Ley Hipotecaria para señalar sus requisitos.

La previsión del artículo 131.4º, aplicable tanto al supuesto de intereses ordinarios como moratorios, obliga a que, en el procedimiento judicial sumario, caso de ejecución, se deberá presentar el documento que permita determinar el tipo de interés variable “con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética”. En consecuencia, deben quedar perfectamente acreditados en el documento en el que se formaliza el contrato los sistemas para determinar tanto los intereses ordinarios como de demora.

C.- ESTABLECIMIENTO DE UN MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA (ENTRE PARTES Y RESPECTO A TERCEROS).

Partimos de la base de configurar la cláusula de interés variable dentro de la figura de la hipoteca de máximo, entendiendo por tal aquella que “se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que solo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extra hipotecarios”⁹⁷, y, el supuesto de variabilidad del interés implica que estamos ante una obligación indeterminada en su cuantía. En este sentido, es muy clara la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al señalar que “la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que, por exigencia del principio de determinación registral (artículos 12 Ley Hipotecaria y 219 Reglamento Hipotecario), se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria y cuya determinación, en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos”⁹⁸.

Tanto los intereses ordinarios, pactados en la cláusula de interés variable que consideramos como la retribución del capital prestado, como los de demora, que, recordemos, únicamente se generan consecuencia del incumplimiento, tienen por definición carácter eventual. Además, los intereses moratorios son indeterminados tanto en su existencia como en su cuantía, por lo que ambos solo podrán pactarse a través de la hipoteca de máximo.

⁹⁷ RODILES, P., “Hipoteca de máximo”, *Revista Crítica del Sector inmobiliario*, nº 181, año 2018, página 6, citando a ROCA SASTRE. En parecidos términos GARCÍA GARCÍA, J.M., “El registrador de la propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 560-562, año 1984, página 29, la define como “aquellas que garantizan el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en su existencia o en su cuantía”.

⁹⁸ Resoluciones de la DGRN de 8 y 9 de febrero de 2001.

CAPÍTULO TERCERO

En la inscripción de la hipoteca deberá constar necesariamente el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado, así como la cantidad convenida para costas y gastos. Estas exigencias son aparentemente imposibles de cumplir en determinados supuestos, lo cual nos llevaría en una rígida interpretación del principio de especialidad a que determinadas obligaciones no podrían ser garantizadas con hipoteca. Para obviar este inconveniente surge la figura de las llamadas hipotecas de máximo.

Por tanto, entendemos como hipoteca de máximo aquella en que la relación entre el importe real del crédito y el garantizado con la hipoteca es variable. Como señala la doctrina, pudiera parecer que esta variabilidad se da en todas las hipotecas ya que la cantidad real asegurada puede ir disminuyendo durante toda la vida de las mismas, en virtud de pagos parciales del crédito garantido, “pero esa circunstancia, aun en el caso de que no produzca la correspondiente cancelación parcial de la hipoteca, no por ello confundiría a las hipotecas ordinarias en que así ocurriese con las de máximo de que ahora nos ocupamos”⁹⁹.

En estas hipotecas, el importe real del crédito asegurado, siempre dentro del máximo garantizado con la hipoteca, es susceptible tanto de aumento como de disminución durante la vida de la misma. En cambio, en las hipotecas ordinarias solo será susceptible de disminución el crédito mediante pagos parciales del mismo.

Debemos, en consecuencia, distinguir las hipotecas de máximo de las hipotecas de seguridad. En la hipoteca de máximo, la obligación garantizada surge desde el momento mismo de nacimiento de la misma, mientras que en las de seguridad no surge hasta que nace la obligación de indemnizar. En la de máximo, el importe de la obligación real es variable desde su nacimiento, en tanto que en las de seguridad no puede existir variabilidad alguna, pues cuando surja la obligación de indemnizar, lo será ya con indicación precisa de la cantidad a que se refiera la misma. Si bien, pese a estas notables diferencias, existe un rasgo común cuál es el de la cantidad máxima de que responde la cosa hipotecada.

Sentado esto, conviene tener en cuenta que en la generalidad de las hipotecas y bajo un concepto unitario de las mismas, podemos distinguir la coexistencia, analíticamente hablando, de una hipoteca ordinaria o de tráfico, de otra de máximo y de otra de seguridad. Efectivamente, si el crédito produce intereses y se hubiera pactado cantidad para el pago de costas y gastos (supuesto que abarca la totalidad de las hipotecas analizadas en esta tesis) tenemos:

- a) una hipoteca ordinaria en cuanto al capital garantizado.

⁹⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Garantías patrimoniales. Estudio especial de la Hipoteca”, Editorial Aranzadi, año 1993, páginas 602 y siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

b) una hipoteca de máximo en cuanto a los intereses, en la medida en que dentro de la cantidad límite en que legal o convencionalmente los garantice la hipoteca, la obligación de pago de los mismos surge desde el mismo instante de nacimiento de la mencionada hipoteca, aumentando o disminuyendo su importe según se vayan produciendo sus vencimientos. Por tanto, es necesario que en la inscripción se identifiquen exactamente las obligaciones garantizadas con la hipoteca. Estas vendrán determinadas por las cláusulas financieras del préstamo que deberán superar los controles que venimos desarrollando en la tesis, en especial no deberán ser contrarias a normas imperativas y no merecer la calificación de abusivas de conformidad con lo previsto en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Será necesario verificar, en orden al control de incorporación, que no se vulnera la concreción en la determinación ni de los intereses ordinarios ni de demora, lo contrario supondría vulnerar el principio de especialidad (artículos 9.2 y 12 Ley Hipotecaria y 51 Regla 6ª del Reglamento Hipotecario).

c) una hipoteca por obligación futura o de seguridad en cuanto a las costas ya que su importe no puede existir en el momento de constituirse la misma, sino que podrá o no surgir en el futuro, como derivación de la obligación principal garantizada, al tenerse que hacer efectiva la hipoteca por no cumplirse normalmente aquella obligación¹⁰⁰.

Aunque analíticamente se pueden distinguir estos distintos conceptos, como señala la doctrina a efectos de unidad del conjunto de obligaciones garantizadas debe hablarse de una sola hipoteca. Profundizando en su naturaleza jurídica, hay que interpretar que lo es en garantía de obligaciones de naturaleza diferente, como son la obligación de devolver el principal, la de devolver unos intereses variables y la obligación de pago de costas¹⁰¹. En cualquier caso, y centrándonos en el tema objeto de esta tesis, con la cláusula de intereses variables nos hallamos ante una hipoteca de máximo¹⁰².

¹⁰⁰ CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B., ob.cit., página 602

¹⁰¹ GARCÍA GARCÍA, J.M., "El registrador de la propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 560-562, año 1984, página 37.

¹⁰² Dentro del género de las hipotecas de máximo mediante 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, se introdujo en la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, el artículo 153 bis que señala: "También podrá constituirse hipoteca de máximo: a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas...."

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de la que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado".

CAPÍTULO TERCERO

3.3.3.- LA REGLA “CONTRA PROFERENTEM” EN EL ÁMBITO DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Este principio tradicional en el campo de la interpretación de los contratos se halla recogido en el artículo 1288 del Código Civil: “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad”. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) también lo reconoce como criterio interpretativo específico de las condiciones generales en el artículo 6.2, al señalar que “las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente”. En parecidos términos se expresa el artículo 80.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) al señalar que “en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”¹⁰³.

El fundamento de la regla “contra proferentem” se basa en el principio de buena fe contractual en el sentido de exigencia de autoresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad¹⁰⁴. Como señala DE CASTRO, “esta regla se ha valorado como prueba de que en el Código se atiende a la responsabilidad resultante de una indebida conducta negocial (incumplimiento del deber de hablar claro). En la práctica ha servido para facilitar protección a quienes aceptan contratos de contenido preestablecido, así en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación”¹⁰⁵.

Partiendo de esta fundamentación la regla “contra proferentem” cumple dos

Esta figura, calificada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 como hipoteca flotante, a diferencia de la hipoteca que constituye el eje de la tesis, está básicamente orientada al segmento empresarial al permitir garantizar una pluralidad de obligaciones de distinta naturaleza, incluyendo, como señala el propio artículo 153 bis, las futuras.

En líneas generales por tanto sería aquella hipoteca que, en cuanto que hipoteca de máximo, se constituye por una cantidad máxima, garantizando créditos indeterminados ya sea en su existencia o en su cuantía, que solo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectuará posteriormente por medios extra hipotecarios. En la Resolución de la DGRN de 28 de junio de 2012, en su Fundamento de derecho 5, se señala que en la legislación vigente existen tres clases de hipotecas de máximo: las que se constituyen en garantía de una obligación futura (artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario); las hipotecas que garantizan el saldo de apertura de cuenta corriente de crédito (artículo 153 de la Ley Hipotecaria) y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

¹⁰³ Idéntica redacción a la del artículo 10.2 de la LGDCU antes de su reforma.

¹⁰⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Editorial Civitas, Madrid 1991, páginas 319 y siguientes.

¹⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid 1985, página 88.

CAPÍTULO TERCERO

funciones¹⁰⁶:

1ª.- Distribuir equitativamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, atribuyéndolos al que los ha redactado. El planteamiento es claro: el adherente, que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales, no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación.

2ª.- Estimular al predisponente a expresarse claramente sancionándole con una interpretación en su perjuicio en caso de que no lo haga y todo ello con independencia de su buena o mala fe subjetiva. Este ha sido uno de los grandes argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en relación con la licitud o no de las cláusulas suelo. En efecto, en el apartado 250 de la citada Sentencia se afirma que el que una cláusula sea clara y comprensible no supone necesariamente que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Ciertamente, se argumenta en la Sentencia, ni en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de Abril, principalmente en su artículo 3 que delimita de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente¹⁰⁷, ni en la norma española “se contienen especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales – su incorporación a pluralidad de contratos con consumidores – y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva” (apartado 252).

Prosigue la Sentencia en el apartado 253 que “antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien legalmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit. página 319.

¹⁰⁷ Artículo 3: “Las cláusulas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En relación con dicho tema se puede consultar la SSTJUE de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99 *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, apartado 19.

¹⁰⁸ Sin ningún tipo de duda el “personal de la sucursal” como lo denomina la sentencia se refiere al personal o empleados al servicio del prestamista. En este sentido 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, insistiendo en su objetivo de corregir el “comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado” (Considerando 3), busca garantizar que las entidades con las que los consumidores pretenden celebrar contratos se comporten de una manera profesional y responsable. Por todo ello, y en relación con los empleados de las entidades financieras, se exige determinar unos requisitos mínimos de competencia y conocimientos aplicables a dichos empleados. Estableciendo adicionalmente a dicha exigencia que no se establezcan políticas de remuneración vinculadas a la comercialización de productos o servicios que no tengan en

CAPÍTULO TERCERO

Profundizando en el tema nos hemos de referir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Mayo de 2013 en la que específicamente se trata el desequilibrio contrario a la buena fe y en los apartados 68 y 69 se establece que determinar si un cláusula “causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido” (apartado 68) y “en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva ...el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual” (apartado 69).

Debemos, por tanto, atender también a la necesaria diligencia por parte del adherente que se deberá valorar en orden al equilibrio y a los intereses de las partes que están en juego. El consumidor o usuario con un teórico nivel de formación inferior al del predisponente (entidad financiera), deberá observar una conducta diligente consistente en indagar el significado de las cláusulas que le resultan incomprensibles y deberá, atendiendo a las circunstancias del contrato, informarse atendiendo a la diligencia normal conforme a las exigencias de la buena fe.

Doctrinalmente se entiende que la aplicación de la regla “contra proferentem” exige la presencia de tres requisitos¹⁰⁹.

a) En primer lugar, el carácter dudoso de la condición general: entendiendo tal carácter cuando de la interpretación de la cláusula pueden deducirse

cuenta las necesidades e intereses de los consumidores y usuarios.

El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017, recoge en su artículo 14 dentro de la sección de normas de conducta, los requisitos de conocimientos y competencias aplicables al personal, entendiendo por tal a “toda persona física que al servicio de un prestamista, intermediario de crédito inmobiliario o un representante designado intervenga directamente en las actividades reguladas por esta Ley o mantenga contactos con los prestatarios en el transcurso de las actividades reguladas por esta Ley, así como toda persona física que dirija o supervise directamente a tales personas”. Cuáles deban ser estos “requisitos mínimos” se concretarán según el propio artículo por “el Ministro de Economía, Industria y Competitividad” (apartado 2).

Consideramos que esta formación “de mínimos” que señala el Proyecto de Ley debería comprender todos y cada uno de los apartados de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), de la FIPER y de la Oferta Vinculante y, en lo que al objeto de la tesis se refiere, principalmente a todos los aspectos concretos de la cláusula de interés variable (índice de referencia, diferencial, sistema de amortización, comisiones, penalización por desistimiento y periodicidad de revisión) y, muy importante, con el objetivo de la concesión responsable del préstamo ser rigurosos en la capacidad de pago del prestatario considerando un escenario no solo a corto plazo sino, principalmente, a medio y largo plazo.

¹⁰⁹ Seguimos en este apartado a ALFARO AGUILA-REAL, J. ob.cit. páginas 320 y siguientes.

CAPÍTULO TERCERO

razonablemente dos o más significados. Partiendo de esta premisa podemos establecer una delimitación del ámbito de aplicación de la regla analizando distintas posibilidades y supuestos. Así:

- no se aplicará la regla “contra proferentem” cuando la duda resulte provocada no por una cláusula concreta, sino por el clausulado general en su conjunto (serán de aplicación las normas sobre incorporación de las condiciones generales en el contrato).

- tampoco se aplicará la regla cuando la duda que asalte al intérprete proceda de la naturaleza jurídica de la cláusula (qué calificación es procedente) o de la eficacia de la misma (si es abusiva en el sentido del artículo 82.4 del TRLGDCU que remite al elenco de cláusulas de los artículos 85 a 90 de la misma)¹¹⁰.

- la duda deberá proceder del tenor literal de la condición general (ámbito abstracto) o de su aplicación al caso concreto (ámbito individual). Significa ello que mientras en el ámbito abstracto se utiliza únicamente el tenor literal para decidir la existencia de una duda, en el ámbito individual o concreto lo relevante es si la cláusula resulta dudosa en su aplicación concreta y, por lo tanto, es perfectamente posible que el significado de una condición general sea dudoso al examinar su tenor literal y que tal duda quede despejada a la vista de las concretas circunstancias del caso.

- la regla “contra proferentem” solo es aplicable cuando de la cláusula se deduzca un significado razonable, por consiguiente, no debe aplicarse en aquellos en que no es posible deducir ningún significado o por contra es posible deducir muchos.

Concretando estas ideas expuestas podemos afirmar que una cláusula puede ser dudosa, al menos por tres razones:

1ª.- Por ser una cláusula indeterminada. Es dudosa al no delimitar con precisión su supuesto de hecho, es decir, el adherente no puede deducir en qué casos se va aplicar la condición general y en cuáles no.

¹¹⁰ Artículo 82.4: “... en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a la dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario.

b) limiten los derechos del consumidor y usuario.

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato.

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

En parecidos términos se expresaba el artículo 10.bis de la anterior LGDCU que remitía a un elenco de 29 cláusulas consideradas abusivas en su disposición adicional.

CAPÍTULO TERCERO

2ª.- Por ser incierta. Aquí la duda proviene del tenor literal de la cláusula que no proporciona suficiente información sobre su ámbito de aplicación.

3ª.- Por ser ambigua en sentido estricto. Básicamente por la utilización de palabras o expresiones con varios significados admitidos.

b) El segundo requisito, consiste en la imputabilidad de la duda al predisponente: su aplicación solo es posible cuando la duda es imputable exclusivamente a una de las partes. En nuestro caso bien porque la entidad financiera ha redactado la estipulación o bien porque haya sido quien ha provocado su inclusión en el contrato.

c) El tercer y último requisito, es el carácter subsidiario de la regla “contra proferentem”: solo se aplicará dicha regla si la duda no ha podido ser despejada utilizando criterios subjetivos de interpretación¹¹¹.

4.- NOTARIO Y REGISTRADOR: PARÁMETROS EN LA PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE DÉBIL.

4.1.- LA FUNCIÓN NOTARIAL: INTRODUCCIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO.

El servicio notarial es, en primer lugar, un servicio de prestación de una función pública, y en este sentido, en base al artículo 17 del TRLGDCU, es usuario del mismo cualquier persona que lo requiera¹¹². Junto a esta función de ejercicio de la fe pública, el notario como profesional del derecho tiene la doble misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar¹¹³. Este doble

¹¹¹ La regla “interpretatio contra stipulatorem”, fue durante muchos años la pieza básica del control judicial de las condiciones generales. El argumento era claro, como quiera que en el caso de predisposición solo puede ocasionar la oscuridad como redactor que es o responsable de su redacción el predisponente, contra éste se interpretaban las ambigüedades y oscuridades de las condiciones generales. Hay que advertir sin embargo sobre la insuficiencia del remedio, en la medida que bastaba que una cláusula, lesiva pero no ilegal, fuese clara para que no pudiese aplicarse el artículo 1288, con la consiguiente desprotección del contratante débil.

Ante esta insuficiencia la doctrina, en especial, CLAVERÍA GOSALBEZ, L. “*El control de las condiciones generales de los contratos*”. *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*. Edición del Instituto Nacional de Consumo, Madrid, año 1990, apuntó una doble vía de solución. Ante todo, servirse de otros artículos del Código Civil relativos a la interpretación de los contratos (además del mencionado artículo 1.288) y además proteger al adherente mediante fórmulas flexibles utilizables en nuestro ordenamiento: orden público económico, inderogabilidad en determinados casos del denominado derecho dispositivo, inducción de principios generales imperativos, etc....

¹¹² Artículo 17: “Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y la educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que estos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado”.

¹¹³ ÁVILA ALVAREZ, P. *Derecho notarial*. Barcelona, año 1990, página 4.

CAPÍTULO TERCERO

carácter de la función notarial se recoge en el artículo 1 del Reglamento Notarial que conceptúa al mismo como profesional del derecho y como funcionario público. Con total claridad, directamente relacionado con la escritura de hipoteca, se pronuncia sobre este carácter el artículo 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios al señalar: "en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente". El notario se ha erigido además con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en garante del cumplimiento del principio de transparencia material al que dicha Ley otorga reconocimiento legal. En tal sentido es clara la Exposición de Motivos de la Ley al señalar que se atribuye al notario "la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y 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".

El aspecto referido a la actuación del notario como profesional se completa con el artículo 147 del citado Reglamento al señalar que "el notario deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico" la voluntad de los contratantes. El mismo artículo establece como función del notario no solo, como hemos indicado, la interpretación y adecuación al ordenamiento de la voluntad de las partes sino el asesoramiento: "insistirá en informar" y, adicionalmente, controlar que los contratos de préstamo hipotecario "no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella", todo ello presidido por el deber de imparcialidad.

Entendemos que este asesoramiento notarial, principalmente en sede de préstamos hipotecarios, resulta difícil que pueda dar sus frutos, en orden a equilibrar la relación contractual, por prestarse en un momento en que una de las partes, la entidad financiera, ya ha confeccionado el contrato. De hecho, ya hemos expuesto en otros apartados de la tesis como la Orden EHA/2899/2011 de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios ha supuesto un hito en aras a garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito. Centrándonos en el punto concreto que estudiamos y con la finalidad de racionalizar, mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito, en la Orden se dictan disposiciones en materias como tipos de interés, comisiones, comunicaciones con los clientes y la información tanto precontractual como contractual. El estudio

CAPÍTULO TERCERO

de las obligaciones del notario y derechos del consumidor se realizará en el siguiente apartado. Ahora únicamente apuntamos esta legislación que ciertamente novedosa ha dado un giro en el ámbito de la protección del usuario de servicios bancarios¹¹⁴.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en diferentes resoluciones sobre esta labor notarial de asesoramiento, legalidad de los documentos y controles de incorporación y transparencia. Un claro ejemplo lo encontramos en la Resolución de 12 de marzo de 2015 en la que la Dirección General hace suyos los argumentos del notario ante la calificación denegatoria de una escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario. Reproducimos dicha argumentación: “El Notario, en la autorización de estas escrituras lleva a cabo controles de incorporación y transparencia relativos a la fase precontractual mediante el examen de los documentos entregados a la parte prestataria y su coincidencia con el texto de la escritura conforme al artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; y un control en el mismo acto del otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre el contenido documental”. Invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 señala la necesidad de superar “la concepción meramente formal de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta el Derecho contractual europeo y las Directrices de orden público económico como principios jurídicos generales que deben informar nuestro Derecho contractual en el ámbito de las condiciones generales...el control de transparencia queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato”. Reafirmando, y por ello consideramos la gran importancia del criterio que asume la Dirección General, la necesidad de superar lecturas literales y ahondando en esta “comprensibilidad real” se alude a la exigencia de recibir de “un funcionario que autoriza ese acto una información cierta y cercana, adaptada a cada prestatario”¹¹⁵.

De las distintas Resoluciones que se han pronunciado sobre esta función notarial reproducimos una serie de directrices que afectan directa o indirectamente al notario autorizante de la operación:

¹¹⁴ Tímidamente, en lo referente a la normativa sectorial, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (hoy derogada) ya apuntaba alguna tendencia en lo referente a la protección del usuario de servicios y productos bancarios.

¹¹⁵ En el mismo sentido Resoluciones de la DGRN de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero, 23 de julio y 29 de septiembre de 2014 y 22 de enero de 2015.

CAPÍTULO TERCERO

a) al control de transparencia debe preceder un control de inclusión o incorporación al contrato de las cláusulas que revistan caracteres de condición general de la contratación, siendo así que el contenido de los contratos sobre servicios financieros tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas, por ello “se imponen determinados deberes de información a las entidades prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura” (Fundamento de Derecho 5, Resolución de 12 de marzo de 2015).

b) las condiciones generales deben objeto de control por la vía de su incorporación según lo dispuesto en los artículos 5.5 (“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”) y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (“no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”).

En este sentido, consideramos que existiendo una detallada regulación legal exigida por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que ha venido a sustituir la hasta ahora normativa sectorial contenida en la Orden EHA/2899/2011, en la fase precontractual de las operaciones de préstamo hipotecario la función notarial deberá vigilar la observancia de todas y cada una de las fases. Recordemos, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) que han venido a sustituir a la ficha de información personalizada (FIPER) y la oferta vinculante. En aquellos supuestos en que sea necesario facilitar información adicional sobre determinados aspectos del préstamo como puedan ser: moneda del crédito distinta de la moneda nacional del prestatario (préstamos en divisa), instrumentos de cobertura de riesgo de intereses o la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés (ya sean máximos, dado que los mínimos legalmente se han prohibido), es decir, las llamadas cláusulas suelo y techo¹¹⁶, igualmente deberá incorporarse en fase precontractual dicha información.

En defensa de esta argumentación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, refiriéndose al control de transparencia en sentido material, control al que, como hemos indicado, la Ley 5/2019 ha otorgado sustantividad

¹¹⁶ En este punto la redacción de la Ley 5/2019 es confusa ya que, de una parte, el artículo 21.3 prohíbe pactar un límite a la baja en las operaciones a interés variable, y, de otra, el artículo 14.1 b) exige que en la FiAE se informe sobre la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable. En parecidos términos la FEIN debe incluir la información se “si procede, los límites aplicables al alza o a la baja” (Anexo I, sección 4). Una posible explicación la podemos encontrar si analizamos el Proyecto de Ley (BOCG de 11 de diciembre de 2018) donde se recogen las enmiendas aprobadas y, en relación con el artículo 19 (hoy 21) se incorpora el apartado 3 con la redacción actual. Se incorporó la prohibición de cláusula suelo sin modificar el resto de los artículos que tenían relación directa con esta prohibición de límite a la baja.

CAPÍTULO TERCERO

propia, exige “un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada”.

Al margen de la normativa sectorial señalada fue la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación la que otorgó carta de naturaleza de manera expresa a esta función de asesoramiento del notario. Así bajo el epígrafe de “Información sobre condiciones generales”, el Capítulo VI (artículo 23) de la ley impone específicas obligaciones a Notarios y Registradores.

Además, con la nueva redacción del artículo 81.2 del TRLGDCU se hace referencia a estas labores de información y control al exigir a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, “en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia”. Adicionalmente el artículo 84 impone a los mismos la obligación de no autorizar ni inscribir “aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

En una aproximación al tema hay señalar que la vivienda ha experimentado en los últimos años un espectacular desarrollo acompañado de una sobrevaloración, no exenta de riesgos, de los inmuebles. Estos riesgos conocidos por todos llevaron a un excesivo endeudamiento de las familias y a muchos problemas como consecuencia de las bruscas oscilaciones de tipos de interés. Es un hecho constatable en nuestro país que se da un predominio de la vivienda en propiedad y este dato reclama obviamente importantes medios de financiación externa¹¹⁷.

¹¹⁷ En España la preferencia de la inversión “en ladrillo” de los hogares ha implicado que las familias en vez de aportar recursos financieros al sistema financiero han demandado al mismo una financiación adicional muy importante, en palabras de José Manuel Naredo “esta situación rompe con las enseñanzas de los manuales de economía, que presuponen que los hogares ahorran, que las empresas invierten y que las instituciones financieras movilizan la capacidad de financiación de los hogares para cubrir la tradicional necesidad de financiación de las empresas.

Un estudio completo sobre el mercado de la vivienda en nuestro país y la financiación de los hogares se puede encontrar en NAREDO, J.M. y otros. *Patrimonio Inmobiliario y Balance Nacional de la Economía Española (1995-2007)*. Estudios de la Fundación sobre Economía y Sociedad de la Fundación de las Cajas de Ahorros. Año 2008.

Algunos datos realmente significativos nos muestran como el precio medio por metro cuadrado de vivienda nueva pasó de 699 euros/m² del año 1995 a 1992 euros/m² en el año 2007 (cuadro en página 57 de la obra citada). En relación con la evolución del stock en el período analizado se ha pasado de un valor de 1.321 miles de millones de euros del año 1996 a 5.068 miles de millones de euros del año 2007 (página 74). Precisamente a raíz de la crisis del año 2008 del estallido de la “burbuja inmobiliaria” se constata una brusca caída en el mercado inmobiliario. Los datos acreditan esta tendencia a la baja con 563.631 viviendas terminadas en 2008, 121.043 viviendas en 2011, 35.226 en 2014, 34.351 en 2016 y en 2017 ya se observa un pequeño incremento con un total

CAPÍTULO TERCERO

Precisamente este extraordinario auge del mercado nos tiene que llamar la atención en relación con los costes de las transacciones inmobiliarias y de la constitución de las hipotecas inmobiliarias necesarias para su adquisición. A finales del año 2018 se ha generado una importante polémica sobre esta cuestión de los gastos de constitución de las hipotecas¹¹⁸.

de 48.853 viviendas terminadas, muy lejos de las cifras de 2008 (Fuente: Ministerio de Fomento, series anuales de viviendas libres terminadas. Disponible en www.fomento.gob.es (última consulta 15 de noviembre de 2018). Sin embargo, en los últimos años, los hogares no han generado capacidad de financiación adicional, sino demandando también financiación adicional a las instituciones financieras, como las empresas, teniendo que cubrirse con cargo al resto del mundo esa necesidad de financiación acumulada” (NAREDO J.M. y otros, ob.cit. página 77).

¹¹⁸ Como es sabido a finales del año 2018 se ha generado una importante polémica sobre esta cuestión de los gastos de constitución de las hipotecas. El 16 de octubre se dictó sentencia por el Alto Tribunal en relación con el principal gasto de la constitución del préstamo hipotecario: el impuesto sobre actos jurídicos documentados. En la citada sentencia se establecen una serie de cuestiones que hasta la fecha constituían la doctrina del Tribunal Supremo:

1ª.- en primer lugar, la sujeción del préstamo hipotecario al impuesto sobre actos jurídicos documentados.

2ª.- en segundo lugar, hasta la citada sentencia, se había resuelto que el único sujeto pasivo posible era el prestatario, invocando para ello el artículo 29 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados al señalar que en la modalidad de documentos notariales del IAJD, “será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan”, entendiéndose que este adquirente del bien o derecho solo puede ser el prestatario.

No debemos olvidar que la base imponible del impuesto está constituida “por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos” (artículo 30 TRITPiAJD). Por tanto, el tipo de gravamen se aplica sobre el total de las obligaciones reflejadas en la cláusula de constitución de la hipoteca y no solo sobre el capital prestado. Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en la escritura de hipoteca de 5 de diciembre de 2014, entidad BBVA, en la que se concedió un capital de 60.932,47 euros: “9ª.- Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de la parte prestataria, esta constituye conforme al artículo 217 R.H., hipoteca unilateral a favor del banco, sobre la finca que a continuación se describe.....para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además: a) del pago de los intereses ordinarios convenidos en las estipulaciones 3ª y 3ª bis que, a efectos hipotecarios, se fijan en el tipo máximo del DOCE (12,00) por ciento nominal anual, limitándose, además esta responsabilidad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en la cantidad máxima de 7.311,90 euros.

b) del pago de los intereses de demora convenidos en la estipulación 6ª al tipo máximo a efectos hipotecarios del DIECINUEVE por ciento nominal anual, limitándose además esta responsabilidad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en la cantidad máxima de 21.935,69 euros.

c) del pago de las costas procesales y otros gastos: limitándose hipotecariamente esta responsabilidad a una cantidad máxima igual al 17% del capital del préstamo, y del pago de los gastos por tributos, gastos de comunidad y primas de seguro correspondientes a la finca hipotecada que fuesen anticipados por el banco, limitándose hipotecariamente esta responsabilidad a una cantidad máxima igual al 3% de dicho capital. En consecuencia, el importe total máximo de responsabilidad por cada uno de estos conceptos es de 10.358,52 euros y de 1.827,97 euros, respectivamente. No obstante lo anterior, en el supuesto en los que la garantía sea la vivienda habitual de las partes prestataria o de sus fiadores, la responsabilidad máxima por costas procesales no podrá superar el 5% de la cantidad reclamada en la deuda ejecutiva.

En consecuencia, el impuesto se liquida sobre la cantidad de 102.366,55 euros que constituye la base imponible del impuesto, cuando, recordemos, la cantidad prestada fue de 60.932,47 euros.

CAPÍTULO TERCERO

Como queda acreditado pues, existen unos costes que son inherentes a la seguridad jurídica de la propiedad que se adquiere. Preservar esta seguridad de riesgos ante terceros exige unas formas documentadoras públicas y otras de publicidad registral. Las primeras determinan un obligado encuentro entre los consumidores finales de vivienda y la institución que en nuestro Ordenamiento tiene encomendada la fe pública documental: el Notariado.

El porcentaje mayor de demandantes de bienes y créditos inmobiliarios está formado por segmentos sociales necesitados de información y asesoramiento a la hora de formalizar tanto la compraventa de la vivienda como el préstamo hipotecario.

En el polo opuesto están las empresas promotoras y mediadoras, así como las entidades financieras que disponen de una extensa pluralidad de notarios, “de concurrencia a menudo difícil entre ellos, ante los que por tanto es más factible para estas empresas hacer valer el peso de su capacidad para suministrar de modo estable numerosos asuntos para cuya documentación exijan a cambio un tratamiento ágil y racionalizado que no les acarree complicaciones”¹¹⁹. En la práctica, este tratamiento masivo y racionalizado deriva a que la contratación se formalice bajo clausulados predispuestos con condiciones no compatibles con los principios de la legislación de defensa de los consumidores y usuarios que no reciben suficiente información y asesoramiento acerca de sus posibilidades legales de contrarrestar, enervar o atenuar los efectos de aquellos. De este modo, las empresas y entidades financieras tenderán a designar notarios más predispuestos a este tipo de tratamiento de los asuntos.

De hecho, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia planteado en la citada sentencia era la cuestión consistente en “precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencia existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria” (Fundamento de Derecho Segundo, apartado 3).

Se resuelve por el Tribunal Supremo que se deben corregir los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual y entiende que el obligado al pago del tributo en estos casos es el acreedor hipotecario, “sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución” (Fundamento de Derecho Quinto, apartado 1).

Posteriormente el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 6 de noviembre acordó volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación de pago del impuesto. El asunto, o en palabras del Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, “esta sucesión de acontecimientos ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario, y que es preciso abordar con carácter inmediato”, se ha zanjado con la modificación mediante la norma antes citada del artículo 29 del LITPAJD: “será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, *se considerará sujeto pasivo al prestamista*” (la cursiva es nuestra).

¹¹⁹ MEZQUITA DEL CACHO, J. L., ob.cit., página 44.

CAPÍTULO TERCERO

4.2.- LOS DEBERES DEL NOTARIO Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

Señalaba la Exposición de Motivos de la Orden de 5 de mayo de 1994, derogada recordemos por la Orden EHA/2899/2011, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que una de las finalidades esenciales de la misma era facilitar al prestatario “la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar”. Precisamente la Orden EHA/2899/2011 recoge expresamente este testigo señalando que la normativa sobre transparencia, de la que la primera Orden había sido pionera, había quedado “injustificablemente obsoleta” a causa de la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios había experimentado en las últimas décadas, la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente complejidad y como no la profunda crisis del sector financiero durante los últimos años. En aras a conseguir esta finalidad la Orden actualmente en vigor desarrolla las funciones del notario autorizante de la escritura vigilando que esta “cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente” (artículo 30)¹²⁰.

Previo al desarrollo de las obligaciones del notario recogidas en los artículos 29 y 30 de la Orden, consideramos oportuno referirnos al artículo 147 del Reglamento Notarial que impone a los notarios, a fin de compensar el desequilibrio de poder e información que pueda existir entre los contratantes, el deber de prestar su asistencia asesora de manera especial a la parte contractual más necesitada de ella, en nuestro caso al prestatario que concierta la operación de crédito con la entidad financiera¹²¹.

A este deber se une también la facultad reconocida por el artículo 126 del Reglamento Notarial que otorga al consumidor la libre elección del notario que debe informarle, asesorarle y en nuestro caso autorizar la escritura de préstamo. La remisión que el artículo 30.1 de la Orden EHA/2899/2011 efectúa corrobora plenamente el criterio que defendemos de la libertad de elección de notario. El artículo 23 de la LCGC hace expresa referencia a esta labor de asesoramiento principalmente en relación con los requisitos de incorporación de los artículos 5 y 7

¹²⁰ La Exposición de Motivos de la Orden de 5 de mayo señalaba la obligación del notario que autorizara la escritura de préstamo hipotecario de advertir “expresamente al prestatario de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica pudieran pasarle inadvertidas”.

¹²¹ Artículo 147: “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

CAPÍTULO TERCERO

de la misma ley¹²².

Llegados a este punto es conveniente realizar una breve reflexión sobre una serie de puntos básicos en relación con el documento contractual, necesariamente otorgado ante notario, del préstamo hipotecario, a la función notarial y su aplicación a la contratación sometida a condiciones generales:

A) EL DOCUMENTO CONTRACTUAL DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. EN ESPECIAL LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE.

Ha de señalarse, en primer lugar, que la hipoteca inmobiliaria es “un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor, enajenando los bienes y percibiendo su precio, a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en tal momento el poseedor o propietario de los mismos”¹²³. Tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria la definen diciendo que “sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida” (artículos 1876 Código Civil y 104 Ley Hipotecaria).

Según el artículo 145 de la Ley Hipotecaria es necesario, para que las hipotecas queden válidamente constituidas, que se hayan formalizado en escritura pública y que la misma se inscriba en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, serán necesarios tanto documento público como inscripción en el Registro que tiene, en este caso, naturaleza constitutiva. Adicionalmente hay que considerar que, según las normas antes señaladas, este derecho real se constituye en garantía de la efectividad de una obligación dineraria.

El artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011 establece que “los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de

¹²² Artículo 23. Información. “1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención. 2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos. 3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes...”

¹²³ DÍAZ FRAILE, J.M., “La ejecución hipotecaria y el mercado secundario”, *Cuadernos de Derecho Registral*, año 2008, página 41.

CAPÍTULO TERCERO

Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas”¹²⁴. En el segundo párrafo del artículo, en relación con la cláusula de interés del préstamo, se señala que “se fijará el tipo de interés aplicable” y específicamente cuando este sea variable se establece la “obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas por este tipo de interés”¹²⁵.

Vamos a analizar seguidamente el contenido del documento contractual y, en especial, las menciones necesarias en aquellos supuestos en que se pacte un tipo de interés variable considerando que, como señala el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, los notarios, en su condición de funcionarios públicos y “derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan”, “denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”.

El contenido del documento contractual está regulado en el artículo 7.3 de la Orden referenciada al señalar que los documentos contractuales de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes documentos, correspondiendo al notario que formaliza la operación verificar que se incorporan de forma clara y explícita y además informar al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume:

“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.

¹²⁴ En espera de que se modifique la Orden la mención a la Ficha de Información Personalizada habrá que entenderla a la Ficha Europea de Información Normalizada que, recordemos, en virtud de la Ley 5/2019 sustituye a la ficha recogida en la Orden.

¹²⁵ Una cuestión interesante entendemos que se daría en aquellos supuestos que, habiéndose pactado un tipo de interés fijo bonificado, se produce una variación del mismo por haberse incumplido cualquiera de las condiciones de vinculación o por variar dichas condiciones. En estos casos consideramos que necesariamente también debería notificarse al prestatario cualquier modificación del tipo de interés si se produjera una variación en el mismo. Un ejemplo es la hipoteca fija BBVA que exige para contratar un tipo fijo del 2,45%, por ejemplo, a plazo de 30 años, domiciliación de nómina, seguro multirriesgo hogar con BBVA seguros y seguro de amortización del préstamo. Adicionalmente se establece que “el tipo de interés será constante durante toda la vida de la hipoteca, siempre que estés al corriente de tus pagos y no tengas deudas pendientes con el Banco, y cumplas las condiciones”, (consulta el día 18/11/2018 en www.bbva.es).

CAPÍTULO TERCERO

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, las condiciones para su prórroga.

e) las normas relativas a las fechas valor aplicables.

f) los derechos y deberes 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.

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) las demás que establezca el Banco de España¹²⁶.

En cuanto a la cláusula de interés variable, en el momento de la formalización, el notario deberá verificar una serie de informaciones necesarias y, en palabras del artículo 30.3 de la Orden EHA/2899/2011, denegar “la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente”. En concreto, se recogen en el artículo 30.3 b) las siguientes circunstancias:

1ª.- necesidad de que el notario advierta en el supuesto que el índice de referencia no sea uno de los oficiales recogidos en el artículo 27 de la misma Orden.

¹²⁶ La norma décima de 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, establece toda una serie de precisiones en relación con los extremos del artículo 7.3 de la Orden. En concreto y directamente relacionada con la cláusula de interés se realizan las siguientes precisiones: a) en relación con la duración del contrato se deberán indicar los gastos o compensaciones que tenga que recibir la entidad financiera como consecuencia de la cancelación anticipada de la operación; b) se establece la necesidad de comunicar previa e individualmente cualquier modificación que no resulte beneficiosa para el cliente, computándose el plazo de preaviso desde el momento en que se prevea la aplicación de las nuevas condiciones contractuales; c) en los casos en que se condicione el perfeccionamiento del contrato a la contratación – simultánea o futura – de productos o servicios, se deberán identificar de forma precisa tanto en el momento efectivo de la contratación como de la renovación y, en todo caso, se concretará si esta debe realizarse con un proveedor en concreto o es libre por parte del cliente.

CAPÍTULO TERCERO

2ª.- advertir a los prestatarios si el tipo de interés aplicable durante el período inicial es inferior al que resultaría de aplicar teóricamente el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. Debemos entender que se debería considerar el índice de referencia más el diferencial y, en todo caso, advertir de las bonificaciones sobre el diferencial por la contratación de productos.

3ª.- expresa advertencia en el caso de que se hayan establecido límites a la variación del tipo de interés (cláusulas suelo o techo)¹²⁷.

4ª.- por remisión al artículo 24 de la misma Orden se deberá advertir y facilitar la información adicional y, a nuestro entender, necesaria sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés siempre y cuando se comercialice vinculado o sin “vinculación expresa y formal” pero con la finalidad de formalizar el préstamo concedido¹²⁸.

¹²⁷ En este punto se ha producido una novedad con la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En su artículo 21.3 se prohíben expresamente las cláusulas suelo al señalar que “en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés”. En este sentido, prueba de la deficiente técnica de dicha Ley, no se comprende la redacción del artículo 14.1 b) al regular la FiAE que deberá reflejar la “existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado”. No es correcta esta previsión si están prohibidas las cláusulas suelo. Una explicación la podemos encontrar en la incorporación de la enmienda transaccional número 20 sobre la enmienda número 196 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (BOCG Congreso de los Diputados del 11 de diciembre de 2018) por la que se incorporaron los apartados 3 y 4 al artículo 19 estableciéndose tanto la prohibición de la cláusula suelo como que el interés remuneratorio de las operaciones a interés variable no podrá ser negativo. Se incorporó esta previsión y no se corrigieron ni el artículo 14.1 b) ni el Anexo I, parte B) en relación con la FEIN que igualmente recoge la previsión de que la información incluirá “los límites aplicables al alza o a la baja” en los contratos a tipo de interés variable. En cuanto a la regulación de la Orden EHA/2899/2011 se señala en la derogada FIPER que en caso de que se hubiera pactado cláusula suelo o techo, se deberá recoger en un anexo de la Ficha de Información Personalizada (FIPER), el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima (artículo 25 de la Orden).

¹²⁸ A nuestro entender es difícil en la práctica explicar por parte de la notaría el funcionamiento de las coberturas de tipos de interés. Sí es verdad que la Orden se limita a señalar que el notario comprobará que el cliente ha recibido la información sobre dicha cobertura. La comprensión de la misma y la explicación de cómo juega en el contrato de préstamo hipotecario se nos antoja hartamente difícil. Un ejemplo de cláusula se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2018 al resolver recurso por nulidad de una cobertura de tipo de interés aplicable a reducir el tipo de interés de una operación de préstamo: “Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés más la venta de un cap medio trimestral con Knock-in. El importe de la prima de la opción cap vendida por el cliente se aplica a reducir el tipo fijo de la operación”. El Tribunal Supremo declara la nulidad de dicha estipulación al haberse incumplido los deberes de información por parte de la entidad financiera y propiciar con ello un error en la prestación del consentimiento. Reproducimos por su interés el Fundamento de Derecho séptimo, número 3 que señala: “los deberes de información que competen a la entidad financiera ...no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada”.

En el artículo 26 de la Orden se señala que en relación con los instrumentos de cobertura se informará de la posibilidad de que las “potenciales liquidaciones periódicas” puedan ser negativas y, en especial, de la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

CAPÍTULO TERCERO

B) LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO.

Hablar de la función notarial y de la proyección de la misma sobre el clausulado de un contrato de préstamo hipotecario supone dejar de lado la percepción que se tiene del notario como mero fedatario, es decir, como profesional que se limita a dar fe de lo que percibe, y representa incidir en la figura del “notario-operador jurídico”¹²⁹. En este campo el notario tiene un específico deber de consejo, es decir, de hacer comprender al prestatario el alcance y consecuencias del negocio jurídico sin que le quepa la posibilidad de alegar que se ha limitado a dar forma auténtica a las convenciones de las partes.

Evidentemente esa imparcialidad, cuya principal manifestación es el deber de consejo, debe ser entendida de manera relativa, de forma que, atendiendo a las circunstancias del cliente que contrata, se deberá acentuar o atenuar. Esta relatividad encuentra su apoyo en el citado artículo 147 del Reglamento Notarial al establecer que “sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

En los casos de contratación sujeta a condiciones generales en que el notario no puede en ningún caso basar su imparcialidad en la posible adecuación del negocio jurídico por estar prefijado el contenido de la minuta por una de las partes (en nuestro caso la entidad financiera) cobra toda su importancia la previsión del artículo antes citado y de los artículos, también citados, de la LCGC. Apoyo legal de esta faceta de la función notarial se encuentra también en el artículo 8.2 letra f) del TRLGDCU que incluye dentro de los derechos básicos de los consumidores y usuarios “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión”¹³⁰. Esta

¹²⁹ FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., “Documento notarial y condiciones generales de la contratación”. Tomo XXXIV. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. marzo de 1994.

¹³⁰ Redacción muy parecida al antiguo artículo 2 de la LGDCU que situaba como uno de los derechos básicos de los consumidores “la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión”.

Recordemos que el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya última modificación es de 3 de Julio de 2015, refunde en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios. El listado de las mismas se encuentra en el

CAPÍTULO TERCERO

función igualmente se ha puesto de relieve con la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que impone al notario la obligación de verificar que se ha cumplido tanto con las obligaciones y entrega de documentación en fase precontractual como con la obligación de prestar asesoramiento en el momento previo a la firma del contrato. Caracteres esenciales de esta función en la intervención del notario son:

1º.- garantizar, en la medida de lo posible, la igualdad de las partes.

2º.- asegurar al prestatario la perfecta comprensión y acuerdo sobre las disposiciones o clausulados de la escritura de préstamo hipotecario.

3º.- garantizar la equidad contractual en un intento de equilibrar la balanza en favor del contratante débil (acentuando o atenuando su deber de información y consejo en función de las circunstancias del caso y de los conocimientos y preparación del prestatario).

Precisamente esa imparcialidad y asistencia especial tiene una de sus manifestaciones principales en el segundo punto básico de la función notarial: la libre elección de notario por parte del prestatario, contratante débil, que analizaremos en el siguiente apartado.

Es razonable, en este punto, detenernos en el análisis tanto del artículo 15.1 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario como de los artículos 29 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, ubicados en la Sección 4ª Documento contractual y acto de otorgamiento.

El artículo 15.1 de la Ley 5/2019 recoge el derecho a la libre elección de notario y a la exigencia que tiene el notario de prestar asesoramiento de manera individualizada al futuro prestatario.

Por su parte el artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011, bajo el epígrafe de Documento contractual señala que:

“los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas

Anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que identifica las disposiciones comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios.

CAPÍTULO TERCERO

de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas.

En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés”.

En otros apartados de la tesis nos hemos referido a esta información personalizada que se tendrá que estructurar de conformidad con la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) introducida por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que sustituye a la Ficha de Información Personalizada o FIPER desarrollada en el Anexo II de la Orden. Para su análisis nos remitimos a los apartados en que se estudia dicha ficha.

Sí nos vamos a referir a las expresas obligaciones del notario que se contemplan fundamentalmente en el artículo 30 bajo el epígrafe de Acto de otorgamiento. De forma resumida podemos señalar que las obligaciones del notario en relación con el documento contractual en el momento de su otorgamiento son:

1ª.- Vigilar la separación en la escritura de las cláusulas financieras del resto de estipulaciones.

2ª.- El resto de las cláusulas no podrán desvirtuar, en perjuicio del cliente, las estrictamente financieras cuyo contenido deberá ajustarse a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada (FIPER- regulada en el Anexo II de la Orden), mención que se tendrá que entender realizada a la FEIN.

3ª.- Necesariamente en el contrato deberá recogerse el tipo de interés, habrá que entender la estipulación con toda su amplitud (en apartados anteriores hemos expuesto todas las previsiones de la cláusula), y la obligación de notificar al prestatario las variaciones que experimente el mismo.

4ª.- Obligatoriedad, salvo renuncia expresa siempre y cuando la escritura se formalice en la propia notaría, de tener el “proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario” a disposición del cliente.

5ª.- Obligación del notario de denegar la autorización del préstamo cuando la minuta no se ajuste a la legalidad vigente y en especial a lo previsto en la Orden. Centrándonos en las operaciones a interés variable las expresas previsiones serían:

a) Necesaria advertencia al prestatario si el tipo de interés de referencia pactado no es uno de los oficiales previstos en la propia Orden (recordemos uno de los seis previstos en el artículo 27, ya anteriormente citados).

CAPÍTULO TERCERO

b) Advertir al cliente de que el tipo de interés aplicable durante el período inicial “sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

Este punto es de gran importancia principalmente por las operaciones de captación con “tipos bonificados” que se traducen en una cuota de amortización inferior a la que realmente se pagaría si se adicionara el diferencial al índice de referencia. Estas prácticas comerciales fueron el caballo de batalla de la llamada “guerra de las hipotecas” que tuvo lugar en los años anteriores al estallido de la burbuja inmobiliaria en el año 2008.

c) Advertencia al cliente para el caso de que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, prohibidas las primeras en virtud de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En este punto además el notario deberá informar al cliente en primer lugar “de los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia” y en segundo lugar “de las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés”. Este punto deberá modificarse dado que, como hemos señalado, se han prohibido por la Ley 5/2019 las cláusulas suelo.

Como muy bien se señala en la STS de 9 de mayo de 2013 en su Considerando 256 lo importante en las cláusulas suelo es que el cliente pueda conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario “que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”. Y adicionalmente añade que no es preciso que exista equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo¹³¹.

¹³¹ Para un estudio sobre este tema se puede consultar GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Número 6/2013.

Señala en la página 125 “como la propia sentencia reconoce, la falta de transparencia ni siquiera deriva de una oscuridad interna de la cláusula (falta de claridad, sencillez, concreción, legibilidad y accesibilidad) sino de la falta de información, información sobre la que además existe un deber de información externo ordenado a notarios y registradores en el ejercicio de su competencia (artículo 81.2 TRLGDCU y 23.2 LCGC)”.

Antes de la STS de 9 de mayo de 2013 algunas sentencias de Juzgados de lo Mercantil, como por ejemplo la SJM, número 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 habían fundamentado la nulidad de las cláusulas suelo y techo en la asimetría de ambas. Así en el caso enjuiciado se había pactado un techo del 15 por 100 del tipo de interés, mientras que el suelo era del 3,25 por 100 con un tipo de interés de partida del 5 %. Precisamente fue esta distancia entre ambos con el tipo de interés pactado inicialmente lo que motivó la declaración de nulidad de la estipulación, de tal manera que es difícil que los préstamos hipotecarios alcancen un euríbor del 15 por 100 si que es más fácil que bajen por debajo del 2,50 por 100.

CAPÍTULO TERCERO

d) Informar expresamente al prestatario si el notario entiende que como consecuencia de las cláusulas financieras pactadas se puede producir un “aumento relevante en las cuotas”. Esta circunstancia se puede producir, y por ello se debe advertir al cliente, en supuestos en que se pacten períodos de carencia o cuando se pacten sistemas de amortización con cuotas crecientes.

e) Informar al cliente de la eventual obligación, caso de que se haya pactado, de satisfacer a la entidad financiera ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés, en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de regulación del Mercado Hipotecario. Esta mención entendemos que, en aquellos contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se debe referir igualmente a las compensaciones o comisiones que relacionamos a continuación.

Hay que distinguir en este punto, siguiendo las previsiones de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dos supuestos de compensación o comisión a percibir por la entidad financiera:

1º.- Compensación por reembolso o amortización anticipada: en estos supuestos, ya sea por cancelación subrogatoria o no subrogatoria, la cantidad a percibir por tal concepto no podrá ser superior al importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista con el límite del 0,15 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando esta se produzca dentro de los primeros cinco años de vida del préstamo (artículo 23.5 a)

2º.- En idénticos términos cuando dicho reembolso o amortización parcial o total se produzca durante los 3 primeros años de vigencia del contrato, la compensación o comisión no podrá exceder igualmente del importe de la pérdida financiera con un límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente (artículo 23.5 b)

En cuanto a la forma de cálculo de la pérdida financiera sufrida por el prestamista el apartado 8 del artículo 23 que comentamos establece que se calculará “proporcionalmente al capital reembolsado por la diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo”¹³².

¹³² En parecidos términos el artículo 9 de la Ley 41/2007 de regulación del mercado hipotecario establece los supuestos y método para calcular dicha compensación por riesgo de tipo de interés. Así entiende como ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés “la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.”

CAPÍTULO TERCERO

f) Advertir al cliente para el caso de que la operación no esté denominada en euros sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

g) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

C) LA LIBRE ELECCIÓN DE NOTARIO.

El fundamento de esta libertad aparece en el artículo 126 del Reglamento notarial, en el artículo 15.1 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y en el artículo 30.1 de la Orden EHA/2899/2011 que remite al Reglamento¹³³. Señala dicho artículo que, precisamente en aras de su deber de imparcialidad, los notarios cuidarán que se respete el derecho de libre elección. La práctica cotidiana se traduce en que normalmente no se respeta este derecho en los contratos de préstamo hipotecario. Dos hechos fácilmente constatables:

1º.- Se “impone” por parte de la entidad financiera un determinado notario argumentando en la mayoría de las ocasiones razones de organización, eficacia y celeridad en la firma de la operación.

2º.- Al otro lado de la relación está el cliente que normalmente desconoce este derecho que le asiste y que además carece casi siempre de un interés especial para elegir un notario en el que pueda depositar su confianza (bien por el hecho de no conocer a ninguno, por comodidad dando por bueno el propuesto por la entidad financiera, por la propia urgencia de la operación,...).

Este derecho que, a simple vista puede parecer que no tiene mayor relevancia, tiene gran importancia si abandonamos la perspectiva de la actuación notarial como meramente autenticadora y nos centramos en el ámbito de una función de especial

El valor de mercado se calcula “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 el Ministro de Economía y Hacienda”.

¹³³ Señala el artículo 126 del Reglamento Notarial que “todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos”. Además, en relación a la libre elección de notario hay que tener en cuenta las Instrucciones de 14 de junio y 31 de julio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre uso de plataformas informáticas y telemáticas como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 5/2019. En ambas se obliga a que el sistema telemático que se emplee debe organizarse de forma tal que el cliente “pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección” (apartado 4 de la Instrucción de 31 de julio).

CAPÍTULO TERCERO

atención al contratante débil, atendiendo a una intervención que se traduzca en un plus de información sobre las cláusulas que se imponen al cliente y en el hecho de que se persiga como finalidad última que el cliente llegue a tener conocimiento claro de lo que va a firmar.

Incluso si damos un paso más y apuntamos a lo que debería ser la intervención notarial tendríamos que considerar incluso que llegue a desaconsejar al futuro prestatario el desistimiento en el otorgamiento de la escritura de préstamo porque la información obtenida así lo aconseja¹³⁴. En determinados casos la obligación profesional impuesta por la LCGC y la Orden EHA/2899/2011 es la de abstenerse a la autorización del contrato, principalmente si no se cumplen los requisitos de incorporación e incluso los de contenido (cláusula abusiva), aunque este segundo supuesto es más difícil que se pueda dar en la práctica.

Expuesto lo anterior y dada su importancia para valorar en sus justos términos la intervención del notario en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, siguiendo a MEZQUITA DEL CACHO, podemos enumerar una serie de deberes de los notarios que tienen, en su lado opuesto, derechos de los usuarios del servicio notarial, que, no olvidemos a su vez son usuarios de un servicio prestado por una entidad financiera¹³⁵, una parte de los mismos ya han sido anteriormente expuestos y desarrollados, ahora simplemente los vamos a agrupar en dos grandes grupos bajo los epígrafes de información y asesoramiento, remitiéndonos en su concreción a lo expuesto previamente. Se deducen del principal derecho del consumidor de obtener una prestación plena del servicio notarial, y pueden resumirse¹³⁶:

1º.- Derecho a recibir una información concreta sobre las consecuencias de la forma documental pública adoptada y sobre su coste. Dentro de este deber de información incluimos:

¹³⁴ Este supuesto es impensable en la práctica dado el funcionamiento de la mayoría de las entidades financieras. Las operaciones se encauzan a determinadas notarías y el hecho de que por parte de un determinado notario se aconsejase el desistimiento que podría implicar la paralización en la formalización de operaciones con la entidad afectada.

A todo esto, había que añadir antiguamente la presión psicológica que representaba el que la mayoría de operaciones se firmaban en las oficinas de la propia entidad financiera. Con ello se generaba la apariencia de que el notario era un notario de la empresa y no un fedatario público imparcial. Adicionalmente la retracción del cliente para plantear dudas, precisamente por esta presión psicológica.

El artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 establece que el cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

¹³⁵ MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *ob.cit.*, página 45.

¹³⁶ Apunta el autor antes citado que el servicio notarial no se reduce a dar fe de la formalización contractual acaecida en el lugar y fecha dadas; ni a comprobar identidades y capacidades personales, o de la suficiencia de las representaciones invocadas; ni siquiera de la redacción material del documento en términos y forma tales que permitan su posterior reflejo en el Registro (*ob. cit. loc. cit.*).

CAPÍTULO TERCERO

- a) Las ventajas civiles que comporta el instrumento público.
- b) Las repercusiones fiscales que comporta el instrumento público¹³⁷.

c) Los costes arancelarios de los documentos notariales (el notario está obligado a anunciar, en lugar visible de su oficina, que su arancel está a disposición del público para su libre examen). Adicionalmente la letra h) del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 establece la obligación del notario de informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

d) Si el servicio notarial se extiende a otras gestiones posteriores, como, por ejemplo, ante una determinada administración o ante el Registro de la Propiedad, se debe ampliar la información a la naturaleza de dichas gestiones y a su coste, al menos aproximado.

La práctica diaria nos muestra que no suele ser habitual que el notario autorizante de la escritura sea quien realiza dichas gestiones, habitualmente suele ser la propia entidad financiera la que a través de un profesional (normalmente un Gestor Administrativo) realiza los trámites pertinentes para liquidar los impuestos e inscribir las escrituras de compraventa e hipoteca en el Registro de la Propiedad¹³⁸. Evidentemente esta práctica nos lleva a la conclusión de que la exigibilidad de estas informaciones que predicamos del notario debe recaer en la entidad financiera concedente de la operación hipotecaria.

¹³⁷ Sostenemos este amplio deber de información en la medida que en la mayoría de las ocasiones se produce simultáneamente la formalización de la escritura pública de compraventa y la constitución del préstamo hipotecario sobre la misma vivienda. Ya hemos indicado que como consecuencia de la última reforma fiscal las hipotecas formalizadas a partir de 01/01/2013 ya no se pueden desgravar fiscalmente. Sí habrá que considerar los gastos e impuestos para el caso de posterior venta de dicha vivienda a efectos de considerar el posible valor a efectos de incremento de patrimonio o de exención por reinversión para el caso de adquisición de una nueva vivienda habitual.

¹³⁸ Es habitual incluir en las escrituras de hipoteca una cláusula donde expresamente se apodera a la entidad financiera o a la gestoría por ella designada para realizar dichas gestiones.

Un ejemplo lo encontramos en la escritura de préstamo hipotecario de 5 de Diciembre de 2014, BBVA: “...13ª.- APODERAMIENTO. Por ser la inscripción de la hipoteca unilateral una condición esencial de este contrato, al garantizar el préstamo ya recibido por la parte prestataria, ésta apodera expresa e irrevocablemente al Banco, en la forma más amplia y necesaria en derecho, para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca unilateral que en este acto se constituye y, en su caso, de los títulos previos a esta escritura y además, siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del crédito garantizado, para que pueda realizar las subsanaciones o aclaraciones necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma, y aunque ello incurra en la figura jurídica de la autocontratación”.

Anexo. Presentación a Registros: ...a estos efectos se considera como presentante, por designación suya, a XXXXXXXXXXX SL (Gestoría) con domicilio a efectos de notificaciones ...”

CAPÍTULO TERCERO

2º.- Obligación del notario de proporcionar un asesoramiento sobre las consecuencias del clausulado contractual que el documento contiene y las posibles obligaciones que se podrían derivar de otras estipulaciones alternativas más equilibradas en favor del consumidor o usuario, así como avisar sobre los riesgos reales que pudiera ocasionar la parte del clausulado que resulta impuesta y las posibilidades de ulterior oposición que existan por parte del adherente prestatario frente al mismo.

Estos deberes cobran carta de naturaleza con la normativa derivada de los artículos 51 de la Constitución, 1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 15 de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de los que se deduce un principio general de protección del consumidor o usuario y con la aprobación de la Ley 5/2019 de cualquier adherente persona física, a ellos se añaden toda una serie de normas dictadas en desarrollo de este principio informador, tales como:

a) los artículos 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que exigen concreción, claridad y sencillez en la redacción de las condiciones generales.

b) el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que impone la obligación de que los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar de forma clara y comprensible información veraz, eficaz y suficiente.

c) el artículo 23 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que impone específicos deberes de información a notarios, registradores de la propiedad y mercantiles en relación con aquellos contratos con cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales.

d) el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011 que como hemos visto marca las líneas básicas de actuación del notario autorizante de la escritura¹³⁹.

¹³⁹ El artículo 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios ya enumeraba una serie de obligaciones del notario con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario. Esta Orden fue derogada por la citada Orden EHA/2899/2011 y en ella como líneas fundamentales de actuación del notario que posteriormente serían mejoradas y ampliadas por la Orden hoy en vigor se establecía:

1ª.- El depósito y examen del proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

2ª.- El deber de información sobre el valor y alcance del documento público. En especial:

a) la verificación de si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las condiciones financieras del documento contractual, advirtiendo expresamente al prestatario de las mismas y

CAPÍTULO TERCERO

Hay que señalar en este punto, que aún reconociendo la gran importancia de la función notarial en orden a asesorar y sobre todo en cuanto a prestar la información relevante para que el prestatario consienta consciente de su posición a nivel jurídico y económico en el préstamo hipotecario, consideramos, en línea con la sentencia del Tribunal Supremo 138/2015, de 24 de marzo, que el momento en que se produce la intervención del notario no es el más adecuado para que el prestatario revoque su decisión de formalizar el préstamo. Sin ningún tipo de duda, y nos referiremos más detalladamente a esta cuestión al abordar la intervención notarial en el control material de transparencia, la labor notarial es un elemento a considerar “en cuanto que puede cercionarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia” (STS 171/2017, de 9 de marzo), pero dicha intervención no excluye la necesidad de una información precontractual adecuada, y en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo 367/2017, de 8 de junio, se reafirma en este argumento al señalar que “la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor... pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional”.

4.3.- LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA LEY REGULADORA DE LOS DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN SU VERTIENTE MATERIAL.

Sin ningún tipo de duda la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha supuesto importantes novedades en relación con las operaciones de financiación inmobiliaria¹⁴⁰. Dos cuestiones merecen ser destacadas en referencia al papel que va a desempeñar el notario en la formalización de las operaciones de préstamo hipotecario:

1º.- se reconoce con su sustantividad propia el llamado control de

del derecho a desistir de la operación (ahora cobra todo el protagonismo la llamada Ficha de Información Personalizada sobre la que se estructuran las condiciones financieras que obligatoriamente se tienen que facilitar al prestatario);

b) en las operaciones a interés variable la expresa advertencia al prestatario de que el índice de referencia no era uno de los oficiales definidos por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera;

c) advertir de que el tipo de interés aplicable durante el período inicial es inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores;

d) advertir que se establecen límites a la variación del tipo de interés, debiendo constar expresamente en la escritura el hecho de que las limitaciones no son semejantes al alza y a la baja.

¹⁴⁰ Boletín Oficial del Estado de 16 de marzo de 2019. Se puede consultar el Proyecto de ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de noviembre de 2017 y de 11 de diciembre de 2018 con el Informe de la Ponencia recogiendo las enmiendas aprobadas

CAPÍTULO TERCERO

transparencia material, que, recordemos, no trae causa de 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.

La finalidad de este control originariamente de creación jurisprudencial, básicamente a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, es “garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material” (Apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley).

2º.- reconocido legalmente el control de transparencia material se atribuye al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, “haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una...” (artículo 15.2.c)

En los artículos 14 y 15 de la Ley se regulan, respectivamente, las normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios y la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material, verificación que, como hemos indicado, recae sobre el notario que autorizará la operación.

Evidentemente este control es distinto, pero al mismo tiempo se superpone, al llamado control de incorporación mediante el examen por parte del notario de los documentos entregados por la entidad financiera a la parte prestataria y su coincidencia con el texto de la escritura de préstamo todo ello de conformidad con los artículos de la Orden EHA/2899/2011 que anteriormente hemos señalado, en especial, los artículos 30 y 7.3. A este control se tiene que adicionar, tanto previamente, como en el mismo acto de otorgamiento de la escritura, un control por parte del notario de la comprensión por parte del prestatario del contenido contractual y, en especial, de las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE)¹⁴¹.

Como hemos señalado, al notario se le atribuye en la Ley 5/2019 un papel fundamental en la fase precontractual para conseguir uno de sus objetivos

¹⁴¹ La llamada FEIN recoge la información personalizada en el momento en el que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo. Según la Ley “tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de siete días; la FIAE deberá recoger la existencia de aquellas cláusulas o elementos relevantes, en especial, “una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable” (artículo 14.1 a y b).

CAPÍTULO TERCERO

fundamentales: la transparencia formal y material en los contratos de préstamo hipotecario¹⁴². En relación con la transparencia en su vertiente material, es decir, conseguir por parte del prestatario la comprensión tanto de la carga económica como la jurídica de la operación hipotecaria que va a firmar la Ley introduce un conjunto de obligaciones a la parte prestamista y al notario que va a autorizar la operación.

A) En primer lugar, la parte prestamista deberá facilitar al futuro prestatario la información personalizada necesaria para que adopte la decisión de contratar o no la operación hipotecaria. Se sustituyen las que hasta la fecha era las Fichas de Información Personalizada por la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), instrumento recogido en la Directiva 2014/17/UE, que ahora se incorpora a nuestro ordenamiento, en aras a conseguir “la máxima armonización en relación con el suministro de información precontractual” (Considerando 7). Adicionalmente se deberán entregar otros documentos recogidos en el artículo 14, precisamente para que “el prestatario tenga a su disposición la información necesaria” para considerar cumplido este principio de transparencia en su vertiente material (Exposición de Motivos de la Ley):

- la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), para informar al potencial prestatario de aquellas cláusulas o elementos más relevantes (artículo 14.1 b).

- en los préstamos a interés variable, en documento también separado, “una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés” (artículo 14.1 c).

- una “copia del proyecto de contrato” que deberá ajustarse al contenido de los documentos antes señalados (artículo 14.1 d).

- en aquellos casos, en la práctica todos, en que se exija la suscripción de seguros tanto para el cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo (seguro de amortización de préstamo hipotecario), como para cubrir los daños respecto del inmueble objeto de hipoteca (seguro de hogar, multirriesgo, incendios,...), se deberá entregar al prestatario “las condiciones de las garantías del seguro que se exige” (artículo 14.1 e).

- en aquellos casos en que se exija la formalización mediante escritura pública, en los contratos de préstamo hipotecario la totalidad, “la advertencia al

¹⁴² Especialmente crítico con este control de “transparencia en sentido material” se muestra CARRASCO PERERA, Á. “El notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 16 de diciembre de 2017, página 1. Define dicho control como “el constructo mental maldito...que sirve como comodín para que en España se haya definitivamente perdido el sentido común y la seguridad jurídica en el tráfico hipotecario”.

CAPÍTULO TERCERO

prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega” (artículo 14.1 g)¹⁴³.

B) En segundo lugar, como hemos señalado anteriormente, en la Ley se atribuye a los notarios el papel fundamental para que quede acreditado el control o principio de transparencia material. Los documentos que deberá verificar el notario son los recogidos en el artículo 14.1 que hemos enumerado anteriormente. Por tanto, la función del notario es doble:

1º.- comprobar que el prestatario ha recibido toda la documentación. En este punto es importante destacar que desde la perspectiva del adherente/prestatario la Ley amplía la protección no solo al consumidor o usuario de la Directiva 2014/17/UE¹⁴⁴, sino también a todas las personas físicas, sean o no consumidores, si bien como analizaremos en apartados posteriores de esta tesis habrá que matizar esta aplicación de la ley a las personas físicas a las que en determinados casos se exigirá que sean calificadas como consumidores. Es una novedad muy importante al incluir dentro de su ámbito de protección a los trabajadores autónomos y a los fiadores y garantes que también sean personas físicas, aún cuando el primer titular del préstamo hipotecario en el caso de garantías accesorias sea una persona jurídica. Así consideramos que se deduce del artículo 2 que regula el ámbito de aplicación de la Ley:

“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...

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir”.

2º.- verificar que además de haber recibido toda la documentación señalada anteriormente, el prestatario ha comprendido la misma. Esta es la interpretación que debemos dar al acta que está prevista en el artículo 15 al regular la “comprobación

¹⁴³ Crítico se sigue mostrando CARRASCO PERERA, Á, ob.cit. página 2, al señalar que “hemos transformado a los notarios en “asesores independientes” a los que se refiere la Directiva, que sin duda no estaba pensando en los Notarios...” el Proyecto de Ley ha inventado un protocolo incidental para que el notario intervenga de forma que pueda asegurar la transparencia material y al mismo tiempo prestar asesoramiento previo al consumidor”.

¹⁴⁴ En lo relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, el artículo 4 señala que a los efectos de la presente Directiva se entenderá por “1) consumidor: todo consumidor según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE”. Esta Directiva es la relativa a los contratos de crédito al consumo y en dicho artículo considera “consumidor” a “la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”.

CAPÍTULO TERCERO

del cumplimiento del principio de transparencia material”.

El principio de transparencia material, plenamente compartido y defendido en esta tesis, persigue que el prestatario pueda comprender “en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar” y cobra carta de naturaleza en el artículo 15 al señalar en relación con los documentos que necesariamente deben facilitarse antes de la firma:

a) que el prestatario no solo ha recibido los documentos descritos en el artículo 14.1 sino que “conoce las consecuencias de aquello a lo que se obliga” (Apartado IV exposición de motivos de la Ley 5/2019).

b) esta labor de asesoramiento irá referido de forma cumulativa a las cláusulas específicas recogidas en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y en la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE).

c) deberá levantarse acta notarial en la que se acredite la información individualizada de dicho asesoramiento y “en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada” (artículo 15.2 c).

Se establecen, por tanto, en la Ley unas pruebas de entendimiento que deberán contemplar que el prestatario comprende “diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo” (artículo 14.2).

Consideramos que habrá que valorar a nivel práctico esta labor notarial. El acta notarial “como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo”, cuando la decisión de adquirir la vivienda y la necesaria financiación ya están tomadas, genera serias dudas sobre el efectivo cumplimiento del principio de transparencia material. Entendemos que es muy importante la información precontractual por parte de la entidad financiera. Sin ningún tipo de duda debemos considerar una información previa adecuada y prestada por personal con conocimientos y competencia suficientes para que la función notarial de garantía del “principio de transparencia material” complemente esta necesidad de un consentimiento plenamente informado por parte del prestatario.

En tal sentido debemos valorar positivamente el artículo 16 de la Ley al exigir al personal al servicio del prestamista “los conocimientos y competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan, y, en especial, respecto de la elaboración, oferta y concesión de contratos de préstamo, la actividad de intermediación de crédito, y la prestación de servicios de asesoramiento, en su caso, y en la ejecución de los contratos de préstamo”. Habrá que valorar en su momento el

CAPÍTULO TERCERO

desarrollo vía reglamentaria de estas exigencias. En este sentido en el número 2 de dicho artículo se señala que “la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa establecerá los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal de conformidad con este artículo”.

En orden a la comprensión e implicaciones principalmente económicas del préstamo consideramos negativamente la supresión de los dos documentos que hasta el momento en que se ha producido la entrada en vigor de la Ley regulaban la información estandarizada a entregar al prestatario: la FIPER y la oferta vinculante. En rigor la FEIN o Ficha Europea de Información Normalizada va a constituir la única información previa a la formalización de la operación, por su naturaleza es prácticamente idéntica a la Oferta Vinculante regulada en la Orden EHA/2899/2011 que, recordemos, con la entrada en vigor la Ley 5/2019 ha quedado sin contenido. Considerando los plazos y que no existirá información precontractual previa a la FEIN (la FiAE en realidad solo destaca determinados aspectos que deben estar incluidos en la FEIN y la FIPRE que se mantiene, únicamente tiene un carácter orientativo) se empeora la posición del prestatario: se reducen los 14 días de plazo de validez mínimo desde la entrega de la oferta vinculante (artículo 23 Orden EHA/2899/2011), a los 10 días de la FEIN “que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad hasta la firma del contrato” (artículo 14.1 a).

Si el acta notarial se puede redactar el día antes de la firma consideramos que en tan corto espacio de tiempo será difícil que efectivamente se cumpla el principio de transparencia material. Esta cuestión la vamos a analizar con más profundidad en el capítulo de la tesis dedicado específicamente al control de transparencia material.

Entendemos que es importante en este punto referirnos al necesario asesoramiento que debería ser un requisito previo y simultáneo a la formalización del contrato de préstamo hipotecario. Nos referimos al asesoramiento que debería ser “independiente” del prestado por el prestamista que, obviamente, no merece este calificativo al ser una actividad difícilmente diferenciable de la de concesión de la operación de crédito. Mediante 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, se regulan por primera vez en nuestro ordenamiento los servicios de asesoramiento independiente. Lamentablemente la previsión del artículo 19 de la Ley 5/2019 que reconocía dicha figura que “requerirá el cumplimiento de los requisitos que se establezcan por el Gobierno mediante Real Decreto” se ha plasmado en un único artículo, el número 4 del Real Decreto 309/2019, que únicamente exige como requisitos, en primer lugar, ofertar al prestatario un número “suficientemente grande de contratos de préstamo disponibles en el mercado” y, en segundo lugar, no percibir remuneración alguna por estos servicios de asesoramiento ni de los prestamistas ni de cualquier tercero interesado en la operación. Es una previsión a todas luces escasa y que poca o nula información va a facilitar al prestatario en orden

CAPÍTULO TERCERO

a la comprensión de las implicaciones jurídicas y económicas de la operación hipotecaria. Con la redacción del artículo parece más que se atiende a la figura del comisionista o intermediario que, en palabras de la ley, a la del “asesor independiente”.

Un argumento adicional a favor del asesoramiento que hipotéticamente deberían prestar las notarías y que, a nuestro entender, será difícil que se dé en la práctica, se puede deducir de la previsión del artículo 14 de la Ley 5/2019 que clarifica a nivel legal a quién corresponde asumir los gastos del préstamo hipotecario¹⁴⁵. En relación con los gastos notariales se establece en el punto ii de la letra e) de dicho artículo que “el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite”. Esta previsión supone que todos los gastos sean asumidos por el prestamista ya que difícilmente el prestatario solicitará una copia ya que, recordemos, la disposición adicional de la Ley 5/2019 impone al notario la entrega gratuita de una copia a dicho prestatario. Con razón señala la doctrina que “el pago por el prestamista puede además crear incentivos a los bancos para dificultar la libre elección del notario, que ya hoy es difícil”¹⁴⁶. El que sean las entidades financieras quienes tengan que soportar dicho gasto puede suponer que en unas pocas notarías se concentren la mayoría de las operaciones, circunstancia que puede afectar a este asesoramiento exigido por la Ley 5/2019. En tal sentido planteamos la propuesta que, dado que casi nunca se ejerce el derecho de libre elección de notario, sea un sistema de reparto el que asigne las operaciones a las notarías, se evitaría con ello esta influencia de las entidades financieras que, en la práctica es claramente constatable, y que imposibilitan este asesoramiento notarial independiente.

4.4.- LA CALIFICACIÓN REGISTRAL COMO ACTIVIDAD DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES.

4.4.1.- INTRODUCCIÓN

En nuestro Ordenamiento jurídico la calificación registral, encaminada

¹⁴⁵ Una muestra más de la deficiente técnica de la Ley 5/2019 se constata con la regulación de la distribución de los gastos del préstamo hipotecario en el artículo 14 que regula la transparencia material.

De manera expresiva y crítica CABANAS TREJO, R., “¿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, número 84, marzo/abril 2019, páginas 26 a 34 se muestra crítico con la recientemente aprobada Ley 5/2019 al señalar en relación con su redacción final que en la misma “se detectan graves incoherencias,...cuando no flagrantes contradicciones, todo ello fruto de una tramitación poco meditada, a golpe de titular periodístico,...por seguir con el símil aeronáutico del principio, el tiempo nos dirá si esta Ley ha de ponerse a la altura de la película <Aeropuerto> de Burt Lancaster, o en realidad solo es un mal remake de <aterriza como puedas>, pero, encima en un aeropuerto ignoto” (página 34).

¹⁴⁶ ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., “Los gastos de la hipoteca tras la Ley de Crédito Inmobiliario”, *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 84, marzo/abril 2019, página 47.

CAPÍTULO TERCERO

también a examinar el título y su contenido, brinda al registrador la oportunidad y al mismo tiempo la carga de entrar en cláusulas cuya publicidad es de interés para los terceros.

Es evidente que el registrador solo podrá entrar en el contenido obligacional cuando éste tenga una trascendencia real. Esta facultad de poder examinar las cláusulas de trascendencia real permite al registrador ejercer un cierto control sobre el tráfico jurídico no solo real, sino también obligacional, que primero con la entrada en vigor de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y después con la Ley de Condiciones General de la Contratación ha adquirido una mayor relevancia cuando las cláusulas forman parte de un contrato de adhesión¹⁴⁷.

Previo a este control que señalamos está el control notarial que antes hemos analizado, si bien hay que tener en cuenta que la mayor independencia de la figura del registrador le permite ejercer un control verdadero que el notario muchas veces tendrá más difícil realizar por la presión a que se ve sometido por los predisponentes, en nuestro caso, la entidad financiera. Como hemos indicado el contrato se suscribe entre las partes contratantes, pero su contenido es impuesto por una de ellas sin una intervención directa del notario que solo actúa como fedatario público¹⁴⁸.

Con el expreso reconocimiento legal de las condiciones generales como instrumento jurídico distinto de las cláusulas individuales, el registrador está obligado a tomar postura en su función de calificador, siendo consciente de que una regulación legal expresa de las condiciones generales tiene por objetivo contrarrestar el poder de quienes tienen la predisposición en la contratación. De manera muy clara ALFARO ÁGUILA-REAL señala “hablar de las condiciones generales es hablar de control de contenido”¹⁴⁹. Tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios suponen ya un control sobre las condiciones generales, aunque solo sea mediante la sanción de nulidad de aquellas condiciones que sean imprecisas y abusivas. Pero como señala JOCHEN ALBIEZ no basta con la sanción de nulidad para proteger a los contratantes más débiles, mientras no exista un control administrativo previo, cualquier control formal resulta insuficiente, siendo necesario un control a posteriori que normalmente está encomendado a los jueces¹⁵⁰.

¹⁴⁷ JOCHEN ALBIEZ, K., “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1993, páginas 1421 a 1486.

¹⁴⁸ Desde una perspectiva crítica y bastante cercana a la realidad GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?”, Blog *Almacén del Derecho*, 19 de diciembre de 2018, señala: “las escrituras ideadas por la Banca y sus fecundas asesorías eran infinitas, desequilibradas y a menudo incomprensibles, aunque, precisamente por su extensión, bien recibidas por el colectivo notarial donde el papel/folio juega un importante rol retributivo” (página 2).

¹⁴⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, página 81.

¹⁵⁰ JOCHEN ALBIEZ, K., ob.cit., página 1423.

CAPÍTULO TERCERO

Por las propias particularidades del sistema hipotecario español el registrador tiene la facultad de poder ejercer un control paralelo, independiente, pero no necesariamente coincidente con el control judicial y siempre, claro está, posterior al notarial. Este control es obligado básicamente por dos principios hipotecarios de gran importancia, como son el de especialidad y el de legalidad y además por la entrada en vigor de las normas contenidas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, sobre todo, por las obligaciones impuestas por el artículo 258 de la Ley Hipotecaria según la nueva redacción dada al mismo por la Disposición Adicional segunda de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de modificación de la legislación hipotecaria¹⁵¹.

4.4.2.- LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

La calificación registral implica un acto de juicio con arreglo a los datos que suministra la escritura pública de préstamo hipotecario que se presenta para su inscripción. El registrador examina todos los datos jurídicos del acto que aparecen en dicha escritura: forma, capacidad de los otorgantes, personalidad y legitimación, posibilidad y licitud del contenido, etc... Esta amplitud de la calificación registral permite también entrar en la calificación de las cláusulas individuales y sobre todo de las condiciones generales cuando tienen relevancia para el Registro de la Propiedad. Esta calificación, en cuanto que acto de control, se realiza, como anteriormente hemos señalado, como concreción de dos principios hipotecarios

¹⁵¹ Artículo 258 Ley Hipotecaria: “1.- El Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional, garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida, durante el horario habilitado al efecto, en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción. 2.- El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...” Especialmente crítico se muestra K.Jochen en relación con este artículo y en concreto con la aplicación del artículo 10 que señala “después de ocho años de vigencia sigue siendo un gran desconocido”. También pone de relieve que en el ámbito hipotecario la Dirección General de los Registros y del Notariado ha optado por una aplicación restrictiva de dicho precepto, “lo que para mí supone un retroceso en el control que ejercía ya antes tanto sobre las cláusulas individuales como de las condiciones generales con base en los principios de especialidad y de legalidad”, ob.cit., página 1424.

Recordemos que el artículo 10 bis vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, modificado por el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy en vigor, establecía que “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley”. El artículo 82 del actual Texto Refundido recoge en idénticos términos este concepto. El elenco de cláusulas abusivas se recoge en los artículos 85 a 90 de la misma Ley.

CAPÍTULO TERCERO

importantes: el de especialidad y el de legalidad, los cuales han adquirido una nueva dimensión con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y con el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuando las cláusulas que tienen trascendencia real son condiciones generales.

4.4.2.1.- EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.

De acuerdo con el principio de especialidad (o principio de determinación en el ámbito de la hipoteca) se exige la determinación de las circunstancias descriptivas de la finca, la naturaleza del derecho, la extensión del mismo y las cargas y limitaciones que afectan a la finca¹⁵². El poder inmediato y directo que el derecho real supone sobre una vivienda implica la necesidad de que todos los aspectos del mismo queden perfectamente determinados. Consideramos interesante en este punto, recoger la opinión de GARCÍA GARCÍA que matiza la tradicional afirmación de que se exige esta determinación para que los terceros que contraten sobre la finca puedan tener un conocimiento claro y completo de las características del derecho real¹⁵³. Señala dicho autor que este principio no debe significar que los datos registrales se expresen solo con vista a terceros. La explicación tradicional de la Ley Hipotecaria como “ley de terceros”, está hoy superada. Para las partes debe existir la misma precisión y determinación que los defensores de esta teoría exigían para los terceros. En realidad, los terceros podrán conocer mejor los datos si entre las partes que pactaron y constituyeron el derecho real de hipoteca este quedó perfectamente definido. En términos muy parecidos a favor de esta necesidad de determinación de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios se manifiesta la Dirección General de los Registros y del Notariado al señalar: “solo se podrá ejecutar la hipoteca en los términos en que se haya inscrito, y solo se podrá inscribir en la medida en que previamente haya sido calificada favorablemente....no parece en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos, y por consiguiente de la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca – y por tanto del crédito garantizado- susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo. Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las

¹⁵² En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 señala que el requisito de determinación es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate. En la misma, en base a los requisitos del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, defiende que los terceros deben tener conocimiento de la exacta determinación y naturaleza del contenido real del derecho que se inscribe en el Registro de la Propiedad, por tanto, es necesario cumplir los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en el campo de los derechos reales.

¹⁵³ GARCÍA GARCÍA, J.M., ob. cit., página 34.

CAPÍTULO TERCERO

mismas partes...”¹⁵⁴.

El principio de especialidad está recogido en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual es necesario que se exprese el importe de la obligación asegurada y el de los intereses pactados en la hipoteca objeto de inscripción. La concreción que se exige para la hipoteca es la misma que para cualquier derecho real que se quiera inscribir. Con este principio se trata de conseguir uno de los objetivos básicos de cualquier sistema registral: la concordancia de la realidad registral con la extrarregistral (sobre todo en cuanto a la realidad jurídica). Como ya hemos señalado anteriormente, cuanto mayor sea la concreción en orden a las estipulaciones financieras o no, básicamente las primeras que, no olvidemos, recogen las fórmulas y procedimientos pactados para poder proceder a su determinación, mayor será la protección que dispensará el Registro de la Propiedad a los que confían en él. Esta concreción, en consecuencia, es exigible no solo para las cláusulas financieras, sino que también es necesaria para las que tienen trascendencia real al estar sometidas igualmente a este principio hipotecario.

Con la entrada en vigor de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y posteriormente con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, este requisito de concreción ha adquirido una mayor relevancia puesto que se sanciona con nulidad aquellas cláusulas en las que falta concreción, claridad y sencillez (artículo 80 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y artículo 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Tampoco debe producirse la inscripción, por cuanto no debe considerarse integrada en el contrato, la estipulación que podamos calificar como oscura o imprecisa.

Profundizando sobre esta cuestión COCA PAYERAS recuerda la breve mención que de estos requisitos de formulación se realiza en el artículo 3.1 de la Ley de Contrato de Seguro (“se redactarán de forma clara y precisa”), y señala que “la claridad y precisión en la redacción, ya habían sido exigidas por el Tribunal Supremo como mínima garantía para suponer fuera aceptada en su contenido...”¹⁵⁵. Estos llamados requisitos de formulación presuponen, de una parte, forma escrita a las condiciones generales y, de otro, imponen “no solo sencillez y concreción expositiva o literaria sino claridad visual”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Fundamento de derecho 6 de la Resolución de la DGRN de 24 de octubre de 2014. En el mismo sentido Resoluciones de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013.

¹⁵⁵ COCA PAYERAS, M. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Dirigida por Bercovitz R. y Salas J. Madrid, 1992, página 237. Cita en defensa de su argumentación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1982.

¹⁵⁶ COCA PAYERAS, M., ob.cit.loc.cit.

CAPÍTULO TERCERO

Por lo tanto, cuando el título que se pretende inscribir tiene por base un contrato de adhesión, no solo está obligado el Registrador a examinar la concreción de las cláusulas con trascendencia real por razón del principio de especialidad, sino por las consecuencias que se derivan de la sanción de la nulidad imperante tanto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o de la no integración en el contrato de adhesión¹⁵⁷.

4.4.2.2.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O EL CONTROL DE LEGALIDAD INTRÍNSECA DE LOS TÍTULOS INSCRIBIBLES.

Es otro de los principios fundamentales que inspira nuestro sistema registral inmobiliario y en cuya virtud no solo se requiere la validez formal del título que se presenta para su inscripción, sino que se incide en otros requisitos que ha de cumplir el título en el ámbito registral. Su regulación aparece en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Este precepto permite un control amplio en relación con los títulos inscribibles, especialmente de las escrituras públicas. Se realiza mediante la tarea de la calificación cuya extensión, como hemos indicado, viene dada por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Abarca en concreto:

1º.- La legalidad extrínseca de los documentos objeto de inscripción.

2º.- La capacidad de los otorgantes.

3º.- La legalidad intrínseca de los documentos.

Este examen de la legalidad intrínseca del título obliga al Registrador a entrar en el contenido del mismo, debiendo examinar el contrato que sirve de base para la constitución, modificación o extinción de un derecho susceptible de inscripción en

¹⁵⁷ Defiende CLAVERÍA GOSALBEZ, L.H. en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dirigida por Bercovitz R. y Salas J. Madrid, 1.992, páginas 339 a 341, que nos hallamos ante una nulidad radical y argumenta a su favor:

1º.- El carácter general de la nulidad frente al especial de la anulabilidad

2º.- El carácter de cláusula ilegal o prohibida de la estipulación abusiva cercana a la de los artículos 1255 y 1275 del Código Civil.

3º.- El carácter preferentemente público del interés protegido con esta invalidez.

4º.- La analogía con el párrafo 3 del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro que parece referirse a la nulidad radical al utilizar la palabra “declarada” y al establecer un mecanismo represivo público con la anulabilidad.

Se refería además al número 4 del anterior artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que decía que las cláusulas abusivas e incomprensibles, además de ser nulas, se tendrían por no puestas, lo que parecía evidente respecto de las incomprensibles, pero no tanto de las comprensibles abusivas. Con ello la Ley establecía una nulidad parcial para los dos casos: cláusulas abusivas y cláusulas no comprensibles, ordenando simultáneamente la eficacia del resto del contrato. Se trataba, en resumen, de una “ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas”. La nulidad de algunas estipulaciones no determinaba la nulidad de todo el contrato si los partes hubieran querido contratar también solo con las cláusulas que quedaban en pie.

CAPÍTULO TERCERO

el Registro de la Propiedad. No solo debe prestar atención a los elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa) y a la capacidad de los otorgantes, sino también deben ser objeto de examen todas aquellas cláusulas o condiciones del título que tengan trascendencia real.

El Registrador en el ejercicio de esta función no puede ser ajeno a la evolución constante en la que está inmerso el derecho contractual, y así deberá atender a hechos como la aparición de nuevos contratos¹⁵⁸, la cada vez mayor estandarización de los mismos o la irrupción de las condiciones generales de la contratación, como datos que no pueden ser ignorados en el ejercicio del control de la legalidad intrínseca de los títulos inscribibles.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

1) El control de incorporación o inclusión, también denominado de transparencia formal cobra todo su sentido como instrumento de defensa del adherente ante el mayor poder económico de la entidad financiera. La expresión “lo tomas o lo dejas” debe tener en el lado opuesto unas exigencias de transparencia gramatical para que el prestatario pueda adoptar una decisión racional a la hora de contratar y al mismo tiempo intentar equilibrar la desventaja informativa, fomentando esta transparencia en todo el iter precontractual.

2) La principal manifestación de este control es la exigencia de “claridad, concreción y sencillez” en la redacción de las cláusulas. Esta exigencia habrá que ponerla en relación con la figura de una adherente medio, aun no siendo aplicable la normativa MiFID si sería razonable extrapolar sus criterios en la comercialización de préstamos hipotecarios, principalmente cuando son a interés variable. La extraordinaria similitud de los contratos referenciados a un índice variable con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa europea y estatal MiFID y la clasificación de clientes con su consecuente nivel de información y transparencia aconsejan una normativa que aproxime la información en función de la segmentación de los clientes, hecho que posibilitaría que las pequeñas empresas pudieran entrar en el ámbito de protección de normas que únicamente se refieren al consumidor o a la persona física.

¹⁵⁸ Un ejemplo de nuevos contratos en tema de préstamos hipotecarios lo encontramos en las hipotecas inversas comercializadas por primera vez de conformidad con la Disposición Adicional Primera 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. También la llamada hipoteca flotante, a la que anteriormente ya nos hemos referido, introducida también por el número 4 del artículo 11 de la Ley 41/2007. Esta hipoteca recogida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, permite la constitución de garantía hipotecaria “en garantía de una o varias obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas”.

CAPÍTULO TERCERO

3) Con la promulgación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) constituye el elemento fundamental y, a nuestro entender, debería ser el único en la información precontractual de los préstamos hipotecarios. Considerando que la FEIN sustituye a los documentos que hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019 constituían las obligaciones de información precontractual (Ficha de Información Precontractual <vigente con carácter orientativo>, Ficha de Información Personalizada y Oferta Vinculante) el plazo de diez días fijado por la Ley para considerarla como oferta vinculante entendemos que es escaso para que el prestatario pueda valorar en toda su extensión las implicaciones jurídicas y económicas de un contrato de larga duración con importantes vicisitudes, principalmente en las operaciones a tipo de interés variable. El plazo, dada la supresión de los documentos anteriores, FIPER y oferta vinculante, debería ser como mínimo de catorce días y afortunadamente se ha ampliado en relación con los siete días que se habían previsto en el Proyecto de Ley publicado el 17 de noviembre de 2017 en el BOCG.

4) Como hemos indicado la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) debería constituir el elemento único que recogiera la información precontractual y sobre el cual tendrían que articularse las obligaciones de transparencia en los préstamos hipotecarios. Por ello cuestionamos la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la llamada Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) no contemplada en la Directiva 2014/17 que se transpone. Los hechos relevantes que debe incluir la FiAE ya están, evidentemente, recogidos en la FEIN que además exige que se resalten ya sea en negrita, sombreado o caracteres tipográficos claramente legibles. Es un documento que no aporta ninguna información adicional y que en un momento dado considerando las obligaciones de asesoramiento por parte del notario pueden ocasionar distorsiones ya que dicha labor debería centrarse en un único documento sin atender a duplicidades de información.

5) Es positiva la regulación de la Tasa Anual Equivalente que se establece en la Ley 5/2019 y cuya finalidad última debe ser doble: garantizar la protección de los consumidores y favorecer la comparación de las distintas ofertas de las entidades financieras. Es positiva su inclusión como un elemento de la FEIN y que realmente se configure como indicador para cuantificar el coste de la operación para el prestatario y no como valor que recoja la rentabilidad de la operación para la entidad financiera. Igualmente defendemos que en los préstamos a interés variable la TAE refleje el tipo de referencia del momento en que se formaliza la operación y no el tipo de interés durante el primer plazo del contrato. Sin ningún tipo de duda dicha exigencia debería llamar la atención del prestatario para aquellos supuestos de tipos de enganche más bajos que los que se aplicarían si se considerara el índice de referencia más el diferencial.

6) La creación de este mercado más transparente y eficiente que se persigue

CAPÍTULO TERCERO

tanto con la normativa europea que hemos señalado como con las normas de nuestro ordenamiento interno y en las que encuadramos los dos elementos centrales de información precontractual: la FEIN y la TAE debe tener en la otra contraparte, entidad financiera, entre otros requisitos, criterios de valoración correctos en la concesión de préstamos. En tal sentido consideramos de vital importancia atender a una serie de binomios que deberán ser tenidos en cuenta en la concesión de operaciones: importe del préstamo y valor del activo; importe del préstamo e ingresos del prestatario; compromisos de pago e ingresos del prestatario. Son factores que deberían ser valorados para no considerar un comportamiento irresponsable de las entidades financieras en el mercado de activo y, en especial, en el segmento minorista de adquisición de vivienda libre. Las advertencias sin que exija una responsabilidad por parte de los operadores financieros supondrían volver a incurrir en los errores que socavaron los fundamentos del sistema financiero.

7) El prestatario debe observar una conducta diligente en orden a la comprensibilidad de las cláusulas de la concreta operación de préstamo hipotecario. Esta diligencia vendrá determinada por la necesaria búsqueda de la comprensión de las estipulaciones, en especial, de aquellas que constituyen el precio de la operación. En tal sentido es positiva la obligación de la Ley 5/2019 al exigir al prestatario la comparecencia ante notario para obtener el asesoramiento sobre las cláusulas específicas de la Ficha Europea de Información Normalizada y sobre la Ficha de Advertencias Estandarizadas. Criticar el plazo del acta, “como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública”, ya que en este momento es difícil que el prestatario pueda desistir de formalizar la operación, máxime cuando la misma va vinculada a una compraventa de vivienda. No existe un margen de plazo suficiente para poder plantear una modificación de condiciones ni siquiera con la propia entidad prestamista y menos con otra entidad financiera distinta.

8) Considerando la importancia del notario en orden a compensar el desequilibrio entre ambas partes contratantes en los préstamos hipotecarios (que, no olvidemos, cada día son más complejos), se ha de superar el concepto de notario como mero fedatario público y se le ha de considerar como operador jurídico con una importante función de asesoramiento para hacer comprender al prestatario el alcance y consecuencias del negocio jurídico. Un aspecto determinante dentro de esta función es la libre elección de notario, reconocida por ley y en la práctica no ejercida por el adherente tanto por el desconocimiento de este derecho como por el interés de la entidad financiera de encauzar la operación a notarías de su confianza. Entendemos que es preceptivo que en aquellos casos en que el prestatario no se decante por un determinado notario, la elección del mismo no debería dejarse en manos de la entidad financiera, sino que debería concretarse mediante un sistema de reparto en manos, por ejemplo, del colegio notarial de la provincia. Solo de esta manera se conseguiría una finalidad esencial de toda la normativa expuesta, el asesoramiento independiente e imparcial por parte del notario autorizante de la

CAPÍTULO TERCERO

operación de préstamo. La práctica nos muestra, sin ningún tipo de duda, que el notario propuesto en la inmensa mayoría de ocasiones por la entidad financiera carece de esta imparcialidad que se presupone del servicio notarial.

CAPÍTULO CUARTO

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1.- INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. DISTINCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL.

Estamos exponiendo en esta tesis diferentes sistemas de control directamente relacionados con los contratos que incluyen condiciones generales y, en especial, con la cláusula de intereses variables en los préstamos hipotecarios. Nos remitimos a capítulos anteriores donde hemos introducido los mismos. En este capítulo vamos a analizar y defender el llamado control de transparencia material o real, también denominado segundo control de transparencia o de transparencia cualificado.

Sin ninguna duda, al ser un control nuevo de creación originalmente jurisprudencial hasta su reconocimiento sustantivo en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la primera cuestión es distinguirlo del tradicional control de incorporación o de inclusión de unas condiciones generales en un contrato determinado. Este control de incorporación referido al deber de transparencia del predisponente, en nuestro caso, la entidad financiera, exige, cuando el mismo se sitúa en el ámbito del control de incorporación, una redacción de las cláusulas ajustada a los criterios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez” (artículo 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) y, en todo caso, se determina que no se considerarán incorporadas al contratos las condiciones generales “ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles...” (artículo 7.b) LCGC). En idénticos términos para el caso de contratos celebrados con consumidores el artículo 80.1 a) y b) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios exige como requisitos que deben cumplir los contratos que utilicen cláusulas no negociadas individualmente: “a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa...; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”

Como hemos señalado en el capítulo precedente al analizar este control de

CAPÍTULO CUARTO

incorporación o inclusión, es un control previo a los de transparencia material y de contenido o abusividad. Su finalidad es que el prestatario tenga la posibilidad, principalmente en la fase de formación contractual, de conocer el contenido del contrato lo que exige que las condiciones generales estén redactadas de forma comprensible¹. Dentro de este control de incorporación planteábamos dos requisitos que deben cumplir las condiciones generales: en primer lugar, la accesibilidad o posibilidad del adherente de conocimiento de las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y, en segundo lugar, la transparencia o comprensibilidad de dichas condiciones generales.

Esta transparencia va referida a la comprensión gramatical de las condiciones generales y, en rigor, la debemos encuadrar en la exigencia de requisitos referidos a la redacción de las mismas. El cumplimiento de estos requisitos se debe poner en relación con la figura del adherente medio que, en palabras de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, es el que “está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos” (Considerando 18).

Este control de inclusión se garantiza por el ordenamiento jurídico regulando un “iter precontractual” preciso, fijado hasta la aprobación de la Ley 5/2019 en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Ambas disposiciones han sido ampliamente comentadas². A propósito de este control consideramos oportuno reproducir los parágrafos 201 y 202 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013:

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

En atención a este marco legal concluye el Tribunal Supremo que:

¹ PÉREZ ESCOBAR, M., “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, año 2015, página 415.

² A modo de recordatorio en la Ley 5/2019 se exigen dos documentos que conforman estas obligaciones de información precontractual: la FEIN y la FiAE, la Orden por su parte recogía los siguientes documentos: la guía de acceso al préstamo hipotecario (artículo 20), la ficha de información precontractual (artículo 21), la ficha de información personalizada (artículo 22), información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de intereses (artículo 24) e información adicional para el caso de que se prevean límites a la variación del tipo de interés – cláusulas suelo y techo – (artículo 25).

CAPÍTULO CUARTO

“la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenido en la Orden de 5 de mayo de 1994 – hoy Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre – garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del euríbor”.

Concretando más dicho control y diferenciándolo del de transparencia material el propio Tribunal Supremo le otorga una naturaleza propia al señalar, en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014, que el mismo exige valorar si “el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta” (Fundamento de derecho primero, apartado 5)³.

Establecido con nitidez este primer control de incorporación o transparencia formal, nace, originalmente fruto de construcción jurisprudencial, el denominado control de transparencia material o, en palabras del Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 “el doble filtro de transparencia en contratos con consumidores” (apartado 2.2). Este “segundo examen”, posterior por tanto a lo que hemos señalado como transparencia documental de la cláusula y en palabras de nuestro Alto Tribunal “suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es *insuficiente* – la cursiva es nuestra – para impedir el examen de su contenido es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en el economía del contrato” (parágrafo 211).

Podemos establecer, en una primera aproximación al tema, como elementos determinantes de este control de transparencia material los siguientes:

1º.- solo tendrá sentido en relación con las cláusulas que definen o configuran los elementos esenciales del contrato. Esta cuestión exige referirnos al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 2013, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al señalar que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato

³ En dicha sentencia se resuelve sobre la caracterización y alcance del control de transparencia en relación con una cláusula suelo en un préstamo hipotecario. En el Fundamento de derecho Primero, 3 se señala “se aduce que estas cláusulas se incluyen como un mero añadido dentro de la cláusula de interés variable y se redacta siempre en el mismo tipo de letra que las cláusulas que le rodean sin que habitualmente conste en letra más grande, subrayada o en negrita, de manera que pasa totalmente desapercibida, cuando debido a su importancia, en cuanto transforma la naturaleza propia de una operación hipotecaria a interés variable, se le debió dedicar una cláusula específica, redactada en tamaño mayor y destacada empleando las negritas y el subrayado. También se aduce que la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones precontractuales... el folleto se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable”.

CAPÍTULO CUARTO

ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

2º.- la categoría de cláusulas contractuales incluidas, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, comprende las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y como tales lo caracterizan. Según señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 186/816, de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) constituye un elemento esencial del contrato de préstamo y configura la propia naturaleza de la obligación del deudor, la estipulación por la que, como consecuencia de un contrato de crédito en el que el prestamista se compromete a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, “este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos” (Considerando 38). Por tanto, la cláusula de intereses variables constituye un elemento esencial del contrato y como tal es susceptible del control de transparencia material.

3º.- la exigencia de transparencia no puede reducirse solo a la comprensibilidad de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino que debe “entenderse de manera extensiva”, así se establece en el considerando 72 sentencia 26/13 TJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Rabai, y el considerando 44 sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc.

En consecuencia, el control de transparencia material ha de extenderse, más allá del plano formal y gramatical, como una exigencia de que “el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él” (Considerando 45, caso Andriuc).

2.- NATURALEZA ORIGINALMENTE JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL O PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL.

2.1.- INTRODUCCIÓN

Como hemos apuntado el control de transparencia material o cualificada hasta su reconocimiento en los artículos 14 y 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario fue de creación netamente jurisprudencial y surgió de manera clara y precisa a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Esta sentencia zanjó la cuestión de si era posible, sin la transposición del artículo 4.2 de la Directiva a nuestro Derecho nacional, el control de los elementos esenciales del contrato. En la misma se reconoce, por

CAPÍTULO CUARTO

primera vez, que existe un doble control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores:

1º.- el tradicional control de incorporación, inclusión o también denominado control de transparencia formal que atiende a los requisitos de transparencia exigidos tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este control afectaría a todas las condiciones generales.

2º.- un segundo o específico control de transparencia, solo en los casos en que el adherente o prestatario pueda ser calificado como consumidor⁴, que afectaría únicamente a los elementos esenciales del contrato y cuya finalidad es que el adherente “conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (Parágrafo 210, sentencia de 9 de mayo de 2013).

Deriva este segundo control del artículo 80.1 del TRLGDCU que dispone que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente..., aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa...; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. De ello concluye dicha sentencia que, además del filtro de incorporación, es preceptivo el control de transparencia como “parámetro abstracto de la cláusula predispuesta conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio... cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato” (Parágrafo 210).

Siendo en sus orígenes un control de creación jurisprudencial existen opiniones doctrinales encontradas sobre su naturaleza como control independiente y

⁴ Se ha producido una importante novedad en relación con el ámbito subjetivo de este control de transparencia material con la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ya que el artículo 2 amplía su ámbito de aplicación al prestatario, fiador o garante persona física, sin necesidad de que merezca la calificación de consumidor o usuario, es decir, con independencia de su actividad. Se incluirán, por tanto, a los empresarios personas físicas abarcando también las operaciones de préstamo relacionadas con su actividad económica. En cuanto al ámbito de aplicación objetivo la ley se aplicará a los contratos que tengan por objeto: “a) la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial; b) la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor” (artículo 2). No acertamos a entender que en este segundo supuesto se establezca la necesidad de que deba ser calificado como consumidor.

CAPÍTULO CUARTO

diferenciado de los controles de inclusión o incorporación y del control de contenido. La principal objeción a esta falta de reconocimiento normativo se ha visto superada por la promulgación el día 16 de marzo de 2019 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que en su artículo 14 reconoce dicho control abarcando esencialmente el contenido y las consecuencias jurídicas y económicas de las estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario. De manera resumida, ya hemos señalado que defendemos su existencia y sustantividad propia como control en relación con el elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, es decir, la cláusula de intereses variables. A continuación, enumeramos las dos corrientes doctrinales que ubican el control de transparencia material como parte tanto del control de incorporación como del control de contenido, negándole por tanto sustantividad propia.

a) La primera y mayoritaria lo ubica como parte del control de incorporación⁵. Esta corriente considera que el fundamento legal del control de transparencia lo podemos encontrar en los artículos 5.4 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (todos ellos transcritos anteriormente). Ya habíamos señalado que dichos artículos expresamente se refieren a la transparencia como requisito que deben cumplir las condiciones generales para que se puedan considerar válidamente incluidas en un clausulado contractual. Los autores que defienden esta postura consideran que aunque el requisito de transparencia es aplicable a todas las estipulaciones que forman parte de un contrato, las relativas al precio, en cuanto que determinantes para la decisión de contratar del adherente, deben cumplir con un “deber reforzado de transparencia, necesario para la válida formación del consentimiento”⁶.

b) Una segunda línea doctrinal sitúa el control de transparencia como “llave” del control de contenido⁷. Se trataría de un control previo y necesario al control de contenido para aquellas cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Existirían los controles de incorporación y de contenido como “auténticos mecanismos de fiscalización de las condiciones generales” y un control menor necesario, dado que

⁵ Entre otros GONZALEZ PACANOWSKA, I., (coord. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.), “Artículo 5: requisitos de incorporación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, año 2000, página 142 y CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, primera edición, Navarra, año 2006, página 125.

⁶ SIERRA PÁRRAGA, D., “El control de transparencia de clausulados predispuestos en el sector bancario”, *La Ley*, número 9265, 24 de septiembre de 2018, página 4. Cita en su defensa a los autores antes señalados partidarios de encuadrar el control de transparencia dentro del control de incorporación.

⁷ CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como <llave> del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *La Ley Mercantil*, febrero de 2015; PERTÍÑEZ, VÍLCHEZ, F., “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 17/2003.

CAPÍTULO CUARTO

no es posible someter a control de contenido o abusividad las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato⁸. La base legal del mismo se fundamenta en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que regula los deberes de información precontractual y, en concreto, la información exigida en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato:

“1.- Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2.- Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios”.

Estos autores consideran que esta falta de transparencia provoca una alteración de la carga económica del contrato lo que genera una alteración del equilibrio subjetivo de las partes en dicho contrato⁹. La base legal de dicha argumentación se encontraría en el artículo 82 del TRLGDCU:

“1.- Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

2.2.- EL RECONOCIMIENTO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Una vez expuestas las corrientes doctrinales que entienden que el control de transparencia no es autónomo sino que encaja dentro de los dos controles tradicionales, consideramos oportuno para configurar los elementos esenciales de dicho control, realizar un breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sí ha reconocido sustantividad propia al control de transparencia material, en especial la sentencia de 9 de mayo de 2013 que reconoce por vez primera de forma expresa este control de transparencia material. Para ello hemos realizado una selección de las sentencias más significativas, con especial referencia a dicha sentencia de 9 de mayo de 2013.

A) Sentencia del Tribunal Supremo 834/2009 de 22 de diciembre.

⁸ CASADO NAVARRO, A., ob.cit., página 6.

⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 3/2013, página 24.

CAPÍTULO CUARTO

En esta sentencia se resuelve sobre la nulidad de una cláusula de comisión variable en un contrato de alta rentabilidad comercializado por Caja Rural de Valencia¹⁰. Por parte del Tribunal Supremo se señala que en lo que atañe a la contratación bancaria se debe destacar que “la especial complejidad del sector financiero – terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes....- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual - mediante mecanismos de *garantía de transparencia de mercado*¹¹ y de adecuada información al consumidor (pues solo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación) – como en la fase contractual – mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones – como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación” (Antecedente de hecho tercero). En el Fundamento de derecho primero, apartado 10 asume los pronunciamientos de la Audiencia Provincial que declaró la nulidad de la cláusula antes reseñada en base a que la entidad financiera:

- omitió la diligencia que le era exigible por vulneración de los deberes de información y de transparencia que le incumbían.

- consideró que se había vulnerado la “transparencia deseable” en la operación en la medida que las acciones eran las vinculadas a la relación contractual entre Caja Rural y Banco Cooperativo Español, con relación institucional, considerando a tal efecto que “no hubo prudencia, pues no se pensó en diversificar el riesgo”.

- no existía información sobre el perfil de los inversores y no quedó acreditado que se les mantuviera adecuadamente informados sobre la evolución de los valores, que fue negativa.

¹⁰ La estipulación indicaba “Además el depósito devenga una eventual retribución o comisión a favor de la Caja depositaria, a aplicar sobre el capital depositado y liquidar con valor de la fecha de vencimiento, cuya exigibilidad y cuantía vendrá condicionada por la posible caída de cotización de las acciones (y en los mercados bursátiles respectivamente) de la acción como se expresa a continuación:

a) Si la diferencia entre el precio de cierre de cada acción de los emisores mencionados a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el respectivo precio de cierre de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es igual o inferior al 20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo (la cotización ha subido o ha caído menos de un 20% en el periodo analizado, de fecha a fecha), no se aplicará comisión alguna.

b) Si la diferencia entre el precio de cierre de la acción a la fecha de inicio de la retribución señalada en la letra b) de la condición anterior y el valor de cierre de la misma acción a la fecha de vencimiento de la imposición es superior al 20% del precio de cierre de la acción tomado como minuendo, se aplicará una comisión sobre el principal cuyo importe será igual al exceso sobre dicho 20%, expresándose la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza.....”

¹¹ la cursiva es nuestra.

CAPÍTULO CUARTO

El Tribunal Supremo declara la nulidad de la cláusula controvertida principalmente porque “con carácter general los clientes no eran capaces de comprender la información recibida” (Fundamento de derecho sexto, apartado segundo), considerando este argumento como relevante para determinar su nulidad y no solo en la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil.

Constatamos pues que, sin nombrarlo expresamente, se empieza a configurar este control de transparencia que atiende no solo a la información recibida sino a la comprensión de la misma por parte del adherente.

B) Sentencia del Tribunal Supremo 75/2011, de 2 de marzo.

En esta resolución se resuelven dos cuestiones directamente relacionadas con la cláusula de intereses variables: en primer lugar, se valora la necesidad de comunicación de las variaciones de tipos de interés y, en segundo lugar, la abusividad de la cláusula de redondeo del tipo de interés.

Se aborda la cuestión de la finalidad tuitiva de las normas sectoriales a las que remite la ley general de protección en la contratación con condiciones generales (LCGC), en concreto el artículo 4.2, al señalar que quedan excluidos de su aplicación los contratos que contengan condiciones generales que “vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”. Con un argumento que compartimos plenamente, resuelve el Tribunal Supremo que la protección que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones del Banco de España no supone en modo alguno la exclusión de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como ley general ya que “sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una orden ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor” (Fundamento de derecho tercero, apartado 1)¹².

Esta cuestión de si es posible el control de las condiciones generales cuando estas reflejen disposiciones legales o administrativas también se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre que resolvió sobre la validez del índice de referencia IRPH. En la misma se señala que no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responde a una disposición administrativa supletoria,

¹² En cuanto a la normativa sectorial se refiere a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y a la Circular del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (ambas derogadas).

CAPÍTULO CUARTO

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” (Fundamento de derecho sexto, apartado 3). Como ya hemos apuntado anteriormente en otros apartados de la tesis discrepamos de esta conclusión ya que entendemos, en línea con el voto particular a dicho fallo, que no es suficiente una simple remisión a una disposición administrativa, sino que es necesario un control de transparencia con el cumplimiento por parte del predisponente de especiales deberes de información que permitan al prestatario la comprensibilidad material y una correcta valoración de las consecuencias económicas del índice sobre las obligaciones financieras que asume. Lo contrario sería integrar o subsumir el control de transparencia en el plano de la disposición administrativa que regula dicho índice¹³.

En la sentencia que comentamos, de 2 de marzo de 2011, se alude a que cuando el artículo 7 letra b de la LCGC se refiere “a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”, nada tiene que ver con los términos en los que la misma viene expresada en dicho contrato sino que es necesario considerar si creó en el prestatario “la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado” (Fundamento de derecho tercero, apartado 1) y, en consecuencia, se generó una apariencia imaginaria sobre un elemento del contrato que al crear una falsa expectativa implica su calificación como cláusula abusiva al ocasionar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

C) Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012 de 18 de junio.

En la misma se enjuicia la validez de una cláusula de interés de un préstamo hipotecario en la que se habían pactado unos intereses remuneratorios del 20,50 %, referencia fija, durante toda la vida del préstamo (TAE del 24,2725%)¹⁴.

¹³ En relación con la validez del índice IRPH Entidades en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo lugar el día 25 de febrero de 2019 la primera vista sobre una triple cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona el 16 de febrero de 2018 en relación con el recurso 325/2017. En síntesis, se plantean las siguientes cuestiones en orden a considerar la transparencia del índice: en primer lugar, la valoración de no ser dicho índice una media ponderada, en segundo lugar la cuestión de tomar como referencia la TAE para su determinación y finalmente, si el hecho de ser un “índice oficial” ya le otorga la transparencia sin que sea posible su control. Habrá que esperar a la resolución de dichas cuestiones que, en todo caso, se demorarán seguramente a final de 2019.

¹⁴ En esta sentencia se realiza una interesante sistematización y delimitación de los ámbitos de control, en relación con la cláusula de intereses, de la normativa sobre Usura (Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura) y sobre Protección de los Consumidores (TRLGDCU). Según señala el Tribunal Supremo se trata de controles con distinta configuración y alcance y además con ámbitos de aplicación propios y diferenciables. Reitera el argumento del esquema liberal de nuestro Código Civil que “sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes <pacta sunt servanda>...La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos” (Fundamento de derecho segundo, apartado 2).

Establecido este principio de libertad de precios el control de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni

CAPÍTULO CUARTO

En relación con los controles propios de los contratos celebrados bajo condiciones generales esta sentencia ya se refiere expresamente al control de inclusión y transparencia y al control de contenido, y menciona por primera vez el criterio de la transparencia a propósito de los elementos esenciales del contrato, señalando que “el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto a los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte. Resuelve el Tribunal Supremo el caso en el ámbito de las normas generales sobre interpretación de los contratos para deducir que los prestatarios “conocían perfectamente el alcance o trascendencia económica del contrato de préstamo que celebraron y, por consiguiente, la obligación esencial y natural a este tipo de contrato de pagar intereses” (Fundamento de derecho cuarto, apartado 4).

Consideramos oportuno señalar brevemente, en relación con esta sentencia, la argumentación del Tribunal Supremo en el ámbito de la interpretación de los contratos al considerar que la interpretación gramatical referida al “sentido literal” del artículo 1281 del Código Civil no constituye un fin en si misma, sino que debe

dicho principio, ni la configuración tradicional de los contratos, “pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código Civil, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos” (Fundamento de derecho segundo, apartado 2).

En cuanto al Derecho de los consumidores, informado en el artículo 51 de la Constitución, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, altere o modifique el principio de libertad de precios. El argumento se deduce además de la Ley de Condiciones Generales de la contratación que al transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, excluye expresamente en su artículo 4.2 del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con precio pactado, siempre que se definan de manera clara y comprensible. De esta forma “en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado C, se sustituyó la expresión amplia de <justo equilibrio de las contraprestaciones> por <desequilibrio importante de los derechos y obligaciones>, en línea con lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho” (Fundamento de derecho segundo, apartado 2). Sentado pues el principio de libertad de precios la delimitación vendrá dada porque la ley de usura se configura como una proyección de los límites del artículo 1255 del Código Civil, en consideración a la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, “presupone una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda, y a diferencia de las condiciones generales, representa un control tanto del contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio injustificado, como de la validez estructural del consentimiento prestado. Por contra, la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable” (Fundamento de derecho segundo, apartado 3, letra a). Consecuencia de esta diferente gravedad y extensión del control proyectado, la ley de usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato, con la correspondiente obligación restitutoria y, en cambio, la declaración de abusividad de una cláusula por la ley de protección de los consumidores, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total.

CAPÍTULO CUARTO

integrarse en la prevalencia de la voluntad realmente querida por las partes contratantes. Igualmente se refiere a una serie de artículos del Código Civil, en concreto, al 1285 en cuanto a la interpretación sistemática del contrato (canon hermenéutico de la totalidad), al artículo 1282 de la interpretación finalista del contrato en orden a su naturaleza y objeto, el artículo 1286 y los usos del tráfico como criterio interpretativo y a la función integradora del artículo 1258 también del Código Civil (Fundamento de derecho cuarto, apartado 4 “in fine”).

D) Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.

Como hemos visto en las sentencias antes reseñadas el Tribunal Supremo apuntaba tímidamente en la línea de un control de transparencia distinto e independiente de los controles de incorporación y de contenido. Pero no fue hasta esta sentencia que se configuró con total nitidez el control de transparencia material al que nos estamos refiriendo.

Cuestiones que se delimitan con claridad en dicha resolución y que configuran el control de transparencia son:

a) solo es posible en relación con los elementos esenciales del contrato. En los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, la cláusula que regula la variación del tipo de interés constituye, sin ningún tipo de duda, el elemento esencial del contrato.

b) el control de inclusión y el control de transparencia son distintos. De la misma forma el control de contenido o abusividad es distinto de los anteriores y, en consecuencia, este último solo es posible sobre aquellos elementos contractuales considerados no esenciales.

En esta sentencia el Fundamento de derecho decimosegundo configura el control de transparencia material de forma autónoma bajo el enunciado “el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores”. Ya en el primer apartado, párrafo 201, señala que “admitido que las condiciones generales superen el filtro de inclusión en el contrato es preciso examinar *si además*¹⁵ superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores”. La argumentación para sostener esta doble exigencia viene determinada, en primer lugar, en relación con el control de inclusión por el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (párrafo 209 < las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos>) y, en segundo lugar, en el párrafo 210 en el sentido de garantizar que el consumidor tenga toda la información para comprender tanto la carga

¹⁵ la cursiva es nuestra

CAPÍTULO CUARTO

económica que supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición de su posición jurídica en el mismo:

“Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que <en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente..., aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa...; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”>. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

En consecuencia, y atendiendo al desarrollo que de este control se realiza en los párrafos posteriores (211 a 214) podemos concretar como elementos que lo definen o configuran los siguientes:

1º.- es preciso que, de la información suministrada, el consumidor perciba claramente que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.

2º.- definirá el objeto principal del contrato cuando afecte directamente a su obligación de pago.

3º.- esta información deberá contemplar todos los aspectos y funcionamiento de esta cláusula en la economía del contrato de forma tal que el adherente consumidor pueda entender con claridad el sacrificio patrimonial, es decir, el coste que representa para él la prestación económica, es decir, el coste del capital del préstamo concedido para la adquisición o conservación de la vivienda.

4º.- este principio de transparencia material supone que ni esta cláusula que define el objeto principal del contrato, ni los aspectos que determinan su funcionamiento pueden estar “enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas” (párrafo 212). Por tanto, el consumidor ha de percibir con total nitidez dicha relevancia.

5º.- el principio de transparencia solo se considerará cumplido si dicha información ha sido facilitada y percibida por el consumidor antes de la conclusión del contrato para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

Apuntamos en estos momentos estas cuestiones que posteriormente serán

CAPÍTULO CUARTO

desarrolladas con mayor profundidad centrándonos expresamente en la cláusula de intereses variables.

E) Sentencia del Tribunal Supremo, 464/2014 de 8 de septiembre.

En esta sentencia se plantea la cuestión de fondo de si es aplicable el control de transparencia a una cláusula predispuesta por la que se limita la variación a la baja de los tipos de interés de un préstamo hipotecario (cláusula suelo).

El Tribunal Supremo recogiendo la doctrina jurisprudencial de la sentencia de 9 de mayo de 2013 establece las siguientes consideraciones en orden a los requisitos que, como práctica negocial, determinan la naturaleza de las condiciones generales:

a) el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato no impide que la misma sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el contrato.

b) el conocimiento de una concreta cláusula es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato.

c) reitera una vez más el Tribunal Supremo que no excluye la naturaleza de condición general de la contratación el hecho de que por parte de la entidad financiera se hayan cumplido los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, de naturaleza administrativa. Esta regulación sectorial no puede impedir la aplicación de la legislación sustantiva “desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe ser aplicado y contrastado en sede judicial” (Fundamento de derecho segundo, apartado 2).

d) no se pueden equiparar a negociación individual, ni la posibilidad de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación provenientes del mismo empresario, ni la posibilidad de escoger ofertas de distintos operadores del mercado.

En cuanto al fundamento técnico que sustenta la aplicación del control de transparencia material, la sentencia que comentamos señala una serie de requisitos que lo caracterizan:

1º.- atendiendo a la contratación bajo condiciones generales como modo de contratar diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil, con un “régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual *en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma*

CAPÍTULO CUARTO

*considerada*¹⁶(Fundamento de derecho segundo, apartado 5).

2º.- el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada, se caracteriza como un control de legalidad en orden a comprobar que la cláusula contractual predispuesta refiera la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, para poder conocer y comprender tanto la carga económica como jurídica derivada del contrato y de su posterior ejecución.

3º.- este control se proyecta “de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada” (Fundamento de derecho segundo, apartado 7).

4º.- no es posible reducir el control a un mero contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, sino que “requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se derivan a su cargo de la reglamentación contractual ofertada” (Fundamento de derecho segundo, apartado 8).

5ª.- habrá que considerar también la oferta comercial del producto en orden a valorar si se han observado estos criterios precisos y comprensibles; entendemos en este sentido que deberá existir un realce específico y diferenciable para los aspectos esenciales de la cláusula de interés variable (índice de referencia y diferencial), analizando aquellos aspectos que tengan especial incidencia en el diferencial si este, por ejemplo, es objeto de bonificación. Igualmente, en relación con el índice de referencia deberían existir simulaciones de escenarios diversos relacionados con el mismo en el momento de la contratación.

F) Sentencia del Tribunal Supremo, 171/2017 de 9 de marzo.

En la misma se resuelve sobre la nulidad de una cláusula de interés variable con un límite a la variación del tipo de interés al alza y a la baja (suelo y techo). Consideramos oportuno el análisis de dicha sentencia ya que en la misma se consideró la validez de la estipulación al superar el control de transparencia. En el Fundamento de derecho segundo, apartado 2 se reitera el criterio jurisprudencial sobre el control de transparencia en base al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido o abusividad no puede referirse “a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida,

¹⁶ La cursiva es nuestra.

CAPÍTULO CUARTO

por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. En este sentido reitera el Alto Tribunal que sí cabe el control de transparencia de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

Encuadrando esta línea jurisprudencial, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que señala¹⁷: “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical” (parágrafo 71 – caso Kàsler-), sino que “esa exigencia debe entenderse de manera extensiva” (parágrafo 72 – caso Kàsler-). En concreto en la sentencia del caso Kàsler referida a una cláusula en divisa se resolvía:

“la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (parágrafo 75).

Directamente relacionado con el control de transparencia se argumenta, igualmente refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es de gran importancia para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El argumento que ya hemos expuesto es claro, esa información es determinante para que el adherente consumidor decida si se quiere vincular por las condiciones generales redactadas de antemano por el profesional. La consecuencia de que una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, y en concreto refiriéndonos a la cláusula de intereses variables, no supere el control de transparencia, por no estar redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, implica que el tribunal jurisdiccional deba examinar si esta cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la misma Directiva.

Se reiteran en dicha sentencia del Tribunal Supremo los criterios a considerar en el control de transparencia material:

1) la ausencia de información suficiente por parte de la entidad financiera – en concreto en relación con la cláusula suelo – y de sus consecuencias en el caso de que el tipo de interés bajara más allá del límite fijado.

¹⁷ STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler); STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y STJUE de 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

CAPÍTULO CUARTO

2) la inclusión de la cláusula en el contrato de forma sorpresiva: oculta entre una profusión de cláusulas financieras, lo que provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, al considerar el consumidor con la información suministrada en fase precontractual que el precio estaba constituido solo por el índice de referencia variable más el diferencial.

3) considerando el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y de la contraprestación, este hecho debe suponer la plena capacidad del consumidor para elegir entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y, en consecuencia, es preciso que el prestatario “tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato” (Fundamento de derecho segundo, apartado 4). Por este motivo el control de transparencia “supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de 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” (Fundamento de derecho segundo, apartado 4). La finalidad, por tanto, es que la cláusula no pase inadvertida para el consumidor y que en todo momento esté en condiciones de valorar tanto la carga económica como jurídica que implica en el contrato. En el caso resuelto por esta sentencia se determina que la cláusula supera el control de transparencia dado que no está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas y, además, se acreditó en fase de prueba que la misma fue negociada individualmente entre los consumidores y la entidad financiera¹⁸.

G) Sentencia del Tribunal Supremo 367/2017, de 8 de junio.

Se aborda en la misma la posible abusividad de una cláusula suelo con un tipo mínimo de un 5,50%. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial fallaron a favor de la entidad financiera reconociendo la validez de la estipulación ya que ambas consideraron que la cláusula suelo superaba el control de incorporación del artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ya que, el notario, en el momento de la formalización, hizo notar que se habían

¹⁸ Es oportuno destacar como en este caso se resuelve básicamente la validez de la cláusula al no haberse cuestionado que la misma hubiera sido predispuesta por la entidad financiera y por lo tanto no negociada: “existen en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada.....si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las partes, este hecho declarado probado por la Audiencia hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencial sobre cláusulas abusivas, *al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa*” <la cursiva es nuestra > (Fundamento de derecho segundo, apartado 8).

CAPÍTULO CUARTO

cumplido los requisitos de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, cuestión que como hemos tenido ocasión de comentar se va reiterando al referirse los órganos jurisdiccionales repetidamente a la normativa administrativa que regula aspectos concretos de la contratación bancaria relacionados con los préstamos hipotecarios a interés variable.

Tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se fijan de manera definida los requisitos para que una cláusula de tipo de interés variable pueda considerar que supera el control de transparencia material: “contenga información sobre su carácter de elemento definitorio del objeto principal del contrato, no esté enmascarada entre otros datos relativos a la revisión del interés, consten simulaciones de escenarios diversos y se haya advertido de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad...”. En ambos fallos se considera que pese a que estos requisitos no se hubieran cumplido, sí se consideraba que se superaba el control ya que el consumidor había adquirido un conocimiento adecuado de la importancia, funcionamiento y trascendencia de la cláusula de interés variable por tres razones fundamentales:

“1) la redacción de la cláusula no es especialmente oscura ni compleja, y resulta accesible su contenido para una persona de cultura media sin necesidad de complicadas interpretaciones.

2) la demandante, de forma paralela a la suscripción del préstamo hipotecario, suscribió también con el banco un contrato de permuta de tipos de interés, vinculado inescindiblemente al préstamo hipotecario, impugnado ante otro juzgado por error vicio en el consentimiento¹⁹.

3) el préstamo fue suscrito también por el marido de la demandante, que trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas...”.

¹⁹ Llamamos la atención una vez más sobre los swaps o contratos de permuta de tipos de interés, siempre vinculados a operaciones hipotecarias a tipo de interés variable. Múltiples sentencias del Tribunal Supremo (425/2017 de 6 de julio, 428/2017 de 7 de julio, 555/2017 de 11 de octubre y 591/2017 de 7 de noviembre) resuelven la nulidad de dichas coberturas por no haber suministrado con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los riesgos concretos del producto. Basan el fallo en los deberes de información del artículo 79 bis.3 de la Ley de Mercado de Valores que establecía la información que se debía facilitar a los clientes para que pudieran tomar decisiones con conocimiento de causa (hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores). La ausencia de información y en concreto de los riesgos asociados al producto en los supuestos en que el cliente se puede calificar como minorista son esenciales para que el inversor pueda prestar válidamente su consentimiento, “de tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero” (Fundamento de derecho tercero, apartado 5, Sentencia 591/2017).

Hoy estos deberes de información, así como la clasificación de clientes (minoristas, profesionales y contrapartes elegibles) se regulan en el Texto Refundido en los artículos 202 y siguientes. Es cierto que no se debe confundir la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare su nulidad, con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio del consentimiento. En la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, mientras que en la segunda en los contratos de permuta de tipos de interés las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, caso de que exista el error, la excusabilidad de

CAPÍTULO CUARTO

El Tribunal Supremo reitera en su fallo la aplicación del control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del filtro de incorporación, señalando que “a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato” (Fundamento de derecho sexto, apartado 5). En concreto identifica seis motivos diferentes cuya conjunción determina que la cláusula en cuestión no supere el control de transparencia material:

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

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

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

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

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

f) inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad” (Fundamento de derecho sexto, apartado 6).

En resumen, se exige que no se dé a la cláusula de intereses variables un inapropiado tratamiento secundario y que de manera positiva se facilite al consumidor la información clara y adecuada sobre sus consecuencias jurídicas y económicas.

La cuestión estriba en concretar las circunstancias para considerar cumplida la exigencia de transparencia ya que, como señala el Tribunal Supremo en esta sentencia, una vez descritos los motivos antes expuestos considerados determinantes para que la estipulación no supere el control, no se trata de una “relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra” (Fundamento de derecho sexto, apartado 7). En este punto, coincidimos con el Tribunal, no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado para que pueda adoptar una decisión económica. Habrá que valorar un conjunto de circunstancias para que se considere cumplido o no el control de transparencia. Sin ningún tipo de duda la información previa a la contratación, es decir el proceso de contratación, será también determinante para considerar cumplido este control que imponen, recordemos, los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 60.1 y 80.1 del TRLGDCU.

CAPÍTULO CUARTO

H) Sentencia del Tribunal Supremo 608/2017, de 15 de noviembre.

En esta sentencia se enjuicia la validez de una cláusula multidivisa en una operación de préstamo hipotecario a tipo de interés variable.

La primera cuestión que resuelve la sentencia, apartándose del criterio jurisprudencial mantenido hasta la fecha respecto de las cláusulas multidivisa, es que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de Valores. El argumento que viene a clarificar lo que se considera objeto principal del contrato u obligación esencial del mismo es que las actividades de cambio de divisa son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas. Considera que estas operaciones que se limitan a la conversión sobre la base del tipo de cambio de compra o venta de la divisa, “no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, *la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario*”²⁰ (Fundamento de derecho cuarto, apartado 3). En consecuencia, la finalidad de la operación de divisa no es llevar a cabo una inversión, sino obtener fondos para adquirir un bien y, por tanto, no es en sí misma un instrumento financiero.

En relación con el control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa se señala por el Tribunal Supremo que las disposiciones de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconocen la posibilidad de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato, en este caso, denominado en divisas²¹. Precisamente la Sentencia del caso Andriciuc en su apartado 35 afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato son las que regulan sus prestaciones esenciales y que, como tales, lo caracterizan. Y directamente relacionado con los contratos de crédito establece como prestación esencial: “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” (Apartado 38).

Concretando la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4.2 de la

²⁰ La cursiva es nuestra.

²¹ Entre otras sentencias Kàsler y Rabai de 30 de abril de 2014 y Paula Andriciuc de 20 de septiembre de 2017.

CAPÍTULO CUARTO

Directiva 93/13, señala que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible supone, en los casos de contratos de crédito, que las entidades financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes (Fundamento de derecho octavo, apartado 12). Esta exigencia implica (en cuanto a la cláusula multidivisa) que el consumidor la tiene que comprender en un plano formal y gramatical, “así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda valorar también <en relación con la cláusula en divisa> las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras” (Fundamento de derecho octavo, apartado 12, in fine).

Del carácter complejo de este tipo de contratos, precisamente por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, se derivan unas obligaciones reforzadas de información en cuanto que requisito de transparencia de la cláusula²². Sin ningún tipo de duda es de gran importancia para su cumplimiento la información precontractual que se facilita ya que, no olvidemos, es en esta fase cuando se adopta la decisión de contratar.

En esta sentencia se alude también a la intervención notarial a propósito del control de transparencia. Haciendo referencia a la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, señala el Tribunal Supremo que el momento en que se produce la intervención del notario no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo. La labor notarial es un elemento a valorar “en cuanto que puede cercionarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia” (STS 171/2017 de 9 de marzo), pero esta intervención no excluye la necesidad de una información precontractual adecuada, “la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor....pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predisuestas por el empresario o profesional” (STS 367/2017, de 8 de junio)²³.

²² En relación con este tipo de contratos en moneda extranjera la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario exige, en su artículo 14 dentro de las normas de transparencia, que la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) destaque como cláusula relevante que se trata de un préstamo en moneda extranjera (letra b). Igualmente, en el Anexo I al regular el modelo de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN,) en el apartado de características principales del préstamo, se deberá reflejar que el préstamo no se expresa en la moneda nacional del prestatario y que, si su valor “disminuyera en un 20% con respecto a la moneda del crédito, el valor de su préstamo aumentaría a <insértese el importe en la moneda nacional del prestatario>. El incremento podría ser incluso superior si el valor de la moneda nacional del prestatario disminuye en más del 20%” (apartado 3, Anexo I).

²³ Sobre esta cuestión de la intervención notarial y registral en relación con el control de transparencia se pueden consultar distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 13 de

CAPÍTULO CUARTO

2.3.- EL RECONOCIMIENTO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. EN ESPECIAL EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN ESENCIAL DEL CONTRATO.

En parecidos términos a la doctrina que hemos recogido en las sentencias anteriormente relacionadas de nuestro Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también reconoce, como control distinto del formal o de inclusión, el control material o también denominado sustantivo. En idénticos términos a nuestra jurisprudencia su finalidad es garantizar el conocimiento real y efectivo de las cláusulas cuando estas se refieren a objeto principal del contrato, en nuestro caso, precio y prestación, es decir, el núcleo de la cláusula de intereses variables. En el análisis de las distintas sentencias que a continuación realizamos vamos a incidir, dado que entendemos que es en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea donde con más claridad se definen estos conceptos, en la configuración del objeto principal del contrato o en la prestación esencial de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

La cuestión esencial es determinar si la cláusula de intereses variables forma parte del “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

A) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Rábai.

Se resuelve en dicha sentencia una cuestión prejudicial sobre qué debe entenderse por objeto principal del contrato y sobre la abusividad de una estipulación que permite la modificación unilateral de los términos del contrato²⁴.

septiembre de 2013 y de 12 de marzo de 2015, entre otras). Se exige que se deben comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. La RDGRN de 12 de marzo de 2015 invocando la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala que reconociendo que corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados, lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención (párrafo 259).

²⁴ En concreto esta estipulación señalaba: “el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento”.

CAPÍTULO CUARTO

Declara el Tribunal de Justicia que como presupuesto las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en todo caso, hay que realizar una interpretación estricta del artículo 4.2, de tal forma que solo deben entenderse como objeto principal del contrato las que regulan las prestaciones esenciales del mismo y que como tales lo caracterizan. En cambio, las cláusulas que tengan carácter accesorio en relación con la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de este concepto de “objeto principal del contrato” en el sentido del artículo señalado. Concluye (apartado 53) que el componente esencial de la prestación del deudor consiste en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista. En palabras del Tribunal se excluye del control del artículo 4.2 el mecanismo de conversión de la divisa ya que “no establecen por tanto ninguna retribución cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13” (apartado 58).

Entiende además que la exigencia de que una cláusula deba redactarse de manera clara y comprensible debe entenderse no solo como una obligación de que tenga tal consideración gramaticalmente para el consumidor, sino que también “de que las razones económicas que sustentan el empleo de esa cláusula contractual y su relación con otras cláusulas del contrato sean claras y comprensibles para ese mismo consumidor” (apartado 60). En línea con esta exigencia de la comprensibilidad más allá del plano formal y gramatical tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de la información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función de la misma, el consumidor decidirá si desea quedar “vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional” (apartado 70)²⁵.

En los apartados 71 y 72 de la sentencia se reconoce con total claridad la

²⁵ Se puede consultar la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso Vertrieb, en la que se realiza una interpretación de las directivas 93/13/CEE antes citada y la 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural. Invocando ambas directivas en el apartado 11 se señala que en aras a la protección de los consumidores: “Las condiciones serán equitativas y se darán a conocer con antelación. En cualquier caso, esta información deberá comunicarse antes de la celebración o confirmación del contrato... las condiciones generales serán equitativas y transparentes y se explicarán en un lenguaje claro y comprensible. En el fallo de la sentencia se indica: “los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55/CE...deben interpretarse en el sentido de que para apreciar si una cláusula contractual tipo...obedece o no a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia reviste concretamente una importancia esencial determinar: si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste. La falta de información a este respecto antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con antelación razonable...”

CAPÍTULO CUARTO

exigencia de que la transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical: “Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical” (apartado 71) y “por el contrario....toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva” (apartado 72).

B) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei.

En dicha sentencia se incide, en línea con la sentencia caso Kásler, que la exigencia de transparencia no puede reducirse solo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Abundando en los requisitos para considerar cumplido este control concreta los siguientes requisitos que consideramos son de gran importancia en la cláusula de intereses variables:

1º.- en el contrato de préstamo se deben exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés.

2º.- de igual manera debe delimitarse con claridad y transparencia la relación entre la cláusula que regula la modificación del tipo de interés con el resto de las estipulaciones relativas a la retribución del prestamista, entendemos que de manera expresa la articulación del índice de referencia y el diferencial.

3º.- todos estos criterios deben ser precisos y comprensibles de forma que un consumidor informado pueda prever las consecuencias económicas que para él se derivan.

4º.- necesariamente habrá que atender a todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que destacan la publicidad y la información proporcionada por el prestamista en el marco de la negociación del contrato, considerando a tal efecto el nivel de atención que pueda esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz²⁶.

²⁶ En el apartado 74 de la sentencia Kásler se señala que “incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso....podía evaluar las consecuencias económicas...para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo”.

CAPÍTULO CUARTO

C) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc.

En dicha sentencia se resuelve la cuestión de gran importancia a efectos del funcionamiento de la cláusula de intereses variables de si el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, solo se reduce a establecer los motivos por los que se incluyó en el contrato y su mecanismo de funcionamiento, o si necesariamente también deben pactarse todas las posibles consecuencias susceptibles de provocar una variación en el precio pagado por el consumidor.

Se incide una vez más por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en la categoría de cláusulas incluidas en el objeto principal de contrato, a efectos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, solo se entienden las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan²⁷. La propia sentencia caracteriza cuál es esta prestación esencial: “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”. Esta cláusula quedará eximida de su carácter abusivo en la medida que el órgano jurisdiccional considere que, tras su examen, fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible. Esta exigencia de transparencia o comprensibilidad:

1º.- debe entenderse de manera extensiva, es decir, no puede reducirse solo al plano formal o gramatical dado que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, principalmente, al nivel de información.

2º.- impone la obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula.

3º.- además debe quedar clara la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, en base a criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

4ª.- habrá que valorarse teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato y, en especial, verificar que se comunicaron al

²⁷ La primera Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se estableció la posibilidad de un control jurisdiccional de las cláusulas contractuales “que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida” fue la de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Caja Madrid.

CAPÍTULO CUARTO

consumidor todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso para que pueda valorar el coste total del préstamo²⁸.

3.- FUNCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL A LA VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En apartados anteriores, hemos recogido toda una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que se consagra de manera clara la doctrina jurisprudencial que reconoce el doble control de transparencia en relación con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

A la vista de estas sentencias, de manera resumida enumeramos las funciones que desempeña este control de transparencia material:

A) En primer lugar, el control de transparencia material cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente “conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”²⁹.

B) En segundo lugar, además tiene la función de garantizar, “la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una

²⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, asunto C-348/14, caso Bucura, recoge en su fallo que “incumbe verificar <al juez nacional > que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto de dicho contrato y, en particular, de la contemplada en el artículo 4 de la Directiva 87/102, en su versión modificada” (número 3).

En su artículo 4 establece: “1.- Los contratos de crédito se harán por escrito. El consumidor recibirá una copia del contrato escrito. 2.- El contrato escrito incluirá: a) la indicación del porcentaje anual de cargas financieras; b) la indicación de las condiciones en las que podrá modificarse el porcentaje anual de cargas financieras.

Cuando no sea posible indicar dicho porcentaje anual de cargas financieras, el consumidor recibirá la información pertinente en el contrato escrito. Esta información contendrá, como mínimo, la información prevista en el segundo guión del apartado 1 del artículo 6”.

La Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, modifica la Directiva antes citada en determinados aspectos relativos al coste de los créditos al consumo, si bien, no afecta dicha modificación al artículo 4 antes citado.

²⁹ Fundamento de Derecho cuarto, letra a), apartado 2, STS 705/2015, de 23 de diciembre.

CAPÍTULO CUARTO

posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto”³⁰.

Por tanto, la función y alcance del control de transparencia material viene determinado por el hecho de que solo se podrá someter al mismo el objeto principal del contrato y consecuentemente dicho objeto principal, o parte económica, no podrá ser objeto de control de contenido o abusividad. El fundamento lo encontramos, como anteriormente hemos señalado, en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

Este argumento de que solo las cláusulas relativas al objeto principal del contrato puedan ser objeto de control de transparencia material y no de contenido o abusividad³¹, lo debemos buscar en que los adherentes dirigen su atención en el momento de contratar hacia estos elementos que determinan el precio y la prestación del contrato de préstamo hipotecario, en nuestro caso, y por tanto, esta equivalencia entre precio y prestación al ser decisivas en la decisión de contratar deben ser verdaderamente transparentes en el sentido de que deben ser conocidas y comprendidas en toda su extensión por los adherentes en el momento de emitir su consentimiento negocial³².

En el tema objeto de estudio en esta tesis de operaciones hipotecarias a interés variable, donde el núcleo del contrato, la “essentialia negotii”, se concreta en la cláusula de revisión del tipo de interés más el diferencial, debe ser el juego de la competencia entre entidades financieras quien determine el precio y, por tanto, este debe ser configurado de manera clara y comprensible para que el prestatario emita su consentimiento negocial con conocimiento de la carga económica y jurídica del contrato.

Dos argumentos pueden expresarse para considerar que no puede ser sometido a control de contenido o abusividad la parte económica, o, en palabras del artículo 4.2 de la Directiva 93/13: “la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes

³⁰ Fundamento de Derecho cuarto, letra b), apartado 3, STS 705/2015, de 23 de diciembre.

³¹ Recordemos que en la tesis consideramos como controles independientes el de incorporación o transparencia formal, el de transparencia material y el control de contenido o abusividad. El de transparencia material dotado de sustantividad propia y, por tanto, diferenciado de los llamados controles tradicionales, es decir, el de incorporación y el de contenido, solo tiene sentido en relación con los elementos esenciales del contrato o, dicho de otra manera, el precio que, en las operaciones hipotecarias a interés variable, está conformado conjuntamente por el principal entregado y por el índice o tipo de referencia y el diferencial en cuanto que factores determinante del tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo.

³² MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, abril de 2018, página 15.

CAPÍTULO CUARTO

que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra...”³³:

a) el control de contenido sería incompatible con el principio de seguridad jurídica y muy difícilmente practicable en el sentido de que sería muy complicado juzgar el carácter abusivo de un tipo de interés de un préstamo hipotecario³⁴.

b) la licitud de este control sería dudosa en un sistema económico constitucional como el español, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado (artículo 38 Constitución: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”).

Por tanto, el llamado equilibrio económico no puede ser sometido a control de contenido o abusividad, es decir, “a contrario” sí podrá ser sometido a dicho control el equilibrio jurídico o normativo entre los derechos y obligaciones del contrato³⁵. En este punto es importante clarificar la distinción a efectos de su posible sujeción a control entre los elementos principales (“el objeto principal del contrato”, artículo 4.2 Directiva 93/13) y los accesorios que versan sobre el desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes³⁶. De conformidad con nuestra argumentación solo podrán ser sometidas al control de transparencia material las cláusulas que regulen los elementos esenciales del contrato, es decir, las que estipulen el precio y la prestación ya que son las que los contratantes tienen en cuenta de manera preferente, mientras que el resto de las cláusulas, sometidas a control de abusividad, se reputarán válidas si su contenido respeta el derecho dispositivo³⁷.

³³ MIRANDA SERRANO, L.M., ob.cit. página 16.

³⁴ En idénticos términos PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Editorial Aranzadi, año 2017, página 345, que al interpretar el artículo 4.2 de la Directiva concluye que su objeto al excluir de su aplicación a las cláusulas que determinan la prestación o el precio es prohibir que un juez “pueda determinar que una cláusula es abusiva simplemente porque considere que el precio de los bienes o servicios objeto del contrato sea demasiado elevado”.

³⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, año 2006, página 98.

³⁶ Un argumento a favor entre la distinción entre prestaciones y derechos y obligaciones tuvo lugar con la modificación del antiguo artículo 10.1 c LGDCU, hoy 82 del TRLGDCU. En el artículo inicial se pretendía verificar “el justo equilibrio de las contraprestaciones” - atendiendo en su interpretación literal a un contenido económico -, mientras que en el nuevo artículo se señala que se considerarán abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que causen “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, atendiendo, por tanto, al contenido jurídico.

³⁷ MIRANDA SERRANO, L.M., ob. cit. loc. cit. Argumenta que con el control de contenido o abusividad el legislador se dirige a quienes participan en el mercado transmitiéndoles el siguiente mensaje: “contraten ustedes a través de condiciones generales y háganlo con la confianza plena de que, aun cuando no conozcan el contenido de los clausulados generales (por no haberlos leído), finalmente no van a sentirse vinculados por ninguna condición general que no sea respetuosa con el Derecho dispositivo y las exigencias de la buena fe”.

CAPÍTULO CUARTO

Compartimos la exigencia de transparencia de este objeto principal que realiza una parte importante de la doctrina³⁸. Los adherentes, en nuestro caso los prestatarios, deben dirigir su atención en el momento de contratar hacia aquellos elementos que, como consecuencia de las políticas de precio del mercado, configuran de manera determinante el precio y la prestación, por tanto, “es decisivo y fundamental que las cláusulas que lo describen sean verdaderamente transparentes”³⁹. La transparencia material en relación con los elementos esenciales del contrato no atañe a la claridad y comprensibilidad formal de las palabras sino al “valor de la oferta en el mercado”⁴⁰. En base al artículo 4.2 de la Directiva, interpretado “a sensu contrario”, las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción que podamos calificar de transparente⁴¹.

C) En tercer lugar, el control de transparencia no puede limitarse al cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa sectorial o administrativa sobre transparencia bancaria.

Esta cuestión es de gran importancia dado que la normativa bancaria sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios residenciada en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, se refiere de manera expresa y directa a la “transparencia en el funcionamiento de los mercados” y a la “desventaja informativa, fomentando la transparencia en las relaciones entidad-cliente a lo largo de todo el tracto de la negociación bancaria” (exposición de motivos de la Orden). La Sentencia de 9 de mayo de 2013, referida a la ilicitud de la cláusula suelo, señala expresamente que las obligaciones de información al cliente impuestas por la normativa bancaria y la advertencia notarial sobre su contenido no pueden ser garantía suficiente para que el adherente pueda conocer el alcance económico de coste de la operación de préstamo. Es evidente que unas simples normas administrativas no pueden fijar en modo alguno el “umbral de la validez contractual de las cláusulas financieras en los contratos de préstamos con consumidores, función ésta reservada a otras normas

³⁸ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 3, año 2013, páginas 17 y siguientes y CASADO NAVARRO, A. “El control de transparencia como llave del contenido de las cláusulas contractuales predisuestas”, *La Ley Mercantil*, número 11, febrero de 2015, página 50 a 62.

³⁹ MIRANDA SERRANO, L.M., ob.cit. página 19. En términos parecidos PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob.cit. señala “el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y no el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales, que en el fondo es lo único que posibilita el cumplimiento de los requisitos de inclusión” (página 13).

⁴⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82 TR-LGDCU”, Dir. CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, año 2011, página 727.

⁴¹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob.cit., página 7.

CAPÍTULO CUARTO

específicas del ordenamiento jurídico sobre eficacia negocial⁴². Lo contrario supondría reducir a la mínima expresión el consentimiento contractual, máxime cuando recae sobre el elemento esencial del precio de la operación, reduciendo el mismo a una mera operación sacramental⁴³. Este tema de los distintos planos, administrativo y sustantivo también ha sido uno de los motivos que han motivado el voto particular en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que, recordemos, resolvió a favor de la validez del índice IRPH Entidades.

Como tendremos ocasión de analizar al realizar el análisis crítico del segundo de los índices de referencia más utilizados en la práctica bancaria: el IRPH Entidades, si consideramos el deber de transparencia, como se contempla en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no es suficiente la simple referencia a dicho índice oficial en la cláusula predispuesta. La transparencia debe ser interpretada de forma extensiva por tanto debería exigirse 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, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación” (Fundamento de derecho primero, apartado 2 “in fine” del voto particular). La argumentación es, a nuestro entender, evidente ya que una disposición administrativa que lo regula se superpone al plano sustantivo del control de transparencia.

D) Finalmente, la falta de transparencia se proyecta sobre la oferta de tal forma que se defrauda la expectativa del prestatario sobre el tipo de interés al que creía estaba contratando la operación. Lo podemos deducir del parágrafo 218 de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: “La oferta como interés

⁴² PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob.cit. página 11.

⁴³ Esta expresión de fuerza “sacramental” del protocolo notarial es empleada por CARRASCO PERERA, A. “El notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario”, *Revista CESCO, Centro de Estudios de Consumo*, 16 de diciembre de 2017, página 2, para criticar el artículo 13.5 de dicho Proyecto de Ley (hoy artículo 15 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) al señalar que la intervención del notario presumirá que se han satisfecho los requisitos de transparencia material, de hecho, y en este extremo estamos plenamente de acuerdo, la intervención notarial no significa que esa transparencia requerida se haya producido, “el protocolo tiene fuerza <sacramental>: como éstos en la liturgia católica, se produce exactamente el efecto deseado. En términos conocidos del discurso jurídico, se trataría de una presunción iures et de iure; es decir, de una ficción legal que no admite prueba en contrario”. Sin ningún tipo de duda debemos criticar esta desafortunada previsión legal de convertir a los notarios en “asesores independientes” ya que consideramos que, de ninguna manera, se van a convertir en garantes de esta transparencia material. Cuando comentemos la Ley, volveremos sobre este tema.

En términos parecidos, igualmente críticos, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?”, *Almacén de derecho*, 19 de diciembre de 2018. Señala que se establece con el Proyecto, hoy ley, “un intrincado e incomprensible sistema de filtros y prevenciones con los que integrar el mantra de nuestros tiempos: la transparencia material. Invento dañino que, sin tener nada que ver con la abusividad, el Proyecto identifica con ella...” (página 2). Califica de “ocurrencia” con un cierto aire de “mesianismo reparador” la intervención del notario.

CAPÍTULO CUARTO

variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas”.

Nos situamos ante la noción de cláusula sorprendente a la hora de “conferir adecuada protección a las expectativas legítimas y razonables del adherente”⁴⁴. Es cierto, como señala un sector doctrinal, que la concreción normativa de las legítimas expectativas de los contratantes, “no es sino una derivación legal específica del gran principio de la buena fe en sentido objetivo” derivado de los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio⁴⁵. A nivel doctrinal ALFARO AGUILA-REAL ya recogió en su momento la regla de las cláusulas sorprendentes basándose principalmente tanto en la jurisprudencia alemana como en el Derecho inglés⁴⁶. Señalaba dicho autor que el gran problema que se planteaba en nuestro derecho era su individualización frente al control de contenido, defendiendo que la regla de las cláusulas sorprendentes que ubicaría dentro del control de inclusión supondría “una defensa de vanguardia respecto al núcleo de la protección que, obviamente, es el control de contenido”⁴⁷.

⁴⁴ GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 24, año 1990, página 1209.

⁴⁵ MIRANDA SERRANO, L. M., Y SERRANO CAÑAS, J.M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, número 18, año 2016, página 14 y siguientes.

Artículo 1258 Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo 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.

Artículo 57 Código de Comercio: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

⁴⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, año 1991, páginas 241 y siguientes. En el apartado 13 <La regla de las cláusulas sorprendentes>, señala como fue la jurisprudencia alemana la que utilizó por primera vez este término en la sentencia del BGH de 28 de febrero de 1973: “no pueden pretender validez jurídica aquellas cláusulas cuya existencia en el contrato signifique una sorpresa para el cliente” (citada por ALFARO AGUILA-REAL, ob.cit. página 242). Igualmente recoge como en Derecho inglés para decidir si una cláusula de condiciones generales ha quedado o no incorporada a un contrato se emplea el test de “reasonable notice”, es decir, se pregunta si el predisponente dio a conocer suficientemente a la otra parte la existencia de dicha cláusula (ob. cit. loc. cit.).

⁴⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit. página 243. Basaba su argumentación en el antiguo artículo 10.1 c) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al referirse al “justo equilibrio de las prestaciones”. Reproducimos lo señalado anteriormente como consecuencia de la modificación del citado artículo 10.1 c) LGDCU, hoy 82 del TRLGDCU. En el artículo modificado se pretendía verificar “el justo equilibrio de las contraprestaciones”, atendiendo en su interpretación literal a un contenido económico, mientras que en el nuevo artículo se señala que se considerarán abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que causen “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, atendiendo, por tanto, al contenido jurídico. En este sentido con la nueva redacción del artículo consideramos

CAPÍTULO CUARTO

Hoy la mayoría de la doctrina entiende que las cláusulas sorprendentes o no transparentes en la medida que han de ir referidas necesaria y exclusivamente al objeto principal o parte económica del contrato quedan incluidas dentro de este control de transparencia material o sustantivo ya que cuando van referidas a los elementos esenciales del contrato “son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”⁴⁸. En tal sentido se califican como sorprendentes o no transparentes aquellas estipulaciones que suponen un recorte de las expectativas legítimas y razonables del adherente⁴⁹, la pregunta esencial que debemos formularnos para calificar a una cláusula como sorprendente o no es: “¿podía esperar razonablemente un adherente medio que dicha cláusula formaba parte del contrato celebrado según lo que resulta principalmente de la normativa que lo regula, de la práctica bancaria y financiera y de las negociaciones que precedieron a su celebración?”⁵⁰.

4.- FUNDAMENTO NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO.

4.1.- FUNDAMENTO NORMATIVO HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

Como hemos señalado, este control, atendiendo a su origen jurisprudencial, se justifica por algunas de las sentencias que hemos recogido en el artículo 80.1 TRLGDCU. Nos referimos como más significativa a la de 9 de mayo de 2013 dado que reconoció con total claridad este segundo control de transparencia o doble filtro

que estas llamadas cláusulas sorprendentes merecerán dicha calificación solo cuando afecten el objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación).

⁴⁸ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Cámara, en Indret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, 30 de enero de 2017, disponible en <https://derechomercantiles.ana.bolgsport.com/2017/01>; PAGADOR LÓPEZ, J. “Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas”, *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU*, Madrid, año 2011, página 1369; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. ob.cit. página 13. A nivel jurisprudencial el Tribunal Supremo ha sostenido en la sentencia de 30 de enero de 2017 que el control de transparencia cualificado conecta directamente con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes: “el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación de dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las cláusulas sorprendentes (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente” (Fundamento de derecho séptimo, número 3).

⁴⁹ Es la regla de la “red hand” del Derecho inglés: “algunas cláusulas necesitarían estar impresas con tinta roja apuntándolas con una mano roja para que pudiera decirse que se dieron a conocer al adherente de manera suficiente como para considerarlas incorporadas al contrato” MACDONALD, E., “The Duty to give Notice of Unusual Contract Terms”, año 1988, página 385.

⁵⁰ MIRANDA SERRANO, L.M., ob. cit., página 20.

CAPÍTULO CUARTO

de transparencia en contratos con consumidores. Así, en los párrafos 209 y 210 se señala:

“209.- Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210.- Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que <en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente..., aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del <error propio> o <error vicio>, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la <carga económica> que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

En base a ello se argumenta por el Tribunal Supremo que:

1º.- es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.

2º.- quede claro que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.

3º.- es necesario que el adherente tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar dicha cláusula en la economía del contrato.

4º.- esta información no puede estar enmascarada entre el resto de las estipulaciones de forma que se dificulte su identificación.

Esta fundamentación ha sido criticada por la doctrina con dos argumentos que compartimos plenamente⁵¹:

a) la interpretación conjunta de los artículos 80.1 del TRLGDCU y del 5 de la LCGC nos permite afirmar que ambas normas son coincidentes con lo que los requisitos de transparencia del primero no serían superiores a los del artículo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Hemos reproducido

⁵¹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob.cit., páginas 17 y 18.

CAPÍTULO CUARTO

anteriormente el artículo 80.1 y el artículo 5 LCGC señala por su parte: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Difícilmente podría fundamentar el artículo 80.1 del TRLGDCU el deber de transparencia cualificado para las cláusulas relativas al objeto principal, respecto del previsto con carácter general para todas las condiciones generales de la contratación por el artículo 5 de la LCGC.

b) del tenor literal del propio artículo 80.1 se deduce que su ámbito de aplicación es el de todas las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores y usuarios.

No sería posible, por tanto, fundamentar en dicho artículo el deber especial de transparencia que atañe a aquellas cláusulas relativas al objeto principal del contrato y, al mismo tiempo, distinguir entre cláusulas de contenido económico o relativas al objeto principal y el resto de las cláusulas contractuales, es decir, las de contenido normativo, que disciplinan los derechos y obligaciones de las partes. Sosteniendo este llamado “doble filtro de transparencia en contratos con consumidores” (parágrafo 210 sentencia de 9 de mayo de 2013) en el artículo 80.1 significaría que este sería predicable de todas las cláusulas, “lo que llevaría al absurdo de convertir el <plus> de transparencia en la regla general exigible respecto de las cláusulas de contenido económico y respecto las de contenido jurídico”⁵².

A nivel doctrinal existe unanimidad en fundamentar a nivel normativo el control de transparencia material en el artículo 60 del TRLGDCU más que en el 80.1 del mismo⁵³. Dispone el artículo 60: “Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. Entre ellas hay que incluir: “a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios; ... c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano..., la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales.... En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutirán al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares;f) La duración del contrato, o, si el

⁵² PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob. cit., página 18.

⁵³ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., ob. cit., loc. cit.; MIRANDA SERRANO, L.M., ob. cit., páginas 14 y siguientes.

CAPÍTULO CUARTO

contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio”.

Vemos, pues, que este artículo impone al empresario un deber general de informar en el momento de la oferta comercial al consumidor y usuario de las principales características del contrato, en especial, sobre el precio total del producto o servicio, refiriéndose expresamente a los gastos de financiación de “forma clara y comprensible” y exigiendo que esta información sea “veraz y suficiente”, “en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”.

4.2.- FUNDAMENTO NORMATIVO EN LA LEY REGULADORA DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

Esta cuestión del fundamento normativo del control de transparencia ha sufrido un cambio importante con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La citada ley ha tenido como finalidad incorporar a nuestro ordenamiento 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. Si bien dicha Ley introduce, más allá del contenido de las normas de la Directiva, una serie de previsiones cuya “finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria” (Exposición de Motivos, apartado II). A grandes rasgos y directamente relacionado con el control de transparencia material en relación con las operaciones de préstamo hipotecario para bienes inmuebles de uso residencial podemos establecer las siguientes consideraciones que entendemos son de gran importancia:

a) Ámbito subjetivo de la Ley 5/2019: a diferencia de la Directiva 2014/17/UE no se limita su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores, entendiéndose por tales a las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, sino que se extiende el régimen jurídico de aplicación a todas las personas físicas, independientemente de que sean o no consumidores. Si bien, será necesario matizar esta afirmación ya que la redacción del artículo 2 de la Ley 5/2019 obliga a introducir condicionantes a la inclusión de todas las personas físicas en su ámbito de aplicación.

Esta extensión amplia se recoge expresamente en la Exposición de Motivos y en los artículos 1 y 2 al regular tanto el objeto como el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019: se señala en el apartado III de la Exposición de Motivos que, aunque la

CAPÍTULO CUARTO

normativa europea se refiere “a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados con hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial. Sin embargo, también permite que por parte de los Estados miembros se adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de las personas consumidoras, incluyendo también la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a no consumidores”. Esta extensión a todas las personas físicas encuentra reflejo en la Ley al establecer que, “esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes...” (artículo 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...” (artículo 2).

Se debe valorar positivamente la ampliación del ámbito de protección al colectivo de los empresarios y profesionales individuales y a los fiadores o garantes de las operaciones y no solo al prestatario en sentido estricto. Lamentar que esta protección no se extienda al pequeño empresario social, persona jurídica, que consideramos debería asimilarse al empresario individual y, por tanto, estar incluidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Analizaremos en otro apartado una interesante línea jurisprudencial como consecuencia de dos sentencias del Tribunal Supremo que, aunque no reconocen la posibilidad del control de transparencia material en los contratos entre empresarios sí reconocen la utilidad del principio de buena fe (artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio) para depurar de los contratos las cláusulas sorprendentes⁵⁴.

⁵⁴ Como hemos señalado anteriormente el Tribunal Supremo ha sostenido en la sentencia de 30 de enero de 2017 que el control de transparencia cualificado conecta directamente con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes: “el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación de dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las cláusulas sorprendentes (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente” (Fundamento de derecho séptimo, número 3).

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Cámara, en Indret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, 30 de enero de 2017, disponible en <https://derechomercantilesmana.bolgspot.com/2017/01>, señala que “las cláusulas sorprendentes y las cláusulas intransparentes referidas a los elementos esenciales del contrato son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”. Tanto ALFARO como CÁMARA defienden que sería más correcto reconducir el control de transparencia desde la abusividad al control de incorporación que dispensa tanto el artículo 80 TRLGDCU como los artículos 5 y 7 LCGC. En relación con esta cuestión ya hemos expuesto nuestra opinión en la línea de PERTÍÑEZ, reproducimos el argumento que anteriormente hemos señalado de que no sería posible, por tanto, fundamentar en dicho artículo el deber especial de transparencia que atañe a aquellas cláusulas relativas al objeto principal del contrato y al mismo tiempo distinguir entre cláusulas de contenido económico o relativas al objeto principal y el resto de cláusulas contractuales, es decir, las de contenido normativo, que disciplinan los derechos y obligaciones de las partes. Sosteniendo este llamado “doble filtro de transparencia en contratos con consumidores” (parágrafo 210, sentencia de 9 de mayo de 2013) en el artículo 80.1 significaría que este sería predicable de todas las cláusulas, “lo que llevaría al absurdo de convertir el <plus> de transparencia en la regla general exigible respecto de las cláusulas de contenido económico y respecto las de contenido jurídico”.

CAPÍTULO CUARTO

Por tanto, la Ley 5/2019 incluye dentro de su ámbito de protección a todas las personas físicas sin ningún tipo de matices y sin consideración a su actividad:

a) es decir, incluso en aquellos supuestos en que intervenga un empresario o profesional y el destino del préstamo tenga como finalidad su actividad económica siempre que la garantía hipotecaria recaiga sobre un inmueble de uso residencial, estará incluido en el ámbito de aplicación de la Ley siempre y cuando alguno de los intervinientes sea persona física ya sea a título de prestatario o de garante o fiador, todo ello conforme al apartado a) del artículo 2 de la Ley 5/2019.

b) en cambio, será necesario que el prestatario merezca la calificación de consumidor para que se aplique la Ley 5/2019 cuando la finalidad del préstamo “sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” (artículo 2.1.b), siendo irrelevante en tal caso que se formalice mediante garantía hipotecaria. Es decir, en tal supuesto cuando la garantía no sea un inmueble de uso residencial deberán cumplirse por parte del prestatario una serie de requisitos para beneficiarse del ámbito de protección de la Ley: en primer lugar, ya sean el prestatario, el deudor o el garante deben merecer la consideración de consumidor, en consecuencia debe actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial o profesional; en segundo lugar, un requisito vinculado a la finalidad de la operación, “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” y, adicionalmente como hemos señalado, es irrelevante el que exista o no garantía hipotecaria. Es, sin duda, una redacción poco clara, al introducir en la letra b) el concepto de consumidor para considerar la aplicación del control de transparencia material, siendo irrelevantes en el supuesto de la letra a) del apartado 1 del artículo 2 el que la persona física interviniente merezca ser calificada como consumidor y la finalidad del préstamo. Además, consideramos oportuno destacar que al referirse a un inmueble de uso residencial no tiene porqué ser vivienda habitual bastando, por tanto, que merezca la calificación de residencial. Con todo, se plantean dudas interpretativas que serán objeto de comentario en el apartado siguiente al referirnos al ámbito objetivo de la ley.

Tomando en consideración que queda fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley la financiación a las personas jurídicas, habrá que valorar si, en aquellos casos muy habituales en la práctica de financiación a empresas en que, por parte de las entidades financieras, se requiere la intervención de avalistas, se aplicará la Ley 5/2019 cuando en el mismo contrato exista una garantía accesoria otorgada por un avalista persona física. Entendemos que, en este supuesto y en atención a la finalidad tuitiva de la ley, debería extenderse el régimen de protección a la parte del contrato relativa a la garantía accesoria del garante o fiador y no al contrato principal suscrito entre la entidad financiera y la persona jurídica prestataria. Con idéntico motivo defendemos estas exigencias de las normas de transparencia exigidas en el artículo 14, que deberían extenderse a nivel subjetivo y, por tanto, exigirse también en relación con las figuras de los avalistas ya que aunque este artículo solo se refiera

CAPÍTULO CUARTO

al prestatario, olvidando de manera inexplicable, a nuestro entender, a los avalistas o garantes, una interpretación conforme al espíritu de la Ley 5/2019 exige incluir a dichos intervinientes en el régimen jurídico de protección de la norma. No obstante, nuestro posicionamiento no está exento de dudas en esta fase inicial de aplicación de la Ley.

b) Ámbito objetivo de la Ley 5/2019: el artículo 1 de la Ley establece que será de aplicación a los contratos de préstamo siempre que el 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 de uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica”. Por su parte la letra b) incluye dentro del ámbito de aplicación de la Ley: “la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”, si bien se exige en estos supuestos que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

La interpretación de ambos apartados a la hora de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 5/2019, y, por tanto, su sujeción al control de transparencia material, no es sencilla ya que, como anteriormente hemos apuntado, según la previsión del apartado 1, letra a) del artículo 2, la ley se aplicará cuando el prestatario, el fiador o el garante sea una persona física y el contrato esté garantizado mediante hipoteca u otro derecho real sobre un “inmueble de uso residencial”; en cambio en la letra b), apartado 1 del citado artículo se exige que el prestatario, el fiador o el garante sea consumidor cuando la finalidad, sin necesidad de que exista garantía hipotecaria, “sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”.

Sin ningún tipo de duda atendiendo al tenor literal del artículo, en concreto la letra a), consideramos que la interpretación correcta es que se incluyen todas aquellas operaciones con garantía hipotecaria u otra garantía real, siempre que el prestatario sea una persona física (que no tiene porque merecer la calificación de consumidor) y siempre que la garantía recaiga sobre un inmueble de uso residencial. En consecuencia, es completamente irrelevante la finalidad del préstamo y los hechos determinantes serán que el prestatario sea persona física y que la garantía hipotecaria recaiga sobre un inmueble residencial. Al no limitarlo la ley a vivienda habitual el concepto incluirá cualquier bien que merezca tal calificación.

Más complicada es la interpretación de la letra b) de apartado 1 de dicho artículo 2, al exigir que el prestatario sea consumidor para entender que el préstamo está incluido en el ámbito de aplicación de la ley siempre que la finalidad “sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir”. La cuestión determinante que debemos considerar es esta finalidad

CAPÍTULO CUARTO

inmobiliaria que puede plantear dudas a la hora de entender incluidas determinadas operaciones. En primer lugar, en aquellas operaciones con garantía hipotecaria que recaen sobre un bien inmueble de uso residencial es irrelevante que el prestatario sea consumidor ya que únicamente se exige en la letra a), antes descrita, que sea persona física incluyendo también a los fiadores y garantes. En segundo lugar, según la previsión de la letra b), para entender aplicable el control de transparencia material a estos préstamos se exigirá, de una parte, que el prestatario, garante o fiador sea consumidor y, además, que la operación se haya concedido con la finalidad inmobiliaria de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir.

Las operaciones que entendemos habrá que incluir en esta finalidad inmobiliaria son:

a) Todas aquellas operaciones en las que, interviniendo un consumidor, tengan como finalidad conservar derechos de propiedad. Consideramos que la interpretación correcta comprende la conservación o retención de derechos sobre el bien lo que, en rigor, permite incluir, de conformidad con el Considerando 15 de la Directiva 2014/17/UE, a “los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas”. Igualmente, junto a la refinanciación valoramos que deberían incluirse los supuestos de reestructuración de deudas formalizadas, en estos supuestos, por un consumidor.

b) Más complicado es determinar qué tipo de inmueble es el que se quiere adquirir o conservar. Sin ninguna duda se tratará de inmuebles no residenciales siempre que el propietario o futuro propietario sea consumidor. Comprenderá, por ejemplo, solares, terrenos, incluso en aquellos supuestos de doble finalidad, caso de un despacho o local comercial, habrá que valorar, de conformidad con el Considerando 12 de la Directiva 2014/17/UE, su protección si dichas actividades comerciales o empresariales “son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato” y en tal sentido dicha persona deberá ser calificada como consumidor.

Es importante, por tanto, determinar qué se entiende por bien inmueble de uso residencial. En la medida que la Ley 5/2019 pretende la protección en un sentido lo más amplio posible, así se deduce de su Exposición de Motivos al hablar de “viviendas en propiedad”, “acceso a la propiedad”, “crédito hipotecario” como elemento clave del régimen de propiedad en España, interpretamos este ámbito objetivo en un sentido amplio y no solo en el de vivienda habitual. Además, y así se conceptúa en la norma, se incluyen dentro del concepto de “bienes inmuebles de uso residencial” todos aquellos elementos constructivos (por ejemplo el garaje, trasteros, anexos,...) siempre y cuando estén funcionalmente vinculados a dicho inmueble de uso residencial (artículo 2.1, apartado a). Además, siempre que la hipoteca recaiga

CAPÍTULO CUARTO

sobre un bien que merezca la calificación de residencial, es intrascendente a estos efectos la finalidad del préstamo y así, por ejemplo, se incluirían en el ámbito de aplicación de la ley, las operaciones de refinanciación siempre y cuando permitan al propietario conservar su derecho de propiedad, igualmente aquellos préstamos que permitan financiar los gastos de adquisición de dichos inmuebles o parcelas urbanas por título de herencia o incluso por donación inter vivos. Igualmente será aplicable a los denominados “préstamos puente” cuya finalidad es financiar temporalmente la adquisición de una vivienda a expensas de la venta de la propia, siempre y cuando se financien mediante hipoteca.

Esta interpretación amplia del ámbito objetivo está avalada por La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento y del Consejo Europeo de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que recordemos es la que la Ley 5/2019 transpone a nuestro ordenamiento, en sus considerandos 13 y 15 en cuanto a los contratos incluidos en el ámbito de protección de la Directiva, y 16 al regular los contratos excluidos, al señalar:

a´) Si bien la Directiva regula, de manera predominante, los contratos con bienes inmuebles de uso residencial, “ello no impide que los estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva” (considerando 13).

b´) “El objetivo de la presente Directiva consiste en garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección”. En este sentido se aplicará a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, “con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o de una parte de un bien inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos estados miembros, incluso los que no requieren reembolso del capital....., a los que tienen como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial” (considerando 15).

c´) No será aplicable la Directiva, y por tanto la Ley, a aquellas operaciones que calificamos como hipotecas inversas en las que quien efectúa los pagos al consumidor es el prestamista: en estos casos “resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor... Las operaciones de este tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente” (considerando 16)⁵⁵.

⁵⁵ Señalar que la hipoteca inversa, regulada en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre,

CAPÍTULO CUARTO

Sin ninguna duda, como ya hemos manifestado, se plantean dudas interpretativas a la hora de concretar los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley. Existe una falta de coherencia interna y concreción. En determinados supuestos entendemos razonable realizar una interpretación amplia en aras a la finalidad tuitiva de la norma, conforme a la Exposición de Motivos de la Ley. Todo ello, conduce a resultados probablemente no previstos por el legislador, en relación a los que será el tráfico económico el que establecerá soluciones a la interpretación de este artículo 2.

c) El reconocimiento del principio de transparencia material en la Ley 5/2019: por primera vez se reconoce con sustantividad propia el control de transparencia material o cualificado centrado en una “regulación detallada de la fase precontractual” (Exposición de motivos, apartado IV). En este sentido, sin ningún tipo de duda, se alude al principio de transparencia en su vertiente material con “el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar” (Exposición de motivos, apartado IV). Ha de destacarse que este principio no aparece reconocido en la Directiva que se transpone, sino que ha sido voluntad de nuestro legislador su reconocimiento para reforzar este equilibrio entre las partes en la relación jurídica contractual.

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, supone “la culminación del proceso hipotecario durante la vida de una persona en relación con la vida útil hipotecaria de un inmueble”, NASARRE AZNAR, S. “Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 727, año 2011, página 2705. Considera dicho autor que a los veinticinco años comienza el endeudamiento de una persona media para adquirir su vivienda habitual, para acabar pagándola cumplidos los cuarenta años, para posteriormente volverse a endeudar, gracias a la cobertura hipotecaria de la vivienda, para consumir pudiendo amortizar la mayor parte de estos créditos consumo a los sesenta y cinco años, para finalmente ir perdiendo la propiedad del inmueble (despatrimonialización) al ir cobrando de la hipoteca para complementar sus ingresos. Considera, de una manera muy crítica, que esta Ley (41/2007) representa la aceptación definitiva de las llamadas “prácticas de atar” o “tying practices” que no son más que las que compelen al prestatario a quedar ligado a una única entidad financiera durante las diversas etapas de su vida. Sí que, a nuestro entender, debería incluirse esta figura en el ámbito de protección de las normas de la Directiva dado que precisamente la desinformación que existe en relación con la misma puede comportar importantes consecuencias para el cliente por esa despatrimonialización que señalamos. La Disposición Adicional 1ª de la Ley 41/2007 en cuanto a la transparencia en su comercialización señala:

“...3. El régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca inversa será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda.

4.- En el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela, las entidades establecidas en el apartado 2 que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Dicho asesoramiento independiente deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos que determine el Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro de Economía y Hacienda establecerá las condiciones, forma y requisitos para la realización de estas funciones de asesoramiento”. La regulación existente en relación con dicha figura es la contenida en el artículo 32 de la Orden EHA/2899/2011, que exige la entrega de oferta vinculante, en los mismos términos que en el resto de las operaciones hipotecarias y de un servicio de asesoramiento previo conforme al artículo 10 de la misma Orden, igualmente la FIPRE y FIPER adaptadas a dicho contrato.

CAPÍTULO CUARTO

Aparece regulado en el artículo 14 de la Ley 5/2019 bajo el epígrafe de “normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios” y, como hemos indicado, establece la obligación de entrega por parte del prestamista, intermediario de crédito o su representante, de una serie de documentación cuya finalidad es reforzar, en fase precontractual, la comprensión de la carga económica y jurídica del préstamo. Dicha documentación a facilitar al potencial prestatario con una antelación mínima de diez días es:

1º.- la denominada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). La FEIN se recoge en la Directiva 2014/17/UE en el artículo 14, bajo el epígrafe de Información precontractual, al exigir que el prestamista ofrezca al consumidor “la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito”. El contenido de la FEIN viene regulado en el Anexo II de la Directiva con un contenido mínimo estructurado en 15 apartados de los que destacamos, a efectos de la tesis, el apartado 3 (características principales del préstamo) y el apartado 4 (tipos de interés y otros gastos). Posteriormente realizaremos un estudio y análisis crítico de dicha Ficha y la novedad que ha supuesto la implantación en nuestro derecho ya que, recordemos, sustituye a las fichas de información personalizada (FIPER) y la oferta vinculante, manteniéndose la ficha de información precontractual (FIPRE) con carácter orientativo. Al margen de su contenido deberá redactarse en un lenguaje sencillo y comprensible y deberá recoger toda la información que se considere pertinente para el consumidor.

2º.- una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), distinta por tanto de la FEIN, cuya finalidad es informar de la existencia de cláusulas o elementos relevantes. Deberán recogerse, al menos, las siguientes advertencias o datos:

- el índice de referencia oficial, en su caso, utilizado para fijar el tipo de interés aplicable a la operación⁵⁶.

⁵⁶ Sin ningún tipo de duda se pueden utilizar otros índices distintos de los considerados oficiales. En la letra b) del artículo 14 se señala que como elemento relevante se deberá informar al prestatario de “en su caso”, el índice oficial de referencia utilizado para fijar el tipo de interés aplicable. Se ha modificado sustancialmente la redacción del precepto en relación con el apartado 4 del artículo 12 del Proyecto publicado en el BOCG el 11 de diciembre de 2018 donde igualmente se reconocía expresamente esta posibilidad al referirse a que “sin perjuicio de la libertad contractual, podrán aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito”. Recordemos que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, en sus artículos 26 y 27 señalan, de una parte, los requisitos que deben cumplir los índices de referencia para poder ser utilizados en la revisión de las operaciones a tipo de interés variable y de otra, el artículo 27, enumera los seis índices considerados oficiales.

CAPÍTULO CUARTO

- la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices de referencia a los que esté referenciado (cláusula suelo)⁵⁷.

- la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello.

- la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo⁵⁸.

- el hecho que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

Se atiende, por tanto, con esta Ficha de Advertencias Estandarizadas a los hechos relevantes que han generado la mayoría de reclamaciones por parte de los prestatarios tanto frente a las propias entidades y al Banco de España como a nivel judicial: los derivados de la aplicación de determinados índices de referencia (en especial las referenciadas al IRPH), los relativos a las cláusulas suelo y las operaciones multdivisa. Este tema del reconocimiento del control de transparencia material en la Ley 5/2019 se analizará con mayor profundidad en el subapartado siguiente de este capítulo.

d) El papel de los notarios en la Ley 5/2019: los notarios se convierten en garantes del desarrollo tanto en la fase precontractual como en el momento de la firma del contrato del principio de transparencia en su vertiente material. La redacción del apartado 6 del artículo 15 señala: “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”⁵⁹. Sobre este tema de la intervención notarial y la función que asumen en el control de transparencia material, en el subapartado siguiente de este

⁵⁷ En este punto se produce una clara contradicción entre la letra b) del artículo 14, en cuanto al contenido de la Ficha de Advertencias Estandarizadas, y el apartado 3 del artículo 21 que expresamente prohíbe las cláusulas suelo, es decir, fijar un límite a la baja del tipo de interés. No tiene ningún sentido incluir como advertencia “la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés...” (artículo 14.1 b), si posteriormente en el artículo 21 se prohíbe un límite a la baja.

⁵⁸ En este sentido se ha producido una importante novedad como consecuencia del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que ha zanjado la polémica a raíz de las distintas sentencias del Tribunal Supremo (1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre y 1531/2018, de octubre y la del Pleno de la Sala de la Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre) sobre quién debía ser el sujeto pasivo de dicho impuesto. En dicho Real Decreto-ley se ha modificado el artículo 29 del TRLTPyAJD estableciendo que: “...cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”.

⁵⁹ CARRASCO PERERA, A., ob.cit., página 2, se muestra crítico ya que el hecho que el acta haga prueba de los extremos que conforman la transparencia material no significa que esa transparencia se produzca de hecho, mucho menos aplicada a cada caso individual y adicionalmente, en términos jurídicos, considera que se crea una presunción iuris et de iure que dicha transparencia se ha producido en la práctica.

CAPÍTULO CUARTO

capítulo analizaremos los términos en que se produce dicha intervención al tiempo que realizaremos un análisis crítico de la misma.

4.3.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRÉSTAMOS INMOBILIARIOS A TIPO DE INTERÉS VARIABLE EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO: ANÁLISIS CRÍTICO.

Como hemos indicado, este principio aparece regulado por primera vez en nuestro ordenamiento en la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aprobada el 15 de marzo de 2019. El mismo se configura recogiendo las líneas maestras de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que anteriormente hemos expuesto en una serie de sentencias que consideramos las más significativas, principalmente a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 que reconoció por primera vez expresamente dicho control, distinto del control de inclusión⁶⁰. Los requisitos que configuran las normas de transparencia directamente aplicables a la cláusula de intereses variables de conformidad con el artículo 14 de la Ley son:

1º.- Documentación a entregar al prestatario o potencial prestatario:

A) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que, a los efectos de la Ley, tendrá la consideración de oferta vinculante durante un plazo que, como mínimo, será de diez días.

Esta ficha sustituye, pues, a la oferta vinculante que se regula en el artículo 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Y, no solo a la oferta vinculante, sino que también a los tres instrumentos que configuraban actualmente la información precontractual en la contratación de préstamos hipotecarios: la guía de acceso al préstamo hipotecario (artículo 20 Orden EHA/2899/2011), la ficha de información precontractual o FIPRE (artículo 21) que se mantiene con carácter orientativo y la ficha de información personalizada o FIPER (artículo 22) que desaparece.

La FEIN aparece regulada en el Anexo II de la Directiva 2014/17/UE a la que nos hemos referido anteriormente y que se transpone a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5/2019 que la regula en su Anexo II. El contenido que directamente afecta a la cláusula de interés variable es:

⁶⁰ El ya citado párrafo 210 de esta sentencia señala: "...además del filtro de incorporación...el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta....tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

CAPÍTULO CUARTO

- una fecha de validez de 10 días y, en concreto, a nuestros efectos, este es el plazo hasta el cual el tipo de interés se mantendrá inalterado y en consecuencia será de aplicación “caso de que el prestamista decida otorgar el crédito dentro de ese plazo” (Anexo II, parte B, apartado 1). Interpretamos que como aparece regulada la FEIN en dicha Ley, el tipo de interés referenciado en la misma no puede modificarse. De hecho, la reducción del plazo de validez en relación con la oferta vinculante de la Orden, de 14 días a 10 días no puede implicar, de ninguna manera, una modificación de tal extremo.

Ciertamente en el apartado 5 del artículo 23 de la Orden se señala que solo en el caso de “circunstancias extraordinarias” podrá sufrir modificaciones el plazo de validez de la oferta vinculante hoy sustituida por la FEIN. Realmente sería difícil entender que esas circunstancias afectaran al tipo de interés de forma tal que implicaran que la operación no se pudiera formalizar al tipo reflejado en el documento.

- el tipo de interés: obligatoriamente deberá expresarse en forma porcentual. En las operaciones a tipo variable se deberá reflejar el tipo de interés mediante un tipo de referencia y un valor porcentual que represente el diferencial del prestamista y, en todo caso, el valor del tipo de referencia vigente en el día en que se extienda la FEIN.

Además, se incluirá la siguiente información de gran importancia en este tipo de operaciones a interés variable:

a) las hipótesis empleadas para el cálculo de la TAE⁶¹.

b) si procede, los límites aplicables al alza o a la baja (cláusulas suelo o techo). Se supondrá, además, y tal extremo se deberá reflejar además en la FEIN, que cuando la variación del tipo deudor tenga un límite al alza, el ejemplo recogerá que el tipo deudor aumenta en la primera ocasión en que tal aumento sea posible al nivel máximo previsto en el contrato de crédito. Si no hay límite al alza el ejemplo deberá ilustrar la TAE al tipo deudor más elevado de los últimos veinte años como mínimo y, si no hay datos subyacentes de un plazo tan largo, se deberá reflejar el tipo deudor máximo del período más largo del que se tengan datos disponibles⁶². En aquellos

⁶¹ El sistema de cálculo de la tasa anual equivalente (TAE) se regula en el Anexo I de la propia Directiva y se ha traspuesto en idénticos términos en el Anexo II de la Ley 5/2019. En relación con la operaciones a interés variable en la letra e) de este Anexo se establece que “para los contratos de crédito respecto de los que se haya convenido un tipo deudor en relación con el período inicial, al final del cual se determinará un nuevo tipo deudor, que se ajustará periódicamente con arreglo a un indicador o tipo de referencia interno convenidos, para el cálculo de la tasa anual equivalente se partirá del supuesto de que, al final del período del tipo deudor fijado, el tipo deudor es el mismo que el vigente en el momento de calcularse la tasa anual equivalente, en función del valor del indicador o tipo de referencia interno convenidos en ese momento, sin ser inferior al tipo deudor fijado”.

⁶² A modo de ejemplo en relación con el índice euríbor se debería reflejar el valor 4,574 alcanzado en el año 2001.

CAPÍTULO CUARTO

contratos, habituales en la práctica, en que los préstamos tengan varios tramos a diferentes tipos, es decir, con tramos normalmente a interés fijo y posteriormente a interés variable, la información exigida se facilitará respecto de cada tramo del crédito⁶³. Ya hemos indicado que no se comprende esta mención de que se deba expresar el límite aplicable a la baja cuando en el artículo 21.3 de la propia Ley se prohíbe en las operaciones con tipo de interés variable “fijar un límite a la baja”. Seguramente la aprobación en última instancia de la enmienda que incorporó el apartado 3 del artículo 21 supuso que el legislador se olvidara de corregir aquellas menciones contrarias a dicho artículo.

c) una advertencia que indique que la variación del tipo puede afectar al nivel efectivo de la TAE. Para llamar la atención del consumidor, la advertencia se resaltará utilizando caracteres tipográficos de mayor tamaño y figurará de manera destacada en el cuerpo principal de la FEIN.

d) deberá figurar, tanto en las operaciones a interés fijo como variable, el apartado denominado “otros componentes de la TAE” en el que se recogerán todos los demás gastos integrados en la TAE, es decir, además del índice de referencia (el tipo deudor vigente en el momento de calcularse la TAE) y el diferencial, se enumerarán todos aquellos gastos que deberá asumir el prestatario, ordenados por categorías: los que deben abonarse de una sola vez (comisiones de apertura y estudio); gastos que han de pagarse regularmente y que están incluidos en las cuotas y los que igualmente han de pagarse regularmente pero no están incluidos en las cuotas. En todos los casos deberá indicarse importe, destinatario y fecha de pago. No será necesario, sin embargo, incluir los costes derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Sin ningún tipo de duda esta información es muy relevante y por el estudio de operaciones que se están formalizando en la práctica debería incidirse en desglosar, de conformidad con las tres categorías de gastos que hemos expuesto, estos costes para el prestatario. Es muy habitual incluir, principalmente en tema de seguros, el importe de las primas en el montante total del capital desembolsado sobre todo cuando se trata de primas únicas que cubren toda la duración del préstamo. Nos estamos refiriendo al coste de los seguros de vida de prima única que es habitual

En 2008 la referencia fue muy parecida con una media de 4,498, muy lejos de las magnitudes negativas de 2017, -0,095 o 2018, -0,189. En cuanto al IRPH Entidades, el valor máximo se alcanzó en 2001 con el 6,390, también con un valor alto del 6,258 en 2008 y un valor mínimo de 1,854 en el año 2018 (Fuente Banco de España, portal del cliente bancario: <https://cliente bancario.bde.es>).

⁶³ La Directiva recoge el supuesto poco habitual en la práctica de operaciones hipotecarias a particulares de que el tipo deudor sea fijo durante un plazo inicial y posteriormente se negocie un tipo de interés distinto para el resto del período mediante negociación entre el prestamista y el consumidor. Ya señalamos en la introducción como la totalidad de operaciones formalizadas en el tramo minorista son indicadas, es decir, referenciadas de inicio a un índice de referencia reflejado inicialmente en el contrato. Para los casos poco habituales antes señalados se deberá advertir que la TAE se calcula sobre la base del tipo deudor aplicable durante el período inicial.

CAPÍTULO CUARTO

adicionar al importe del capital del préstamo. En estos casos se produce una doble circunstancia: en primer lugar el prestatario no es consciente del coste del seguro, elevado por el importe asegurado y la duración, y, en segundo lugar, la prima satisfecha tiene adicionalmente un coste de tipo de interés al financiar la operación al mismo plazo que la hipoteca⁶⁴. Respecto de este tema de las prácticas de ventas vinculadas se ha producido una importante novedad con la entrada en vigor de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ya que, en su artículo 17, regula de manera pormenorizada estas prácticas comerciales distinguiendo entre ventas vinculadas y combinadas. Define dicha Ley como venta vinculada “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios diferenciados cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario por separado” (artículo 4 <definiciones>, número 25). Estas prácticas quedarán prohibidas salvo que las entidades financieras puedan demostrar que los productos ofrecidos “acarrear un claro beneficio a los prestatarios” (artículo 17). Lamentablemente seguirán dichas prácticas comerciales ya que el límite de negociación del prestatario, si quiere conseguir el préstamo, va a ser muy reducido y salvo que se produzca una subida de tipos de interés, con los márgenes actuales la rentabilidad de las entidades financieras se nutre más de la contratación de productos de “bancaseguros” y comisiones que de los intereses.

Por su parte, en dicho artículo se señala que las prácticas de ventas combinadas de préstamos se podrán realizar sin más restricciones que las previstas en el propio artículo. Se entiende por tales a “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado” (artículo 4 <definiciones> número 26). Dentro del apartado de productos financieros se incluyen tarjetas, cuentas de ahorro, planes de pensiones, servicios nómina o pensión, etc... En el apartado de seguros la previsión del artículo es muy amplia ya que no solo se refiere a los previstos en la normativa del mercado hipotecario (seguros de hogar) sino que el prestamista podrá requerir al prestatario la suscripción de pólizas “en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo” (vida, invalidez, accidentes, baja laboral,...).

B) La llamada Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Documento, distinto de la FEIN, en el que se deberá informar al prestatario o potencial prestatario de la existencia de cláusulas o elementos relevantes.

⁶⁴ A modo de ejemplo una prima de seguro de amortización de prima única para una hipoteca de 150.000 euros para una persona de 30 años sería aproximadamente de 9.000 euros, financiado a 30 años con un tipo medio del 3% supondría un coste de intereses de 4.659 euros, es decir, un 34,1% del importe de la prima.

Actualmente también hemos constatado que se está incluyendo además del seguro de amortización de prima única, un seguro de decesos de prima única con un coste de aproximadamente 5.000 euros por asegurado. En términos de coste los intereses serían de 2.588 euros con el mismo ejemplo y plazo señalados.

CAPÍTULO CUARTO

En la letra b) del apartado 1 del artículo 14 se mencionan, sin carácter exhaustivo, los siguientes elementos considerados relevantes y que, por tanto, deberá recoger la FIAE:

- referencia, en su caso, a los índices de referencia oficiales utilizados para fijar el tipo de interés aplicable. Entendemos que la utilización del plural exige que debieran recogerse tanto el índice de referencia principal como el sustitutivo, al margen de que, como hemos señalado, al reconocerse la libertad contractual en la fijación del tipo de referencia, se pueden utilizar índices distintos de los seis considerados oficiales en la Orden EHA/2899/2011.

- la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices a los que está referenciada la operación. Entendemos que es la llamada cláusula suelo que está expresamente prohibida según el artículo 21 apartado 3 de la propia Ley. Destacar que en parecidos términos a la información recogida en la FEIN en la FIAE deberá señalarse la existencia de un techo, o en palabras del apartado 3 del Anexo II de la Orden ECE/482/2019 por la que se modifica la Orden EHA/2899/2011: “(si ha lugar). El préstamo no limita al alza la variación del tipo de interés (no tiene techo)”. Así se recoge expresamente en el Anexo I al regular los distintos apartados a los que deberá ajustarse dicho documento. En concreto en la sección 4, se señala que, si el tipo de interés es variable, la información deberá incluir: “si procede, los límites aplicables al alza o a la baja”. Ciertamente la previsión del legislador en relación con la previsión únicamente de techo en las hipotecas es residual ya que, con buen criterio, se ha considerado que los techos de tipo de interés previstos en las escrituras hipotecarias son prácticamente inalcanzables⁶⁵.

⁶⁵ Hay que tener en cuenta que solo un 4% de las operaciones con acotaciones a la variación de tipo de interés presentan límites de solo techo a la variación (Fuente: Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios (Boletín Oficial de la Cortes Generales de 7 de mayo de 2010).

En dicho informe se incide, una vez más, en una cuestión que venimos repitiendo durante la tesis: la decisión de aplicar o no las cláusulas, en este caso de limitación de tipo de interés, se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. En tal sentido destaca que los elementos finales de la cadena de comercialización, las oficinas, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. “Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente” (página 19 del Informe).

Entre las causas del uso de estas acotaciones a la variación de tipos, la básica es el mantenimiento de un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades financieras resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de la financiación hipotecaria. Se enumeran dos grandes magnitudes de estos costes: a) el coste del dinero, básicamente en el mercado español constituido por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con una elevada inelasticidad a la baja a partir de un determinado nivel del precio del dinero (directamente relacionada con la financiación a corto plazo ofrecida por el Banco Central Europeo o por los mercados monetarios); b) los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, independientes, evidentemente, del precio del dinero. La mayoría de los tipos de interés máximos (techo) previstos en las escrituras analizadas en esta tesis se sitúan en tipos del 14% y 15%. Supondría que el euríbor debería situarse en valores del 13/13,5% y el IRPH Entidades en un valor del 14%. En el informe del Banco de España (BOCG de 7 de mayo de 2010) se recoge el dato de que el tipo medio del suelo se situaba en el año 2009 en el 3,12% y el del techo en el 13,56% con una horquilla, por tanto, de 10,45 puntos (página 21). Resulta curiosa la argumentación defendida por las entidades y recogida en dicho informe de que “existe una dificultad comercial

CAPÍTULO CUARTO

- la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello.
- la distribución entre la entidad de crédito y el prestatario de los gastos asociados a la concesión del préstamo.
- el hecho de que se trata de un préstamo en moneda extranjera, es decir, los denominados préstamos multidivisa o multimonedas⁶⁶.

En la FEIN, en el apartado de importe de cada cuota, se hace referencia al hecho de que disminuya el valor de la moneda nacional del prestatario en relación con la moneda pactada en el crédito, debiéndose incluir un ejemplo con una cuota que refleje una variación de un 20% como pago adicional, con la expresa mención de

sería en transmitir al cliente particular las ventajas económicas derivadas de la protección frente al incremento del tipo de interés...” Sin ningún tipo de duda resulta difícil considerar un escenario de tipos de interés donde se produjera la activación del techo, circunstancia que no ha ocurrido en las referencias que sirven como suelo de las operaciones contratadas, donde el 100% han activado el suelo pactado y en consecuencia el cliente no se ha beneficiado de la bajada de tipo de interés de su operación.

Esta “inmutabilidad” de los umbrales de acotación es defendida por las entidades financieras con el argumento de que “en la medida que se fijan en un momento mediante una decisión comercial, no resultan fáciles de cambiar sin inducir diferencias en la clientela que en muchos casos son generadoras de conflicto, por lo que tienden a mantenerse largo tiempo” (página 21).

⁶⁶ Un ejemplo de cláusula inserta en un préstamo hipotecario multidivisa lo encontramos en la sentencia 608/2017 del Tribunal Supremo de 15 de noviembre, en la que se resolvió la nulidad por abusividad de la misma cuyo tenor era el siguiente: “Cláusula financiera 1ª.I.c): “El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedas, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en los mercados de divisas de Madrid a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta de la anterior, no constituye novación o modificación alguna del préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento”.

En esta sentencia, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial la sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, se resuelve que en la medida que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de Valores, las entidades no están obligadas a evaluar al cliente y facilitar la información prevista en la normativa del mercado de valores, “pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria” (Fundamento de derecho quinto, apartado 8). Se reafirma el Tribunal Supremo en el Fundamento de derecho octavo en la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas. En concreto en el apartado 15 se señala “a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el préstamo, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”.

CAPÍTULO CUARTO

que “sus pagos podrían incrementarse en una cantidad muy superior a esta”. Hubiera sido deseable que esta advertencia también se incluyera en la FiAE y no solo la mención de que se trata de un préstamo en moneda extranjera. Es, sin duda, una muestra más de que la FiAE es superflua a los efectos de aportar una información diferenciada. Considerando que la FEIN constituye el elemento fundamental de la información precontractual hubiera sido deseable en la misma destacar estos aspectos relevantes del contrato y evitar esta dispersión de la información que no aporta un plus de información a propósito de la concreta operación de préstamo.

Consideramos oportuno destacar que la FiAE no es un instrumento previsto en la Directiva que se transpone. En el considerando 42 de la misma se hace referencia a la conveniencia de incorporar en un documento distinto de la FEIN toda aquella información adicional relevante. Como hemos podido constatar la FiAE en realidad únicamente reitera una serie de extremos que ya aparecen reflejados en la FEIN, es decir, no aporta información adicional. Hubiera sido conveniente que esta ficha más que reiterar aspectos ya reproducidos en la FEIN recogiera aquellas condiciones que se hubieran valorado por parte de la entidad financiera para conceder el préstamo y sobre todo las condiciones de vinculación y su influencia sobre el tipo de interés del crédito hipotecario, en concreto sobre el diferencial. Es, sin duda, una de las grandes carencias de la Ley en cuanto a la información a trasladar previa a la formalización de la operación.

Señalar que la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, ha dado nueva redacción al artículo 22 de la Orden EHA/2899/2011 que, bajo el epígrafe de Ficha de advertencias estandarizadas, remite al anexo II de la Orden donde se recoge el contenido que deberá reflejar dicha Ficha que, de manera resumida, incide en aquellas características que antes hemos señalado y que se consideran relevantes en la concreta operación. Sin ninguna duda la primera mención que se realiza en cuanto al contenido de la FiAE nos reitera en su innecesariedad: “se ha elaborado basándose en el contenido de la ficha europea de información normalizada (FEIN) y el proyecto de contrato de préstamo, *cuyos contenidos son concordantes*”⁶⁷.

C) En el caso de un préstamo a interés variable: un documento separado con referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

Es una exigencia que viene desarrollada en el apartado de “importe de cada cuota” de la FEIN desarrollada en el Anexo II de la Directiva y Anexo I de la Ley 5/2019 al señalar: “El tipo de interés de este préstamo es variable. Esto significa que el importe de sus cuotas puede aumentar o disminuir. Por ejemplo, si el tipo de interés aumentase a (situación descrita en la parte B), sus cuotas podrían aumentar a (insértese el importe de la cuota correspondiente a esa situación)”.

⁶⁷ La cursiva es nuestra.

CAPÍTULO CUARTO

En la parte B del Anexo II en la que se establecen las instrucciones para cumplimentar la FEIN, en la sección 6 “importe de cada cuota” se señala que si el tipo de interés es variable se incluirá un ejemplo que ilustre el importe máximo de las cuotas, considerando que deberá ilustrarse con “la situación correspondiente a la hipótesis más pesimista” mostrando “el importe de las cuotas al tipo deudor más elevado de los últimos veinte años, sobre la base del máximo valor del cualquier tipo de referencia externo que se utilice para el cálculo del tipo deudor...”.

Sin ninguna duda esta información es de gran importancia en un contexto como el actual con tipos de interés en mínimos históricos. Razonablemente se va a producir un aumento de los tipos, máxime si tenemos en cuenta que se ha producido el final de los estímulos de liquidez del Banco Central Europeo que hasta el momento han tenido gran influencia en dicha variable, así como un repunte de la inflación, factor también de gran importancia en la curva de tipos de interés⁶⁸.

D) Una copia del proyecto del contrato cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos anteriormente señalados. Este proyecto deberá incluir, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato: arancel notarial, derechos registrales y los costes de gestoría⁶⁹.

2º.- **Plazo para la entrega de dicha documentación:** toda la documentación que hemos enumerado se debe entregar con una antelación mínima de diez días

⁶⁸ En el Informe de Actualización sobre la evolución económica y monetaria del Banco Central Europeo de Septiembre de 2018 se señala: “El Consejo de Gobierno decidió mantener sin cambios los tipos de interés clave del BCE y sigue esperando que se mantengan en sus niveles actuales al menos hasta el verano de 2019, y en todo caso durante el tiempo que sea necesario para garantizar. Continúa la convergencia sostenida de la inflación a niveles que están por debajo, pero cercanos al 2% en el mediano plazo. Con respecto a las medidas de política monetaria no estándar, el Consejo de Gobierno confirmó que el Eurosistema continuará realizando compras netas en virtud del programa de compra de activos (APP) al ritmo mensual de 15 mil millones de euros hasta finales de diciembre de 2018. El Consejo de Administración anticipa que con sujeción a los datos entrantes que confirman su perspectiva de inflación a medio plazo, las compras netas terminarán”. (Disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/html/eb201807>).

Cuestión importante por su relación con los tipos de interés es la inflación que, como ya señalamos en otro capítulo de la tesis, tiene gran influencia en la evolución de los tipos. Una información sobre esta afirmación se puede encontrar en el artículo “¿Qué relación hay entre inflación y tipos de interés?, *Tipos-inflación-interés*, disponible en <https://www.bbvaassetmanagement.com>, año 2018. Señala: “los tipos de interés están cerca de su nivel más bajo en la historia. Sin embargo, en el actual contexto de crecimiento sólido y sincronizado de las distintas economías, todo indica que los bancos centrales podrían ir gradualmente hacia políticas monetarias menos laxas....La posibilidad de que la inflación aumente más de lo previsto significa que la subida de tipos podría ser más agresiva de lo esperado....Existe una relación estrecha entre tipos de interés e inflación ya que cuanto menores sean los tipos de interés mayor será el poder adquisitivo de los consumidores y podrán gastar más, de modo que la inflación tenderá a aumentar. Por esto se utilizará la subida de tipos para contrarrestar una subida de inflación demasiado fuerte”.

⁶⁹ En la Ley se hace referencia al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados señalando que el pago se realizará de conformidad con la norma tributaria aplicable, en clara alusión a la modificación introducida por el Real-Decreto Ley de 8 de noviembre de 2018 que establece que será a cargo del prestamista.

CAPÍTULO CUARTO

naturales respecto al momento de la firma del contrato (artículo 14, apartado 1).

Se ha producido una importante variación en este tema de los plazos de la información precontractual ya que, recordemos, la Orden EHA/2899/2011 establecía para la oferta vinculante, que es sustituida por la Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN, un plazo de validez “no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega” (artículo 23) y en el artículo 30 de la citada Orden que regula el acto de otorgamiento ante notario se señala que “el cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento”. Esta comparecencia ante el notario que va a autorizar la escritura pública de préstamo hipotecario queda fijada en la Ley 5/2019 “como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo” (artículo 13.3)⁷⁰.

Criticamos la drástica reducción de los plazos para facilitar la documentación que debe dar soporte a la información necesaria para considerar cumplido el principio de transparencia material, máxime si también tenemos en cuenta que se suprimirán todos los instrumentos que hasta la fecha facilitaban toda la información al futuro prestatario: guía de acceso al préstamo hipotecario, ficha de información precontractual, ficha de información personalizada y la oferta vinculante. Se reducen a la FEIN y a la FiAE, el contenido de la cual no aporta nada relevante en relación con la FEIN, eje central de toda la información precontractual. En parecidos términos el documento separado sobre las cuotas en diferentes escenarios en operaciones a interés variable debería estar incluido y resaltado en el apartado correspondiente de la FEIN.

La práctica nos muestra como la tramitación del préstamo hipotecario corre paralela a la opción de compra sobre la vivienda a adquirir. Es muy difícil que el prestatario se eche atrás en la operación hipotecaria y el margen de maniobra que tiene, si realmente las condiciones del préstamo no se ajustan a la información que se le había transmitido, es mínimo, de forma que inevitablemente tendrá que transigir y formalizar la operación en las condiciones que le indique la entidad financiera.

3º.- Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

Hemos analizado la documentación acreditativa de las normas de transparencia material tal y como aparecen reguladas en el artículo 14 de la Ley

⁷⁰ CARRASCO PERERA, A., ob.cit., página 2, se muestra crítico con este plazo con un argumento que compartimos plenamente y que cuestiona el cumplimiento del principio de transparencia material en cada caso individual: “Pero si el acta puede redactarse y componerse el día anterior a la firma de la escritura, cuando <todas las cartas> de la decisión de contratar están ya echadas!”

CAPÍTULO CUARTO

5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Igualmente nos hemos referido al plazo, insuficiente a nuestro entender, que tiene el prestatario para a partir de dicha información conocer de forma real y razonablemente completa de qué manera el contenido de las cláusulas relativas al interés variable del préstamo incide en el contenido de su obligación de pago o en palabras del Tribunal Supremo conseguir que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (parágrafo 210, sentencia de 9 de mayo de 2013).

Dos son los intervinientes en la fase precontractual y en el momento de formalización de la operación a los que la Ley 5/2019 exige la comprobación del cumplimiento de este principio de transparencia material:

a) en primer lugar, el personal al servicio del prestamista, el intermediario de crédito o su representante (artículo 16.1).

En este sentido debemos interpretar el primer párrafo del artículo 16 en relación con el artículo 14 de la citada Ley al imponer la obligación al personal al servicio del prestamista, intermediario de crédito o representante designado de “reunir en todo momento los conocimientos y competencias necesarios y actualizados sobre los productos que comercializan, y, en especial, respecto de la elaboración, oferta o concesión de contratos de préstamo, la actividad de intermediación de crédito, y la prestación de servicios de asesoramiento, en su caso, y en la ejecución de los contratos de préstamo”.

Si de verdad se aboga por la transparencia y por transmitir la información de manera completa y adecuada, debería haberse incidido a nivel legal con más hincapié en la necesidad de exigir a la entidad financiera y garantizar al prestatario toda la información con la antelación suficiente. En la fase precontractual donde realmente se negocia y se valoran las condiciones económicas por parte del futuro prestatario es en la red de oficinas. El notario en quien va a recaer la responsabilidad de comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material debería ser un mero supervisor para asegurar el cumplimiento normativo por parte de la entidad en cada concreta operación hipotecaria.

En línea con esta exigencia, lógica y en la que lamentablemente queda mucho camino por recorrer, no debería estar permitido que la formalización de la operación hipotecaria se realice, como apoderado de la entidad financiera, por parte de empleados de la gestoría que tramitará la inscripción del préstamo en el registro de la propiedad. La práctica nos muestra como en el momento de la firma surgen

CAPÍTULO CUARTO

dudas y necesidad de información sobre aspectos relevantes del contrato que se va a formalizar. El empleado de la gestoría se limita a firmar la operación no estando ni preparado ni facultado por la entidad financiera para resolver dudas que inciden sobre aspectos muy relevantes de la operación. A nuestro entender ante la falta de respuestas a preguntas relevantes o bien debería aplazarse la firma o debería requerirse la presencia en la notaría del empleado de la entidad que ha negociado todos los extremos de la operación. Si exigimos una información completa y adecuada en la fase precontractual, en el momento de la firma quién ha llevado el peso de la negociación y conoce en profundidad tanto las circunstancias de la operación como el nivel de conocimientos del adherente, debería ser quien, junto al notario que autoriza la escritura, diera respuesta a estas preguntas que serán determinantes para que el cliente comprenda la onerosidad que deberá soportar a cambio del capital del préstamo que recibe de la entidad financiera. Las entidades de crédito, alegando ahorros de costes en tema de personal, no permiten que sean sus propios empleados quienes firmen las operaciones como apoderados.

En la Directiva 2014/17/UE que se transpone se hace referencia en distintos considerandos a esta exigencia de comportamiento profesional y responsable por parte de los empleados de las entidades con las que los consumidores entablan relaciones. En el considerando 20 se requiere que la información precontractual se facilite de forma pormenorizada, que se faciliten al adherente “las explicaciones adecuadas antes de celebrar el contrato de crédito”. En el considerando 30 se remarca que el personal correspondiente de los prestamistas “posea los conocimientos y la competencia adecuados para alcanzar un alto nivel de profesionalidad. La presente Directiva debe imponer por consiguiente a las compañías la obligación de demostrar los conocimientos y la competencia pertinentes, basados en los requisitos mínimos de conocimiento y competencia...”.

La Directiva engloba dentro del concepto de “personal” tanto a los empleados del prestamista, como al representante designado en condición de “personal subcontratado que trabaje para el prestamista” (Considerando 32). Esta previsión refuerza el argumento, antes expuesto, de que la persona designada por la entidad financiera para formalizar la operación en la notaría debe estar en posesión de los conocimientos y la competencia suficientes para dar respuesta a las dudas planteadas en el momento de la firma del préstamo. Habitualmente son empleados de las gestorías que, sin ningún tipo de conocimientos y competencia adecuados con relación a la operación que se va a formalizar, se limitan a ir de notaría en notaría firmando operaciones. Una posible exigencia de estos conocimientos vendría a nivel legal si entendemos que las gestorías merecen la calificación de “representante designado” (artículo 16 ley 5/2019).

El artículo 16.2 se limita a señalar que “la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa establecerá los requisitos mínimos de conocimientos y competencia exigibles al personal de conformidad con este artículo”.

CAPÍTULO CUARTO

b) en segundo lugar, el notario que autoriza la operación de préstamo hipotecario.

Como hemos señalado, en la Ley, en concreto en su artículo 15, recae sobre el notario la comprobación del principio de transparencia material.

En el artículo 14, recordemos, se enumera la documentación que el prestamista deberá entregar al prestatario con una antelación mínima de diez días naturales: la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), en operación a interés variable un documento separado con referencia a las cuotas a satisfacer en diversos escenarios de evolución de los tipos de interés, una copia del proyecto de contrato y las condiciones de las garantías de los seguros en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de préstamo.

En el caso de préstamos hipotecarios, además, se deberá advertir al prestatario de la obligación de recibir “asesoramiento personal y gratuito” (artículo 14.1 g) del notario que libremente elija el prestatario “sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega”. Toda la documentación se remitirá al notario de forma telemática. En el artículo 15.2 se desarrolla en qué consistirá esta intervención del notario en aras a este asesoramiento imparcial e incrementar la transparencia en la concesión de hipotecas.

Podemos resumir en tres apartados esta intervención notarial en orden al principio de transparencia material:

1º.- verificar que el futuro prestatario ha recibido toda la documentación exigida y en los plazos requeridos en el artículo 14 de la Ley.

2º.- dar respuesta a las cuestiones planteadas por el prestatario. Es decir, aclarar todas aquellas dudas planteadas y en palabras de la Ley prestar el necesario asesoramiento (“a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento...”). El contenido de este asesoramiento se desarrolla en el artículo 15.2 que de forma resumida establece como obligación del prestamista, si bien entendemos que es el contenido de la información que recae tanto sobre el prestamista como el notario:

a) debe informar y aclarar dudas sobre la comprensión y aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, especialmente las relativas a tipos de interés y para el supuesto de que estuvieran previstos instrumentos de cobertura de riesgos financieros informar de los mismos.

b) deberá informar de manera individualizada sobre las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE, con referencia expresa a cada una de ellas, sin

CAPÍTULO CUARTO

posibilidad de que conste en el acta que se ha informado de forma genérica.

c) el prestatario deberá ante el notario que va a autorizar la operación responder a un test cuya finalidad será “concretar la documentación entregada y la información suministrada”.

En la práctica el test que están cumplimentando los prestatarios en presencia del notario consta de nueve puntos y, en concreto, en relación con el tipo de interés aplicable a la operación únicamente interpela al futuro deudor sobre si conoce que el tipo de interés es fijo o variable, si existen bonificaciones caso de contratar determinados productos y si comprende que en las operaciones a interés fijo no podrá beneficiarse de las bajadas de tipos de interés que se produzcan en el mercado⁷¹.

A nuestro entender, en cuanto a la cláusula de interés variable, es difícil que el test que se cumplimenta ante notario permita entender que se ha cumplido el principio de transparencia material tal como lo venimos desarrollando. De entrada, debería quedar acreditado que el tipo de interés y, en especial, cuando es variable, define el objeto principal del contrato ya que es el que afecta directamente a la obligación de pago del prestatario. No hay ningún apartado en el que se señala

⁷¹ Concretamente el contenido del test a que se refiere el artículo 15.2 de la Ley 5/2019 es el siguiente: “1.- Entrega de la documentación precontractual: 1.1.- ¿Confirma haber recibido en el día expresado en su manifestación la siguiente documentación?: a) FEIN: si/no ; b) FIAE: si/no; c) Copia del proyecto del contrato: si/no; d) documento que contiene información de los gastos: si/no; e) documento que contiene las condiciones de las garantías del seguro que se exige: si/no; f) documento que contiene la advertencia al prestatario de la obligación de recibir el asesoramiento notarial: si/no. 1.2.- ¿La entidad le ha explicado el contenido de los documentos indicados y respondido a sus preguntas? 2.- Elección de notario: 2.1.- ¿Le informó la entidad financiera de que era usted quien tenía derecho a elegir notario?: si/no; 2.2.- ¿Confirma usted que soy el notario elegido?: si/no; 3.- Características y amortización del préstamo: 3.1.- ¿Conoce el capital y la duración del préstamo, y el importe y la periodicidad de sus cuotas?: si/no; 3.2.- ¿Conoce que cada una de las cuotas comprende una parte de capital de préstamo y otra de intereses?: si/no. 4.- Tipo de interés: 4.1.- El tipo de interés que le han ofrecido es fijo durante toda la vida del préstamo o está prevista su variación en algún momento: fijo/variable; 4.2.- ¿Existen en su oferta bonificaciones para el tipo de interés en caso de que contrate determinados productos con el prestamista o entidades por él señaladas?: si/no; 4.3.- En caso de préstamo a interés fijo ¿Sabe usted que no se beneficiará de una bajada futura de los tipos de referencia del mercado? si/no. 5.- Subrogación del acreedor: 5.1.- ¿Conoce que puede cambiar de prestamista a través de un procedimiento llamado subrogación que conlleva la amortización total anticipada de su préstamo y tiene bonificaciones fiscales y arancelarias?: si/no. 6.- Amortización anticipada del préstamo: 6.1.- En la oferta que le ha hecho la entidad prestamista ¿está prevista una comisión por amortización anticipada?: En caso de amortización total: si/no. En caso de amortización parcial: si/no. En caso de cambio de prestamista (subrogación del acreedor): si/no; 6.2.- Comprende que esta comisión, de existir, solo podrá cobrarse si la amortización anticipada produce una pérdida para la entidad prestamista que esta deberá justificarle: si/no. 7.- Comisiones: 7.1.- Tiene su préstamo: - comisión de apertura: si/no; - comisión de modificación de condiciones (novación): si/no; - comisión de reclamación de cuotas impagadas: si/no. 8.- Incumplimiento: 8.1.- ¿Ha comprendido usted que en caso de impago se le cobrará el interés de demora legalmente fijado sobre el importe que haya dejado de pagar?: si/no; 8.2.- ¿Ha comprendido usted que si el impago alcanza una determinada cuantía la entidad financiera puede declarar vencido anticipadamente el préstamo y reclamar a cada uno de los prestatarios la totalidad de lo adeudado?: si/no. 9.- Ejecución hipotecaria: 9.1.- ¿Comprende que el impago del préstamo puede conllevar la pérdida del bien hipotecado y su venta en pública subasta?: si/no; 9.2.- ¿Responde de esta deuda con todos sus bienes presentes o futuros o solo con el bien hipotecado?: con todos los bienes/solo con el bien hipotecado; 9.3.- ¿Comprende que si responde con todos sus bienes y el valor obtenido en la subasta de la finca hipotecada es inferior a lo adeudado, va a seguir debiendo la diferencia al prestamista?: si/no” (fecha del test 10 de septiembre de 2019).

CAPÍTULO CUARTO

expresamente que la cláusula de tipo de interés se compone del índice de referencia y adicionalmente del diferencial. Hubiera sido deseable que además se hiciera una breve mención a dicho índice de referencia para que el prestatario entendiera que existen más índices en el mercado y, en un momento dado, pudiera solicitar al notario información de los mismos y su comparación con el que realmente va a regir la economía del contrato.

Se refiere una de las preguntas a la existencia de bonificaciones para el tipo de interés. En rigor, las bonificaciones se aplican al diferencial que es el que determina adicionado al índice de referencia el tipo de interés del préstamo.

En el apartado de amortización del préstamo debería haberse especificado si el prestatario comprende, cuando el sistema de amortización no es el francés, la trascendencia que va a tener dicho sistema sobre la cuota tanto a medio como a largo plazo y, sobre todo, la interrelación que el sistema de amortización va a tener con la cláusula de interés variable, máxime si se da un escenario de subida de tipos de interés dado que la cuota puede aumentar de forma brusca al combinarse, por ejemplo, en una amortización con cuota creciente una subida de tipo de interés.

Consideramos que sería necesario que el test incluyera elementos precisos y comprensibles para que el futuro prestatario evaluara, con el asesoramiento del notario, las consecuencias principalmente económicas de la operación que va a formalizar.

3º.- redactar un acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, en la que el prestatario declare que ha recibido con una antelación mínima de siete días la documentación exigida y “que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación”.

Sin ninguna duda, el planteamiento que se realiza en la Ley para que la persona física, futuro prestatario, tenga un conocimiento completo del contenido del contrato y, además comprenda la información contenida en el mismo a efectos de cumplir con el principio de transparencia material, es muy loable. En parecidos términos es oportuno que el futuro deudor acuda al notario para que realice esta función de asesoramiento y llame la atención sobre aquellas cláusulas, relativas mayoritariamente al objeto principal del contrato, es decir precio y contraprestación, que tienen una mayor trascendencia en el contrato. Esta labor de asesoramiento tiene sentido prácticamente solo en los supuestos de operaciones a interés variable o en las de interés fijo cuando existe una bonificación del tipo de interés condicionada a determinados requisitos de vinculación.

Sin embargo, entendemos que no es correcto desplazar esta labor de información al notario, esta obligación corresponde de manera principal a la entidad

CAPÍTULO CUARTO

financiera. La Directiva 2014/17/UE, que se ha transpuesto mediante la Ley 5/2019, de manera expresa se refiere a que corresponde a las entidades prestamistas a través de su personal facilitar la información teniendo en cuenta los intereses de los consumidores y en base a hipótesis razonables en cuanto a los riesgos que afecten a la situación del consumidor durante la vigencia del contrato (considerando 31).

Se impone al sector financiero un elevado grado de profesionalidad, al tiempo que se exige que se preste asesoramiento al servicio de los intereses de los consumidores y, en este sentido, se debe velar para que el personal al servicio del prestamista posea los conocimientos y la competencia adecuados para alcanzar un alto nivel de profesionalidad (considerando 32). En parecidos términos es preciso que el consumidor reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato de crédito, al objeto de que pueda comparar y valorar las características de los productos bancarios (considerando 40). La Directiva impone a los estados miembros que, a través de instrumentos como la FEIN, el prestamista proporcione al consumidor toda la información pertinente para decidir con conocimiento de causa. En el considerando 44 se refiere expresamente a esta labor de información y a la FEIN para que “pueda reflexionar y comparar las características de los productos de crédito y obtener asesoramiento de un tercero en caso necesario”.

El artículo 4 de la Directiva en su punto 21 define “servicios de asesoramiento” como: “la prestación de asesoramiento personalizado a un consumidor con respecto a una o varias operaciones de contratos de crédito, cuando constituya una actividad aparte de la concesión del crédito y de las actividades de intermediación de crédito establecidas en el punto 5”. Esta labor de asesoramiento que entendemos debería ser independiente no es ajena a nuestro ordenamiento ya que en materia de inversión y mercados financieros se ha incorporado la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, mediante la Circular 4/2018, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica la Circular 1/2010, de 28 de julio, de información reservada de las entidades que prestan servicios de inversión y la Circular 7/2008, de 26 de noviembre, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las Empresas de servicios de inversión, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva y Sociedades Gestoras de Capital-Riesgo (BOE de 9 de octubre de 2018).

De manera resumida, tanto de la Directiva 2014/65/UE como de la Circular 4/2018 destacamos una serie de cuestiones en relación con esta exigencia de asesoramiento independiente que, si bien no son aplicables estrictamente a las operaciones de crédito hipotecario, si sería deseable que fueran tenidas en cuenta en futuras regulaciones en orden a conseguir esta transparencia del mercado hipotecario:

CAPÍTULO CUARTO

a) la necesidad deriva, en primer lugar, de la compleja gama de servicios que existen en el mercado.

b) en segundo lugar, la crisis financiera dejó al descubierto “puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros” (Considerando 4 Directiva).

c) igualmente se remarca en el Considerando 79 de la Directiva la necesidad de que los empleados que realicen actividades de asesoramiento o venta de productos a clientes minoristas posean un nivel suficiente de conocimientos y competencias sobre los productos que ofrecen.

d) para el caso de que se preste un servicio de asesoramiento independiente (Considerando 37) debe estar sujeto a la autorización de cada uno de los estados miembros de origen.

e) en orden a la pertinencia de la información se exige a los servicios de asesoramiento independiente que comuniquen su coste y “si ofrecen una evaluación periódica acerca de la idoneidad de los instrumentos financieros que recomiendan a sus clientes”, y, en parecidos términos, que expongan las razones que justifican sus recomendaciones (Considerando 72).

f) finalmente, en este asesoramiento independiente, se deben evaluar un número suficiente de productos de diferentes proveedores antes de formular una recomendación personalizada.

En línea con el argumento que defendemos, tampoco es defendible el plazo para redactar y componer el acta: un día antes de la firma de la escritura. Será muy difícil en tan corto espacio de tiempo que el prestatario, no olvidemos mayoritariamente futuro comprador, pueda anular o siquiera aplazar su decisión de contratar. En parecidos términos hemos criticado el plazo para la entrega de la FEIN (siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato), máxime cuando sustituye a todos los documentos que hasta ahora facilitaban al futuro prestatario toda la información sobre las condiciones financieras de la operación.

También criticamos la presunción de cumplimiento del requisito de transparencia material a través de la autorización del acta. Con un acta coetánea a la firma de la escritura difícilmente se garantizará que la transparencia se produzca de hecho. A ello habría que sumar que prácticamente en ningún caso el prestatario hace uso del derecho de libre elección de notario, con lo cual serán las notarías con las que habitualmente firman las entidades financieras las que van a formalizar las operaciones. Por ello se nos hace difícil creer que el notario haga constar en el acta que no se han cumplido en forma los requisitos para considerar cumplido el principio de transparencia material y que con ello “no podrá autorizarse la escritura

CAPÍTULO CUARTO

pública de préstamo” (artículo 13.4).

Nos hemos referido anteriormente a una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que, de manera expresa, en relación con el principio de transparencia material y a la intervención del notario en orden al cumplimiento de este principio señalan que “en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y *acabar de cumplir* <la cursiva es nuestra> con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia” (Sentencias 171/2017, de 9 de marzo y 608/2017, de 15 de noviembre).

Se refieren, sin ningún tipo de duda, ambas sentencias al momento en el cual se produce la intervención del notario: el momento final del proceso de contratación del préstamo hipotecario. Como muy acertadamente señaló el propio Tribunal Supremo en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo: “llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo”. En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, al referirse a la necesaria declaración del notario de que se han contrastado las condiciones financieras de la oferta vinculante con las del préstamo hipotecario a formalizar se considera que “tal declaración 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. Cuando se ha facilitado la información precontractual adecuada, la intervención notarial *sirve para complementar la información recibida por el consumidor*⁷² sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional”.

Reiteramos en este punto la importancia que tendría en orden al cumplimiento efectivo del principio de transparencia material que, en primer lugar, los empleados de las entidades financieras que realicen actividades de asesoramiento o venta de productos posean los conocimientos y competencias suficientes sobre dichos productos y, en segundo lugar, la necesidad de contar con un asesoramiento independiente, con un profesional que valore la idoneidad de las condiciones financieras del préstamo y pueda contrastar ofertas de distintas entidades en orden a formular una recomendación personalizada en función de las concretas necesidades del prestatario.

⁷² La cursiva es nuestra.

CAPÍTULO CUARTO

4º.- La exigencia de transparencia postcontractual.

Constituye, sin ningún tipo de duda, una novedad introducida por la Ley 5/2019 en su disposición adicional octava al establecer la exigencia tanto al notario autorizante de la escritura pública como al registrador de la propiedad competente de la entrega o remisión telemática gratuita de una copia de la escritura de préstamo, en el caso del notario, y, en cuanto al registrador se impone la obligación de envío también gratuito y de forma telemática al prestatario de una nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, “con indicación de la cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación”.

Esta novedad introducida por la Ley 5/2019 refuerza esta transparencia más allá de las previsiones de la Directiva y las debemos valorar de forma positiva beneficiando sin ninguna duda por lo que representa que dos personas ajenas a la entidad financiera valoren y en todo caso censuren aquellas cláusulas que adolecen de falta de transparencia.

5.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS.

De entrada, hay que señalar que no es posible extender este control de transparencia material a la contratación bajo condiciones generales en las que el adherente no sea persona física dado que la Ley 5/2019 ha ampliado el ámbito subjetivo de protección de la misma no solo al consumidor sino al “prestatario, fiador o garante...persona física” (artículos 1 y 2.1). Sí podrán ser objeto de control por vía de incorporación o inclusión dichas condiciones generales con independencia de que el adherente sea consumidor o, en cuanto al control de transparencia, persona física. En el caso del adherente sin discriminar si es persona física o jurídica, recordemos, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en sus artículos 5 y 7 impone la obligación positiva de oportunidad de conocimiento por parte del adherente en el momento de la celebración del contrato y las negativas de que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Nos remitimos al capítulo de la tesis en donde hemos desarrollado este control de incorporación.

En este punto pretendemos abordar la cuestión de si es posible salvar la limitación de la doctrina jurisprudencial que entiende la improcedencia del control de transparencia cualificado a aquellos contratos redactados con condiciones generales en los que de manera clara el adherente es una persona jurídica que actúa en el ámbito de su actividad comercial o empresarial.

El concepto legal de consumidor y usuario es el señalado en el artículo 3 del Texto Refundido 3/2014, de 27 de marzo, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

CAPÍTULO CUARTO

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Como hemos señalado anteriormente la protección del control de transparencia al adherente persona física, merezca o no la calificación de consumidor, ha quedado resuelta con la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que, en sus artículos 1 y 2, regula la aplicación de la ley a los contratos de préstamo a las personas físicas “que sean deudores, fiadores o garantes de préstamos garantizados mediante hipoteca” (artículo 1). En el artículo 2 se concreta el ámbito de aplicación de la Ley en atención a la finalidad del préstamo. Nos remitimos al comentario que en el apartado anterior hemos realizado en relación con las especialidades que se derivan tanto de la finalidad como de la necesaria calificación como consumidor del prestatario, deudor o garante en supuestos determinados.

Cierto es que, hasta el momento, no existe ni en el derecho nacional ni en el comunitario una modalidad especial de protección del adherente persona jurídica no consumidor. En estas situaciones obviamente para evitar situaciones de abuso contractual habría que atender a la legislación civil y mercantil, en especial los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio. Ilustra esta afirmación el preámbulo de la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que si bien señala con claridad que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, añade: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. 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 cuando se trate de contratos entre profesionales o empresarios”.

Precisamente, en dos supuestos en que el adherente era persona jurídica que actuaba en su ámbito empresarial, invocando el principio general de buena fe, el Tribunal Supremo en sentencias 367/2016 de 3 de junio de 2016 y 57/2017 de 30 de enero de 2017, ha reconocido la posibilidad de “expulsar del contrato...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 ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que

CAPÍTULO CUARTO

perjudican al adherente. Así, el artículo 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias – publicidad, actos preparatorios, etc. – se derivan de la naturaleza del contrato” (Fundamento de derecho séptimo, apartado 1, sentencia de 30 de enero de 2017).

En dicha sentencia en la que se enjuicia la abusividad de una cláusula suelo en una escritura de hipoteca formalizada por una sociedad limitada con una finalidad empresarial, el Tribunal Supremo fija los límites de la buena fe como parámetro de interpretación contractual enlazando el carácter sorpresivo contrario a la buena fe con la regla de las cláusulas sorprendentes, “conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos de la LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato” (Fundamento de derecho séptimo, apartado 1, sentencia de 30 de enero de 2017). Ya habíamos apuntado que las cláusulas sorprendentes o no transparentes en cuanto que referidas al objeto principal o parte económica del contrato “son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”⁷³, y ambas quedan incluidas dentro del control de transparencia material.

En la sentencia de 3 de junio de 2016 se enjuicia la nulidad de una cláusula de limitación del interés variable (cláusula suelo) inserta en una operación de préstamo hipotecario para adquisición de una farmacia suscrita por una farmacéutica. En la misma el Tribunal Supremo resuelve el caso atendiendo a la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y la jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, señalando que los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, “establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, principio general capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las cláusulas que suponen un desequilibrio en la posición contractual del adherente, en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente” (Fundamento de derecho quinto, apartado 1).

Se concreta en el fallo la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz, en este sentido, de expulsar del contrato aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual

⁷³ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Cámara en Indret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, 30 de enero de 2017.

CAPÍTULO CUARTO

del adherente, considerando como tales, en idénticos términos reproducidos en la posterior sentencia de 30 de enero de 2017, “aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato” (Fundamento de derecho quinto, apartado 1). Añade en dicha línea argumentativa 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” (Fundamento de derecho quinto, apartado 2). Esta conclusión, apunta la sentencia, es además acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, la llamada “Comisión Lando” que en el artículo 1:201 relativo a la buena fe contractual, dentro de la sección de Deberes generales señala⁷⁴:” (1) Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo”. Además, en el artículo 4:110.1 se prevé la nulidad de las cláusulas abusivas sea cual fuere la condición del adherente (consumidor o no), entendiéndose por tales las que “causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato”. Adicionalmente se señala en el artículo 4:110.2 que no está permitido el control de contenido respecto de las cláusulas que “concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible”. La sentencia considera esta cuestión de gran importancia, dado que en un contrato de préstamo de naturaleza mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación (Fundamento de derecho quinto, apartado 2).

La sentencia confirma la validez de la cláusula al considerar probado que hubo negociaciones “intensas” entre las partes y que por tanto la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación de la variabilidad del interés remuneratorio, “de manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio” (Fundamento de derecho sexto, apartado 2).

En términos claros defendiendo la interpretación extensiva del control de transparencia en la contratación entre empresarios debemos referirnos al voto particular de la sentencia antes citada de 3 de junio de 2016. Dicho voto particular considera que el principio de transparencia ha supuesto una novedad y un cambio que supone un derecho por parte del adherente de recibir una información comprensible y directa en su situación de inferioridad. Defiende que el

⁷⁴ La traducción de dichos principios por parte del Profesor Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, se puede consultar en www.campus.usal.es.

CAPÍTULO CUARTO

desenvolvimiento actual del control de transparencia “ha cobrado ya cuerpo o fisonomía de auténtico principio jurídico” (apartado segundo 1 del voto particular). Citando a RIPERT y su monografía clásica sobre “la regla moral en las obligaciones civiles”, afirma que “el concepto de transparencia participa de un modo directo en el actual desenvolvimiento de las directrices de orden público económico, como un claro fundamento dinamizador y de concreción normativa del papel que hoy en día desempeña el principio de buena fe en la ordenación del tráfico patrimonial bajo condiciones generales, de forma que justifica los especiales deberes de configuración jurídica que incumben al predisponente en orden a procurar la comprensibilidad real, que no meramente formal, de la reglamentación predispuesta”⁷⁵ (apartado segundo, 2.1 voto particular).

Este voto particular considera, por tanto, el control de transparencia, en cuanto a la reglamentación predispuesta en la que no ha podido participar, como un auténtico principio jurídico en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales. Defiende en este sentido su aplicación en la contratación entre empresarios.

Una parte de la doctrina, analizando estas sentencias, considera acertada la virtualidad que otorga el Tribunal Supremo al principio de buena fe en sentido objetivo en base a los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, “como instrumento para extender la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales”⁷⁶. Se argumenta que el principio de buena fe objetiva permite anteponer “las expectativas legítimas y razonables que el adherente tenía al contratar frente al contenido de las condiciones generales relativas al objeto principal o parte económica del contrato de las que no tuvo conocimiento cuando emitió su consentimiento y cuya presencia en el clausulado negocial supone una conculcación manifiesta de aquellas expectativas”⁷⁷.

La diferencia que a efectos del control de transparencia presentan los contratos en que el adherente sea consumidor con aquellos en los que sea empresario profesional o persona jurídica actuando en su ámbito empresarial o profesional, se referirá al ámbito procesal, es decir, en aquellos casos en que el adherente no sea consumidor las reglas sobre carga de la prueba aplicables deberán ser las generales. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017: “Y como

⁷⁵ La cursiva es nuestra.

⁷⁶ MIRANDA SERRANO, L., ob.cit., página 52. En parecidos términos PERTÍÑEZ VILCHEZ.F. “Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendentes en contratos con adherentes empresarios”, *Indret*, 4, año 2016, páginas 1 y siguientes y PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, año 2017, páginas 459 y 460.

⁷⁷ MIRANDA SERRANO, L., ob. cit. loc. cit.

CAPÍTULO CUARTO

quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente” (Fundamento de derecho séptimo, apartado 3).

Las circunstancias, por tanto, que deberían tomarse en consideración para valorar el carácter sorpresivo contrario a la buena fe serían: el nivel de información proporcionado, la personalidad jurídico-mercantil del adherente, volumen de negocio de la sociedad, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, existencia o no de asesoramiento experto, etc.

6.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

1) El control de transparencia material (o segundo control de transparencia distinto del de inclusión o incorporación) solo se aplica a aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que inciden o pueden incidir en el contenido de la obligación de pago del deudor y su finalidad básica es que el prestatario pueda tener un conocimiento real y completo de cómo juega esta cláusula en la economía del contrato.

Las cláusulas que definen el objeto principal del contrato son aquellas que regulan las prestaciones esenciales y que, por tanto, lo caracterizan. La cláusula de intereses variables es el elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario a interés variable ya que, según señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el elemento esencial del contrato de préstamo bancario es la estipulación mediante la cual el prestamista se compromete a poner a disposición del prestatario una suma de dinero y, este último, se compromete, a su vez, a reembolsar, normalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos.

2) El control de transparencia material se extiende más allá del plano formal y gramatical y de él se deriva la exigencia de que el contrato exponga de manera transparente cómo funciona el mecanismo de la variación de intereses y cómo se relaciona la cláusula de intereses con el resto de estipulaciones, de tal forma que el adherente pueda valorar en base a criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan del contrato.

Es un control que en sus orígenes fue de naturaleza jurisprudencial, principalmente a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que de manera expresa lo diferenció del control de inclusión. Estableció, a nivel práctico, los siguientes elementos en orden a su configuración: de la información

CAPÍTULO CUARTO

suministrada, el consumidor debe percibir que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato; definirá el objeto principal del contrato siempre que afecte a su obligación de pago; la información suministrada debe contemplar todos los aspectos y funcionamiento de la cláusula en la economía del contrato, solo así podrá comprender su sacrificio patrimonial; esta relevancia de la cláusula debe ser percibida con total nitidez por el prestatario y solo se considerará cumplido el principio si la información se ha facilitado antes de la formalización del contrato (importancia de la oferta comercial y de las negociaciones antes de su celebración). Es importante señalar que no existe una relación exhaustiva de circunstancias. Lo determinante es el resultado: un consumidor perfectamente informado para que con pleno conocimiento de las cláusulas predispuestas pueda valorar la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato.

3) De ninguna manera se puede aceptar el cumplimiento de los deberes de información con la simple constatación de las distintas exigencias impuestas por la normativa sectorial o administrativa. La regulación sectorial o administrativa no debe impedir la aplicación de la legislación sustantiva, desnaturalizando el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia. Por tanto, el control de transparencia no puede limitarse al cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa sectorial o administrativa sobre transparencia bancaria.

La finalidad de que solo se pueda someter al control de transparencia material el objeto principal del contrato es que el prestatario pueda elegir de manera adecuada en el mercado entre las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. El argumento que defendemos es que los adherentes dirigen toda su atención en el momento de contratar hacia estos elementos que determinan el precio y la prestación del préstamo hipotecario, en consecuencia, esta equivalencia debe ser verdaderamente transparente en el sentido de que debe ser conocida y comprendida en toda su extensión por el prestatario en el momento de emitir su consentimiento negocial. El elemento esencial del préstamo hipotecario a interés variable es el índice de referencia más el diferencial.

) El fundamento normativo actual del principio de transparencia material lo fundamentó el Tribunal Supremo en el artículo 80.1 del TRLGDCU. Compartimos la crítica de una parte de la doctrina que consideró que no es correcto sostener este control en base al artículo citado. Entendemos que sería más correcto buscar su fundamento normativo en el artículo 60 del mismo texto legal que impone al empresario un deber general de informar en el momento de la oferta comercial al consumidor y usuario de las principales características del contrato, en especial, sobre el precio total del producto o servicio.

5) Con la promulgación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se ha reconocido a nivel normativo este principio de transparencia material ampliándolo además a todas las personas físicas, sin ningún

CAPÍTULO CUARTO

tipo de matices y sin consideración a su actividad.

Este principio o control se basa en la Ley en la entrega por parte del prestamista de una serie de documentación cuya finalidad es reforzar, en fase precontractual, la comprensión de la carga jurídica y económica del préstamo. Esta documentación es: la Ficha Europea de Información Normalizada que sustituirá a las existentes hasta ahora, la Ficha de Advertencias Estandarizadas, en operaciones a tipo variable un documento que haga referencia a las cuotas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de tipos de interés y una copia del contrato cuyo contenido se debe ajustar a los documentos antes señalados.

Esta documentación se debe entregar con una antelación mínima de diez días naturales antes de la firma del contrato. Considerando la supresión de todos los documentos que antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 garantizaban la información al futuro prestatario, criticamos la drástica reducción tanto del plazo como de los cuatro documentos existentes hasta la fecha (guía del préstamo hipotecario, FIPRE, FIPER y oferta vinculante). Prácticamente toda la información se va a contener en la FEIN ya que el resto de los documentos no aportan nada nuevo y simplemente se limitan a resaltar determinados aspectos. La combinación de ambos factores (plazo y documentación) nos parece poco acertada y no va a contribuir a que el principio de transparencia material se cumpla con la efectividad requerida.

6) En la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario recae en el notario autorizante de la operación de préstamo hipotecario la comprobación del principio de transparencia material. Consideramos que el personal al servicio de la entidad financiera debería tener un mayor peso específico en el cumplimiento de este control de transparencia. La Directiva 2014/17/UE que se transpone con dicha Ley hace recaer en los empleados de las entidades financieras el grueso de las obligaciones de información basándose en requisitos de conocimiento y competencia. Por tanto, deberían ser las entidades quienes soportaran el grueso de las obligaciones de información en aras a cumplir el principio de transparencia.

Los notarios con la Ley serán el elemento clave en la verificación y asesoramiento personal para conseguir los objetivos del principio de transparencia material. Tres exigencias en la función notarial: en primer lugar, verificar la recepción de toda la documentación, en segundo lugar, resolver las dudas y prestar el asesoramiento necesario y, finalmente, redactar un acta acreditando expresamente que el prestatario comprende, acepta y entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

Esta acta, consideramos, que no va a garantizar el cumplimiento de la transparencia requerida. En palabras del Tribunal Supremo: “la información notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor” (8 de junio de 2017). Es decir, acabar de cumplir las exigencias de información que subyacen al

CAPÍTULO CUARTO

deber de transparencia (15 de noviembre de 2017). Y mucho menos por el plazo, un día antes de la firma de la escritura cuando la decisión de contratar está ya tomada con todas las consecuencias.

7) Respecto de la posibilidad de aplicar el principio de transparencia material en los contratos celebrados entre empresarios personas jurídicas, hay que señalar que, en base al principio de buena fe como norma modeladora del contenido contractual y enlazando con la doctrina de las cláusulas sorprendentes (gemelas de las intransparentes) defendemos la nulidad de determinadas estipulaciones que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato, pudo tener el adherente. Exactamente igual solo tendrá aplicación frente a las condiciones generales relativas al objeto principal o parte económica del contrato. La diferencia en estos casos, en relación con todo lo expuesto anteriormente sobre el control de transparencia en supuestos de adherentes consumidor o persona física con la futura normativa, estará en el ámbito procesal. El adherente persona jurídica deberá soportar la carga de la prueba de acreditar la inexistencia o insuficiencia de la información.

8) A nuestro entender el principio de transparencia material se basa principalmente en la información precontractual, por tanto, anterior a la formalización ante notario de la escritura de hipoteca. Sin ningún tipo de duda el Tribunal Supremo configuró este principio determinando que la comprensibilidad era diferente de la cognoscibilidad y que, por tanto, la información que debía suministrar la entidad financiera era previa y necesaria al momento de lectura y firma de las estipulaciones del contrato en el momento de firma de la escritura. En tal sentido, reiteramos, los deberes de información deben recaer de manera preponderante en la entidad financiera predisponente del clausulado del contrato de préstamo hipotecario.

CAPÍTULO QUINTO

CAPÍTULO QUINTO

EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE.

1.- INTRODUCCIÓN

Nos situamos ante uno de los aspectos clásicos del control de las condiciones generales de la contratación. Anteriormente, recordemos, apuntábamos dos controles. En primer lugar, el llamado control de incorporación o inclusión, también denominado de transparencia formal que básicamente se centra en los requisitos formales necesarios para que las condiciones generales se consideren parte de un contrato, y, en segundo lugar, el denominado control de transparencia real o material, directamente relacionado con la contratación bancaria, originariamente de creación jurisprudencial y con sustantividad propia tras la aprobación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que en sus artículos 14 y 15 regula pormenorizadamente este principio de transparencia material. En el capítulo precedente de esta tesis hemos analizado con profundidad dicho control.

Junto a estos controles habíamos planteado la exigencia de un requisito necesario en la cláusula de intereses variables: la objetividad. Justificábamos su estudio separado encuadrando esta objetividad dentro de los remedios generales de nuestro Código Civil y más concretamente en la proyección de esta exigencia en la determinación de los tipos de interés en las operaciones hipotecarias a interés variable. Nos remitimos al capítulo de la tesis donde de manera diferenciada se realiza su estudio, centrándonos en la objetividad en los dos índices de referencia más habituales del mercado hipotecario español: el euríbor y el IRPH Entidades.

En rigor, el control de contenido se refiere al que se realiza sobre las condiciones generales una vez que ya se han incluido en un contrato, en nuestro caso, de préstamo hipotecario. Su regulación legal la podemos encontrar a nivel interno en los artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en derecho comunitario en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Hemos apuntado anteriormente la distorsión que se produce por

CAPÍTULO QUINTO

esta dualidad de régimen, de forma que, cuando en la relación contractual el adherente no es un consumidor, no existen mecanismos de control de contenido de las condiciones generales y, paradójicamente sí se aplicará dicho control a aquellos contratos en que, sin necesidad de haberse celebrado bajo condiciones generales, una de las partes sea consumidor.

Este control de contenido se articula a través de la prohibición general del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que en su primer apartado señala: “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

A nuestro entender caben dos críticas a la redacción de este apartado. En primer lugar, ha de indicarse que la previsión del mismo no aporta nada nuevo en relación con el artículo 6.3 del Código Civil: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. En segundo lugar, destaquemos que no está previsto en el articulado de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ningún mecanismo específico de control de contenido salvo los requisitos de los artículos 5 y 7 que son propios del control de incorporación.

En cambio, el número 2 del artículo 8 que comentamos señala: “En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

La definición de cláusula abusiva se encuentra en el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que considera como tales a “las estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Se establece por remisión de este artículo una relación de cláusulas consideradas en todo caso abusivas agrupadas bajo los siguientes epígrafes en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU:

- a) vinculación el contrato a la voluntad del empresario
- b) limitación de los derechos del consumidor y usuario
- c) determinación de falta de reciprocidad en el contrato

CAPÍTULO QUINTO

d) imposición al consumidor y usuario de garantías desproporcionadas o de la carga de la prueba

e) desproporción en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato

f) contravención de las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

2.- REQUISITOS DEDUCIDOS DE LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 82.1 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO DE LAS CONTRAPRESTACIONES.

Estas dos exigencias de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones enlazan directamente y traen causa de la previsión del número 1 del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, recordemos, define el concepto legal de cláusula abusiva. En este sentido es importante referirnos al artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que señala: “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Una interpretación de este artículo nos conduce a la definición de “cláusula general abusiva” que se integraría por los dos conceptos clásicos en la legislación sobre la materia de protección de los consumidores y usuarios, como son la ausencia de buena fe y el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de dichos consumidores y usuarios¹.

En rigor, la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones son dos requisitos distintos; sin embargo, su relación es tan estrecha que resultan difícilmente separables en la práctica contractual: “el justo equilibrio de las contraprestaciones implica la existencia de buena fe, y la buena fe difícilmente existirá si no hay un equilibrio contractual justo”².

¹ RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España”. En *Contratos bancarios*. Edición del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid, 1.992, página 936. Incide en la cuestión del desequilibrio, pese a las exigencias de la buena fe. NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Editorial Aranzadi, año 2016, páginas 112 y siguientes, estudiando dicho autor la aplicabilidad del control de abusividad a los contratos bancarios.

² DIAZ ALABART, S., en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Dirigida por Bercovitz, R. y Salas, J., Madrid, Editorial Civitas, año 1992, página 253; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.,

CAPÍTULO QUINTO

El recurso a la buena fe, como concepto general que sirve de pauta para la definición de cláusulas abusivas, tiene como finalidad no recurrir a un concepto concreto y restrictivo, y en este sentido debe permitir a quien enjuicie la validez o no de una estipulación controlar el contenido de las condiciones generales mediante lo que se ha venido en calificar como “criterio valorativo” de las obligaciones impuestas a las partes en la relación contractual, “al modo como la propia buena fe viene reclamada en el artículo 1258 del Código Civil para determinar el contenido del contrato más allá de los expresamente pactado”³. En la misma línea DÍAZ ALABART, sostiene que la buena fe no debe ser entendida en un sentido subjetivo sino en sentido objetivo como lo calificaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales: “la buena fe... entendida como un criterio de valoración de determinadas conductas, que tiene en cuenta no solo la honradez subjetiva de la persona, sino, principalmente, las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en tráfico jurídico”⁴. La carencia de esa buena fe ocasionará un desequilibrio contractual injustificado, favorable a la parte más fuerte: el empresario o entidad financiera en nuestro caso.

Resulta difícil establecer la diferencia entre la buena fe y el justo equilibrio. El requisito diferenciador entre uno y otro concepto se debe buscar en el carácter más general, más abstracto y sobre todo activo y anímico de la buena fe, frente a la mayor concreción del justo equilibrio de las contraprestaciones, concepto de resultado frente al abstracto de la buena fe. Esta circunstancia, sostenida por una parte de la doctrina, permite recurrir a la buena fe en cuanto que concepto general que va a servir de pauta para conceptuar a una cláusula como abusiva con la finalidad de no recurrir a un concepto cerrado que permita al juez “controlar el contenido de las condiciones generales mediante lo que la doctrina ha calificado de criterio valorativo de las obligaciones impuestas a las partes en la relación contractual, al modo como la propia buena fe viene reclamada en el artículo 1258 del Código Civil para determinar el contenido del contrato más allá de los expresamente pactado”⁵.

“Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe”, *Revista de Derecho Civil*, número 4 (octubre-diciembre 2016), en las páginas 92 y siguientes realiza un estudio sobre el control de cláusulas bajo el criterio de la buena fe; PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Buena fe ex artículo 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret* (2016), número 4; CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predispuestas en contratos con empresarios”, año 2016, disponible en <http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>, este autor se muestra escéptico en la utilización del principio de la buena fe para controlar las cláusulas generales ya que dicha “buena fe contractual” del artículo 1258 no estaba pensada para este tipo de contratación.

³ POLO, E., en *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, año 1990, página 105.

⁴ DIAZ ALABART, S., ob.cit., página 253. Señala que la buena fe en sentido subjetivo aparece en los artículos 433 y siguientes del Código Civil y se puede entender como la creencia propia y particular de obrar correctamente. Así, por ejemplo, el artículo 433 con referencia a la posesión señala que “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide...”.

⁵ POLO, E., ob. cit., página 105. En parecidos términos DIAZ ALABART, S., ob. cit., página 253.

CAPÍTULO QUINTO

El justo equilibrio de las contraprestaciones al que DÍAZ ALABART se refiere es más bien un “justo equilibrio contractual”⁶, huyendo así del concepto más restrictivo deducido del tenor literal del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al extender el justo equilibrio a todo el contrato y no solo a las prestaciones objeto del mismo, comprendería aquellas estipulaciones que causaran un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor o comportaran una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

Bastante clarificador en este punto es el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que dispone que “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Este precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, “trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas” (Considerando 109 de la Sentencia del Tribunal Supremo de Mayo de 2013 que remite a distintas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)⁷.

En parecidos términos, pero con una interpretación mucho más restrictiva se señala que el justo equilibrio de las contraprestaciones hace referencia a la necesidad de que “el mayor poder contractual” de uno de los sujetos intervinientes, en nuestro caso el predisponente, es decir, la entidad financiera, no se traduzca en “una configuración de la posición jurídica resultante de la relación contractual descompensada según las exigencias de la equidad”⁸.

⁶ DIAZ ALABART, S., ob.cit., página 253. Cita en defensa de su argumentación a BERCOVITZ, R., en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, año 1987, páginas 199 y 200.

⁷ Destacan entre dichas Sentencias la de 26 de octubre de 2006, apartado 36; la de 4 de Junio de 2009, apartado 25; la de 14 de Junio de 2012, apartado 40; la de 21 de febrero de 2013, apartado 20 y la de 14 de Marzo de 2013, apartado 45.

⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., “Las condiciones generales de los contratos en el Derecho Español”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, año 1987, página 643; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, año 2008, Editorial Bosch, Barcelona; MIRANDA SERRANO, L.M., “La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 304, año 2017, páginas 41 y siguientes.

CAPÍTULO QUINTO

El artículo 82 TRLGDCU después de definir las cláusulas abusivas remite a los artículos 85 a 90 de la misma Ley en los cuales se enumeran de forma exhaustiva y sistemática distintos tipos de cláusulas que carecen de los requisitos antes expuestos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones⁹. En dichos artículos se agrupan las consideradas cláusulas abusivas en seis grupos, antes señalados, y a los que ahora nos remitimos teniendo en cuenta que posteriormente serán objeto de desarrollo en orden a analizar las estipulaciones más habituales recogidas en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable.

De forma previa al estudio de alguna de las cláusulas más utilizadas en los contratos de préstamo hipotecario de las entidades financieras y que pueden incardinarse en alguno de los supuestos de los grupos antes citados vamos a intentar analizar, al hilo de distintas resoluciones judiciales, los contornos de los requisitos de buena fe y justo equilibrio en la contratación por adhesión y en especial en la contratación bancaria.

En la jurisprudencia sobre esta cuestión la primera y más importante afirmación que encontramos es que las cláusulas, calificadas como condiciones generales, insertas en contratos de adhesión, por sí mismas no son nulas si no son contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones. Así en el Fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, se señala que tanto el legislador comunitario como el español, “remiten a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual” (apartado 4). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2018, tras afirmar que los controles de transparencia y abusividad están reservados a la contratación con consumidores¹⁰, se refiere al artículo 1258 del Código Civil considerando que contiene reglas de integración del contrato, en concreto en relación con la buena fe, “de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el contenido natural del contrato” (Fundamento de derecho tercero). En su momento ya el Tribunal Supremo, en el Considerando segundo de la Sentencia de 31 de Mayo de 1991 había señalado que “la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades...” y además, refiriéndose al antiguo artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy artículo 82 del Texto Refundido de dicha Ley, redactado en idénticos términos) señalaba que este artículo suministraba criterios para sancionar con

⁹ En términos prácticamente idénticos el artículo 10.bis de la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios remitía a la Disposición Adicional de la propia Ley donde se recogían 29 tipos de cláusulas que carecían de los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

¹⁰ Con la aprobación de la Ley de contratos de crédito inmobiliario, el control de transparencia amplía su ámbito subjetivo de aplicación a las personas físicas, sin distinción de si son o no consumidores. En el artículo 2 se señala: “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...”.

CAPÍTULO QUINTO

nulidad las cláusulas contractuales que supongan una gravísima alteración de los principios de igualdad y equivalencia. Añadía que para determinar esta sanción se deberían ponderar las obligaciones asumidas por los contratantes en función de su situación, la cuantía de los intereses en juego, posibilidad de actuación, diseño más o menos perfecto de la bilateralidad, el desplazamiento de la onerosidad a una sola de las partes, etc....

Destaca por su importancia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de Enero de 1992, invocada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de noviembre de 1992, en la que valorando la actuación en el tráfico jurídico de las entidades financieras señala que la misma está regulada por un amplio conjunto de normas, encabezadas por la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, hoy derogada por la Ley 10/2014, de 26 de Junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito¹¹, que configura un ordenamiento sectorial para dichas entidades. Tendremos pues que acudir a esta legislación singular para determinar en qué supuestos se infringen estas exigencias de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. En la Sentencia antes citada de la Audiencia Provincial de Valencia se enjuicia la actuación de una entidad financiera en la que conculcan los requisitos de claridad, documentación y buena fe. Se resuelve en la misma que la entidad financiera, al no entregar una copia de la póliza de crédito, infringe el requisito de la buena fe contractual y abusando de su prepotente situación conculca los derechos reconocidos a los consumidores por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Una nueva alusión a la normativa sectorial para determinar la extensión de los requisitos mencionados la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 1 de diciembre de 1992. Se remite a la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, hoy derogada, en relación con la libertad en el pacto de intereses que puedan servir de patrón para determinar la adecuación del contrato a las buenas prácticas y usos bancarios. Se plantea en dicha sentencia la cuestión de la claridad y conformidad de las cláusulas con la disciplina bancaria por cuanto se señala que no se requieren profundos conocimientos de matemática financiera en la fórmula de cálculo aplicada por el banco a la operación¹².

¹¹ Curiosamente ambas leyes surgieron en contextos de crisis del sistema bancario. Recordemos como la Ley 26/1988 surgió como consecuencia de la profunda crisis que afectó al conjunto del sistema bancario entre los años 1977 y 1985 y que ocasionó la quiebra de más de la mitad de los bancos que operaban en el país a principios de 1978 (fuente Exposición de Motivos de la Ley 10/2014) . Por su parte la Ley 10/2014 surge de una parte para adaptar la legislación bancaria al Derecho de la Unión Europea y de otra, como consecuencia de la crisis financiera de la década anterior, por la necesidad de mejorar la calidad de la regulación prudencial de entidades de crédito (reserva de actividad, control de acceso e idoneidad de directivos y accionistas más significativos, refuerzo específico de las exigencias de gobierno corporativo, tratamiento de las entidades con dificultades de viabilidad – incluyendo la posibilidad de intervención y sustitución de sus administradores o la imposición de pérdidas a sus respectivos acreedores -.

¹² Se resuelve la validez de la estipulación en la que se recogen y son conocidos desde el primer momento por el prestatario tanto el importe final y total del préstamo, como el importe mensual y anual resultante, así como la

CAPÍTULO QUINTO

Además de referirse a la normativa sectorial la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de 4 de febrero de 1993, señala que deberán tenerse en cuenta en el ámbito de la actividad bancaria los usos de comercio para cuya verificación y constatación en este ámbito resultan de importancia las opiniones, dictámenes y resoluciones de la más alta autoridad encargada de la disciplina de las entidades de crédito, es decir, el Banco de España. En él existe un Servicio de Reclamaciones, hoy llamado Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones, creado por Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987 sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de Crédito, desarrollado por la Circular 24/1987, de 21 de Julio, del propio Banco de España y por la Orden Ministerial de 12 de Diciembre de 1989. Dicho departamento es el encargado de tramitar las reclamaciones que puedan formular los clientes de las entidades de depósito que puedan quebrantar las normas de disciplina o las buenas prácticas o usos bancarios.

Consultando cualquiera de las memorias anuales constatamos que, en relación con estas buenas prácticas y usos financieros, estos se pueden agrupar bajo distintos epígrafes en función de las distintas áreas o aspectos negociales, en nuestro caso nos centramos en las operaciones activas y en concreto préstamos hipotecarios.

Lo primero que llama la atención de cualquiera de las memorias es que, ya lo hemos señalado anteriormente, las entidades en materia de asunción de riesgos crediticios son libres para aprobar o desestimar las operaciones que les plantean sus clientes atendiendo a los llamados criterios clásicos de la selección de inversiones: seguridad o solvencia, liquidez y rentabilidad¹³. Además, hay que tener en cuenta que existe libertad en diseñar sus políticas crediticias y el cliente al contratar con una entidad de crédito únicamente podrá exigir que las relaciones contractuales se ajusten tanto a la ley como a las exigencias de las buenas prácticas y usos bancarios.

Sí que nos servirán las memorias anuales del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España para intentar concretar cuáles son esas buenas prácticas y usos bancarios. Entendemos que debemos ajustarnos al tema objeto de estudio en esta tesis y centrarnos en consecuencia en las operaciones activas y más concretamente en las operaciones a tipo de interés variable sin que debamos obviar determinadas prácticas que por su relación directa con el iter contractual nos permitan clarificar estas actuaciones precisamente para concretar lo que hemos denominado “equilibrio contractual justo”.

fórmula de cálculo para cuya verificación no se requiere “un profundo conocimiento de matemática financiera ya que se trata de la conocida fórmula capital por crédito por tiempo dividido entre 360 días por 100”. Se constata, además, que las oportunas liquidaciones mensuales han sido enviadas al prestatario y se adecuan a la fórmula pactada.

¹³ Se pueden consultar cualquiera de las Memorias en www.bde.es

CAPÍTULO QUINTO

Consideramos oportuno en este punto al hablar de usos bancarios referirnos brevemente a las fuentes del derecho contractual bancario para entender el alcance de los mismos en el tema objeto de estudio.

Partimos de la premisa de que los contratos bancarios tienen naturaleza mercantil. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que siempre que los contratos estipulados tengan el carácter de operaciones bancarias pueden ser calificados como mercantiles al amparo del artículo 2 del Código de Comercio¹⁴. Hay que considerar además que desde un punto de vista subjetivo todas las entidades de crédito que revisten forma de sociedad anónima tienen por imperativo legal carácter mercantil¹⁵. En consecuencia, pues, tendrán que regularse por el Derecho Mercantil y habrá que estar al sistema de fuentes de todo contrato mercantil, establecido en el artículo 50 del Código de Comercio: “Los contratos mercantiles en todo lo relativo sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales por las reglas generales del derecho

¹⁴ STS de 9 de mayo de 1944; STS 27 de diciembre de 1985; STS 8 de Noviembre de 1986; STS 7 de Noviembre de 1990; STS 5 de Diciembre de 1991 y STS de 31 de octubre de 2001.

Artículo 2 Código de Comercio: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”.

¹⁵ Artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: “las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil”.

Cabría cuestionar si tienen tal carácter las Cajas de Ahorro y las Cooperativas de Crédito ya que en rigor no son sociedades anónimas. En todo caso sí se pueden considerar empresarios del crédito y la banca y además, tanto bancos como cajas de ahorro y cooperativas de crédito son Entidades de Crédito y por tanto son empresas que tienen como actividad captar fondos del público aplicándolos a la concesión de créditos.

El argumento se deduce del artículo 1.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: “tienen la consideración de entidades de crédito: a) los bancos. b) las cajas de ahorros. c) las cooperativas de crédito. d) el Instituto de Crédito Oficial”.

Señalar que mediante el Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas, derogado por la Ley 10/2014 LOSSEC, pierden la condición de entidad de crédito la Confederación Española de Cajas de Ahorros, los establecimientos financieros de crédito y las entidades de dinero electrónico.

En relación con los establecimientos financieros de crédito señalar que se regularán por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Hay que tener en cuenta que dentro de las actividades que pueden desarrollar estas entidades se encuentran, según el artículo 6 de la Ley, “la concesión de préstamos y créditos, incluyendo créditos al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales”. Su régimen jurídico es el establecido por la propia ley 5/2015 y para lo no previsto en la misma se aplicará la normativa prevista para las entidades de crédito y “en especial se aplicará a los establecimientos financieros de crédito la regulación sobre participaciones significativas, idoneidad e incompatibilidades de altos cargos, gobierno corporativo y solvencia contenida en la Ley 10/2014, de 26 de Junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y su normativa de desarrollo, así como la normativa de transparencia, mercado hipotecario, régimen concursal y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo prevista para las entidades de crédito” (artículo 7.2)

CAPÍTULO QUINTO

común”. Por tanto, la prelación de fuentes sería¹⁶:

1º.- Código de Comercio. En la medida que los contratos bancarios carecen de regulación específica en el mismo habrá que atender a las normas generales de la contratación mercantil (artículos 50 a 63 Código de Comercio) y, de conformidad con el artículo 50, a las normas generales de contratación del Código Civil (artículos 1254 a 1314 Código Civil). Además, la herramienta de la analogía recogida en el artículo 4 del Código Civil “cobra especial importancia sobre todo cuando se intenta disciplinar una relación negocial de estructura contractual en la que, como en la nuestra, la causa de contratar es la financiación”¹⁷.

2º.- Leyes mercantiles especiales. En relación con las mismas cabe considerar que se entenderán incluidas¹⁸:

a) En primer lugar, las normas con rango de Ley formal: como ejemplo, refiriéndonos a las que hemos ido citando anteriormente, la Ley 2/1994, de 30 de Abril, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; Ley 22/2007, de 11 de Julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Ley 28/1998, de 13 de Julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; 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; la Ley 16/2011, de 24 de Junio, de contratos de crédito al consumo y la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

b) Normas de rango reglamentario. Sería el caso de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹⁹.

¹⁶ NIETO CAROL, U., *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Editorial Aranzadi. Año 2016, páginas 47 y siguientes; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F., “Los contratos bancarios”, *Lecciones de derecho Mercantil (Volumen II)*, año 2018, páginas 249 y siguientes, coord. por María Luisa Aparicio González, Aurelio Menéndez Menéndez (Dir), Ángel José Rojo Fernández Río (Dir); MIRANDA SERRANO, L.M., “Operaciones y contratos bancarios. La contratación bancaria”, *Derecho Mercantil (Volumen 7)*, año 2013, páginas 39 y siguientes, coord. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno.

¹⁷ NIETO CAROL, U., ob. cit., página 48

¹⁸ ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España”. En *Instituciones del Mercado Financiero*. Volumen I (Fuentes, Protección de los Consumidores, Responsabilidad y Nuevos sistemas de Contratación). Dirección ALONSO UREBA, A., y MARTINEZ SIMANCAS, J., La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, páginas 11 y siguientes.

¹⁹ Dictada en virtud del artículo 48.2 de la derogada Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Hoy sustituido por el artículo 5 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito: “El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a: ...”

CAPÍTULO QUINTO

3º.- Reglas generales del derecho común y usos.

En defecto de las dos fuentes anteriores habrá que atender a las reglas generales del Derecho común y, luego, a los usos mercantiles, o bien al revés, es decir primero a los usos y después a las normas generales, “según sea la respuesta que se al problema de la interpretación conjunta de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio”²⁰. Reconocida la relevancia de los usos en el ámbito de la contratación bancaria la mayoría han sido recogidos en los llamados criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España. Analizaremos a continuación cuales son estas buenas prácticas y usos bancarios atendiendo a las respuestas dadas por el Departamento del Banco de España.

Partimos de la base que la entidad es libre para aprobar o desestimar las operaciones planteadas por los clientes. En este proceso se atenderá a factores objetivos como puedan ser la capacidad de pago, garantía de la operación, liquidez, solvencia y sin duda en este punto comunicar en el plazo más breve y razonable la concesión o denegación de la operación. Para el caso de que se conceda la operación se considera que es acorde con las buenas prácticas la obligación de facilitar una información completa y comprensible de los productos que van a contratar. Exigencia que se recoge tanto en la normativa con rango de ley encabezada por la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²¹, como a nivel sectorial en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en 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. En apartados anteriores hemos desarrollado los requisitos impuestos por ambas normas y a ellos nos remitimos para su estudio. Nos interesa ahora descender al terreno de los usos y prácticas bancarias para determinar los límites de la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones de las partes y poder clarificar los contornos de la buena fe contractual.

Según la Memoria de Reclamaciones del año 2017 en relación con la

²⁰ NIETO CAROL, U., ob.cit., página 49.

Artículo 2 Código de Comercio: “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común”.

Artículo 50 Código de Comercio: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común”.

²¹ En el artículo 9 de la Ley 5/2019 bajo el enunciado de información general de los préstamos hipotecarios se exigen distintas especificaciones que, en relación con los productos, se concretan en la indicación del conjunto de “servicios accesorios” que el prestatario deberá contratar para obtener el crédito o, siendo más precisos, para obtenerlo en las condiciones ofertadas. Para todas las exigencias de información nos remitimos al capítulo de la tesis donde se analiza la documentación que deberá facilitarse al futuro prestatario.

CAPÍTULO QUINTO

información previa que el cliente tiene derecho a conocer y examinar²², se considera contrario a las buenas prácticas o a la normativa de aplicación²³:

a) Que las entidades no puedan acreditar el cumplimiento adecuado del deber de información bien por no constar en soporte duradero, bien por no incluir la totalidad de las menciones preceptivas (recogidas en los Anexos de la Orden EHA/2899/2011 que desarrollan los contenidos tanto de la FIPRE, como de la FIPER y de la Oferta Vinculante), bien por no haber quedado constancia de su recepción por el cliente o bien por no habérsela facilitado con antelación suficiente a la fecha de firma de la escritura²⁴.

b) La falta de claridad del documento a través del cual se ha facilitado la indicada información precontractual²⁵.

c) La exigencia de los criterios señalados en cualquier momento de la relación contractual en que se produzca modificación de las condiciones pactadas. Nos referimos principalmente a las escrituras de novación muy habituales en la práctica²⁶.

²² Memoria de Reclamaciones 2017 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, aprobada el 26 de octubre de 2018 por el Consejo de Gobierno del Banco de España, páginas 75 y siguientes. Se puede consultar en www.bde.es

²³ La normativa recogida en la Orden EHA/2899/2011 establece, recordemos, la obligatoriedad de facilitar la información a través de la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), la Ficha de Información Personalizada (FIPER) y la Oferta Vinculante cuya información debe coincidir con la contenida en la FIPER.

²⁴ No se determinaba con exactitud cuál era el plazo de anterioridad de la información previa hasta la aprobación de la Ley de contratos de crédito inmobiliario que de manera expresa en su artículo 8 señala que la información precontractual de los préstamos inmobiliarios se facilitará con suficiente antelación “que nunca será inferior a diez días naturales, respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo”. En todo caso en el momento en que se produzca la modificación de la normativa reglamentaria, en especial la Orden EHA/2899/2011 se tendrá que dar nueva redacción al artículo 30.2 de la Orden en vigor que señala 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. Cuestión diferente en cuanto al tema de los plazos es la antelación mínima exigida por la ley en la necesaria intervención notarial para verificar el cumplimiento del principio de transparencia. El acta acreditativa del cumplimiento de los requisitos de transparencia se podrá extender “como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública de contrato de préstamo” (artículo 13.3).

²⁵ Hay que tener en cuenta que además de las cláusulas estrictamente financieras se incluyen habitualmente los llamados requisitos de vinculación, vía contratación de productos, incluso en las operaciones a interés fijo que muchas veces por la complejidad de dichos requisitos y su influencia sobre el tipo de interés se parecen más a una operación a interés variable que a tipo fijo.

²⁶ Las novaciones recogidas estadísticamente como “renegociaciones de crédito a la vivienda” (Boletines Estadísticos de la Asociación Hipotecaria Española) representan, por ejemplo, en Julio de 2017 un 10 % sobre el total de nuevas operaciones de crédito a la vivienda. A nivel estadístico las oscilaciones son muy bruscas con porcentajes que van del 43,6 % en abril de 2016 al 3,5% en el mismo mes del año 2017. (Fuente: Boletín Trimestral 1T-2017 de la Asociación Hipotecaria Española). Se puede consultar en www.ahe.es (última consulta 19/11/2017).

CAPÍTULO QUINTO

Pensemos que las novaciones son práctica habitual tanto en las subrogaciones de préstamos de promotor a comprador-prestatario individual, como en las de operaciones hipotecarias entre particulares. En estos supuestos frecuentemente se renegocian las condiciones de los préstamos para adecuarlos a las necesidades y capacidades financieras de los nuevos prestatarios²⁷.

d) En los supuestos de operaciones de apertura de crédito, también llamados de modalidad “revolving” (entendiendo por tales las que permiten sucesivas disposiciones de la parte de capital que se va amortizando dentro del límite concedido), se considera práctica contraria a las buenas prácticas y usos bancarios el que no quede acreditado cuáles son los presupuestos para denegar las ulteriores disposiciones. Es habitual que la entidad se reserve la facultad de autorizar, o no, las disposiciones a partir de una determinada fecha o cumplimiento de determinadas condiciones. Entendemos igualmente que en la oferta vinculante deberían quedar acreditados los requisitos para, en todo caso, denegar los desembolsos pactados posteriores a la inicial de adquisición de la vivienda.

En cuanto al documento contractual, es decir, una vez formalizada la operación y atendiendo básicamente a prácticas que podamos considerar contrarias a las buenas prácticas en relación con la cláusula de intereses variables, encontramos las siguientes²⁸:

1) Un primer punto de gran relevancia, es que no puede haber dudas interpretativas sobre cuál es el índice de referencia que se debe aplicar a cada variación del tipo pactado. En este sentido debería acompañarse a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que, recordemos sustituye a la Ficha de Información Personalizada (FIPER) una referencia a las cuotas que tendrá que satisfacer el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés y concretando esta previsión en el índice de referencia principal y en el alternativo previsto en la operación.

Dentro de las recomendaciones del Banco de España se hace referencia a extrapolar el cálculo a un plazo de quince años con los niveles máximos, medios y mínimos del índice de referencia²⁹.

²⁷ Así la financiación a hogares constituía a marzo de 2017 un 77 % del total de crédito inmobiliario, correspondiendo el resto a financiación a promotor y a construcción. (Fuente: Boletín Trimestral 1T-2017 de la Asociación Hipotecaria Española – Apartado 9).

²⁸ Ya hemos señalado anteriormente que en nuestro ordenamiento se consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito. Únicamente existen límites en cuanto a los intereses de demora, como ya hemos indicado también anteriormente.

²⁹ Memoria de Reclamaciones, año 2015, página 70.

CAPÍTULO QUINTO

2) Para aquellos casos, los más habituales, en que la operación se revise con relación a un índice de los considerados oficiales establecer de manera clara y precisa cuál es la fecha que deberá tomarse en consideración para la revisión del préstamo.

Nos referimos a las expresiones muy habituales en los contratos que establecen la revisión atendiendo al índice “publicado el mes anterior a la fecha de revisión”, “contados de fecha a fecha a partir del inicio de la presente fase”, “del segundo mes natural anterior a la fecha de revisión del tipo de interés, con independencia del mes a que corresponda el porcentaje publicado”, “calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos vigente en el momento de la revisión”³⁰. Evidentemente ante la falta de precisión sobre el momento en que se debe producir la toma de valor del índice de referencia es exigible, como criterio, que la entidad deba actuar de forma coherente y siempre aplicar el mismo en relación con el mes que deba considerarse para la toma de valor del índice de referencia.

3) Tema más complejo se plantea cuando la operación no se revisa de conformidad con uno de los índices considerados oficiales³¹. En este punto la problemática será doble ya que, de una parte, consideramos que obligatoriamente la entidad financiera deberá comunicar con carácter previo a la revisión el valor del índice y, de otra, habrá que valorar cómo salvar las dificultades para que el prestatario pueda verificar realmente si el índice considerado es realmente el pactado. Consideramos que lo que hemos denominado “equilibrio contractual justo” debería exigir:

1º.- Comunicar con la suficiente antelación y previamente a la revisión cual va a ser el tipo vigente en el período objeto de revisión.

2º.- Facilitar todos los datos para que el prestatario pueda verificar con toda exactitud que el índice de referencia es efectivamente el pactado en la cláusula de revisión. En este punto sí que es de gran importancia que en la escritura esté previsto el método de cálculo del índice de referencia y dejar constancia de manera clara de las fechas de revisión y de toma de los datos que van a configurar el valor del índice

³⁰ Estas expresiones han dado lugar a múltiples reclamaciones ante el Banco de España ya que no queda claro si se refiere al tipo publicado el mes anterior de fecha a fecha o al mes natural anterior o en algunos casos si corresponde al mes en el que se tiene que producir la revisión. Memoria de Reclamaciones, año 2015, página 70. Las cláusulas señaladas han sido recogidas de distintas escrituras de hipoteca. En concreto: Crédito abierto de la Caixa de 27 de diciembre de 2006; Préstamo hipotecario Adecuación de Bankia de 20 de noviembre de 2017; Hipoteca a tipo variable del Banco de Santander de 25 de Septiembre de 2017 y Memoria de Reclamaciones del Banco de España de 2015, página 71. Como criterio establece el Banco de España que ante la falta de precisión contractual se consideran los meses como naturales y no como mensuales de fecha a fecha.

³¹ Recordemos que los tipos de interés considerados oficiales son los seis recogidos en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 y que en distintos apartados de la tesis hemos señalado y comentado.

CAPÍTULO QUINTO

ya que las diversas interpretaciones que en este punto se pueden generar pueden colocar al prestatario en una total indefensión.

Es importante, previo al desarrollo de una serie de criterios que podemos encontrar en la jurisprudencia, señalar que los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones en el ámbito de las condiciones generales de la contratación son principios que deberían posibilitar la determinación de si unas concretas estipulaciones pueden constituir “el contenido natural del contrato”³², de tal forma que no supongan un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de las partes.

De distintas sentencias del Tribunal Supremo podemos deducir una serie de criterios para poder valorar cuándo se entienden cumplidos estos requisitos de la buena fe y equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes.

Sin ninguna duda la primera cuestión a destacar es la sustitución de la mención legal del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes”. Esta modificación que trajo causa del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, supone básicamente que no es posible realizar a posteriori un control de precio en orden a determinar si existe o no una desproporción en la prestación³³.

Por tanto, en primer lugar, las cláusulas del contrato de préstamo deben permitir al prestatario un conocimiento cabal y completo del precio total de la operación³⁴. La buena fe exigirá la puesta a disposición del prestatario de todos aquellos elementos que permitan determinar cuál es precio total del contrato de préstamo, es decir, se deberán contemplar todos los valores que conforman la TAE ya que son relevantes para que el adherente pueda valorar el precio total del crédito y comparar entre distintas ofertas. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 se conecta el precio del crédito con las prestaciones a cargo del prestamista que “son inseparables y presupuesto imprescindible de la concesión del

³² Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2018.

³³ Artículo 4.2 Directiva: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 102/2019 de 23 de enero de 2019.

CAPÍTULO QUINTO

crédito y su disfrute por el consumidor”³⁵.

En segundo lugar, la información facilitada al prestatario debe contemplar, como hemos indicado, todos los extremos que conformar el precio de la operación y se debe facilitar previamente a la firma del contrato y no debe entrar en contradicción con la publicidad del producto. Esta exigencia de la información precontractual se deriva del artículo 60.2 del TRLGDCU al regular “la información relevante, veraz y suficiente que permita determinar”, previamente a la formalización del contrato, con la finalidad de que el adherente pueda conocer el precio total: información sobre los bienes o servicios establecidos en estas normas y cualesquiera otras que resulten de aplicación”.

La interpretación que deberíamos realizar de los artículos señalados que, recordemos, reafirman la necesidad de este equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es que este equilibrio debería ser el resultado de todos aquellos elementos del contrato que han influido en la decisión del cliente de contratar, de manera que las condiciones generales no lo puedan alterar válidamente. La buena fe enlazando con esta afirmación atendería no tanto a la desigualdad entre entidad financiera y prestatario como a una de las particularidades de las condiciones generales: la predisposición. En consecuencia, la buena fe exigible al empresario tiene en el polo opuesto la necesaria diligencia con la que debe actuar el adherente, es decir, la necesidad de valorar esta información facilitada como consecuencia de las exigencias tanto de la normativa sobre condiciones generales, como de la relativa específicamente al ámbito subjetivo de los consumidores y, finalmente, de la normativa sectorial que incide en el tema de la contratación de préstamos hipotecarios.

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los requisitos que venimos comentando de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones a raíz de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Recordemos, por su importancia, el tenor del mismo: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Igualmente el decimosexto Considerando de la Directiva señala “que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas,.....necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación

³⁵ Enumera estas prestaciones: estudio y análisis de la solicitud, evaluación de la solvencia y capacidad de repago del solicitante de crédito, gestión hasta la puesta a disposición de los fondos en el momento y lugar acordados con el solicitante de crédito (Fundamento de derecho segundo, apartado 2).

CAPÍTULO QUINTO

de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula...; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

Dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a delimitar los conceptos de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones merecen ser destacadas:

1ª.- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, la llamada Sentencia Aziz (Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa – CatalunyaCaixa-)³⁶. En dicha sentencia se señala en relación con las indicaciones que el juzgador debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula que “al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado de la Directiva delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente” (Considerando 67).

Son tres argumentos para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato:

1º.- Se deberá valorar si las previsiones contractuales dejan al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en el derecho nacional vigente, es decir, habrá que atender a las normas aplicables en nuestro derecho para valorar la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor.

2º.- También es determinante, para valorar en qué circunstancias se causa ese

³⁶ A raíz de la misma el legislador español modificó el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que quedó redactado en la forma prevista por el apartado catorce del artículo 7 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. Se introdujo por dicha Ley una nueva causa de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, consistente en “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible (artículo 695.1.4º de la LEC).

Una breve referencia en este punto, por su interés, a las cláusulas cuestionadas que tienen su origen en una escritura de préstamo hipotecario formalizada el 19 de Julio de 2007. En concreto son la 6 que establecía unos intereses de demora anuales del 18,75% automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación; la cláusula 6 bis que confería a CatalunyaCaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo y la cláusula 15 que regulaba el pacto de liquidez y preveía no solo la posibilidad de que CatalunyaCaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar su posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

A las mismas nos referiremos más adelante al analizar las estipulaciones que regulan el vencimiento anticipado del préstamo., a la fijación de los intereses de demora y al pacto de liquidez.

CAPÍTULO QUINTO

desequilibrio, pese a las exigencias de la buena fe, comprobar si el profesional, entidad financiera, “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” (Considerando 69).

3º.- Conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.

Consideramos, realizando una valoración de los argumentos de la STJUE que analizamos, que esa remisión a las normas aplicables de derecho nacional, es decir, esos parámetros, que lamentablemente no encontramos, para valorar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante contrario a la buena fe entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato los deberemos buscar en la buena fe recogida en el artículo del Código Civil.

Será determinante, en este sentido, recurrir a la voluntad hipotética de las partes y examinar como habrían regulado la cuestión dos contratantes que se hubieran comportado de forma leal y razonable a la luz de la naturaleza del contrato, de los usos, y del resto del clausulado contractual. Enlazaría con lo señalado en el Considerando 69 de la Sentencia al referirse a que si tratando de “manera leal y equitativa” con el consumidor, éste hubiera aceptado una estipulación del mismo tipo que la que valoramos o consideramos como abusiva. Precisamente por ello hemos analizado y valorado aquellos criterios determinados por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España como acordes con las buenas prácticas bancarias.

2ª.- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, que resolvió una petición de decisión prejudicial planteada en el procedimiento entre Banco Primus y un hipotecante.

Dentro del marco jurídico, y centrándonos en la materia objeto de estudio en la tesis, se refiere dicha resolución a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto reproducimos por su interés las dos estipulaciones de las que la parte demandante invocaba su carácter abusivo: en primer lugar, la cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios, en la que se estipula el cálculo de los mismos con arreglo a una fórmula que divide el capital pendiente de devolución y los intereses devengados por el número de días que conforman un año comercial, esto es, por 360 días y en segundo lugar, la cláusula 6 bis relativa al vencimiento anticipado, en virtud de la cual el Banco Primus podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos, entre otras razones, cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de capital, intereses o

CAPÍTULO QUINTO

cantidades adelantadas por el banco³⁷.

Esta Sentencia intenta dar respuesta a cuestiones de gran importancia en orden a la protección de consumidores y usuarios que contratan con entidades financieras. Destaquemos las siguientes preguntas:

1ª.- Si puede el juez nacional apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva, de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad³⁸.

2ª.- Conforme a qué criterios puede influir la relación calidad/precio en el control de abusividad de los términos esenciales del contrato. Es decir, valorar aspectos tales como si hay que considerar limitaciones legales a los precios impuestas en normas nacionales o si es posible considerar que el precio de una determinada operación resulta elevado sobre el normal del mercado.

3ª.- En relación con el artículo 4 de la Directiva 93/13, valorar si es posible tomar en cuenta circunstancias posteriores a la celebración del contrato en el marco del examen que se realice del eventual carácter abusivo de una cláusula contractual³⁹.

Dando respuesta a estas cuestiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece, en cuanto a la primera cuestión, que el juez nacional deberá

³⁷ En relación con esta Sentencia se puede consultar el Blog de ALFARO AGUILA-REAL, J., en Almacén de Derecho, titulado *Cuando los años tienen 360 días, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017*. Se puede consultar en <http://almacendederecho.org>

Se muestra muy crítico dicho autor con esta Sentencia, en especial al considerar la cláusula que explica la fórmula aritmética para calcular los intereses forma parte de los elementos esenciales del contrato. Recordemos que en base al artículo 4.2 de la Directiva los llamados “elementos esenciales” del contrato no pueden quedar sometidos a control de abusividad, solo a control de transparencia, de tal manera que si superan este último la cláusula es válida y vinculante y en sentido contrario, si no supera el control de transparencia no es vinculante. Como señala, lo que no puede hacerse “es 1.- Calificar la cláusula como referida a los elementos esenciales. 2.- Decir que no es transparente y 3.- A continuación, examinar si causa un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, es decir, si es contraria a la buena fe en el uso de cláusulas predispuestas.

³⁸ Ambos principios aparecen recogidos en el Considerando 50 de la STJUE de 14 de Marzo de 2013, caso Aziz, a raíz de la valoración de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y en este sentido se señala que “las facultades conferidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los estados miembros, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).

³⁹ En el caso concreto se enjuiciaba recordemos la cláusula 6 bis que preveía que el prestamista podía declarar el vencimiento anticipado de la operación y exigir la devolución inmediata de todo el capital caso de que se produjera la falta de pago de cualquier cantidad adeudada y no como establece el artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de incumplimiento de la obligación de pago por un período de tres meses. En el caso concreto, la entidad prestamista no reclamó hasta que no hubieron vencido y estuvieron impagadas siete cuotas de préstamo.

CAPÍTULO QUINTO

apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, “subsana el desequilibrio” existente entre el consumidor y el profesional, “tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello” (Considerando 43), en ausencia de este control, la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese este tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1⁴⁰.

En relación con la segunda cuestión, en la que se analiza la estipulación relativa al cálculo de los intereses ordinarios y en referencia al control de abusividad, determinar si su redacción causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de ambas partes⁴¹. En este punto se señala que habrá que atender a dos cuestiones:

1ª.- Comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés.

2ª.- Considerar los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en relación con un préstamo de un importe y duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

A propósito de la tercera cuestión se considera que, aunque el profesional, consciente de su carácter abusivo, no la haya aplicado sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional, el juez, por estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, está obligado a apreciar de oficio su eventual carácter abusivo. Añadiendo en base al artículo 7, apartado 1 (obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores) que las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, “no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica” (Considerando 73)⁴².

⁴⁰ Artículo 7, apartado 1 Directiva 93/13: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

⁴¹ Recordemos el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

⁴² Señala el Considerando 74 que “la circunstancia de que, es este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el

CAPÍTULO QUINTO

3.- SUPUESTOS CONCRETOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES

3.1.- OMISIÓN DE DETERMINADAS ESTIPULACIONES

Nos situamos ante la existencia de una práctica que se puede calificar como abusiva y no porque los intereses pactados puedan ser abusivos en si mismos, sino porque el adherente ignora, al no estar previstos, determinados aspectos contractuales de gran importancia para que pueda llegar a un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos de la operación de crédito que ha formalizado.

No se enumera expresamente como cláusula abusiva si bien del articulado del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios podemos deducir argumentos más que suficientes para demostrar el interés del legislador para asegurar al adherente una información completa sobre las condiciones económicas en las que contrata, en nuestro caso un servicio bancario. Las previsiones específicas de la ley son tres:

1) Artículo 8.1 d): “Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: ...La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...”

2) Artículo 20: regula la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios y en la letra b) señala que las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, deberán contener al menos la siguiente información: “las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza...”

3) Artículo 60: regula la información previa al contrato y establece en su apartado 1 que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle 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”⁴³.

litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula”.

⁴³ Redactado en parecidos términos que el artículo 13.1.d) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios anterior a la aprobación del Texto Refundido: “Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes: ...d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el

CAPÍTULO QUINTO

Destaca por su importancia, en sede de información al consumidor, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Esta ley modificó y adaptó a la normativa comunitaria la anterior Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo⁴⁴.

La primera cuestión que hay que destacar es que dicha Ley se aplica a los contratos de crédito al consumo, excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria (artículo 3 letra a)⁴⁵. Siendo esto así, entendemos que debemos referirnos a la misma por la importancia de las cuestiones referidas a la información que obligatoriamente se debe facilitar al consumidor. La relevancia de la información adecuada y completa tanto en la fase precontractual como en la contractual, la podemos extrapolar, pese a la exclusión de la aplicación de la ley, a los préstamos hipotecarios. Es importante la obligatoriedad de recoger en el documento en el que se instrumenta la operación todos los aspectos referentes a las condiciones económicas que van a regular el crédito. Esta importancia destaca por dos razones: la primera porque el adherente debe conocer exactamente a qué prestación se obliga; y la segunda porque además el conocimiento de las condiciones por las que se va a regular la operación le facilitará la comparación con otras modalidades de crédito y con otras ofertas de otras entidades para así escoger la más ventajosa.

Consideramos relevante señalar que, dentro del amplio abanico de productos que conforman la cartera de operaciones activas de las entidades financieras, los créditos al consumo y los préstamos hipotecarios conforman cuantitativamente el grupo más importante de operaciones⁴⁶. Como hemos indicado, la Directiva y la

importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares”.

⁴⁴ La legislación comunitaria está constituida básicamente por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la anterior Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, que posteriormente fue modificada por la Directiva 90/88/CEE del Consejo de 22 de febrero de 1990, sobre todo en lo que se refería a la fórmula matemática y la composición del porcentaje anual de cargas financieras.

⁴⁵ En la Exposición de Motivos de la Ley se recoge expresamente que “las previsiones de esta Ley se circunscriben al contrato de crédito al consumo, conforme a la Directiva que se transpone, sin perjuicio de la legislación sectorial, en particular de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que las entidades de crédito deberán observar respecto a la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros”.

⁴⁶ Destacar que en el estudio que estamos realizando la referencia a las operaciones activas se centra en el segmento de particulares excluyendo las operaciones contratadas por las empresas y profesionales. El motivo que hemos venido señalando es principalmente es que en este último sector no se da la situación de desigualdad entre los contratantes por el mayor poder económico de las empresas y profesionales y también por el mayor conocimiento de los productos financieros. Adicionalmente existe una gran diferencia entre los créditos contratados por los particulares con las entidades financieras y los contratados por el segmento empresarial o profesional tanto en garantías, plazos, tipos de interés,... básicamente porque al estar destinados a financiación de

CAPÍTULO QUINTO

norma de transposición a nuestro ordenamiento, la Ley de contratos de crédito al consumo, se centran en la regulación de los contratos de crédito cuya finalidad sea satisfacer necesidades personales al margen de cualquier actividad empresarial o profesional que pueda desarrollar el consumidor. Tanto en la Directiva como en la Ley se excluyen expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria⁴⁷.

Al margen de esta exclusión, de la interpretación de estas normas se deducen aspectos que consideramos importante analizar a la hora de conformar el contenido de los contratos celebrados entre un consumidor y una entidad financiera. Destacamos los siguientes:

1º.- La necesidad de facilitar al adherente tanto en la fase precontractual como en la contractual el porcentaje anual de cargas financieras o, en palabras de la propia ley, “el coste total del crédito para el consumidor: todos los gastos incluidos los intereses,... y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista, con excepción de los gastos de notaría. El coste de los servicios accesorios relacionados con el contrato de crédito, en particular las primas de seguro, se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios” (artículo 6 letra a).

En parecidos términos la letra d) del mismo artículo se refiere a la tasa anual equivalente o coste total del crédito para el consumidor, “expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido”. Recordemos que la importancia de la TAE reside en que facilita al consumidor la comparación de ofertas entre distintas entidades ya que esta magnitud iguala, sobre una base anual, el valor actual de todos los compromisos existentes o futuros asumidos por el prestamista y por el prestatario. La Exposición de Motivos de la ley va más allá ya que no solo señala que “la fórmula matemática para el cálculo de la tasa anual equivalente tiene por finalidad definir de forma clara y completa el coste total de un crédito para el consumidor”, sino que tiene como finalidad “lograr que este porcentaje sea totalmente comparable en todos los Estados de la Unión Europea”.

Por su parte, los artículos 10 en sede de información previa al contrato y 16,

actividades productivas exceden de aquellos productos cuya finalidad se centra en el ámbito familiar del contratante, incluyendo en este grupo las operaciones destinadas a adquisición de vivienda.

⁴⁷ Tanto la Directiva como la Ley de crédito al consumo anteriores, ambas derogadas por la normativa actual, ya contemplaban la exclusión de las operaciones garantizadas con hipoteca inmobiliaria. Así el artículo 2.3 de la Directiva señalaba que “las disposiciones del artículo 4 y de los artículos 6 a 12 no se aplicarán a los contratos de crédito o de promesa de crédito con garantía de hipoteca inmobiliaria, siempre y cuando éstos no hayan quedado excluidos de la Directiva en virtud de la letra a) del apartado 1”. En parecidos términos el antiguo artículo 2.2 de la Ley indicaba “las disposiciones de los artículos 6 a 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria”.

CAPÍTULO QUINTO

en cuanto al contenido del contrato establecen la obligatoriedad de que recojan la tasa anual equivalente y el coste total del crédito. En rigor el concepto de coste es más amplio que la TAE ya que pueden existir gastos (por ejemplo, primas de seguros, obligatoriedad de apertura de una cuenta con unos gastos inherentes a la misma, necesidad de contratar servicios accesorios – tarjetas, banca electrónica,...-) que no están incluidos en la tasa anual equivalente y precisamente por ello entendemos que la ley obliga a que la entidad los facilite al consumidor para calcular el denominado “coste total del crédito”.

2º.- La indicación de las condiciones y procedimiento en las que podrá modificarse el tipo de interés de la operación. Se regula tanto en la fase precontractual como la contractual.

Así señala el artículo 10 en la letra f), recordemos al regular la información previa al contrato, que se deberá especificar “el tipo deudor y las condiciones de aplicación de dicho tipo, y, si se dispone de ellos, los índices o tipos de referencia aplicables al tipo deudor inicial, así como los períodos, condiciones y procedimientos de variación del tipo deudor”. En el artículo 16 letra f) en sede de contenido de los contratos establece la obligatoriedad de que el documento especifique de forma clara y concisa el tipo deudor y sus condiciones de aplicación, en términos idénticos al artículo 10 f), añadiendo que “si se aplican diferentes tipos deudores en diferentes circunstancias, la información arriba mencionada respecto de todos los tipos aplicables”.

A destacar el artículo 22 de la misma ley que en cuanto a la modificación del coste del crédito establece una serie de requisitos:

a) No se podrá modificar en perjuicio del consumidor el coste total de crédito, salvo que esté prevista la modificación en el propio contrato y que se ajuste a lo establecido en unos requisitos que ahora desarrollamos en los apartados siguientes.

b) Las variaciones, tanto al alza como a la baja, se deberán ajustar a un índice de referencia objetivo. Sobre la cuestión de la objetividad del índice de referencia y a los considerados tipos oficiales nos remitimos a lo estudiado en distintos apartados de la tesis.

c) El diferencial que se adicionará, en su caso, al índice de referencia para determinar el nuevo tipo de interés aplicable a la operación.

d) La identificación del índice de referencia utilizado o, en su defecto, una definición clara del mismo y del procedimiento para su cálculo. Entendemos que esta previsión legal al establecer, en defecto de la identificación del índice, se refiere al supuesto contractual de que no sea uno de los considerados oficiales.

CAPÍTULO QUINTO

e) La obligación de notificar de forma individualizada al prestatario las modificaciones que se vayan produciendo en la operación como consecuencia de las variaciones de tipo de interés. En las mismas que se deberán realizar “con la debida antelación”, se deberá informar de las modificaciones del tipo deudor antes de entren en vigor salvo en aquellos casos en que el índice sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o el Banco de España y la información esté disponible también en los locales del prestamista (artículos 18.2 y 19.2).

3.2.- VINCULACIÓN DEL CONTRATO A LA VOLUNTAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA.

Se recogen en el artículo 85 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios distintas cláusulas consideradas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Centrándonos en el tema objeto de estudio, la cláusula que prevé la modificación del tipo de interés, consideramos oportuno referirnos a las estipulaciones calificadas como abusivas recogidas en los números 3 y 4 del citado artículo.

En el apartado 3 se consideran abusivas “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso que concurren motivos válidos especificados en el contrato”. Para añadir a continuación que “en los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de 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”. Además se contempla en el propio artículo la posibilidad de modificación unilateral de las condiciones contractuales por motivos válidos contemplados en el propio contrato siempre que “el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”.

Por su parte, en el número 4 se consideran abusivas “las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor o usuario no se le reconoce dicha facultad, o las que faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

CAPÍTULO QUINTO

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en la que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato”⁴⁸.

En relación con estos supuestos, siguiendo la postura de una parte de la doctrina, sorprende el texto del apartado 4 del artículo 85 del TRLGDCU en la medida que no es razonable considerar no abusiva la cláusula que otorga la facultad de resolución tanto a favor del prestatario o adherente como del prestamista o predisponente, en nuestro caso, la entidad financiera⁴⁹. Sí cabría calificar como razonable la facultad de resolver el contrato por parte del adherente al no haber intervenido en la redacción del contrato de préstamo, y en cambio, si tiene sentido hablar de condición abusiva si se otorga la facultad de resolución a favor del predisponente, entidad financiera. Entiende la línea doctrinal apuntada que no hay razón alguna para hablar de condición abusiva en el supuesto, poco probable, de que el predisponente incluya una cláusula que permita al consumidor resolverlo discrecionalmente⁵⁰. Un amplio sector doctrinal, pese a entender que legalmente no sería abusiva la estipulación que conceda la facultad de resolver a ambos contratantes, ya que en rigor no habría desequilibrio entre las obligaciones y derechos que surjan para ambos en el contrato, en el fondo sí sería posible sostener su abusividad ya que tal concesión en la mayoría de ocasiones será “solamente formal para el consumidor”⁵¹, y, en consecuencia acaban por gravar a uno solo de los contratantes, en nuestro caso el prestatario.

Entendemos oportuno referirnos, a modo de ejemplo, a tres cláusulas, directamente relacionadas con la variación de tipo de interés, incluidas

⁴⁸ La Disposición Adicional segunda de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios modificada por el Texto Refundido recogía un elenco de cláusulas consideradas abusivas. En concreto se consideraba abusiva, “Segunda: La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad...”

⁴⁹ DIAZ ALABART, S., *Comentamos a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coordinada por BERCOVITZ, R., y SALAS HERNÁNDEZ, J., Madrid, 1992, páginas 261 y 262. En parecidos términos BERCOVITZ, R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Madrid, 1987, páginas 205 y 206.

⁵⁰ DIAZ ALABART, S., ob. cit., página 262. Defiende, refiriéndose a la redacción del artículo 10.1.c) 2º, que consideraba abusivas “las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato”, redactado en términos parecidos al número 4 del artículo 85 al considerar abusivas las cláusulas que “autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad”, que se trata sencillamente de una mala redacción del precepto, y que debería interpretarse así, “como un error material del legislador”.

⁵¹ BERCOVITZ, R., ob.cit., páginas 205 y 206. En parecidos términos AULETTA, T.A., “Las cláusulas vejatorias en la jurisprudencia”. *Las condiciones generales del contrato*. Dirigido por BIANCA, C.M., Volumen I, Milán, 1979 páginas 16 y 17.

CAPÍTULO QUINTO

habitualmente en su momento en escrituras de préstamo hipotecario y hoy felizmente desaparecidas del tráfico mercantil:

1º.- Supuesto de resolución del contrato por no producirse un incremento en el tipo de interés. Escritura de préstamo hipotecario del Banco Hipotecario de 25 de Septiembre de 1992: “... El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los casos determinados en la Ley y disposiciones aplicables, y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones ... teniendo el Banco en estos casos de rescisión el derecho de exigir, por vía de indemnización, el tres por ciento del capital que se le adeude. La misma facultad, sin derecho a tal indemnización, tendrá el Banco en el caso de haber quedado excluida durante un año la elevación del tipo de interés vigente por efecto de lo establecido en el último párrafo del apartado 4.2.2. de la estipulación 4ª...”

2º.- Supuesto de desaparición del índice de referencia. Escritura de préstamo hipotecario de Hipotebansa de 30 de Octubre de 1989: “... Si durante la vigencia del préstamo no pudiera calcularse el tipo nominal de interés por haber desaparecido o dejado de publicarse el tipo de referencia, ambas partes deberán ponerse de acuerdo para encontrar otro sistema adecuado. Si no lo consiguieran, el préstamo deberá quedar totalmente liquidado y pagado dentro del primer período de variación de interés en que se produzca tal circunstancia”⁵².

3º.- Supuesto de alteración sobrevenida del precio del dinero. Estipulación recogida por RAPOSO⁵³: “Se prevé el vencimiento de la operación cuando acontecimientos de índole social, política, financiera o económica u otras causas que alteren el precio del dinero, dificulten la continuación del préstamo”.

3.3.- CONDICIONES ABUSIVAS DE CRÉDITO.

3.3.1.- INTRODUCCIÓN

⁵² En cuanto al índice de referencia señalar que el pactado en la escritura es “...el mencionado tipo de interés nominal será variable anualmente, al alza o a la baja, mediante la aplicación del tipo que, para cuentas de crédito a un año y menos de tres de la banca privada, resulte publicado en el último Boletín Estadístico del Banco de España”.

Destacar, en relación con este índice de referencia, que no era uno de los considerados oficiales en su momento por la normativa del Banco de España, además no era significativo puesto en relación con los tipos de interés del mercado hipotecario (los tipos de interés de las cuentas de crédito al ser habitualmente con garantía personal y a plazos cortos suelen ser más elevados que los de las operaciones hipotecarias) e incluso era un índice con relevancia en el segmento empresarial y profesional y en consecuencia ajeno a los préstamo hipotecarios contratados por particulares con finalidad adquisición de vivienda.

⁵³ RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”. *Revista La Ley*, número 4.169, 19 de noviembre de 1996, página 7.

CAPÍTULO QUINTO

De entrada, tenemos que referirnos al artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

La regulación de las cláusulas abusivas con consumidores y usuarios tiene lugar, por primera vez, con el artículo 10 bis de la antigua Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y con la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. La normativa sobre cláusulas abusivas fue consecuencia de la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵⁴.

Consideramos oportuno distinguir por su importancia la regulación de las condiciones generales de los contratos que se desarrolla en la citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación de la regulación de las condiciones abusivas en los contratos celebrados con consumidores que, como su propio nombre

⁵⁴ De esta importante Directiva destacamos algunos apartados de sus Considerandos por lo que representaron de novedosos en el objetivo de la misma de “velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”.

Considerando 6: “Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor ...es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos”.

Considerando 9: “Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título <Protección de los intereses económicos de los consumidores>, los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos”.

Considerando 12: “Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales solo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual...”.

Considerando 15:” Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales”.

Considerando 16: “Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas.....necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a las fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”.

Considerando 18: “Considerando que la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales”.

Considerando 19:” Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato...”.

Considerando 20:” Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor”.

Considerando 21: “Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia”.

CAPÍTULO QUINTO

indica, es más reducida a nivel subjetivo ya que afecta solo a contratos celebrados con consumidores, mientras que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación “afecta a todo tipo de contrato sea o no consumidor el adherente”⁵⁵.

En rigor, pues, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se aplicará a las relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios y, consecuentemente, será aplicable a la contratación bancaria cuando concurren adherentes que tengan tal carácter⁵⁶. Por tanto, en nuestro derecho positivo tenemos:

1º.- una regulación especial para las condiciones generales abusivas contenida en el actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2º.- una regulación general de las condiciones generales aplicables a todos los contratos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

⁵⁵ NIETO CAROL, U., ob.cit., página 112.

⁵⁶ Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia 3802/2017 de 2 de noviembre de 2017.

El supuesto planteado es el de un prestatario que había concertado un préstamo hipotecario con la finalidad de adquirir un local de oficina que posteriormente arrendó a un profesional. El demandante interpuso una demanda solicitando la nulidad por abusiva de la estipulación que preveía un interés variable con un suelo del 4%.

El actor basó su acción de nulidad en el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alegando su abusividad y falta de transparencia en aplicación de la normativa de consumidores y usuarios (básicamente infracción del artículo 80.1 TRLGDCU).

En el Fundamento de Derecho Quinto el Tribunal Supremo señala que “el control de transparencia vinculado a la previsión del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas solo es aplicable en los contratos concertados con consumidores.

1.- Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las Sentencias 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, 41/2017, de 20 de enero, y 57/2017, de 30 de enero.

2.- Hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores... en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente.

...las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que solo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC.

3.- El control de transparencia, diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.”.

Concluye la sentencia señalando que “para finalizar, hemos declarado en sentencias anteriores que ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre el respeto a la buena fe y el justo equilibrio en prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual”.

CAPÍTULO QUINTO

Centrándonos en el concepto de abusividad de la cláusula que viene definida en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” y, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2013 (caso Aziz), podemos señalar que este “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante (apartado 76 de la mencionada sentencia):

a) un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si – y en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

b) un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

c) para determinar si se causa un desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe comprobarse si el predisponente, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Ha de señalarse que el contenido del artículo 82 del TRLGDCU que define en nuestro derecho el concepto de cláusula abusiva es muy parecido al del artículo 3.1 de la Directiva: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En el número 2 se añade que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”. En el número 3 señala que “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o del otro del que éste dependa”.

Sentado pues que se aplicará la normativa protectora de la Ley de consumidores a los contratos bancarios siempre que la parte contratante tenga la consideración de consumidor y usuario, se han planteado dos objeciones a la aplicación de la normativa de cláusulas abusivas en tema de contratos de préstamo con garantía hipotecaria que inciden sobre el tema objeto de estudio en esta tesis: en

CAPÍTULO QUINTO

primer lugar, si es aplicable la misma cuando determinadas cláusulas están reguladas por una normativa administrativa (la normativa sobre transparencia bancaria, por ejemplo la Orden EHA/2899/2011) y, en segundo lugar, si es aplicable cuando las condiciones afectan a un elemento esencial del contrato cual es el precio (en nuestro caso el tipo de interés aplicable a la operación)⁵⁷.

En relación, en primer lugar, a la normativa administrativa sobre transparencia bancaria, el Considerando decimotercero de la Directiva 93/13/CEE señala 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”.

Por su parte el apartado 2 del artículo 1 de dicha Directiva indica que “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”.

En cuanto a este punto el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo ha interpretado que la exclusión relativa a las disposiciones imperativas “no refleja la distinción que habitualmente se establece en Derecho civil entre disposiciones vinculantes y no vinculantes... se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (Considerando 13). En el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros velen por que en ellas no figuren dichas cláusulas (Considerando 14)” (Apartado III. Análisis detallado y elementos de reflexión. Número 1 letra b)⁵⁸.

⁵⁷ Ambas cuestiones fueron puestas de relieve en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo de 2013. En el Considerando 30 de la misma señalaba el Ministerio Fiscal rechazando que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales al entender que “a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.”

⁵⁸ Se puede consultar el Informe completo en eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0248

CAPÍTULO QUINTO

En segundo lugar, como hemos avanzado, está la cuestión que afecta al control judicial de la abusividad de las condiciones generales cuando afectan a elementos esenciales del contrato y, en el tema objeto de estudio de esta tesis, tiene especial importancia al referirnos a la cláusula de interés variable que será la que determinará el precio del préstamo durante el contrato. Es esta una de las cuestiones de fondo que se resuelven en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en relación con las cláusulas de estabilización del tipo de interés o cláusulas suelo. De forma acertada en el Considerando 131 de la citada sentencia se señalan dos cuestiones:

1ª.- no existe ninguna norma que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable.

2ª.- tampoco existe ninguna normativa que indique cual es la concreta fórmula que deba utilizarse en el caso de que se opte por una operación a interés variable.

Y añade a continuación (Apartado 135) “es preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales”. Esta cuestión surge como consecuencia de la redacción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que señala que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida...”⁵⁹.

No es esta una cuestión pacífica y de hecho en el apartado 186 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, que seguimos en este punto, se expone la división doctrinal existente entre quienes entienden que la cláusula limitativa del tipo de interés es principal y por tanto no sometida ex artículo 4.2 de la Directiva al control de abusividad y los que sí entienden que todo lo referido al precio en un contrato oneroso “debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva”. Entendemos que las conclusiones a las que se llegan en la citada sentencia son perfectamente extrapolables a la cláusula de revisión de tipo de interés, aunque no exista limitación a las variaciones de interés ya que son un elemento más dentro de la estipulación junto al interés referencial o índice de referencia y el diferencial a aplicar al mismo.

⁵⁹ El Considerando 19 de dicha Directiva establece que “a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio” y añade refiriéndose expresamente a los contratos de seguros que “las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.

CAPÍTULO QUINTO

Es cierto que el legislador español no transpuso esta excepción del control del precio de la Directiva lo que originó una controversia a nivel doctrinal como antes hemos señalado. Así un amplio sector doctrinal entiende que el artículo 4.2 de la Directiva debe considerarse vigente en Derecho español⁶⁰ y otro, minoritario, entiende que dicho inciso no rige en nuestro ordenamiento⁶¹. Estas dudas interpretativas llevaron de forma, previa a la Sentencia de 9 de mayo de 2013, al Tribunal Supremo a plantear la cuestión prejudicial que originó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 que, en su apartado 40, sostiene que “no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de esta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Y, según el apartado 44 de la misma, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que “no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”⁶².

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 en su apartado 197 “que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone”⁶³.

Nos vamos a referir brevemente a este doble control que ha sido objeto de desarrollo. Según se argumenta en la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos si el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato...siempre que dicha cláusulas se redacten de manera clara y

⁶⁰ NIETO CAROL, U., ob. cit., página 115, recoge el sentir de la doctrina mayoritaria (ALFARO AGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, MÚRTULA LAFUENTE, PAGADOR LÓPEZ, PALAU RAMÍREZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ).

⁶¹ NIETO CAROL, U., ob. cit. loc. cit. (cita a DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA y LYCZKOWSKA).

⁶² Artículo 8 Directiva: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

⁶³ CAMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de Mayo 2013 sobre cláusulas suelo”. [Http://blog.uclm.es/cesco/files](http://blog.uclm.es/cesco/files).

CAPÍTULO QUINTO

comprensible”, a contrario sensu la interpretación de dicha norma determinará que “las cláusulas referidas a la definición del objeto principal se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible” (apartado 207). En este sentido según apunta el Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2.000 (IC 2000), “el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del Considerando número 20 de la Directiva <los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor>) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3 < las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato>⁶⁴.

En base al artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que dispone que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa....b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”, concluye el Tribunal Supremo, en el apartado 210 de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que “además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de Junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil de “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Es decir, existiría un primer examen que atendería a la transparencia

⁶⁴ Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. De la introducción del mismo destacamos: “La cuestión de la insuficiencia de los principios clásicos de la autonomía de la voluntad, de la igualdad de las partes y de la libertad de contratar – sintetizados en el aforismo latino <pacta sunt servanda> y presentes en casi todos los sistemas europeos de Derecho Civil (tributarios o no del Código de Napoleón) para regular, con justicia y equidad, las relaciones contractuales, en especial con particulares – se suscitó, en el apogeo de la era industrial, con la aparición de los llamados <contratos tipo> o <contratos de adhesión>”.

CAPÍTULO QUINTO

documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios y un segundo examen o control de transparencia material que permitiría analizar si se trata de condiciones abusivas, atendería únicamente a los supuestos en que el adherente tuviera la condición de consumidor y debería facilitarle que la información suministrada le permita percibir “ que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” (apartado 211). Nos remitimos al capítulo de la tesis donde hemos analizado en profundidad tanto el control de incorporación como el de transparencia material.

3.3.2.- CLÁUSULAS ABUSIVAS “EX LEGE”.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en el artículo 82.4 que, “en todo caso, son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive⁶⁵:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario.
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato.

⁶⁵ En relación con este tema se ha producido un notable avance a nivel legislativo en relación tanto con el derogado artículo 10 bis de la LGDCU (modificado posteriormente por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Resulta interesante en este punto recordar el elenco de cláusulas abusivas que en su momento recogió RIVERO ALEMÁN, S. en “*Disciplina del Crédito Bancario y Protección del Consumidor*”, Madrid, año 1995, que en las páginas 220 y siguientes se refirió a a las cláusulas propuestas de la Ponencia “Protección real del consumidor. Vivienda y crédito”, presentada al VI Congreso de Jueces para la Democracia. En esta Ponencia se recogieron cinco supuestos de cláusulas abusivas:

- 1.- El establecimiento de condiciones distintas para la revisión del tipo de interés según sea al alza o a la baja.
- 2.- La pretensión de garantías reales o personales desproporcionadas (especificada como cláusula abusiva en el número 18 de la Disposición Adicional de la LGDCU).
- 3.- La imposición de un tipo de interés usurario.
- 4.- La imposición como una sola cuenta de todas aquellas de las que sea titular una persona a efectos de compensación recíproca, ya sea solidaria o mancomunadamente, con lo que pueden verse afectados terceros e infringir lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil (“Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos...”).
- 5.- La aceptación previa por el cliente de la cesión por el banco o caja del préstamo hipotecario sin necesidad de notificación, en contra de lo dispuesto en los artículos 1526 y 1527 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria. (Artículo 1526: “La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad con los artículos 1218 y 1227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro”; Artículo 1527: “El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”; Artículo 149:” El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se de conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro...”).

CAPÍTULO QUINTO

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o,

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.

Analicemos a continuación estos supuestos concretos previstos en el artículo 82.4 TRLGDCU y desarrollados en los artículos 85 a 90 del mismo texto legal:

A) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VINCULAR EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL EMPRESARIO.

Aparecen reguladas en el artículo 85 TRLGDCU que, en primer lugar, señala que tendrán la consideración de abusivas las cláusulas que “vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario” para, en segundo lugar, calificar como abusivas “en todo caso”, una serie de cláusulas. De entre ellas, centramos la atención en las directamente relacionadas con la cláusula de interés variable, enumeradas en los apartados 1 , 3 y 10, objeto central de este trabajo:

1) Artículo 85, apartado 1, las que “reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida” (artículo 85.1 TRLGDCU).

En relación con esta estipulación es oportuno referirse al plazo establecido “para considerar las oportunas implicaciones antes de que se celebre el contrato” a la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y que, recordemos, se ha transpuesto a nuestro ordenamiento mediante la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En su Considerando 23 se fija un período de 7 días para garantizar al consumidor tanto un período suficiente de reflexión antes de la formalización del contrato, como un plazo de desistimiento tras su celebración, o bien una combinación de ambas cosas.

La regulación de dicho plazo se establece en el artículo 14 de la citada Directiva que, en sede de información precontractual, vincula este plazo de siete días a la FEIN o Ficha Europea de Información Normalizada y que en su número 6 señala que “los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa”. Añade a continuación en relación con dicho plazo que “será un período de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un derecho

CAPÍTULO QUINTO

de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas”. Resulta interesante referirse a la vinculación de dicho período de reflexión ya que según recoge la Directiva “la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión, y el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión”⁶⁶.

Como hemos señalado, después de unos innumerables retrasos que se han prolongado más allá del plazo máximo previsto en el artículo 42 de la Directiva 2014/17/UE que fijaba como fecha máxima para la transposición de lo establecido en la Directiva “a más tarde el 21 de marzo de 2016” (artículo 42.1), se ha aprobado la Ley de contratos de crédito inmobiliario. En su artículo 8, en relación con el plazo en que debe facilitarse la información previamente a la formalización del contrato, se establece que deberá ser ofrecida con la suficiente antelación, “que nunca será inferior a diez días naturales” y que dicha información personalizada se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Personalizada (FEIN).

En dicho artículo 8 de la Ley de crédito inmobiliario se establece como presupuesto para facilitar esta “información personalizada” la necesidad de que el prestatario “haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias”. Esta exigencia se desarrolla básicamente en los artículos 9 y siguientes de la Ley en el sentido de que es preceptiva, en primer lugar, la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario y, en segundo lugar, la tasación del inmueble⁶⁷. La finalidad de esta información precontractual tal como aparece expresada en el citado artículo 8 es doble:

1º.- facilitar al futuro prestatario, en base a la información suministrada, la

⁶⁶ Esta previsión encuentra su reflejo en la citada FEIN que viene desarrollada en el Anexo II de la Directiva. En concreto en el número 11 en el apartado “Otros derechos del prestatario” con el siguiente texto: “(Si ha lugar) Dispone usted de (duración del período de reflexión) a partir del (inicio del período de reflexión) para reflexionar antes de comprometerse a suscribir este préstamo. (Si ha lugar) No puede usted aceptar el contrato de crédito hasta que haya transcurrido un período de (duración del período de reflexión) a partir del momento en que el prestamista le entregue el contrato”.

⁶⁷ Artículo 9: “Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario, fiador o garante antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo, entre otros la situación de empleo, los ingresos presentes, los previsibles durante la vida del préstamo, los activos en propiedad, el ahorro, los gastos fijos y los compromisos ya asumidos. Asimismo, se valorará el nivel previsible de ingresos a percibir tras la jubilación, en el caso de que se prevea que una parte sustancial del crédito o préstamo se continúe reembolsando una vez finalizada la vida laboral”.

Artículo 11:” Los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. La tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, o profesional homologado conforme a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras”.

CAPÍTULO QUINTO

comparación de los préstamos disponibles en el mercado.

2º.- del análisis de esta información poder evaluar las implicaciones del contrato a formalizar y con ello “tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo sin demora injustificada”.

Estos dos puntos se relacionan directamente con las normas de transparencia material que se plasman por primera vez como derecho positivo en nuestro país en los artículos 14 y 15 de esta Ley. Nos remitimos al capítulo precedente de esta tesis donde hemos analizado a fondo las exigencias de este denominado control de transparencia material.

Cuestión directamente relacionada con este tema del plazo es la referida al tiempo de respuesta por parte de la entidad financiera para aprobar o desestimar una operación solicitada por el cliente y las posibles consecuencias a nivel jurídico que puedan tener para los clientes estas demoras. De hecho, en relación con este tema del que no existe ninguna previsión de un plazo fijado ni legal ni reglamentariamente, se han presentado múltiples reclamaciones ante el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España. Dichas reclamaciones se agrupan en tres motivos⁶⁸:

a) denegación de la operación tras haber generado en el solicitante expectativas de que sería aprobada.

b) demora en el plazo de sanción, generando un coste de oportunidad por la pérdida de la posibilidad de adquisición de la vivienda atendiendo a factores como elevada demanda de mercado y precios al alza.

c) pérdida de arras, por haber excedido el plazo concedido para formalizar la adquisición.

El criterio del Banco de España, que ya habíamos expuesto anteriormente en otros apartados de la tesis, es que, en materia de asunción de riesgos y de política comercial, las entidades financieras son libres para aprobar o desestimar las operaciones que planteen los clientes. Sentado este principio, atendiendo a los criterios del Banco de España se entiende que de acuerdo con las buenas prácticas y usos financieros, la sanción o denegación de la operación deberá atender a los siguientes parámetros:

1º.- resolución de la operación solicitada atendiendo a criterios objetivos como capacidad de pago, garantía de la operación, liquidez, solvencia del cliente.

⁶⁸ Memoria de Reclamaciones, año 2015, páginas 59 y 60, se puede consultar en www.bde.es

CAPÍTULO QUINTO

2º.- sanción de la operación en un plazo razonable y comunicación sin demora de la misma para el caso de que se deniegue al objeto de facilitar la financiación en otra entidad⁶⁹.

3º.- en ningún caso se entiende acorde con las buenas prácticas y usos financieros la generación de falsas expectativas sobre la concesión de la operación que puedan llevar a los clientes a asumir compromisos basados en dichas expectativas.

4º.- comunicada la denegación, entiende el Departamento del Banco de España que no existe ninguna norma de transparencia que exija a la entidad que informe sobre las razones en que se basa tal decisión. La única excepción sería la inclusión del solicitante en ficheros de solvencia, siendo obligatorio en tal caso informar al cliente del resultado de la consulta formulada a dichos ficheros o bases de datos.

2) Artículo 85, apartado 3: las que “reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato” (artículo 85.3 TRLGDCU). Y directamente relacionado con las operaciones a tipo de interés variable se señala a continuación que en los contratos de servicios financieros lo señalado anteriormente se “entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado ...al consumidor,....cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trata 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” (artículo 85.3 párrafo 2º TRLGDCU).

En este párrafo 2º del artículo 85.3 TRLGDCU se contemplan dos supuestos en relación con las variaciones de tipo de interés:

A) Adaptación de las revisiones de conformidad con un índice, siempre y cuando se trate de un “índice legal” y se describa el modo de variación del mismo.

Entendemos que la redacción del precepto no es la más correcta ya que debería referirse a un índice que podamos calificar como oficial en vez de legal, siguiendo las previsiones de la Orden EHA/2899/2011 que, en su artículo 27 número 1, señala que “a efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos

⁶⁹ Literalmente se señala que “se debe tener en cuenta que no hay un plazo prefijado para ello, dependiendo la razonabilidad de este de cada caso en particular” (Memoria de Reclamaciones, año 2015, página 60).

CAPÍTULO QUINTO

previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales...”⁷⁰. Adicionalmente en el propio artículo 27 se establece que estos considerados “tipos de interés oficiales” se publicarán mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y además su forma de cálculo se determinará mediante Circular del Banco de España⁷¹.

En cuanto a estos índices considerados oficiales es interesante referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 en la que se resolvió la cuestión de la abusividad y, por tanto, nulidad de la estipulación que preveía la revisión de la hipoteca con referencia al índice IRPH entidades (señalado en la letra a) del artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011.

En esta sentencia, al margen de que se haya considerado válido dicho índice, se hace referencia a los requisitos que debe reunir el principio de transparencia en la contratación en la que se incluyen índices financieros, entendemos tanto los oficiales como el resto de los índices, siempre y cuando se puedan calificar como objetivos y por tanto aptos para ser referencia en operaciones a interés variable⁷². En el Fundamento de Derecho Quinto, apartado número 4 se argumenta que para limitar la asimetría informativa que puedan padecer los consumidores respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia que se traduce en una serie de deberes:

⁷⁰ Recordemos los seis índices considerados 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) ídem pero concedidos por las entidades de crédito de 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) a 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.

⁷¹ Tanto la definición como fórmula de cálculo de los índices considerados oficiales se realiza tanto en la Orden EHA/2899/2011 como en la Circular 5/2012 del Banco de España, 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.

⁷² En el número 2 del mismo Fundamento se señala que “en el cálculo de interés variable se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato. El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo. El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, mibor, Ceca, euríbor o el ahora cuestionado IRPH); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada período contractual más el margen.....Respecto a los tipos de referencia, cuando el prestatario es consumidor, el artículo 85.3 TRLGDCU permite las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés cuando 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>”.

CAPÍTULO QUINTO

a.- informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes.

b.- informar de los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados.

c.- informar de la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

B) En el resto de las operaciones a interés variable, referenciadas a un índice que no sea uno de los que la ley califica como “legales” o mejor dicho oficiales, será obligatorio informar por parte del empresario de las modificaciones de tipo de interés y los prestatarios podrán resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

En estos contratos, porcentualmente los menos numerosos, habrá que atender a las exigencias del artículo 26 de la citada Orden EHA/2899/2011 que establece los requisitos que deberán cumplir los índices de referencia en los préstamos a tipo de interés variable:

a) que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

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

En los apartados 4 a 9 y 11 del artículo 85 TRLGDCU se contemplan distintas previsiones de cláusulas consideradas abusivas que no vamos a analizar al no tener relación directa con la cláusula de interés variable objeto de estudio de esta tesis⁷³.

⁷³ 4.- “Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculen a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable. Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato”.

Serían los supuestos de estipulaciones que incluyen resoluciones anticipadas por causas genéricas como la pérdida de solvencia del deudor o el impago de una sola cuota de préstamo o cualquier incumplimiento genérico por parte del consumidor.

5.- “Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido sus obligaciones”.

6.- “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

CAPÍTULO QUINTO

Artículo 85, apartado 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”

Como señala el artículo 1273 del Código Civil, el objeto del contrato no ha de estar necesariamente determinado, puede ser determinable en el futuro con la condición de que no sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes contratantes⁷⁴.

Se incluyen las estipulaciones de intereses moratorios excesivamente elevados o comisiones por gestiones de pagados notoriamente superiores a los gastos efectivamente habidos. En este punto se ha producido una importante novedad con la introducción del párrafo 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria mediante la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Se establece en el mismo que “los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 7.- “Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme”.

8.- “Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”.

9.- “Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

En relación con el número 6, en el tema de las medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios consideramos oportuno referirnos a la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, en cuanto que se alude a las circunstancias excepcionales que atraviesa España, “motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios”. En relación con los intereses de demora la misma Exposición de Motivos añade a la prohibición de exigir más de tres veces el interés legal del dinero y a la prohibición de capitalización de dichos intereses moratorios, la previsión de que en los casos de ejecución hipotecaria en que el resultado fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, “dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés...”.

11.- “Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato”. Es una estipulación abusiva directamente relacionada con la prevista en el número 3 de este mismo artículo y con la letra m) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que señala que se considerarán abusivas las cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3 las que conceden “al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato”, o le confiere “el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato”.

⁷⁴ Artículo 1273: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

CAPÍTULO QUINTO

La previsión de este artículo la podemos relacionar directamente con la cláusula de intereses variables que podremos calificar como abusiva si el índice no es objetivo o aún si referenciándose a parámetros objetivos “resultan sorprendentes por frustrar una expectativa legítima del mismo en cuanto a la existencia de un precio ya cerrado o si el parámetro escogido por el empresario, por su complejidad o extravagancia, no permite al consumidor formarse una representación exacta sobre el futuro precio del contrato”⁷⁵.

En este punto consideramos que es importante distinguir la abusividad porque el consumidor no puede valorar la complejidad de la forma de cálculo del índice de referencia, de lo que sería calificarla como abusiva porque es susceptible de manipulación por parte de la entidad financiera. En este último supuesto nos remitimos a lo que hemos expuesto anteriormente a propósito de vincular aspectos del contrato a la voluntad del empresario y en especial a lo previsto en el número 3 de este mismo artículo. Entendemos que afectaría a índices de referencia distintos de los considerados oficiales y en tales supuestos que no se hubiera detallado el método de cálculo que en todo caso debería ser objetivo y con un precio acorde con el mercado.

B) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR LIMITAR LOS DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR Y USUARIO.

Son las contempladas en el artículo 86 del Texto Refundido de la LGDCU que establece que “en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”, para a continuación enumerar una serie de estipulaciones que en todo caso merecerán tal calificación. Centrándonos en las operaciones de contrato de préstamo hipotecario y en concreto en aquellas estipulaciones que directa o indirectamente podrían afectar a la cláusula de interés variable se contemplan una serie de estipulaciones que, en todo caso, se calificarán como abusivas⁷⁶:

⁷⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., Comentario al artículo 85 del TRLGDCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dirección CÁMARA LAPUENTE, S., Madrid, año 2011, página 825.

⁷⁶ Al margen de las que están directamente relacionadas con las cláusulas de interés variable se prevén otras estipulaciones que igualmente se podrán calificar como abusivas. Así en el número 1 de dicho artículo se señala será abusiva la que prevea “la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes y servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad”.

En el número 2 se considera abusiva “la exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél”.

CAPÍTULO QUINTO

a) en primer lugar, la contemplada en el número 3 del artículo 86: “la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste”. Es habitual en las escrituras de préstamo hipotecario encontrar cláusulas que contemplan la cesión del crédito⁷⁷. De hecho la cesión de créditos en un negocio jurídico reconocido y regulado tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, si bien ha sido tras la crisis del sector financiero de los últimos años cuando han proliferado las operaciones de compraventa de carteras de deuda tanto con garantía real como con garantía personal, transacciones que han tenido y tienen lugar entre, de una parte, las entidades prestamistas y, de otra, sociedades habitualmente participadas por fondos de inversión⁷⁸. No es este el lugar para analizar y valorar dichas transacciones desde una perspectiva económica. En este punto sí consideramos oportuno valorar las exigencias que se derivan de la normativa de protección del consumidor y de lo que son las buenas prácticas bancarias en orden a la transparencia y protección del prestatario.

Si atendemos al negocio jurídico la cesión de crédito la podemos definir como la operación por la que el acreedor transmite el derecho de crédito a otra persona, permaneciendo vigente la misma obligación. Es consecuencia de un contrato en cuya virtud se produce la venta bien del crédito, bien, los supuestos más habituales, de carteras de créditos.

En rigor, los sujetos de la cesión del crédito son el acreedor cedente y el acreedor cesionario, y el deudor cedido o prestatario no es parte de dicho negocio ya que no tiene que manifestar su consentimiento para que se produzca. Diferente es que sí deba tener conocimiento de la misma, al igual que la eficacia que pueda tener frente a terceros. Por consiguiente, podemos, de forma resumida, establecer⁷⁹:

⁷⁷ Escritura de préstamo hipotecario de 29 de septiembre de 2016, entidad Bankia: Cláusula hipotecaria número 6: “Cesión del crédito hipotecario: Bankia podrá transferir a cualquier persona o entidad residente en España todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato. Asimismo, Bankia podrá transferir a cualquier persona o entidad residente en el extranjero, todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato conforme a la legislación que le resulta aplicable. En cualquier caso, en estos supuestos, la referida transferencia de derechos, acciones y obligaciones estará condicionada a que no se vea alterada la posición del prestatario en el contrato ni suponga ningún tipo de coste o carga para el mismo.”

⁷⁸ El Código Civil regula la cesión de créditos en los artículos 1.526 a 1.536 bajo la denominación de “transmisión de créditos y demás derechos incorporales”. En el Código de Comercio se regula en los artículos 347 y 348 bajo el epígrafe “de las transferencias de créditos no endosables”.

⁷⁹ En orden a la cesión de créditos consideramos necesario referirnos a la cuestión particular de las cesiones de operaciones a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, Sociedad Anónima (SAREB). Si bien en estos casos también se ha producido la cesión de operaciones, ésta ha tenido lugar mediante un acto administrativo dictado por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), realizada con base a la previsión legal contenida en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de Noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

CAPÍTULO QUINTO

1º.- En base al artículo 1527 del Código Civil y 347 del Código de Comercio y con respecto al deudor, éste únicamente debe tener conocimiento de la cesión⁸⁰.

2º.- Con respecto a la eficacia frente a terceros, es preciso que su fecha conste de modo auténtico, ya que, como señala el artículo 1526 del Código Civil, “la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro”.

Establecido lo anterior sí que, atendiendo a las buenas prácticas en materia de transparencia informativa que debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes, se debe exigir a la entidad que ponga en conocimiento del cliente tanto la cesión, como la identidad del cesionario y los medios de que dispone el prestatario para ponerse en contacto con él⁸¹.

Es oportuno destacar en estos supuestos que al hallarse habitualmente estas operaciones en situación de morosidad y dando por hecho que tal situación no debería privar al cliente de los derechos de información que le son inherentes, es frecuente que el prestatario tenga dificultades para acceder a la información detallada de su operación principalmente en lo que se refiere a los importes adeudados tanto por intereses ordinarios como por intereses de demora⁸².

⁸⁰ Artículo 1527 Código Civil: “El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”.

Artículo 347 Código de Comercio: “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”.

En relación con dicha notificación se ha manifestado el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de Junio de 1997 que en su fundamento jurídico primero ha señalado que “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, 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”.

⁸¹ Este es el criterio defendido por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España. Se puede consultar en este sentido la Memoria de Reclamaciones del año 2015, página 98. Disponible en www.bde.es

⁸² Un ejemplo que va más allá de la normativa y protección de la clientela bancaria es el planteado ante el Departamento del Banco de España en el que el cliente solicitaba conocer el contenido del contrato de cesión y en particular el precio satisfecho por dicho crédito a efectos de poder acogerse al derecho contemplado en el artículo 1535 del Código Civil que establece que “vendíéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago”.

En relación con este caso el criterio del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España fue remitir a los tribunales de justicia tanto para la resolución de la cuestión planteada como para la interpretación del citado artículo 1535 del Código Civil (Fuente: Memoria de Reclamaciones, año 2015, página 99).

CAPÍTULO QUINTO

Al margen de estas cuestiones atendiendo a la normativa general de protección de los consumidores y usuarios y en especial a la establecida en el artículo 8, letras d) y f) del Texto Refundido de la LGDCU que regula los derechos básicos de los consumidores y usuarios entre los que se incluyen expresamente “la información correcta sobre los diferentes bienes y servicios” (letra d) y “la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión” (letra f), debemos afirmar:

1º.- es obligatoria la comunicación de la cesión del crédito al prestatario⁸³.

2º.- la entidad cesionaria, a requerimiento del prestatario, debe facilitar toda la información en idénticos términos a la que tenía obligación la entidad cedente o prestamista originaria.

3º.- a nuestro entender, la entidad cedente tiene la obligación, caso de que sea requerida, de facilitar la información que no pueda proporcionar la actual titular del crédito. Lo contrario supondría privar al deudor, no olvidemos consumidor o usuario, de los derechos de información y conocimiento en todo momento de su posición contractual.

b) en segundo lugar, también merece la calificación de abusiva la cláusula que prevea “la privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación”⁸⁴ (artículo 86.4 TRLGDCU).

⁸³ En relación con esta exigencia ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 que estimó abusiva la cláusula que permitía la cesión del contrato o del crédito sin necesidad de notificarlo al consumidor o, en parecidos términos, la renuncia que el consumidor pueda realizar de su derecho de notificación. Consideró abusiva dicha cláusula por vulnerar la normativa de la anterior Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, normativa que se corresponde con la recogida en el actual artículo 86. Igualmente se señala que la cesión puede causar una limitación de los derechos del deudor cedido, a efectos de la liberación por pago al cedente antes de la notificación (artículo 1.527 del Código Civil: “el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación”) o de la extinción total o parcial de la obligación por compensación (artículo 1.198 Código Civil: “el deudor, que hubiese consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión de realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión”.

Esta doctrina la considera aplicable el Tribunal Supremo a la cesión de créditos hipotecarios ya que incluso en el supuesto de renuncia a la notificación dicha cláusula no superaría el control de contenido de la normativa sobre consumidores y usuarios.

⁸⁴ Un ejemplo de cláusula sobre compensación: Escritura de préstamo hipotecario de 5 de diciembre de 2014, entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria. Cláusula 8.5 “Compensación. La deuda que resulte contra la parte prestataria por razón de este contrato podrá ser compensada por el banco con cualquier otra deuda de éste que la prestataria pudiera tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el banco, y el título de su derecho, incluso el de depósito.

CAPÍTULO QUINTO

c) en tercer lugar, “la limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario” (artículo 86.5 TRLGDCU).

Estas estipulaciones son habituales en los contratos hipotecarios de apertura de crédito, relativos a operaciones concedidas para la construcción de la vivienda habitual del prestatario (los llamados créditos abiertos, préstamo autopromotor,...). Junto al desembolso inicial, normalmente para adquirir el solar donde se va a construir la vivienda se pactan sucesivas disposiciones para la construcción de la vivienda⁸⁵.

Se podría calificar como abusiva tanto la limitación de la facultad de resolución por parte del consumidor, como la indeterminación de las causas, de forma tal que se pudiera incurrir en facultades de modificación unilateral del contrato si lo ponemos en relación con el artículo 85 punto 3 antes comentado.

d) en cuarto lugar, “la imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación”. Son supuestos difícilmente planteables en tema de contratación hipotecaria, incluso en los contratos de préstamo con garantía personal (artículo 86.6 TRLGDCU).

e) finalmente, como cláusula de cierre se prevé en el número 7 del artículo 86 “la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario”.

C) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD.

Aparecen enumeradas en el artículo 87 del TRLGDCU que, de forma general,

Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, al alguno o a todos los prestatarios. Los prestatarios dejan afectos al buen fin del presente contrato todos sus bienes presentes o futuros, y especialmente los que existan a su nombre en el Banco, quedando este autorizado irrevocablemente para proceder, en caso de que aquéllos incumplan sus obligaciones de pago, a la aplicación de los depósitos en efectivo y a la realización de todo tipo de derechos de crédito, efectos mercantiles o títulos valores que, asimismo, puedan estar depositados en el Banco, al objeto de, con su importe, atender hasta donde alcancen los pagos pendientes”.

⁸⁵ Un ejemplo de cláusula en que la entidad financiera podría no realizar las disposiciones pactadas lo encontramos en la escritura de crédito abierto con garantía hipotecaria de 27 de Diciembre de 2006 de la entidad La Caixa: Cláusula financiera B) Operativa de las disposiciones:.....”La Caixa podrá negarse a que la parte acreditada realice disposiciones de crédito, aún en el caso de no haber alcanzado el límite de endeudamiento concedido, en cualquiera de los supuestos previstos como causas de vencimiento anticipado de la presente operación, o si hubiere incumplido cualquier otra obligación que tenga contraída con terceros, o cuando hubiere variado cualquiera de los factores que se tomaron en consideración al concertar la operación, especialmente la solvencia de la parte acreditada, o en caso de fallecimiento de cualquiera de las personas que, en su caso, la integren.....”

CAPÍTULO QUINTO

considera abusivas las cláusulas “que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario”, para después relacionar una serie de estipulaciones que, en todo caso, merecerán tal calificación⁸⁶.

a) en primer lugar, se califica como abusiva la estipulación que prevea “la imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos” ⁸⁷ (artículo 87.1 TRLGDCU).

b) en segundo lugar, en el número 3 del artículo 87 TRLGDCU, se señala que se calificará como abusiva “la autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad”.

Dentro de estas podemos incluir las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en cualquiera de sus modalidades: caso de falta de pago de alguno de los plazos, no constituir el seguro del bien hipotecado o no pagar las primas de éste, el deterioro del bien hipotecado, la insolvencia de deudor, hechos o circunstancias que supongan riesgos para la subsistencia y el rango de la hipoteca, posibilitar al acreedor hipotecario acudir a la ejecución extrajudicial, etc.⁸⁸

En relación con dichas cláusulas es importante referirse a la nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria⁸⁹: “En la inscripción del derecho real de

⁸⁶ De las enumeradas en dicho artículo las contempladas en los números 2, 4 y 6 únicamente las reproducimos al entender que difícilmente tengan relación con la cláusula de interés variable de los préstamos hipotecarios:

“2.- La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario”...

“4.- La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato”...

“6.- Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

⁸⁷ Este tipo de cláusula es prácticamente idéntica a las previstas en el artículo 86, números 1 y 5.

⁸⁸ En relación con el tema de la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado existe una doctrina consolidada por parte del Tribunal Supremo. En tal sentido son significativas las sentencias 1631/2017 de 25 de abril, 3412/2016 de 17 de julio y la sentencia 538/2013 de 13 de septiembre en la que además se determina el ámbito de la calificación registral respecto de estas concretas estipulaciones en los contratos de deuda con garantía hipotecaria.

⁸⁹ Redactado por el número 1 del artículo 11 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y

CAPÍTULO QUINTO

hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

En cuanto a estas cláusulas, el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado a raíz de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria es señalar la obligatoriedad de inscripción registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y resto de cláusulas financieras, aunque carezcan de trascendencia real⁹⁰.

financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

⁹⁰ Criterio que se deduce de la Resoluciones de 21 de Diciembre de 2007 y 1 de Febrero de 2008 al señalar que “lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de la mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 LH ha incluido un párrafo segundo que, respecto de las hipotecas constituidas en favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el Registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria – las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH – hubieran sido calificadas favorablemente”.

En relación con la Resolución de 21 de diciembre de 2007 es importante destacar por su relación directa con la cláusula de interés variable las estipulaciones de revisión de tipo de interés y tanto la calificación del Registrador como la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Denegó la Registradora la inscripción de las siguientes cláusulas en relación con la fijación de intereses: “El penúltimo párrafo de la cláusula 2ª y el último párrafo de la cláusula 8ª, regulan la posibilidad de un <tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización>, el cual implica un tipo de penalización del 2% anual por encima del tipo de interés remuneratorio,.....La cláusula 4ª establece la posibilidad de un interés remuneratorio alternativo que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida que ésta cumpla las manifestaciones y garantías establecidas en la cláusula 14ª, quedando al unilateral arbitrio de la entidad acreedora la valoración de dicho cumplimiento; y seguidamente se atribuye a la entidad acreedora la facultad de modificar unilateralmente <los intervalos a los que se carga el interés>;.....la cláusula 3ª, en su párrafo 1º, establece un diferencial ascendente al 4% anual, que sumado al tipo de interés referencial <euríbor a tres meses> permite calcular el tipo de interés variable aplicable lo que excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve en la actualidad el mercado hipotecario...”. Sus argumentos centrándonos en las citadas cláusulas fueron: “La fijación de un tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización ascendente al 2% sobre el tipo de interés ordinario aplicable, que no es objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la cláusula de constitución de hipoteca se considera insubsanable, al ser contrario al principio de especialidad o determinación..... La aplicación de un tipo de interés remuneratorio alternativo que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida que cumpla las manifestaciones y garantías previstas en la cláusula 14ª, queda al exclusivo arbitrio de una de las partes, circunstancia que nuevamente se produce al otorgarse la entidad acreedora la prerrogativa de modificar los intervalos a los que se carga el interés, extremos ambos que se consideran defecto insubsanable, al resultar contrarios a lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil, en virtud del cual <la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los

CAPÍTULO QUINTO

En consecuencia, de conformidad con dicho artículo podemos realizar las siguientes consideraciones⁹¹:

1º.- Se deben calificar e inscribir las cláusulas de trascendencia real relativas a la determinación del importe del principal de la obligación garantizada, el importe de los intereses pactados, el importe máximo de responsabilidad y la identificación de la obligación garantizada.

2º.- Al señalar el artículo 12 la expresión “se harán constar” se elimina toda posibilidad de calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado⁹².

En este sentido es clara la afirmación de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007 al afirmar: “respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria (las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH) hubieran sido calificadas favorablemente”⁹³.

contratantes>.....

El Centro Directivo resuelve en cuanto al llamado tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización que no es correcto dado que en la cláusula de constitución de hipoteca, no se discriminan los intereses remuneratorios de los moratorios, distinción necesaria de acuerdo con el principio de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria); En cambio en lo relativo al tipo de interés remuneratorio alternativo, calificado como más ventajoso por la Dirección General, resuelve en contra del criterio de la Registradora al considerar que el tipo de interés que se pacta “lo es siempre por definición en beneficio del deudor, ya que se pacta expresamente que en ningún caso pueda ser superior al tipo de interés ordinario pactado; las condiciones a las que se somete su aplicación están objetivadas en la cláusula catorce de la escritura y su variabilidad (no solo al alza, sino también a la baja) aunque dependa exclusivamente de la entidad acreedora, debe obedecer a cualquiera de las dos circunstancias concretas y objetivas previstas en el párrafo segundo de la Cláusula Financiera cuatro”. En cuanto a la posibilidad de modificar los intervalos a los que se carga el interés se da la razón a la Registradora ya que dicha previsión carece de motivación objetiva y por consiguiente es contraria a lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil.

Sobre el pacto para el cálculo de interés variable, consistente en sumar un diferencial del 4% anual a la referencia Euribor a tres meses, lo que a juicio de la Registradora excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta la realidad del mercado hipotecario, “lo que le convierte en un interés usurario de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura y la doctrina que sobre el mismo tiene establecido el Tribunal Supremo”, el Centro Directivo “no comparte esa postura, por cuanto si bien los intereses pactados en toda operación de crédito o préstamo deben sujetarse a los límites de la Ley de 23 de Julio de 1908, de represión de la usura, no corresponde al Registrador, en el reducido marco en que se desenvuelve el procedimiento registral, determinar si un determinado tipo de interés como el que se pacta en la estipulación ahora cuestionada es usurario o no, circunstancia que correspondería exclusivamente a los Tribunales de Justicia”.

⁹¹ Un estudio completo sobre la inscribibilidad de estas cláusulas se puede encontrar en el estudio de BUSTOS LAGO, J. M.: *La protección del deudor en los créditos hipotecarios: cláusulas de variabilidad del tipo de interés, redondeo, comisiones y gastos. Cobertura del riesgo del tipo de interés*. Estudio realizado en el seno del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: *La protección del consumidor sobreendeudado* (Ref. SEJ2007-64777/JURI).

⁹² BUSTOS LAGO, J. M., ob. cit., página 212.

⁹³ Destaca BUSTOS LAGO, J. M., ob.cit., página 213 en relación con esta Resolución que “respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado lo que se hará es, no una inscripción, sino una *transcripción* de lo que consta en la escritura pública de formalización del derecho real de hipoteca – de manera que su constancia registral lo es

CAPÍTULO QUINTO

3º.- En coherencia con los dos puntos anteriores si son cláusulas de naturaleza no real y, por tanto, no afectan ni a la garantía ni al rango de la hipoteca, habrá que determinar los efectos frente a terceros vinculados a esta transcripción. Un sector doctrinal, cuya posición compartimos, considera que implica que no resultarán de aplicación los preceptos y principios hipotecarios que se fundan en la eficacia de las inscripciones registrales⁹⁴. Por tanto, carecerían de eficacia frente a terceros, propios de las cláusulas de naturaleza real inscritas, o “en última instancia, que la cláusula no goza de la presunción de validez, propia de las inscripciones y asientos registrales, por cuanto no ha sido objeto de calificación”⁹⁵.

c) por último, conforme al número 5 del citado artículo 87 se consideran nulas por falta de reciprocidad “las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva”.

Dentro de estas y estrechamente relacionada con la cláusula de interés variable esta la llamada “cláusula de redondeo” que, hasta fechas recientes, era muy habitual en los contratos de préstamo hipotecario. Reproducimos dos estipulaciones analizadas en sendas sentencias del Tribunal Supremo que resolvió recursos en relación con el redondeo del tipo de interés:

1ª.- Cláusula de redondeo del tipo inicial contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre Banco Popular y un prestatario el día 16 de mayo de 2000: “Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo”⁹⁶.

2ª.- Estipulación segunda, apartado 6, párrafos 1º y 3º de la escritura de préstamo hipotecario de Banco de Fomento de 26 de marzo de 1992: “No obstante el tipo de interés nominal anual pactado en el punto 1.- de esta estipulación, será de

a meros efectos de la denominada <publicidad noticia >. Recoge en este sentido el parecer favorable de PAZ-AREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO. Igualmente expone la postura crítica a propósito de esta denominada publicidad noticia de las cláusulas financieras de VALERO FERNANDEZ REYES, Á. que en “Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008”, en *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, CER-Decanato Autonómico de Madrid, número 19, página 67, señala que “este tipo de publicidad no conviene... pues no son oponibles a terceros y responden exclusivamente a intereses económicos privados”.

⁹⁴ PRETEL SERRANO, J. J., “La calificación registral y su alcance”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 712, año 2009, páginas 753 a 755. En parecidos términos BUSTOS LAGO, J.M., ob. cit., página 215.

⁹⁵ BUSTOS LAGO, J. M., ob. cit., página 216.

⁹⁶ Resuelta en la Sentencia 75/2011 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo.

CAPÍTULO QUINTO

aplicación hasta el próximo 31 de diciembre siguiente al que se cumpla el primer semestre de vigencia del préstamo. A partir de tal fecha, en los sucesivos períodos anuales y hasta el vencimiento de la operación, el tipo de interés anual aplicable será el que resulte de la media aritmética, redondeada por exceso al cuarto de punto inmediatamente superior, de los tipos de referencia.....”⁹⁷.

A nivel jurisprudencial se ha resuelto la abusividad y en consecuencia la nulidad de la cláusula de redondeo. Los argumentos son básicamente la falta de acreditación de que dicha estipulación haya sido negociada individualmente y el tratarse de un incremento meramente aleatorio que pretende simplificar el cálculo de la cantidad que debe ser abonada por el prestatario en concepto de intereses, lo que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, “pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación”⁹⁸. La argumentación legal se basa en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril y el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de Julio (modificada por el actual TRLGDCU), al tratarse “de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato....(STS 4 de Noviembre de 2010).

D) CLÁUSULAS ABUSIVAS SOBRE GARANTÍAS.

Conforme al artículo 88 apartado 1 del TRLGDCU en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan⁹⁹:

⁹⁷ Resuelta en la Sentencia 70/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero. En esta sentencia, al margen de la cláusula de redondeo, se constata en primer lugar a través de las cesiones de crédito un hecho muy habitual en el panorama bancario de nuestro país de las dos últimas décadas, las fusiones bancarias, así, por ejemplo, en este caso concreto el préstamo originariamente formalizado entre el prestatario y Banco de Fomento, se cedió a Hispamer Banco Financiero y posteriormente a Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad y en segundo lugar un índice de referencia, habitual en las fechas en que se firmó la operación, referenciado a los preferenciales de distintas entidades de crédito. Por su interés reproducimos dicha estipulación: “...de los tipos de referencia, para los préstamos a tres o más años, publicado y comunicado al Banco de España por los siguientes Bancos: Bilbao Vizcaya, S.A., Banco Español de Crédito, S.A., Santander, S.A. y Popular Español, S.A., incrementado en un punto. Si por cualquier causa dejara de existir alguno de los bancos citados, se tomará en cuenta la media aritmética del tipo publicado por los tres bancos restantes. Y si estos quedaren reducidos a menos de tres, se tomará en cuenta el tipo publicado por la entidad bancaria privada elegida por el Banco.

Si dejasen de comunicar y publicarse los tipos de referencia, el tipo de interés se calculará de igual forma, con los tipos preferenciales que tengan establecidos los mencionados Bancos, publicados y comunicados al Banco de España, incrementándose la media aritmética, una vez redondeada en cinco puntos...”.

⁹⁸ MARTÍNEZ ESPÍN, P., en *Abusividad de la cláusula de redondeo al alza en hipotecas (A propósito de la STS num 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 de marzo)*. Publicado en Centro de Estudios de Consumo, notas jurisprudenciales (www.uclm.es/centro/cesco).

⁹⁹ Adicionalmente, en los números 2 y 3 de este artículo 88 TRLGDCU, se consideran abusivas las estipulaciones que determinen: “La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”, y “la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las

CAPÍTULO QUINTO

“La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”.

Se hace expresa referencia en este artículo a la llamada normativa sectorial que, recordemos, está integrada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y 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. Un sector doctrinal, cuya opinión compartimos, critica esta presunción dado que esta normativa específica o sectorial “no ha sido prevista para integrarse en la relación contractual entre la entidad financiera y su cliente, es decir, no son normas de derecho privado llamadas a producir efectos inter partes. Su objeto es regular la supervisión administrativa de la actividad de las entidades de crédito, de manera que las consecuencias de su incumplimiento se producen en la esfera de las relaciones de las entidades financieras y la administración competente para supervisar su actividad (Ministerio de Economía y Hacienda y Banco de España)”¹⁰⁰. En términos parecidos reafirmando nuestra argumentación, el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que reconoció la validez del IRPH Entidades como índice de referencia, señala que estos índices regulados en disposiciones reglamentarias, deben poder ser objeto de control y no debe ser suficiente para superar el mismo considerarlo como un índice oficial regulado en una disposición administrativa ya que sostener esta postura supondría que esta disposición acabaría subsumiendo el plano sustantivo del control de transparencia (Fundamento primero, número 2 del voto particular).

Centrándonos en las operaciones a interés variable un supuesto que se podría incluir en el ámbito de aplicación del supuesto del apartado 1º del artículo 88 sería el de los llamados instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés. Estas coberturas, ligadas a los contratos a interés variable, se podrían incluir en la previsión de este artículo siempre y cuando adoptáramos un concepto amplio de garantía, más allá de la típica garantía real o personal, y consideráramos que engloba cualquier sistema de aseguramiento voluntario “cuya finalidad esencial sea preservar el interés del acreedor, asegurando el cumplimiento de la obligación”¹⁰¹.

Mediante dichos instrumentos de cobertura se pretende eliminar, o

obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia”.

¹⁰⁰ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., Comentario al artículo 88 TRLCU en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (Dirección de CÁMARA LAPUENTE, S.) Colex, Madrid, año 2011, página 902.

¹⁰¹ ROCA TRÍAS, E., “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantías” en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* (Coordinadores NIETO CAROL, U., y BONET SÁNCHEZ, J.I.) Tomo I, Madrid, año 1996, página 131.

CAPÍTULO QUINTO

disminuir, el riesgo de tipo de interés asumido por la parte prestataria en las operaciones concertadas a tipo de interés variable¹⁰². De los distintos supuestos de contratación, ya simultánea, ya posterior a la formalización de la operación, consideramos que debemos ajustarnos a los casos en que la firma de la cobertura se hace de forma simultánea con la operación hipotecaria objeto de cobertura.

En todo caso defendemos que la descripción tanto del derivado como de su coste para el prestatario se incluya en la información precontractual, en todo caso en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), en idénticos términos a las anteriores Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER) y en la Oferta Vinculante, ya que tras la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dicha información debería incluirse en la citada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que sustituye todas las anteriores. En tal sentido debería exigirse no solo la información en los documentos señalados sino también la necesidad de facilitar al futuro prestatario en documento aparte todas las características de la cobertura que va a contratar. Lo contrario supondría vulnerar tanto el deber de información como las normas de transparencia exigibles.

En relación con estos instrumentos y siempre y cuando se comercialicen vinculados a un préstamo hipotecario se establecen una serie de requisitos obligatorios de información en el artículo 24 de la Orden EHA/2899/2011 bajo el epígrafe de Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés:

a) “La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos”.

b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación”.

c) Atendiendo a la naturaleza del instrumento será obligatorio concretar: la

¹⁰² Ejemplo de cláusula de cobertura: Contrato de gestión de riesgos de tipo de interés. Firmado el 16 de junio de 2009, por la entidad Bankinter, denominado “Clip Bankinter 07 3.3/ACT.I”: “El valor de mercado del clip se calcula como el valor actual de la suma de las futuras liquidaciones que estima el mercado se pueden producir hasta el vencimiento del mismo. Por estar vinculadas las liquidaciones del clip a la evolución del Euribor 3 meses, el valor de mercado del clip dependerá de las estimaciones de valoración futuras, volatilidad y liquidez de dicho índice de referencia.

El valor de mercado del clip será negativo para el cliente si la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que el cliente tendrá que efectuar en el futuro a Bankinter excede a la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que Bankinter tendrá que efectuar en el futuro al cliente. Por el contrario, el valor de mercado del clip será positivo para el cliente si la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que el cliente tendrá que efectuar en el futuro a Bankinter es inferior a la estimación de la suma de los valores presentes de los pagos que Bankinter tendrá que efectuar en el futuro al cliente”.

CAPÍTULO QUINTO

obligatoriedad del pago de la prima y su importe, las potenciales liquidaciones del sistema de cobertura “teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas puedan ser negativas”, el sistema de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada “con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia” (artículo 24, 1 letra c).

En conexión con este tema el artículo 24.3 de la Orden ha previsto el supuesto de que muchas veces la firma del derivado es posterior a la firma del contrato de préstamo hipotecario, lo que, en no pocas ocasiones, implica saltarse las normas sobre la preceptiva información a recoger en la Ficha Europea de Información Normalizada. A tal efecto, se establece en el artículo 24.3 de la Orden EHA/2899/2011 que será suficiente para exigir las obligaciones derivadas del mismo que las partes “reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel”, sin que sea necesario que se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo hipotecario.

Un paso más en la protección del prestatario tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, al exigirse que en casos de contratación de instrumentos de cobertura de tipo de interés variable deberá aportarse el correspondiente test de conveniencia.

Es oportuno referirse, aunque sea de manera breve, a la normativa MiFID que alteró la Ley de Mercado de Valores y cuyas normas son directamente aplicables a estos instrumentos de cobertura de tipo de interés.

Previamente y de manera resumida podemos señalar como características que determinan la naturaleza jurídica de un contrato de cobertura, que en realidad no busca otra cosa que minimizar los riesgos de tipo de interés, las siguientes¹⁰³:

a) contrato atípico, válido al amparo del artículo 1255 del Código Civil si bien hay que señalar que fueron recogidos por primera vez en la Ley de Mercado Hipotecario (artículos 12.2, 13.2 y 14) a raíz de la reforma tras la Ley 41/2007.

b) es consensual, bilateral, generador de recíprocas obligaciones y sinalagmático. Ambos contratantes (prestamista y prestatario) se obligan a liquidar periódicamente pagos a favor de uno u otro. El caso típico, por ejemplo, en relación con el euríbor, supondrá que si el índice supera un determinado valor pactado, el prestamista satisfará al prestatario la diferencia; si, en cambio, baja, será el prestatario

¹⁰³ NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 727, año 2011, páginas 2684 y 2685.

CAPÍTULO QUINTO

quien satisfaga a la entidad prestamista la diferencia¹⁰⁴.

c) es complejo y por ello en base al artículo 79 bis.8 de la Ley de Mercado de Valores el cliente, de forma previa a la contratación, deberá llevar a cabo el test de conveniencia del artículo 73 del RD 217/2008, de 15 de febrero, para comprobar la adecuación del producto a su perfil de cliente¹⁰⁵.

d) tiene un carácter aleatorio, de incertidumbre ya que su causa reside en el intercambio de prestaciones para disminuir la exposición al riesgo de tipo de interés de ambas partes¹⁰⁶.

La comercialización de estas coberturas de tipo de interés ha generado múltiples incidencias al haberse contratado durante unos años en los que el índice euríbor estaba en cotas elevadas (principalmente se formalizaron durante los años 2007 y 2008 cuando estaba situado por encima del 5%) y, al haberse producido una posterior caída que además se ha sostenido en el tiempo, las únicas beneficiadas han sido las entidades de crédito y los prestatarios siguen satisfaciendo partidas en base al

¹⁰⁴ El argumento para el prestatario para contratar dicha cobertura es evidente si consideramos que está interesado en contratar un préstamo a tipo de interés variable, pero intentando que sea lo más estable en cuanto a tipo de interés (la lógica de la contratación hay que considerarla al constatar que, en general, las operaciones a tipo de interés fijo suelen ser a un tipo de interés mucho más elevado y con unas comisiones de amortización muy superiores a las operaciones a interés variable). Ante esta situación la entidad financiera ofrece la contratación de esta cobertura para satisfacerle la diferencia entre un tipo de referencia pactado previamente y hasta lo que aumente haciéndole los pagos que correspondan. A cambio, el prestatario, deberá satisfacer la diferencia entre el valor de referencia y el valor inferior a este en cada momento pactado.

¹⁰⁵ Artículo 73 “Evaluación de la conveniencia” del RDL 217/2008: “A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos y servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional”.

El artículo 79 bis. 7 (hoy derogado) establecía que “cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior <en alusión a servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras> la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá...”

En términos muy parecidos los artículos 210 y 213 de la vigente Ley de Mercado de Valores señalan que se deberá orientar, advertir y evaluar la idoneidad de los clientes sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros con “advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos” y en cuanto a la evaluación de la idoneidad se establece que “en el caso de clientes profesionales, la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente” (artículo 213.2).

¹⁰⁶ Fundamento de Derecho Sexto STS 20 de diciembre de 2017: “Examinados los contratos no estamos ante un sistema de compensación de riesgos sino de un contrato aleatorio, que no pretende compensar sino abonar cantidades en función de circunstancias no previsibles, o inciertas, al menos para el prestatario.”

CAPÍTULO QUINTO

diferencial contratado.

De las múltiples sentencias que han resuelto sobre esta cuestión y de la interpretación realizada sobre la legislación específica derivada tanto de la legislación sobre consumo como de la específica, en especial la relativa a normativa MiFID podemos realizar las siguientes consideraciones¹⁰⁷:

1º.- en primer lugar, habrá que valorar si el prestatario tiene la consideración o no de consumidor. Tal condición, en relación con dichos productos, se deduce del artículo 3 del RDL 1/2007 que señala que habrá que atender a si la empresa o el profesional actúa en el ámbito de su actividad empresarial.

Si es empresario, cualquier cuestión se tendrá que dirimir de conformidad con las normas generales de Derecho Civil y, a partir de 2007, se exige que la información que se le haya proporcionado esté de acuerdo con la normativa MiFID que, recordemos, modificó la Ley de Mercado de Valores.

Si es consumidor habrá que atender a la normativa que se deduce de la normativa de protección de los mismos, en especial, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2º.- en segundo lugar, y en relación directa con estas coberturas, se puede acudir a la normativa MiFID (recordemos aplicable desde 2007) tanto para consumidores como para no consumidores.

Se puede con ello superar la dicotomía consumidor-no consumidor y, en su lugar, utilizar la terminología “minorista” en contraposición a la de “profesional” e introducir el criterio de valoración de la complejidad del producto de cara a la información necesaria a facilitar en la comercialización de estos productos en contratos de adhesión¹⁰⁸.

En base a las distintas sentencias a las que antes nos hemos referido los criterios para determinar cuándo existirá suficiencia y claridad de la información serán:

a) debe buscarse la comprensión, en caso de consumidor, de las consecuencias

¹⁰⁷ Destacar las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 2501/2019 de 16 de julio, 1893/2019 de 13 de junio y 1405/2016 de 19 de diciembre. De Juzgados de Primera Instancia señalar: 239/2011 de 25 de octubre del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, 37/2011 de 17 de marzo del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ponferrada y 367/2011 de 4 de abril del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca. Una valoración de las mismas se puede consultar en NASARRE AZNAR, S., ob.cit., páginas 2687 y siguientes.

¹⁰⁸ NASARRE AZNAR, S., ob.cit. loc.cit.

CAPÍTULO QUINTO

económicas del producto contratado.

b) no es suficiente en la explicación del producto la expresión empleada habitualmente “vinculado a las condiciones de mercado”.

c) el lenguaje en la contratación del producto debe ser sencillo ya que la utilización de un lenguaje técnico financiero provoca la falta de transparencia del contrato.

d) la obligación de información del prestamista tiene que ser rigurosa y adaptada a las características de la operación y a la persona a quien se dirige.

e) en base a la buena fe (artículo 7 del Código Civil y 79 de la Ley de Mercado de Valores) es obligatorio aportar la máxima información tanto en sede precontractual como contractual. Cuestión importante si tenemos en cuenta que los intereses de ambas partes son contrapuestos ya que, antes lo habíamos señalado, se trata de un contrato sinalagmático.

f) existe un deber de información continuada en atención a las obligaciones que ha asumido el prestatario.

E) CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE AFECTAN AL PERFECCIONAMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Reguladas en el artículo 89 TRLGDCU que señala que, en todo caso, tendrán la consideración de cláusulas abusivas:

1) En primer lugar: “1.- Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.”

En tema de préstamos hipotecarios debemos poner en relación este artículo con la previsión del artículo 6 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que señala: “Las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta”.

En parecidos términos, la Norma Sexta de la Circular 5/2012, de 27 de junio,

CAPÍTULO QUINTO

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 señala que:”1.- Las entidades deberán facilitar de forma gratuita al cliente toda la información precontractual que sea precisa para que pueda comparar ofertas similares y pueda adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa, y habrá de entregarse, en papel o en cualquier otro soporte duradero, con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación en virtud de dicho contrato u oferta. Cuando dicha información tenga el carácter de oferta vinculante, se indicará esta circunstancia, así como su plazo de validez”.

En esta cuestión de la información a facilitar antes de formalizar la operación se ha producido una novedad con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En el artículo 6 de la misma se reitera no solo la necesidad de que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria en la fase precontractual, sino que en sus distintos apartados se enumera la “información básica” que deberá figurar en la publicidad de los préstamos hipotecarios.

Sin ningún tipo de duda, la exigencia de información precontractual es determinante y en tal sentido valoramos positivamente tanto el contenido de la información que, por primera vez, aparece regulado de forma precisa como la necesidad de que la misma sea precisa y suficiente en orden a que el futuro prestatario pueda tener un conocimiento completo del contenido del contrato y, adicionalmente, en esta fase de la negociación pueda comparar las distintas ofertas del mercado.

Hemos analizado en profundidad en otros apartados de la tesis la información precontractual necesaria en tema de operaciones hipotecarias y a ellos nos remitimos, simplemente recordar la Exposición de Motivos de la Orden EHA/2899/2011 que en relación con el desarrollo específico sobre normativa de transparencia de préstamos hipotecarios señala: “el nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual...”

2) En segundo lugar, el apartado 2 del artículo 89 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que supongan “la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Igualmente, en el número tres de este artículo 89 TRLGDCU se contemplan una serie de estipulaciones relacionadas con las operaciones de compraventa que también merecen ser calificadas como abusivas: “3.- La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

CAPÍTULO QUINTO

3) En tercer lugar, en el apartado cuatro del artículo 89 TRLGDCU se hace referencia a la abusividad como consecuencia de “la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”.

Se contempla en este artículo un supuesto muy habitual en las operaciones hipotecarias a interés variable: la contratación de productos vinculados. Es muy frecuente en este tipo de préstamos que las entidades financieras ofrezcan bonificar el diferencial que, recordemos, adicionado al tipo de interés de referencia, determina el tipo de interés aplicable a cambio de la contratación de determinados productos o servicios. Esta cuestión de las prácticas de ventas vinculadas y combinadas ha sufrido una importante novedad con la aprobación de la Ley de contratos de crédito inmobiliario que transpone a nuestro ordenamiento 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. Esta Directiva parte del supuesto, real e incluso necesario desde la perspectiva de la rentabilidad de la operación por parte de la entidad financiera dado el actual contexto de los tipos de interés en tasas muy bajas, de que los prestamistas ofrecen en el momento de la contratación de la operación de crédito un conjunto de productos o servicios que el cliente, en general, tiene que contratar si quiere formalizar el préstamo. Como norma general la Directiva y la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario prohíben las prácticas de venta vinculada sí permitiendo las de venta combinada.

En el artículo 4 de la Directiva y en el artículo 3 bis de la Ley, bajo el epígrafe de definiciones, se define qué se entiende tanto por prácticas de venta vinculada como de venta combinada. Así en el número 26 del artículo 4 de la Directiva y en el 25 del artículo 3 bis de la Ley 5/2019 se define en idénticos términos a las prácticas de venta vinculada como: “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ofrezca al consumidor por separado”. Por su parte, el número 27 del artículo 4 de la Directiva define como prácticas de venta combinada: “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito

En particular, en la compraventa de viviendas:

- a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).
- b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.
- c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.
- d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.”

CAPÍTULO QUINTO

y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito se ofrezca también al consumidor por separado, aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios auxiliares”; en cambio el número 26 del artículo 3 bis de la Ley, en términos parecidos, no idénticos, define estas prácticas de venta combinada como:”toda oferta o venta de una paquete constituido por un contrato de préstamo y otros productos o servicios financieros diferenciados, en particular otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado”.

En nuestra opinión la redacción del número 26 del artículo 3 bis de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es desafortunada y, realmente, en lo que atañe a la redacción del supuesto que contempla “otro préstamo sin garantía hipotecaria, cuando el contrato de préstamo se ofrezca también al prestatario por separado” no se refiere estrictamente a una práctica de venta combinada de productos o servicios financieros diferenciados. Es difícilmente planteable la opción de conceder o vincular en el momento de la concesión una operación con garantía hipotecaria y “otro préstamo sin garantía hipotecaria”, es decir, con garantía personal.

Se insiste en las Exposiciones de Motivos tanto de la Directiva como de la Ley que uno de los problemas que ha sufrido el mercado hipotecario, ha sido como resultado del comportamiento irresponsable de las entidades financieras en la concesión y contratación de préstamos. El artículo 9 de la Ley se refiere expresamente a la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario con unas indicaciones que atienden principalmente a la prudencia en la verificación de la capacidad del prestatario para asumir las obligaciones derivadas de sus compromisos de pago. Sin ningún tipo de duda esta falta de prudencia en la concesión de operaciones de activo fue uno de los factores que, en nuestro país, supusieron la crisis del sistema financiero a partir del año 2008.

No se entiende, salvo por un error del legislador, esta redacción que no considera los criterios de prudencia en cuanto a la concesión de operaciones con garantía hipotecaria y garantía personal, con plazos y tipos de interés muy dispares y cuyo efecto práctico no puede ser otro que cuestionar el endeudamiento razonable del prestatario. También se incurre en el error de no conceptualizar correctamente que la venta vinculada se refiere, básicamente, a productos o servicios financieros diferenciados (cuenta, tarjetas, seguros,...) y no a otra operación de préstamo.

Con idéntico argumento basado en la prudencia o en la concesión responsable de préstamos ya hemos analizado en otro apartado de esta tesis como la morosidad aumenta cuando la LTV (Loan To Value) o porcentaje del préstamo en relación con el valor de la última tasación realizada es superior a valores del 70% o 80%. Una operación de préstamo personal cuya finalidad pudiera ser sobrepasar este límite al sumar ambos importes concedidos supondría rebasar este límite prudencial al tiempo

CAPÍTULO QUINTO

que se empeoraría el endeudamiento del prestatario por la distinta tipología de tipos de interés y plazos de operaciones con distintas garantías.

Considerando que según el artículo 17 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el Banco de España, mediante Circular, deberá desarrollar los criterios de estas prácticas relativas a las ventas vinculadas permitidas habrá que esperar dicha normativa. En la actualidad la regulación, principalmente en lo relativo a las obligaciones de información previa sobre productos vinculados, se recoge en el artículo 12 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Señala el citado artículo:

“Servicios bancarios vinculados. Las entidades de crédito que comercialicen servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, deberán informar al cliente, de manera expresa y comprensible, sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

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”.

Si, cuando al referirnos anteriormente en el apartado anterior a las coberturas de tipo de interés que tienen como función mitigar el riesgo, defendíamos la necesidad, para reforzar la información a los usuarios, de garantizar el pleno conocimiento de tales productos, en parecidos términos defendemos esta necesidad de información en la contratación de productos vinculados (no olvidemos que el fin último es de una parte rentabilizar la operación por parte de la entidad financiera y de otra reducir el coste por parte del cliente en la contratación de una operación a interés variable) para que, a largo plazo, los prestatarios estén adecuadamente informados y sean concedores de dichos productos y de su encaje en el contrato de préstamo¹¹⁰.

¹¹⁰ Un ejemplo de cláusula de bonificación de condiciones financieras lo encontramos en la escritura de préstamo hipotecaria de Bankia de 29 de septiembre de 2016: “3 bis 1.- En razón de la política de Bankia de ofrecer las mejores condiciones financieras a aquellos clientes con los que les une una relación de negocio más estrecha, el margen o diferencial consignado en el apartado anterior, tendrá la consideración de margen o diferencial bonificado. Dicha bonificación máxima es del 0,60%, siendo requisitos imprescindibles para poder mantener dicho margen o diferencial bonificado, que se den las siguientes condiciones de forma simultánea:

- a) Que la presente operación de préstamo hipotecario se encuentre al corriente de pago de cualquiera de las cuotas de amortización, comisiones y demás pagos que procedan con arreglo al presente contrato, salvo demoras no superiores a un plazo de 30 días.
- b) Que el cliente tenga contratado un seguro de daños de la finca hipotecada, de los denominados o identificados comercialmente como seguros del hogar, de entre los comercializados por Bankia, que cubra, como mínimo, el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo.

La ausencia de cumplimiento de cualquiera de los requisitos anteriores dará lugar a la pérdida total de la bonificación y a la aplicación automática del margen o diferencial sin la bonificación expresada.

CAPÍTULO QUINTO

En términos muy parecidos al número 4 del artículo que comentamos el apartado 5 del artículo 89 TRLGDCU considera abusiva la cláusula que suponga: “...incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”¹¹¹.

No obstante, el cumplimiento de los requisitos a) y b), en el caso de que el cliente no contratara o dejara de contratar los siguientes productos o servicios comercializados por Bankia, la bonificación máxima referida con anterioridad se verá reducida parcialmente en los porcentajes que a continuación se expresan para cada uno de los referidos productos o servicios, de manera que el margen o diferencial bonificado aplicable se verá incrementado en dichos porcentajes:

1.- Domiciliación de la nómina, pensión, seguro de desempleo o pago de seguros sociales. Cualquiera de los clientes deberá haber percibido mensualmente y sin interrupción durante el periodo de interés anterior, mediante abono domiciliado en cuenta abierta en Bankia a su nombre, los ingresos antes citados (siempre que el importe domiciliado sea igual o superior al último salario mínimo interprofesional establecido legalmente, vigente en el momento de la revisión), bien sean derivados de su condición de trabajador por cuenta ajeno o por cuenta propia, en este caso, bastará que tenga domiciliado el pago de seguros sociales del régimen al que esté adscrito. En caso de no cumplirse este requisito el margen o diferencial bonificado se incrementará en 0,20 %.

2.- Aportaciones netas anuales a planes de pensiones individuales comercializados por Bankia. Para el primer año de vigencia de este contrato la suma de aportaciones netas realizadas por uno cualquiera de los clientes deberá ser superior a 500 euros. Para anualidades sucesivas, las aportaciones netas realizadas durante los doce meses anteriores a la fecha de condiciones de bonificación no deberán ser inferiores al último salario mínimo interprofesional establecido legalmente, vigente en el momento de la revisión. Se entenderá por aportación neta el total de aportaciones menos los traspasos a otros planes no comercializados por Bankia. En caso de no cumplirse este requisito el margen o diferencial bonificado se incrementará en 0,20%,

3.- Seguro de amortización de préstamo hipotecario de los comercializados por Bankia...En caso de no cumplirse este requisito el margen o diferencial bonificado se incrementará en 0,10 %

4.- Seguros diversos comercializados por Bankia (diferentes al seguro de hogar y al seguro de amortización referidos en apartados anteriores). La cantidad a satisfacer por primas de estos seguros entre los clientes el primer año de vigencia de la presente operación no será inferior a 500 euros. Para anualidades sucesivas..... En caso de no cumplirse este requisito el margen o diferencial bonificado se incrementará en 0,10 %; La pérdida de bonificación aplicada por el incumplimiento de los requisitos anteriores se aplicará de forma individual y será acumulativa, de modo que solo en el caso de no cumplir ninguno de los cuatro requisitos se perderá la totalidad de la bonificación.

A efectos de este contrato se entenderá por fecha de revisión de condiciones, el último día del segundo mes anterior a la revisión del tipo de interés del préstamo. Bankia revisará en el mes anterior a la revisión del tipo de interés, el cumplimiento de las condiciones que dan derecho a la bonificación, con la última información de cierre de mes disponible en ese momento relativa a los productos contratados que dan derecho a la bonificación. Si correspondiese aplicar alguna modificación al margen bonificado, o en su caso la pérdida o recuperación de bonificación, se aplicará a partir de la siguiente revisión del tipo de interés, previa comunicación al cliente.

En el caso de que en un futuro Bankia no pudiera comercializar alguno de los productos y servicios detallados con anterioridad, Bankia ofrecerá en su sustitución un producto o servicio de características similares, aplicando las mismas condiciones de bonificación. Dicho ofrecimiento se realizará por Bankia con una antelación mínima de un mes a la sustitución del producto o servicio. Si el cliente optara por la no contratación del nuevo producto o servicio, no podrá acogerse a la bonificación correspondiente y se incrementará el margen o diferencial bonificado en los porcentajes indicados para el producto o servicio que se sustituye”.

¹¹¹ En los apartados 6 y 7 se consideran igualmente abusivas las estipulaciones que supongan: “6.- La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación”.

“7.- La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo”. Este precepto ha sido sustituido por el artículo 20.4 de la Ley 26/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo que establece que en ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubierto un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a el mismo límite de 2,5 veces el interés legal del

CAPÍTULO QUINTO

Es evidente que los supuestos que encajan en ambos apartados no son sino el reflejo de la contratación obligatoria de seguros o productos como consecuencia de la formalización de un préstamo hipotecario. Las entidades financieras con estas prácticas persiguen, de una parte, rentabilizar la operación mediante la contratación de productos y servicios que al fin y al cabo son un coste para el cliente y una mejora de la cuenta de resultados de la prestamista, y, de otra, vincular al prestatario con la entidad a través de la hipoteca sobre su casa. Estas prácticas son, por otra parte, uno de los elementos que conforman lo que se han denominado “prácticas de atar” y que, junto con figuras como la hipoteca inversa, la hipoteca de máximo y determinadas resoluciones judiciales que impiden el cambio unilateral de entidad de crédito por parte del deudor pese a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, compelen a un prestatario a quedar ligado a una única entidad de crédito durante toda su vida¹¹².

4.- CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA.

4.1.- INTRODUCCIÓN

Hasta ahora nos hemos referido al control de contenido de las condiciones generales como instrumento para poder valorar si aquellas cláusulas incorporadas a

dinero”.

En el número 8 en cuanto a la elección del fedatario público se considera abusiva “la previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”.

Sobre la libre elección de notario el artículo 126 del Reglamento Notarial establece que “en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizados por personas físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponde al adquirente o cliente de aquellas, que sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio”.

¹¹² Las prácticas de atar o “tying practices” son recogidas por NASARRE AZNAR, S., ob.cit., página 2705 y siguientes al señalar, refiriéndose a la hipoteca inversa, que “era requerida por las entidades de crédito como la culminación del proceso hipotecario durante la vida de una persona en relación con la vida útil hipotecaria de un inmueble...es decir, a los veinticinco años se prevé comience el endeudamiento de una persona media para adquirir la primera vivienda para acabar repagándola a los cuarenta años; para luego volverse a endeudar – gracias a la cobertura hipotecaria – para consumir, pudiendo amortizar la mayor parte de los créditos del consumo garantizados con la hipoteca a los sesenta y cinco años; para finalmente ir perdiendo la propiedad del inmueble (despatrimonialización) al ir cobrando de la hipoteca inversa para complementar sus ingresos. Con ello, a su muerte, se reinicia el proceso, cual bucle, con su heredero”. Al hablar de resoluciones judiciales nos referimos básicamente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 que imposibilitó que el prestatario pudiese cambiar unilateralmente de entidad de crédito si el primer prestamista le iguala la oferta de la propuesta de subrogación de la segunda. Todo ello pese a que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios parece consagrar la posibilidad de que el prestatario, en tanto que parte débil de la relación contractual, pueda cambiar de entidad de crédito en busca de mejores condiciones de deuda de la que forman parte también las condiciones de vinculación, máxime si tenemos en cuenta que actualmente una parte de las hipotecas se están comercializando con requisitos de vinculación para flexibilizar principalmente el diferencial a adicionar al índice de referencia.

CAPÍTULO QUINTO

los contratos de préstamo hipotecario pueden ser ineficaces por vulnerar los preceptos legales o por merecer la calificación de abusivas¹¹³.

En una primera aproximación al tema habrá que atender a la calificación del adherente en función de si es o no consumidor. Así el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al regular la nulidad de las condiciones generales establece:

“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”¹¹⁴.

En rigor, es en el apartado 2 de dicho artículo 8 LCGC donde se aborda en verdad el control de contenido de las condiciones generales, centrándose en las condiciones generales abusivas, sancionándolas con nulidad de pleno derecho (artículo 8.1) pero limitando su concepto y, por tanto, la sanción de nulidad a las que merezcan tal calificación por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en los contratos celebrados por consumidores y usuarios.

Por tanto, atendiendo al tenor literal de la ley no es posible un control de contenido, atendiendo a la figura de las condiciones generales abusivas, en los contratos celebrados con profesionales que no merezcan la calificación de consumidores. De esta manera el control de las condiciones generales cuando la

¹¹³ No nos referimos al llamado control de inclusión o incorporación. Recordemos que en este control se excluyen del contrato las condiciones generales que no han podido ser consentidas o aceptadas por el adherente.

El artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación señala: “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 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 hubiesen 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”.

De entrada, la no incorporación se somete al mismo régimen de nulidad en base a los artículos 9 y 10 que la que se deduce de la nulidad contemplada en el artículo 8 que ahora comentamos.

¹¹⁴ Este artículo, principalmente en su apartado 1, es duramente criticado por la doctrina. En especial BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Editorial Aranzadi, Navarra, año 1999, páginas 262 y 263, al señalar que “se limita a repetir lo que resulta ya obvio a partir de los artículos 1255 y 6.3 del Código Civil: las condiciones generales, como cualquier otra cláusula contractual y como cualquier otra manifestación (declaración de voluntad) propia de la autonomía privada, tienen que respetar las normas imperativas y prohibitivas, sancionándose en principio la contravención de éstas con la nulidad de pleno derecho, salvo que en las leyes infringidas se establezca una consecuencia distinta. El legislador no ha tenido reparo en dejar bien claro que no pretendía introducir ninguna novedad en este punto. Todo lo contrario: el artículo 8.1 reproduce literalmente en esta parte de su contenido el artículo 6.3.”

CAPÍTULO QUINTO

contratación sea entre profesionales quedaría sometido a las reglas deducidas de los artículos del Código Civil en especial del artículo 1258. En este sentido un importante sector doctrinal defiende que tanto se pueden frustrar las legítimas expectativas de un empresario como de un consumidor, si bien la diferencia estriba en el hecho de que se debe exigir “al empresario una diligencia mayor, partiendo de la existencia de unos conocimientos previos, así como la diligencia que empleó el empresario adherente en conocer realmente las condiciones financieras de su contrato”¹¹⁵.

Entendemos que es importante analizar este factor de la diligencia por su relación directa con las circunstancias subjetivas del empresario. Habrá que atender a factores como estructura societaria, volumen de negocio, asesores que negocien en nombre del empresario, contratación previa de productos iguales, actividad de la empresa, etc. En base a dichos factores y a su valoración el empresario se acercará o distanciará de la figura del consumidor y, en determinados supuestos, será difícil sostener que se deba proteger al consumidor y excluir del ámbito de esta protección al empresario individual o a la pequeña empresa persona jurídica. Esta cuestión ha quedado zanjada en cuanto al control de transparencia con la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario al incluir en su ámbito de protección a todas las personas físicas sin que sea necesario que sean calificadas como consumidores. Sin embargo, en cuanto al control de contenido sigue siendo determinante la calificación como consumidor del adherente.

La propia Exposición de Motivos de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación deja clara esta afirmación: “Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o – en ciertos casos de contratación no escrita – exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como

¹¹⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Buena fe ex artículo 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, *Indret*, número 4, año 2016, disponible en http://indret.com/pdf/1266_es.pdf . En parecidos términos SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “La buena fe contractual como límite a las cláusulas suelo en contratos de préstamo a empresarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 760, año 2017, páginas 1011 a 1029, señala que el Tribunal Supremo ha determinado que para el control de las cláusulas suelo no es aplicable el control de transparencia, “sino que ha acudido al principio de buena fe como parámetro de interpretación del contrato y límite a las condiciones generales que puedan llevar a una situación de abuso de posición dominante para el predisponente y a una situación de desequilibrio en perjuicio del empresario adherente” (página 1022); CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, año 2015, páginas 551 a 643.

CAPÍTULO QUINTO

en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no haya existido negociación individual.

Sin ningún tipo de duda, cláusulas abusivas se pueden dar y de hecho se dan entre profesionales donde, obviamente, también como veremos encontramos posiciones doctrinales enfrentadas en cuanto al nivel de protección que deban tener en comparación con la figura del adherente consumidor, pero, lo cierto, es que el legislador no les ha querido conceder el mismo tratamiento de control de contenido que en los contratos celebrados con consumidores. Muy clara es la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que a continuación de los dos párrafos antes transcritos señala:

“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. 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 y empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no solo el destinatario final de los bienes y servicios del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”¹¹⁶.

Un supuesto específico como consecuencia de la incorporación de las condiciones generales en las relaciones entre empresarios se da en los casos de colisión entre condiciones generales, es decir, cuando las dos partes de la relación contractual poseen sus propias condiciones generales obviamente con la intención de ser incorporadas al contrato. Esta situación es imposible que se plantee en la contratación bancaria donde el prestatario es una persona física, es decir, en el tema de préstamos hipotecarios orientados al mercado minorista, eje central de estudio de esta tesis¹¹⁷.

¹¹⁶ La lista de cláusulas recogidas en la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, son algunas de las que ahora se recogen en los artículos 85 a 90 TRLGDCU que anteriormente hemos comentado que han ampliado el elenco de cláusulas contractuales consideradas ex lege abusivas.

¹¹⁷ En relación a esta cuestión cuando ambas partes son entidades financieras se puede consultar ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit., páginas 275 y siguientes, bajo el epígrafe de “las guerras de formularios” aborda dos cuestiones que se plantean en relación con la utilización de condiciones generales por ambos contratantes: la existencia del contrato y para el caso de contestar afirmativamente, determinar su contenido. En base al interés de las partes en la ejecución del contrato y a la realidad económica que nos muestra la habitualidad de la utilización de condiciones generales por parte de las empresas contratantes defiende la existencia del contrato.

Recoge en la página 277 una anécdota ocurrida en una vista en Inglaterra: “En una vista el juez pregunta: ¿Por qué no dejaron claro qué condiciones generales deberían valer, las suyas o las de su contraparte?; Respuesta: Porque entonces no habríamos conseguido el contrato, además, no teníamos tiempo. Entonces, ¿para qué tiene

CAPÍTULO QUINTO

4.2.- MÁS ALLÁ DE LA DICOTOMÍA CONSUMIDOR O NO CONSUMIDOR: “MINORISTA” O PROFESIONAL.

En fechas recientes, el Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial en torno a la normativa MiFID y al artículo 79 bis 3 de la Ley de Mercado de Valores (hoy artículos 210 y siguientes del Texto Refundido de la misma, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre)¹¹⁸, en virtud de la cual y en relación con los llamados “swaps” o coberturas de tipo de interés y a las hipotecas multidivisa que ha calificado como instrumento financiero, el hecho de ser empresario no faculta sin más para el conocimiento y comprensión de los clausulados de tales productos.

La similitud de los contratos de “swap” o de gestión de riesgos o de cobertura de tipos de interés con la cláusula de intereses variables es muy relevante. Si analizamos uno de los aspectos esenciales de dicho producto, la aleatoriedad, constatamos como el cliente está contratando un producto financiero referenciado a la evolución de los tipos de interés y su finalidad última no es otra que la estabilidad de los costes financieros que se traducirá en abonos o cargos de cantidades en función de circunstancias no previsibles o inciertas vinculadas a la evolución de los tipos de interés. Precisamente por esta aleatoriedad vinculada principalmente a la evolución del índice euríbor es por lo que tanto la normativa MiFID como la Ley de Mercado de Valores recogen la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos que estarán directamente relacionados con la situación de los mercados de tipos de interés.

Reproducimos por su interés una cláusula recogida en el contrato “Clip Bankinter 07 3.3 con barrera desactivante” firmado el 1 de Julio de 2009:

“El cliente está contratando un producto financiero referenciado a la evolución de los tipos de interés y, como tal, asume el riesgo de que los pagos a realizar por el cliente sean superiores a los cobros a recibir por el cliente de acuerdo con lo establecido en las condiciones particulares. Este riesgo puede traducirse en cargos en la cuenta del cliente por las liquidaciones periódicas del producto

Vd. condiciones generales? ¿Para qué? ¡Todo el mundo las tiene!”.

Cuestión más compleja es determinar cuál habrá de ser su contenido en aquellos supuestos en que exista una contradicción entre las cláusulas.

La solución apuntada por la doctrina, principalmente la alemana citando a ULMER, P. “Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas”. Anuario de Derecho Civil, año 1.988, páginas 763 a 787, pasa por considerar no incluidas en el contrato a aquellas cláusulas que sean contradictorias. En consecuencia, si forman parte del contrato las coincidentes y las cláusulas contradictorias se sustituirán por el dispositivo de conformidad con las normas de nulidad parcial.

¹¹⁸ Sentencias 2027/2019 de 21 de junio, 5/2019, de 9 de enero, 3355/2018 de 17 de octubre y 2654/2018 de 12 de julio entre las más recientes.

CAPÍTULO QUINTO

que resulten negativas. Asimismo, puede generarse un cargo en la cuenta del cliente como consecuencia de la cancelación anticipada del clip, de acuerdo con lo establecido en las condiciones generales. La magnitud de los importes dependerá, entre otros, de las condiciones del clip concreto, del importe nominal contratado, del plazo pendiente hasta el vencimiento del clip y de la situación de los mercados de tipos de interés”.

Igualmente reproducimos la cláusula que recoge la Tasa Anual Equivalente de un préstamo a interés variable formalizado el 29 de septiembre de 2016 por la entidad Bankia:

“...para el cálculo de la T.A.E se ha considerado el tipo de interés establecido en la Estipulación 3 y el margen o diferencial aplicable de conformidad con la estipulación 3 Bis 1¹¹⁹. Dicha T.A.E ha sido calculada conforme a la normativa vigente. De acuerdo con lo previsto en la citada normativa:

a) En el caso de operaciones a tipo de interés variable o que permitan la modificación de los elementos usados en la determinación de la TAE, y en la medida en que dichas variaciones no son cuantificables, dicha TAE tiene la consideración de TAEVariable y su cálculo se ha realizado considerando el valor de dichos elementos en el momento de la firma. Así mismo, se informa que, en el caso de operaciones a tipo variable, la TAEVariable se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta TAEVariable variará con las revisiones del tipo de interés.....”

Vemos, en consecuencia, que existe una gran similitud sobre el riesgo económico asociado a la evolución de los tipos de interés. Precisamente el factor del riesgo inherente al producto fue uno de los factores determinantes por parte del Tribunal Supremo para resolver la nulidad de dichos contratos de cobertura de tipo de interés. En base a la normativa MiFID se establece la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos y expresamente se señala que “tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando las operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión” (Fundamento de Derecho Octavo, número 3 de la STS de 20 de diciembre de 2017).

Estos deberes se deberán acreditar facilitando la preceptiva información

¹¹⁹ “Cláusula 3 Bis. Tipo de interés variable. Primero.- El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales contados desde la fecha de inicio de cómputo definida con anterioridad, siendo durante el primer período el que figura en la estipulación Tipo de Interés. Para períodos sucesivos, el tipo a aplicar será la Referencia Interbancaria a un año o media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes del tipo de contado publicado por la Federación de Banca Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (EURIBOR), vigente en el momento de la revisión, redondeado por exceso o defecto al más cercano múltiplo de 0 de punto, incrementado en 1 puntos porcentuales, eliminando del tipo resultante el sexto decimal.....”

CAPÍTULO QUINTO

precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación y asegurando por parte de la entidad que los clientes tengan los suficientes conocimientos financieros con productos adecuados a su perfil. Esta información se tiene que realizar a partir de los llamados test de idoneidad y conveniencia.

En base a los mismos se calificará al cliente y la conclusión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que de la legislación MiFID y de la Ley de Mercado de Valores no se excluye de su protección a la persona jurídica pues la disyuntiva no es consumidor o profesional, sino meramente la de inversor profesional o no.

Es oportuno, atendiendo a la normativa antes señalada, valorar como se clasifican los clientes y en base a qué criterios. La regulación se recoge en los artículos 203 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores. Como ya hemos señalado las empresas de inversión calificarán a sus clientes en “profesionales” y “minoristas” y en los artículos 204 y 205 se define a ambos. Hemos de atender básicamente al artículo 205 que señala quienes tendrán la consideración de clientes profesionales ya que el artículo 204 considera clientes minoristas a “todos aquellos que no sean profesionales”¹²⁰. Según el artículo 205 “tendrán la consideración de clientes profesionales aquéllos a quienes se presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”, para seguidamente enumerar sujetos que merecerán tal calificación¹²¹. Centrándonos en la figura del empresario, la letra c), califica como profesionales a aquellos que “individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones:

1º.- que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros.

2º.- que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros.

¹²⁰ Aparte de estas dos categorías, existe una tercera que son las llamadas “contrapartes elegibles” (artículo 207 LMV), que comprende a entidades que tienen como objeto la prestación de servicios de inversión, entidades financieras, instituciones de inversión, sociedades gestoras,... Evidentemente por su naturaleza jurídica y por su objeto social difícilmente encajarán en los supuestos que son objeto de estudio en esta tesis.

¹²¹ Dejando de lado a los empresarios a los que nos vamos a referir expresamente, este artículo clasifica como profesionales: “a) Las entidades financieras y demás personas jurídicas que para operar en los mercados financieros hayan de ser autorizadas o reguladas por Estados, sean o no miembros de la Unión Europea.

b) Los Estados y Administraciones regionales, los organismos públicos que gestionen la deuda pública, los bancos centrales y organismos internacionales y supranacionales, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones y otros de naturaleza similar.....

d) Los inversores institucionales que, no estando incluidos en la letra a), tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros.”.

CAPÍTULO QUINTO

3º.- que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros.”

En consecuencia, serán minoristas todos aquellos clientes no incluidos en los supuestos señalados y, adicionalmente, aquellos que, de entrada, merecerían tal clasificación, pero que expresamente soliciten ser calificados como profesionales. En estos casos, señala el artículo 206, que lo deberán solicitar con carácter previo y deben renunciar “de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas”, además se establece la presunción de que “en ningún caso se considerará que los clientes que soliciten ser tratados como profesionales poseen unos conocimientos y una experiencia de mercado comparables a las categorías de clientes profesionales enumeradas en las letras a) a d) del artículo 205.2”.

Además, las entidades están obligadas a evaluar bien la idoneidad de los clientes, bien la conveniencia en los supuestos de la comercialización de los servicios o productos. El primer caso, evaluación de la idoneidad, será necesario cuando la entidad preste servicios de asesoramiento con la finalidad de recomendar a los clientes servicios de inversión e instrumentos financieros. El segundo, evaluación de la conveniencia, será necesario cuando se presten servicios distintos de los de asesoramiento y en estos supuestos se requerirá a los clientes que faciliten información sobre “sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente”¹²².

¹²² Ambas evaluaciones están reguladas en los artículos 213 y 214 bajo los epígrafes de “evaluación de la idoneidad” y “evaluación de la conveniencia”.

En la idoneidad la entidad financiera deberá obtener información del cliente sobre: “a) sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto de que se trate.
b) su situación financiera.

c) sus objetivos de inversión.

2.- En el caso de clientes profesionales, la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente.

3.- Cuando la entidad no obtenga la información prevista en el apartado anterior, no le recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o cliente potencial.

4.- La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.”

En la evaluación de la conveniencia el artículo 214 señala que: “2.-La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada conforme a este artículo.

3.- Cuando, con base en la información prevista en el apartado 1, la entidad considere que el producto o servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá.

4.- Cuando el cliente no proporcione la información indicada en el apartado 1 o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

5.- En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo”.

En relación con este tema se ha producido una importante novedad como consecuencia de la entrada en vigor en

CAPÍTULO QUINTO

Evidentemente, ni los préstamos hipotecarios, están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Mercado de Valores ni de todo el conjunto de disposiciones que conforman la normativa MiFID. El artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores en su apartado 2 señala que están comprendidos en el ámbito de la ley los siguientes instrumentos financieros: “contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros,...”

Sí que sería razonable extender la protección de las disposiciones en materia de protección de consumidores a aquellos empresarios que merecieran la calificación de minoristas en base a la normativa antes transcrita, es decir, la Ley de Mercado de Valores y la normativa MiFID. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido muy clara en las sentencias antes citadas en relación con un producto, las coberturas de tipos de interés, recordemos vinculadas a la evolución de un índice, el euríbor, y con unos costes patrimoniales asociados a su evolución. En concreto, el Tribunal Supremo, considera que, en relación con estos instrumentos, la entidad debería haber cumplido con los deberes de información y haber practicado el test de idoneidad para clasificar al cliente, pese a que en todas las sentencias citadas el adherente era empresario o profesional, sin que en ningún caso fuera suficiente haber cumplido con los deberes de información ya que estos “no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés”¹²³.

todos los estados miembros de la Unión Europea del conjunto normativo denominado MiFID II. Se trata de una reforma de gran importancia instrumentada a través de la Directiva 2014/65/UE (MIFID II), del Reglamento 600/2014/UE (MIFIR) y, de un conjunto de 29 Actos Delegados que desarrollan y complementan tanto la Directiva como el Reglamento.

Esta reforma persigue incrementar los requisitos de transparencia al inversor, mayor control y gobernanza de las entidades que prestan servicios de inversión.

A grandes rasgos esta normativa tiene como objetivo fortalecer los derechos de los inversores en materia de información precontractual y postcontractual de servicios y operaciones en el ámbito de servicios de inversión, recomendaciones de inversión idóneas y transparencia en los precios. Refuerza aspectos que ya se habían puesto de manifiesto en la anterior normativa MIFID y atendiendo a la Exposición de Motivos del Reglamento se establecen como objetivos tanto de la MIFID II como de la MIFIR :”reforzar la eficiencia, la resiliencia y la integridad de los mercados financieros, en especial mediante las siguientes medidas: logrando una mayor transparencia...; reforzando la protección de los inversores: mejora de las normas sobre incentivos, prohibición de los incentivos en relación con el asesoramiento independiente, así como nuevas normas de gobernanza de productos;...introduciendo disposiciones sobre el acceso no discriminatorio a los servicios de negociación y post-negociación de instrumentos financieros,.....”.

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017, Fundamento de Derecho noveno.

CAPÍTULO QUINTO

A nivel doctrinal, también distintos autores han defendido este llamado control de contenido de las condiciones generales en los contratos entre profesionales o empresarios para aplicarles, en consecuencia, la sanción de nulidad en los mismos términos que cuando se dan entre consumidores¹²⁴. Se atiende a la voluntad del legislador que se deduce del tenor literal de la ley y de la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al señalar que el concepto de condiciones generales abusivas es el mismo tanto en los contratos de consumo, como en los celebrados entre profesionales¹²⁵: las que “en contra de las exigencias de la buena fe causen”, en perjuicio del adherente, “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Siguiendo las exposiciones de los autores citados donde se rechaza la equiparación es en la lista de de condiciones generales que se consideran abusivas (artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy artículos 85 a 91 del Texto Refundido de dicha ley) pero no circunscribir el concepto de condición general abusiva a los contratos de consumo¹²⁶.

Un importante sector doctrinal también defiende que el desequilibrio en el que se encuentra el adherente no se deriva de la circunstancia de que se le pueda calificar o no como consumidor, la cualidad de este nada tiene que ver con la desigualdad tanto económica como jurídica en la que halla dicha parte contratante¹²⁷.

¹²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales. Artículo 8. Nulidad”. En *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi, Navarra, año 1999, páginas 266 y siguientes. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Buena fe ex artículo 1.258 CC ...”, ob. cit.; SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “La buena fe contractual ...”, ob.cit.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios ...”, ob. cit.

¹²⁵ Párrafos 8º y 9º de la Exposición de motivos: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. 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 en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso cuando se trate de contratos entre profesionales y empresarios. Pero habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce”.

¹²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ob.cit., página 265. PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Buena fe ex artículo 1.258 CC ...”, ob. cit.; SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “La buena fe contractual ...”, ob. cit.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios ...”, ob. cit.

¹²⁷ BADENAS CARPIO, J.M., “Artículo 2. Ámbito subjetivo”. *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Editorial Aranzadi, año 1.999. Edición coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., página 57.

En favor de esta opinión se encuentra gran parte de la doctrina. Se cita a CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1982. página 990; DIEZ-PICAZO, L., “Una nueva doctrina general del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, año 1993, página 1.711; RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, año 1993, página 28. En parecidos términos PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Buena fe ex artículo 1.258 CC ...”, ob.

CAPÍTULO QUINTO

En efecto, la desigualdad económica tiene su apoyo en la desigualdad estructural en que se encuentran las partes contratantes y ejemplo paradigmático de ello es la contratación bancaria y, en especial, los préstamos hipotecarios cuya finalidad es la adquisición de vivienda. Por su parte la desigualdad de naturaleza jurídica se basa principalmente en la superioridad funcional del predisponente, de hecho, ya habíamos señalado como una de las características más importantes de los contratos de adhesión consiste, de una parte, en la unilateralidad del contenido contractual y, de otro, en la falta de capacidad del adherente para influir en el contenido del contrato previamente predispuesto, en nuestro caso, por la entidad financiera.

Admitido este desequilibrio funcional no es correcto entender una asociación entre el concepto de parte débil y el de consumidor. Otro grupo importante, los pequeños empresarios y los profesionales, también necesitan protección en sus relaciones contractuales con las grandes empresas¹²⁸. Curiosamente en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se incluye dentro del concepto general de consumidor y usuario tanto a las personas físicas como a las jurídicas, siempre y cuando estas últimas “actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, ámbito subjetivo que va más allá del establecido por el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que únicamente entiende por consumidor a “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada”¹²⁹.

En cuanto a esta inclusión del profesional o empresario como adherente ha de destacarse el dictamen favorable del Consejo de Estado de 24 de Julio de 1997 en relación con el Anteproyecto de Ley Sobre Condiciones Generales de la Contratación que supuso la transposición de la Directiva 93/13/CEE en contratos con los consumidores¹³⁰. En el tema que estamos analizando se defiende la protección del

cit.; SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “La buena fe contractual ...”, ob.cit.; CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios ...”, ob. cit.; MIRANDA SERRANO, L. M. Y SERRANO CAÑAS, J. M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, número 18, año 2016.

¹²⁸ BADENAS CARPIO, J.M., ob.cit., página 54, señala como un claro ejemplo lo encontramos en la Ley Alemana sobre Condiciones Generales de los Contratos de 1976, en la que su regulación se extiende no solo a los contratos en los que intervienen consumidores, sino también a los mercantiles formalizados también entre empresarios

¹²⁹ Debemos discrepar por ello de la opinión expresada por ALFARO AGUILA-REAL, J., en “Ámbito subjetivo de aplicación: la noción de consumidor”. *Las condiciones generales de la contratación*, Editorial Civitas, Madrid, año 1991, al criticar que en el concepto de consumidor de la ley española se haya incluido a las personas jurídicas; pues, afirma que “una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los empresarios, carecen de una organización que les permita “autoprotgerse”, circunstancia que no concurre en los casos de personas jurídicas (página 159).

¹³⁰ Referencia 3194/1997, en relación con el examen del Anteproyecto de Ley.

CAPÍTULO QUINTO

adherente tanto consumidor como profesional o empresario, “no así respecto a las cláusulas abusivas donde se protege solo al consumidor frente a un empresario o profesional, ya deriven de condiciones generales, ya de cláusulas contractuales predispuestas a las que aquél se adhiere, aunque sean particulares” (página 11 Dictamen 3194/1997).

A nivel jurisprudencial tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta dualidad consumidor/profesional y la necesidad de proteger al consumidor que se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional lo que sustentaría el sistema de protección establecido tanto en la normativa nacional como comunitaria. Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria se exige que se actúe por parte del adherente en un ámbito ajeno a la actividad profesional o comercial y que el contrato que se formalice se destine a una finalidad que no esté vinculada con la actividad empresarial o profesional¹³¹.

Partimos de la definición legal de consumidor que se deduce del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 3 al señalar que “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”, recogiendo la previsión de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el sentido de que en idénticos términos tendrá tal calificación también el empresario o profesional cuando actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Y el sentido que tiene que darse a al concepto de “consumidor” es de carácter objetivo, según el criterio funcional consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión¹³².

¹³¹ STJCE de 20 de enero de 2005 y STJUE, de 3 de Septiembre de 2015.

¹³² STJUE, de 3 de septiembre de 2015, antes citada. Sentencia Costea contra Volksbank. En los Apartados 26 y 27 de la misma se indica expresamente: Apartado 26. “En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia – <apartado 18.- Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva (93/13), a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas>- . Apartado 27. En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor”.

CAPÍTULO QUINTO

El Tribunal Supremo considera que para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13 y del Texto Refundido de la Ley de Consumidores habrá que atender, en casos de duda, a un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato y apreciar “la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba”¹³³.

4.3.- LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señala que:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”¹³⁴.

Reproducimos igualmente el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al que antes ya nos hemos referido, que al regular la nulidad de las condiciones generales expone que:

“1.- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2.- En particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

En parecidos términos el apartado 5 (introducido por la disposición final cuarta de la Ley 5/2019) del artículo 5 de la propia Ley de Condiciones Generales de

¹³³ Fundamento de derecho cuarto (“La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad”) de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017.

¹³⁴ Este último párrafo ha sido incorporado por la disposición adicional octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En la medida que atañe al principio de transparencia reconocido a nivel legal por primera vez en nuestro ordenamiento nos remitimos al capítulo de la tesis donde analizamos el mismo.

CAPÍTULO QUINTO

la Contratación señala que: “...las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Nos vamos a centrar en la nulidad en los contratos formalizados entre una entidad financiera y un consumidor y usuario y por tanto en la previsión legal del Texto Refundido de la LGDCU. Anteriormente hemos analizado el supuesto de condiciones generales cuando el adherente sea un empresario o profesional y a este punto nos remitimos.

La previsión del artículo 83 TRLGDCU es clara: si una cláusula es abusiva, es nula de pleno derecho. Y además “se tendrán por no puestas”. En este sentido se trataría de una nulidad de pleno derecho, “ipso iure” y sin necesidad de intervención judicial¹³⁵. Este precepto transpone a nuestro ordenamiento el artículo 6 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que, en su apartado 1, señala:

“Los estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

En relación con esta cuestión es importante señalar que la nulidad al operar ipso iure no precisa de una declaración judicial de nulidad para determinar su ineficacia. Es clarificadora en este sentido la llamada Sentencia “Pannon” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 que respondió a una cuestión prejudicial planteada sobre dicho artículo 6. En el apartado 19 se pregunta:

“1) ¿ Puede interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 – según el cual los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional -, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por el profesional no opera ipso iure, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugne con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto ?.

2) ¿ La protección del consumidor garantizada por la Directiva 93/13 exige que (con independencia del tipo de procedimiento y de que sea o no contradictorio) el juez nacional aprecie de oficio, aun cuando no se haya presentado una demanda a efectos de impugnar el carácter abusivo de la cláusula, si el contrato que se la ha aportado contiene cláusulas abusivas y, de este modo, examine de oficio, en el marco de la apreciación de su propia competencia territorial, la cláusula incluida por el profesional en el contrato ?.

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, ¿qué criterios debe tener en cuenta y ponderar el juez nacional en el marco del referido examen?”.

¹³⁵ DE CASTRO BRAVO, F., *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, Madrid, año 1971, página 475.

CAPÍTULO QUINTO

De la respuesta del Tribunal a dichas cuestiones prejudiciales extraemos una serie de conclusiones que van más allá del tema de la nulidad y su alcance. En primer lugar, responde a la cuestión planteada, señalando que la Directiva tiene por objeto conferir derechos a los ciudadanos “en su condición de consumidores” y en el marco de “un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor”, y que el objetivo perseguido por el artículo 6, apartado 1, “no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula” (apartado 23). Puntualiza, además, que la previsión de no vinculación al consumidor se trata de una disposición imperativa que, “habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas” (apartado 25). En consecuencia, la cláusula contractual abusiva no vinculará al consumidor y tampoco es necesario que se haya procedido a impugnar previamente con éxito dicha cláusula.

En segundo lugar, se resuelve que el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual “tan pronto como disponga de los elementos de hecho de y Derecho necesarios para ello” (apartado 35). Se argumenta que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a los contratos celebrados entre un consumidor y un profesional en los que figure una cláusula abusiva y que no se invoque su carácter abusivo de dicha cláusula “bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos” (apartado 30).

En tercer lugar, a propósito de la cuestión de qué elementos debe considerar el juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se alude a que los conceptos de buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (artículo 3 de la Directiva) delimitan “tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente”. Resuelve que, al margen de la lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas recogidas en el Anexo de la propia Directiva, el carácter abusivo de una estipulación contractual se determinará teniendo en cuenta “la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración” (apartado 39).

Por tanto, en base al artículo 83 TRLGDCU, el legislador español ha optado de modo expreso por el mantenimiento del contrato, es decir, por la nulidad parcial frente a la opción de la nulidad total¹³⁶. Esta nulidad de pleno derecho de las

¹³⁶ El derogado artículo 10.4 de la también modificada Ley 26/1984 de 29 de Julio, General para la Defensa de los

CAPÍTULO QUINTO

cláusulas abusivas se traduce en que en base a dicho artículo no serán vinculantes para el adherente/consumidor y en consecuencia se tendrán por no puestas. Obviamente será necesaria una declaración judicial cuando se pretenda la restitución de lo entregado en virtud de una cláusula nula y la otra parte se niegue a restituir o, más concretamente, en los supuestos de préstamos hipotecarios cuando sea necesario destruir la apariencia creada por el documento público en que se instrumente la hipoteca¹³⁷.

Más complejo es el tema de qué manera se cubren las lagunas contractuales que se producirán en el contrato como consecuencia de la nulidad parcial de determinadas cláusulas¹³⁸. Habrá que valorar, sobre todo en la contratación de préstamos hipotecarios, si el contrato puede subsistir con las cláusulas que hayan resistido el control. Lo que sí es cierto es que no será posible la integración del contrato cuando exista laguna contractual a raíz principalmente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 que obligó a modificar la redacción del artículo 83 TRLGDCU en el sentido de que “del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible” (apartado 65)¹³⁹. La

y Usuarios establecía que: “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo”.

Es cierto, en relación con este artículo que la ley no ordena expresamente el mantenimiento del contrato en lo restante, si bien, como señala ALFARO AGUILA-REAL, J., en *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, año 1991, página 333 y 334, “tal omisión se cubre sin mayores dificultades empleando el argumento a contrario e interpretando el sentido de la expresión legal: el legislador ha establecido claramente un supuesto de nulidad parcial del contrato. Así se infiere, en primer lugar, del párrafo segundo del artículo 10.4 LCU, que, al establecer que en caso de desigualdad <será ineficaz el contrato mismo>, da por supuesto que la regla general es justamente la contraria, esto es, que a pesar de la ineficacia de alguna o algunas condiciones generales, el contrato sigue siendo válido. Dicha conclusión se corrobora, en segundo lugar, con las expresiones utilizadas por el legislador, que son las típicas de nulidad parcial. Particularmente expresivo es que el precepto afirme que <se tendrán por no puestas>. No parece que esta conclusión ofrezca dudas”.

¹³⁷ NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Editorial Aranzadi, Navarra, año 2016, página 131.

¹³⁸ El propio artículo 83 del TRGDCU establecía hasta su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Y solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”.

¹³⁹ Esta Sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada como consecuencia de una estipulación en un

CAPÍTULO QUINTO

argumentación se basa en el interés público en el que descansa la protección a los consumidores y al imponer la Directiva a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y suficientes “para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores” (artículo 7, apartado 1), “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores....., en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (apartados 68 y 69)¹⁴⁰.

El razonamiento de la sentencia para no otorgar al juez la integración del contrato es que la misma “no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas” (Cuestión prejudicial primera STJUE de 24 de junio de 2012). En consecuencia, el juez únicamente debe limitarse a dejar sin aplicación la cláusula calificada como abusiva. Concluye en respuesta a la cuestión prejudicial planteada señalando que habrá que tomar en consideración la totalidad del Derecho interno de cada estado y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste, “hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta”¹⁴¹.

Además, en esta sentencia se señala que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de

contrato de préstamo de la entidad Banesto. En dicha operación se había previsto un interés de demora del 29 % que en el momento en que se planteó la cuestión prejudicial superaba en más de 20 puntos el interés retributivo de la operación (referenciada al euríbor).

¹⁴⁰ Artículo 7, apartado 1, Directiva 93/13: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

¹⁴¹ Remite a la STJUE de 24 de Enero de 2012, Domínguez, C-282/10, que había resuelto en idénticos términos que “incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno...., y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por ese Derecho a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, si puede efectuar una interpretación del Derecho interno....”; “si tal interpretación no fuese posible, incumbe al tribunal nacional comprobar si, habida cuenta de la naturaleza jurídica de las partes demandadas en el procedimiento principal, puede invocarse frente a ellas el efecto directo del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88”. Esta sentencia se refiere a una cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo del trabajo.

CAPÍTULO QUINTO

aplicación de la Directiva 93/13 y, “de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional” (Cuestión prejudicial primera de la STJUE de 24 de Junio de 2012).

En consecuencia, debemos concluir afirmando que serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas y que, además, no es posible la integración del contrato modificando el contenido de las mismas que seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Se deberá resolver el problema aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el derecho interno.

Por tanto, será la interpretación o mejor dicho los criterios de interpretación los que deberán resolver la problemática de la nulidad (“se tendrán por no puestas”) de las cláusulas abusivas. Esta actividad deberá dirigirse a buscar la voluntad común de las partes. Un sector doctrinal considera que, en la medida que las condiciones generales son obra unilateral del predisponente, difícilmente reflejan dicha voluntad por lo que no se pueden aplicar las reglas de interpretación subjetiva a estos contratos¹⁴². En el polo opuesto se encuentra la doctrina contractualista que se fundamenta en las siguientes premisas¹⁴³:

a) El carácter vinculante de las condiciones generales.

b) La imposibilidad constitucional de reconocer un poder normativo a los empresarios¹⁴⁴.

¹⁴² DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I. Madrid, año 1983, página 235.

Esta cuestión hay que relacionarla con la fundamentación o no del carácter contractual de los contratos integrados por condiciones generales. Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en calificar a las condiciones generales como meras cláusulas contractuales sometidas a un control específico más intenso que el marcado con carácter general por el artículo 1255 del Código Civil (DE CASTRO, F.; LACRUZ BERDEJO, J.L.; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., - citados todos ellos por ALFARO AGUILA-REAL, J., en *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Editorial Civitas, Madrid 1991, página 52.

¹⁴³ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit., página 53.

¹⁴⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., ob.cit. páginas 43 y siguientes citan algunos autores extranjeros que defienden la doctrina normativista y que, en rigor, postulan una doctrina anticontractualista basada en la concepción institucional de la empresa (postura defendida principalmente por los institucionalistas franceses – SALEILLES, R. *De la declaracion de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, Paris, año 1901, página 229 y siguientes; señala este autor que <los contratos de adhesión no son más que pretendidos contratos porque hay un predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra> y por los alemanes – GROSSMANN-DOERTH, H., *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht*, Friburgo, año 1933, página 9 y siguientes; defiende que <las condiciones generales constituyen un poder que determina la relación contractual desde fuera de la misma>. Son las llamadas “teoría de la adhesión” defendida por Saleilles y la doctrina del “Derecho autónomo de la actividad empresarial” de Grossmann-Doerth. Las podemos resumir en la concepción de la empresa como servicio privado de utilidad pública en el caso de los institucionalistas franceses y como institución social portadora de intereses generales y sometida a un férreo control del estado en el caso alemán. En España la única doctrina normativista que ha tenido cierto eco ha sido la que considera las condiciones generales como usos, principalmente en tema de contratación bancaria. En este sentido GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª Edición, Madrid, año 1969, páginas 110-112, matizada en *Contratos Bancarios*, 2ª

CAPÍTULO QUINTO

c) La inexistencia de otras fuentes de vinculación que no sean la norma o el contrato.

En consecuencia, si son cláusulas contractuales, vincularán a los adherentes solo y cuando hayan sido consentidas por los mismos (artículo 1261 del Código Civil) y, por consiguiente, la actividad hermenéutica deberá dirigirse a averiguar cuál ha sido la voluntad común de las partes en dicho contrato (artículo 1281 del Código Civil). En este sentido, y atendiendo especialmente a la cláusula de intereses variables, la podemos calificar como esencial ya que refleja tanto la voluntad de las partes (remunerar un préstamo de acuerdo a las condiciones de mercado) como la causa del contrato ya que es la de “mayor trascendencia de la configuración del tipo contractual” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1965).

Actualmente no existe ninguna duda sobre el carácter contractual de las condiciones generales. A nivel jurisprudencial tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han manifestado de manera clara a favor de la tesis contractualista¹⁴⁵. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (Cláusulas suelo) señala que la exégesis del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación permite concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes (Apartado 137):

“a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. Aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse”.

Igualmente, a nivel jurisprudencial, también se ha resuelto que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato, es decir, la que regula la prestación

Edición, Madrid, año 1975, página 21, al señalar que “cuando condiciones generales determinadas hayan alcanzado un grado suficiente de difusión y objetividad, cabría asimilarlas al uso”.

¹⁴⁵ Valgan como ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 o la de 14 de Diciembre de 2017 y a nivel europeo la STJUE de 10 de Mayo de 2001, asunto C-144/99.

CAPÍTULO QUINTO

esencial es condición general y, por tanto, está sujeta al control de abusividad¹⁴⁶. Siempre y cuando esta cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Existirá según el Tribunal Supremo dicha negociación siempre y cuando ambas partes tengan capacidad para influir en la configuración del contrato, “aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario”¹⁴⁷.

El propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de abril de 2015, delimita los contornos de esta negociación individual estableciendo que la misma presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor que, de ninguna manera, se puede identificar con que “el consumidor pueda tener la opción de elegir entre distintos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente”. Además, se señala que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada “no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad alguna de negociación por el consumidor medio”. Igualmente expone que “tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas”. (Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo)¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Abril de 2014 y la anteriormente citada del TJUE – Sentencia Pannon - . En esta última sentencia en respuesta a la segunda cuestión prejudicial se resuelve por parte del Tribunal que “el Juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”. En relación con la posibilidad de control de abusividad si hay una falta de transparencia se resuelve en la tercera cuestión prejudicial que la Directiva 1993/93/CEE solo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas y que “el juez nacional deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual....puede ser considerada abusiva”.

¹⁴⁷ Fundamento de Derecho Segundo (Apartado 3) STS de 14 de diciembre de 2017.

¹⁴⁸ En el Fundamento de derecho séptimo (Apartado 4) se indica además, que “es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los consumidores y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretenda obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación

CAPÍTULO QUINTO

Por tanto, podemos concluir que es perfectamente posible, y, de hecho, se da en la realidad de la contratación bancaria, una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio en un contrato de préstamo como condición general de la contratación y que difícilmente podrá demostrarse que no lo sea al no haberse negociado individualmente. En consecuencia, sí será posible un control de abusividad por falta de transparencia de la cláusula de intereses variables que regula la prestación esencial del contrato de préstamo hipotecario.

4.4.- SUPUESTOS Y POSIBLES SOLUCIONES A LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ÍNDICE O TIPO DE REFERENCIA EN LA CLÁUSULA DE INTERESES VARIABLES.

4.4.1.- INTRODUCCIÓN

Consideramos oportuno en este punto adelantar la estructura o elementos que conforman la cláusula de interés variable que analizamos con más profundidad en el capítulo siguiente relativo al análisis de la objetividad del índice de referencia. A modo de resumen se conforma por:

a) Un tipo de interés inicial que será el que devengará el préstamo en el momento de su formalización y para el primer período pactado.

b) Un índice de referencia que será el que determinará la evolución del precio de la operación durante el plazo pactado y que necesariamente deberá ser calificado como objetivo.

Adicionalmente y como elementos directamente relacionados con el índice de referencia hay que mencionar:

b.1) La posible previsión de un índice alternativo que igualmente podamos calificar como objetivo.

b.2) La expresa previsión de una cláusula de desistimiento que operaría en el momento de las variaciones de tipo de interés.

c) Un diferencial que deberá mantenerse constante durante toda la relación contractual. En algunos contratos, cuantitativamente escasos, dicho diferencial puede no existir o incluso ser negativo.

Avanzando conceptos que posteriormente desarrollaremos, podemos señalar

empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente.

CAPÍTULO QUINTO

en este momento que en aquellas operaciones en que el índice o tipo de interés no sea uno de los considerados oficiales por 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, exigiremos como elementos que deberán pactarse en la cláusula de intereses variables:

1.- La exacta determinación de las entidades financieras (bancos y cajas) que configurarán el promedio de preferenciales.

2.- La especificación, si es el caso, del diferencial.

3.- Una necesaria pluralidad y diversidad de las entidades de referencia.

4.- Obligatoriedad de excluir las entidades financieras relacionadas institucionalmente con la prestamista.

En este punto debemos valorar cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad del índice de referencia que no reúna los requisitos antes apuntados partiendo del artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”¹⁴⁹.

En consecuencia, si una cláusula es abusiva es nula de pleno derecho y, como hemos expuesto, los jueces únicamente podrán dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva sin que puedan ni modificar su contenido ni integrarla ni

¹⁴⁹ Por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias se suprimió el apartado 2 de dicho artículo que establecía: “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato”.

Ya hemos comentado anteriormente que esta posibilidad de integración y reconstrucción equitativa del contrato fue declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la STJUE de 14 de Junio de 2012 (Asunto C-618/10, procedimiento entre Banco Español de Crédito y Joaquín Calderón Camino): “si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (Apartado 69).

CAPÍTULO QUINTO

sustituirla¹⁵⁰. Por tanto, en nuestro caso el contrato de préstamo hipotecario debe subsistir sin otra modificación que la supresión de la cláusula calificada como abusiva, “siempre que pueda subsistir” sin dicha estipulación. Se habilita pues a los jueces “únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, esta doctrina sorprendente está fundada en una consideración de política legislativa de prevención general de políticas abusivas, pues si la cláusula se suprime, y no se sustituye, modera, ni se <reconduce> a lo justo, el empresario que utiliza cláusulas abusivas sufre un impacto in terrorem que de otra forma se ahorraría, perdiendo con ello incentivos para acomodar sus contratos a las exigencias de lo justo”¹⁵¹.

En este caso, habrá que valorar qué ocurre si se declara la abusividad de la cláusula de intereses variables y en especial, el índice de referencia que, no olvidemos, regula los intereses remuneratorios del contrato. La respuesta a esta cuestión es complicada ya que nos situamos ante uno de los elementos esenciales del contrato anulable por vía de control de transparencia¹⁵². Un ejemplo, en relación con esta cuestión, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Diciembre de 2017 (Sentencia IRPH) en la que se recurrió la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz que resolvió “la nulidad de la totalidad de la cláusula “Tercera Bis” del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 21.09.2006 ante el Notario Santiago Méndez Ureña, novado en cuanto al plazo máximo de amortización por escritura pública de 03.03.2009, que referencia el préstamo al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año del vigencia del préstamo”.....”Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas”.....”A devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre el índice de referencia IRPH Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia....”.

Es decir, se resolvió la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario suscrito en su momento y la no existencia de intereses retributivos¹⁵³, en idénticos

¹⁵⁰ NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la Clientela Bancaria*, Editorial Aranzadi, año 2016, página 132.

¹⁵¹ CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”. Se puede consultar en www.legaltoday.com

¹⁵² CARRASCO PERERA, Á., En “Cinco años de acoso y derribo de la hipoteca española”, *El Notario del Siglo XXI*, número 69, septiembre-octubre, año 2014, se muestra muy crítico con este tema y señala que “cuando las murallas de los intereses moratorios hayan sido destruidas, serán los remuneratorios el objeto de ataque, y blandiendo la espada del “todo o nada”, es decir, del préstamo gratuito tout court”.

¹⁵³ El Tribunal Supremo anuló dicha Sentencia, así como la de la Audiencia Provincial de Álava que había confirmado la del Juzgado de lo Mercantil, resolviendo que el índice IRPH Entidades supera los controles de transparencia y en consecuencia es válido para referenciar la operación hipotecaria.

CAPÍTULO QUINTO

términos a que si se tratara de un préstamo usurario. A nuestro entender, al margen de que se anulara el índice de referencia y los intereses remuneratorios, no era procedente dejar la operación sin retribuir ya que en todo caso sí debería haberse aplicado el diferencial previsto en el contrato que en todo caso habría constituido la remuneración.

En coherencia con la argumentación que venimos defendiendo en esta tesis consideramos que, de entrada, hay que distinguir dos supuestos claramente diferenciados. De una parte, si el contrato de préstamo hipotecario y la cláusula de intereses variables está referenciada a un índice de los considerados “oficiales” o si por contra está referenciada a otro índice de referencia. Tanto uno como otro supuesto son perfectamente posibles siempre y cuando se cumplan los requisitos de los artículos 26 y 27 (Sección 3ª. Tipos de interés) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de la clientela bancaria. Procedemos a analizar ambos supuestos en los dos apartados siguientes.

4.4.2.- REVISIÓN EN RELACIÓN CON UN ÍNDICE O TIPO NO OFICIAL

Como anteriormente hemos indicado el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011 recoge la posibilidad de referenciar la revisión de tipo de interés con un índice distinto de los relacionados en el artículo 27 de la propia Orden que, recordemos, recoge los dos requisitos del índice o tipo de referencia cuando no se trate de uno de los considerados oficiales recogidos en el artículo siguiente, a saber:

“a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

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

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario reafirma, en idénticos términos, ambos requisitos en su apartado 2 letras b) y c). En la letra a) del mismo apartado exige además que el tipo de referencia deberá cumplir además con la condición de:

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

Por su parte, el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 enumera los seis tipos considerados oficiales que además se publicarán mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y en la página electrónica del Banco de España. Recordemos:

“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

CAPÍTULO QUINTO

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 (euríbor)

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

f) El mÍbor, 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”.

Un análisis de los dos principales índices utilizados como referencia de las operaciones de préstamo hipotecario a interés variable lo realizamos en profundidad en el siguiente capítulo de la tesis al que nos remitimos.

Por tanto, como hemos señalado, hay que diferenciar ambos supuestos y podemos considerar que para aquellos préstamos, menos habituales en la práctica, en que el índice de referencia no sea uno de los considerados oficiales habrá que valorar si reúne los requisitos previstos en los artículos 26 de la Orden EHA/2899/2011 y 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: calculado a coste de mercado, no susceptible de influencia por parte de la entidad prestamista y que los datos para conformar el índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Adicionalmente dicho índice deberá ser claro, concreto, objetivo y comprensible para el prestatario y además deberá facilitarse al prestatario el escenario de simulaciones de la evolución del mismo en los tres años anteriores y también, muy importante, concretar dónde se puede encontrar la información adicional sobre este índice. Si falla uno cualquiera de estos requisitos, el índice se podrá calificar como abusivo y, por tanto, será nulo y se tendrá por no puesto, considerando en tal caso que si hay previsto un índice de referencia alternativo y lo podemos considerar objetivo, se aplicará dicho índice y si no estuviera previsto o no mereciera el calificativo de objetivo, se abren distintos escenarios teniendo en cuenta que conforme a la doctrina del TJUE no es posible integrar la cláusula y únicamente es posible eliminarla. Pasamos a analizar a continuación estos distintos escenarios posibles:

1ª.- Convertir el préstamo a tipo de interés fijo al inicialmente pactado en el momento de la formalización de la operación¹⁵⁴.

Ya hemos manifestado en otros apartados de la tesis nuestra disconformidad con esta solución. Cuando un cliente contrata una operación hipotecaria a tipo de

¹⁵⁴ En favor de la misma GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., “Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7/2013, página 267.

CAPÍTULO QUINTO

interés variable es porque quiere tener en todo momento un préstamo a interés de mercado y no sería una opción correcta el convertir sin su consentimiento una operación de interés variable a fijo. En todo caso, esta posibilidad necesariamente entendemos que sería correcta si el prestatario manifestara su conformidad formalizando al efecto novación al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ofreciendo la entidad financiera al cliente la posibilidad de pactar para el resto de la vida del préstamo las condiciones que ambos convengan.

Es preciso tener en cuenta que las operaciones a tipo de interés fijo habitualmente se pactan con unas comisiones por amortización anticipada ya sea parcial o total mucho más gravosas que las de interés variable que, en todo caso, vienen limitadas por ley¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Los escenarios que se plantean con las comisiones por amortización anticipada o por subrogación o novación modificativa son múltiples en función de la fecha en que se concertó la operación:

a) Para los préstamos a tipo de interés fijo concertados con anterioridad al 9 de diciembre de 2007:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.

- Cuando sí se haya pactado, al no estar sujetos a la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, la comisión por cancelación parcial o total anticipada aplicable será la que se haya pactado en los correspondientes contratos.

- En aquellas operaciones subrogatorias con la finalidad de convertir el tipo fijo a variable (el escenario que consideramos es justamente el contrario) y para operaciones inferiores a 240.404,84 euros, en 1.996 el Gobierno emitió una declaración que alude a esta cuestión, recomendando que en la subrogación de 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 a tipo de interés variable.

- Para los concertados a partir de 9 de diciembre de 2007 a los que será de aplicación la Ley 41/2007, se deberá tener en cuenta el régimen de compensación por desistimiento y/o riesgo de tipo de interés.

b) Para los préstamos a interés variable concertados con anterioridad al 27 de abril de 2003 (fecha en que entró en vigor el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de Abril, de medidas de reforma económica, posteriormente aprobado como Ley 36/2003, de 12 de Noviembre, de medidas de reforma económica, tanto para los supuestos de cancelación o amortización anticipada tanto subrogatoria como no subrogatoria:

- Si se hubiera pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1%, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

- En los demás casos la entidad acreedora únicamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1%, cualquiera que sea la que se hubiese pactado.

c) Préstamos a interés variable concertados entre el 27 de abril de 2003 y el 9 de diciembre de 2007. Se distingue entre cancelación anticipada subrogatoria y no subrogatoria.

1.- Subrogatoria:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

- Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 0,50%, la comisión que se habrá de percibir será la pactada.

- En los demás casos, la entidad acreedora únicamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 0,50%, cualquiera que sea la que se hubiese pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada podrá reclamar aquel.

2.- Cancelación anticipada, no subrogatoria:

- Cuando se haya pactado amortización anticipada sin fijar comisión, no procederá percibir cantidad alguna por este concepto.

- Si se hubiese pactado una comisión por amortización anticipada igual o inferior al 1%, la comisión que se habrá

CAPÍTULO QUINTO

2ª.- Establecer como índice de referencia el IRPH Entidades que se contempla como índice sustitutivo en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en los supuestos de desaparición de tres referencias que eran considerados oficiales hasta el 31 de octubre de 2013¹⁵⁶. En rigor, no sería integrar la cláusula, algo recordemos prohibido tras la sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE, sino aplicar una norma de derecho dispositivo a la laguna contractual. En este caso, habría que valorar si esta solución en realidad satisface la función disuasoria de prácticas abusivas de la legislación y jurisprudencia comunitarias. Esta solución tiene a su favor la STJUE de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13 – Kásler) en respuesta a una cuestión prejudicial: “la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6 apartado 1, de la Directiva 93/13”.

Entendemos que, en aras a la transparencia, no es suficiente la remisión a este índice sino que además incumbe a la parte prestamista informar al adherente de toda una serie de datos para que se pueda entender cumplido el requisito previsto en el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. En concreto, se deberá facilitar al prestatario previo a la aplicación al contrato de préstamo toda la información para que pueda valorar el alcance y funcionamiento del índice de referencia, información que deberá reunir los requisitos antes señalados de claridad y comprensibilidad para un adherente medio y, en todo caso, la proyección de estos datos sobre las consecuencias económicas que asume en el contrato.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en

de percibir será la pactada.

- En los demás casos, la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1%, cualquiera que sea la que se hubiese pactado.

d) Préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir del 9 de diciembre de 2007:

- Se aplica a estas operaciones el régimen previsto en el artículo 7 de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, a las operaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física; o bien que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto de sociedades. No se puede cobrar comisión por cancelación anticipada, parcial o total, para estas operaciones formalizadas a partir del 9 de diciembre de 2007.

- A partir de esta fecha sí podrá cobrarse, si así se pacta, comisión por desistimiento y/o compensación por riesgo de tipo de interés (no superior al 0,5% del capital si se produce durante los primeros cinco años de vida del préstamo; al 0,25% cuando la amortización se produzca en un momento posterior a los primeros cinco años).

¹⁵⁶ La Disposición adicional decimoquinta, regula el régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, en concreto en relación con los tres índices que dejan de publicarse oficialmente: a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; b) idem, concedidos por las cajas de ahorros y c) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

CAPÍTULO QUINTO

relación con el control de inclusión, la información que se facilita y en los términos en los que se facilita debe cubrir “las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” (Apartado 200). Refiriéndose expresamente a la cláusula de intereses variables y en cuanto a la exigida transparencia, señala que es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula “que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” (Apartado 211).

3ª.- Establecer un nuevo tipo variable, propuesto por la entidad y necesariamente aceptado por el prestatario, según las condiciones de mercado del momento en que se produzca la nulidad del índice de referencia. En este caso, entendemos que se debería aplicar la previsión de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: “la sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita”. Es, sin duda, la solución que consideramos más acertada tanto para el prestatario como para la entidad prestamista, un tipo de interés variable aceptado por ambas partes, a precio de mercado y con unos mínimos costes para el adherente.

Evidentemente, dentro del iter negocial y especialmente en la información a facilitar en sede precontractual en estos supuestos de índices no oficiales, las exigencias de información deberán ser mucho más estrictas para que el adherente pueda tomar su decisión con pleno conocimiento de causa y en estos casos, con más motivo, valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación. Como ya hemos señalado, estas operaciones referenciadas a índices distintos de los recogidos en la Orden EHA/2899/2011 y en la derogada Orden de 5 de mayo de 1.994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y en la también derogada Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de Julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela que habilitó al Banco de España para determinar los índices considerados oficiales, son marginales y, en consecuencia, nos vamos a centrar en el estudio y análisis de los previstos en las normas sectoriales antes señaladas.

4.4.3.- REVISIÓN EN RELACIÓN CON UN TIPO CONSIDERADO OFICIAL.

Los tipos de interés oficiales son los previstos en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 que necesariamente consideramos tienen que cumplir con los requisitos del artículo 26, es decir, calculados a coste de mercado, no influenciados

CAPÍTULO QUINTO

por la propia entidad prestamista y conformados con datos agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

Ya hemos señalado en otros apartados de la tesis que el hecho de que se consideren oficiales no implica que no sean cuestionados y cuestionables en distintos aspectos de su configuración e incluso el propio índice¹⁵⁷.

Consideramos que es difícil cuestionar en toda su integridad los cinco índices considerados oficiales (el sexto, el mÍbor es residual dado que únicamente se aplica a los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad a 1 de enero de 2000) aunque solo sea por el hecho de que existe una disposición legal o administrativa que lo oficializa tanto en su definición como en su forma de cálculo¹⁵⁸. Sí que, en relación principalmente con dos de los más utilizados, el eurÍbor y el IRPH Entidades, entendemos oportuno proponer una serie de mejoras que tienen como objetivo principal que dichos índices reflejen el precio de mercado de las operaciones para adquisición de vivienda libre y que los datos que conforman los mismos se agreguen de acuerdo con un sistema de cálculo lo más objetivo posible. En el siguiente capítulo de la tesis procedemos a analizar y a cuestionar determinados aspectos de la configuración de estos dos índices más usuales en la contratación bancaria de nuestro país.

Ya hemos puesto de relieve que la cláusula de interés variable es una condición general de la contratación, en consecuencia, y aunque constituya un elemento esencial del contrato, sí podrá ser objeto de control de transparencia¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Prueba de ello es la polémica generada con el índice IRPH sobre el que se ha pronunciado favorablemente en fechas recientes (14 de diciembre de 2017) el Tribunal Supremo. Muestra de esta disparidad de criterios son los dos votos particulares contrarios de los magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En parecidos términos se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE sobre el IRPH Entidades por parte del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en fecha 16 de febrero de 2018, cuestión prejudicial cuya vista pública se ha celebrado el 25 de febrero de 2019. Habrá que valorar en su momento la resolución del TJUE por su trascendencia por el importante número de operaciones referenciadas en nuestro país a este índice. En espera de esta resolución las conclusiones del Abogado General presentadas el 10 de septiembre de 2019 cuestionan el índice IRPH básicamente por el hecho de que la fórmula matemática de cálculo del índice “resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio” (conclusión 2 del informe). En el siguiente capítulo procederemos a analizar con mayor profundidad estas conclusiones que en espera de la sentencia aventuran que el IRPH sea calificado como abusivo.

¹⁵⁸ La Orden EHA/2899/2011 remite para su cálculo a la Circular del Banco de España. En concreto faculta al mismo para su desarrollo y ejecución mediante 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 que en su Anejo 8 regula la definición y forma de cálculo de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario.

¹⁵⁹ Recordemos, una vez más, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

CAPÍTULO QUINTO

Igualmente, hemos hecho referencia anteriormente al hecho de que las condiciones generales implican la existencia de un contrato entre las partes, negando pues que no existe por parte de los empresarios-predisponentes una potestad para crear normas y, aunque es evidente que las condiciones generales se “imponen”¹⁶⁰, el contenido de estos contratos debe ser objeto de un análisis diferente al de uno celebrado sin condiciones generales. Igualmente, al suponer las condiciones generales gravísimas objeciones a la teoría liberal de los contratos, precisamente por esta imposición que entra en contradicción con la libertad contractual, “se trata de una grave contradicción que ha de ser destruida mediante un específico control de contenido y la explicación de las condiciones generales como contenidos contractuales diversos”¹⁶¹. Por tanto, si el prestatario ha consentido que su operación se referencie a uno de los índices considerados por la normativa sectorial, no es suficiente a nuestro entender que la cláusula de interés variable se revise en base a un tipo o índice oficial sin más para obviar este control de contenido que, en todo caso deberá ser más intenso y, en este sentido, habrá que valorar qué informaciones habrá que exigir al predisponente, entidad financiera, para considerar no abusiva dicha cláusula que remite sin más, a un índice previsto y definido de antemano.

La argumentación que defendemos, acorde con los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, es que existen dos planos normativos. Un primer plano conformado a nivel administrativo por unos índices que son considerados oficiales por la Orden EHA/2899/2011 y la Circular del Banco de España 5/2012 y un segundo plano sustantivo de control de transparencia amparado en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Hasta el expreso reconocimiento de dicho control a nivel legislativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había fundamentado dicho control en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No distinguir ambos planos implicaría que la normativa administrativa integraría o subsumiría a la normativa

¹⁶⁰ Artículo 1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

¹⁶¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 27, año 2013-I, página 237, expone claramente que no puede discutirse que las condiciones generales sean contractuales en el sentido de que pretendan regular un contrato y por ello ser regla contractual. Este autor cita a DURKHEIM, E., *De la división du travail social*, 7ª París, año 1.960, página 189, que expuso que “en los contratos hay muchos elementos no contractuales”, “se puede decir que la vigencia de las condiciones generales no se legitima solamente por el consentimiento contractual, sino por su conformidad con un equilibrio que no se exige a las reglas contractuales que proceden de la voluntad de las partes. Las condiciones generales son contractuales, sin duda, si llegan a ser regla contractual, pero para ello deben cumplir requisitos de validez extraños a otros contratos, si es que se las somete, como en el TRLGDCU, a un control de contenido específico. Ese control se justifica precisamente por haber sido consentidas de manera diferente y entre sujetos determinados (predisponente profesional y adherente consumidor)” (página 240).

CAPÍTULO QUINTO

protectora tanto de las condiciones generales como de defensa de los consumidores y usuarios.

En el capítulo siguiente manifestamos distintas objeciones en relación con los dos índices de referencia más utilizados en el mercado hipotecario español: el euríbor y el IRPH Entidades. Igualmente, a nuestro entender, son posibles mejoras en ambos índices. Nos remitimos al capítulo de la tesis donde se analizan ambos y posteriormente se expondrán factores de mejora que consideramos redundarían en unos índices que, de conformidad con los artículos 26 de la Orden EHA/2899/2011 y 21 de la Ley 5/2019, se calcularan a precio de mercado, no fueran influenciados (ni siquiera indirectamente) por la entidad prestamista y se agregaran de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

En este momento nos centramos en los que consideramos factores determinantes para la validez de la cláusula de interés variable cuando se referencia a un índice de los considerados oficiales:

1º.- Existen distintos índices de referencia y el prestatario puede únicamente escoger el que a su entender más le convenga.

2º.- Dichos índices de referencia, que responden a una distinta configuración, presentan notables diferencias.

3º.- Muy pocos adherentes están en condiciones de valorar las implicaciones en una operación a tan largo plazo de la elección de uno u otro índice.

4º.- Las obligaciones de información en relación con un elemento esencial para el contrato se reducen a una mera remisión a una publicación oficial y a distintos escenarios en base a valores históricos.

5º.- Entendemos que la TAE (que ya hemos criticado que en muchas ocasiones da más información al acreedor que al deudor) muy poca información aporta a la hora de valorar las distintas ofertas e incluso distintos escenarios para la contratación (hipoteca a interés variable/a interés fijo/mixta; sistema de amortización más conveniente; plazo de amortización más adecuado en función del ratio de endeudamiento,...).

6º.- Dado que la renuncia a contratar no es una alternativa aceptable es necesario proteger al adherente.

7º.- No existe una competencia real entre las distintas entidades dado que los contenidos contractuales son muy similares y los índices de referencia son prácticamente los mismos. El error está en considerar que únicamente el precio, enmascarado en TAEs indescifrables, es el factor que razonablemente puede valorar

CAPÍTULO QUINTO

el prestatario.

8º.- Es muy importante incidir en todas y cada una de las fases del iter contractual y no solo centrarse en el índice de referencia para conseguir que el adherente conozca la carga económica a la que se obliga mediante el contrato de préstamo hipotecario.

Considerando los anteriores factores, proponemos y defendemos dos exigencias en relación con el índice de referencia en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable:

A) **Deberes de información de la entidad financiera:** se deben cumplir por parte de la entidad financiera unas exigencias de información que permitan al prestatario la comprensibilidad real del índice y las consecuencias económicas que supone la elección de un determinado índice sobre las obligaciones financieras que asume.

La premisa es la situación de inferioridad de los consumidores¹⁶². El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que se deduce de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se fundamenta en la idea de que el consumidor “se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas” (Apartado 25 STJUE de 27 de junio de 2000)¹⁶³.

Como se ha señalado por parte del Tribunal Supremo, en las Sentencias 406/2012, de 18 de junio y la 241/2013, de 9 de mayo, el control de transparencia cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, en nuestro caso la

¹⁶² Lamentablemente los pequeños empresarios continúan siendo los grandes olvidados dentro de este ámbito de protección de la normativa tuitiva del derecho de consumo. La situación ha cambiado en relación con los empresarios individuales con la aprobación de la Ley 5/2019 reguladora de contratos de crédito inmobiliario que en su artículo 1 ha incluido dentro de su ámbito de protección a “las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles...”.

¹⁶³ Sentencia Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, resolviendo una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13. En esta sentencia se enjuicia el carácter abusivo de una cláusula que atribuye la competencia a los Tribunales de Barcelona, ciudad en la que no está domiciliado ninguno de los demandados, pero en donde se encuentra el domicilio social de las demandantes – Océano y Salvat-.

En la misma se señala (Apartado 26) que “el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva”.

CAPÍTULO QUINTO

cláusula de intereses variables, tiene una doble finalidad, en primer lugar que el prestatario conozca o pueda conocer con sencillez la “carga económica” que representa para él el contrato formalizado, es decir, “la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener”, y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, “la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (Apartado 210 Sentencia 241/2013). La propia doctrina del Tribunal Supremo remarca esta cuestión al señalar que “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido...es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato” (Apartado 211 Sentencia 241/2013)¹⁶⁴.

Una cuestión que se ha puesto de relieve en cuanto al “objeto principal” y/o “precio” al que se refiere el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es la interpretación que deba realizarse del mismo. Recordemos una vez más dicho artículo: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es clara en relación con la interpretación de este apartado:

1º.- Este apartado tiene que 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 de la Directiva 93/13 (Sentencias C-26/13 Kásler y C-143/13 Matei).

2º.- Los criterios interpretativos de ambos conceptos han de tender al objetivo de la Directiva 93/13: “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

¹⁶⁴ Ambas sentencias enjuician en primer lugar, la Sentencia 406/2012, un supuesto de intereses usurarios y la Sentencia 241/2013 la validez de una cláusula suelo. En ambas se señala de manera clara que aunque no haya una posición unánime a nivel doctrinal sobre el control de contenido del elemento esencial del contrato (la cláusula de intereses) sí que por aplicación teleológica del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE “los elementos esenciales del contrato...no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículo 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales y 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)” (Fundamento de Derecho Segundo, letra d) de la Sentencia 406/2012).

CAPÍTULO QUINTO

atañe a la capacidad de negociación como al nivel de información” (Sentencia C-143/13 Kásler – sobre el fondo de la cuestión prejudicial).

3º.- Las cláusulas que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés figuran expresamente en el punto 1, letra j) del Anexo de la Directiva 93/13, el cual, según el artículo 3, apartado 3, contiene una “lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”: “Anexo. Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3.1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:... j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo”.

El objetivo de la Directiva al establecer esta lista de cláusulas que pueden considerarse abusivas quedaría privado de efecto si tales cláusulas estuvieran de entrada excluidas de una apreciación de su posible carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2 de la Directiva.

4º.- El carácter abusivo de una estipulación que prevea un interés variable no es posible invocarlo por “una inadecuación entre el nivel del tipo de interés modificado y cualesquiera contrapartidas proporcionadas a cambio de tal modificación, sino por las condiciones y los criterios que permiten al prestamista llevar a cabo tal modificación” (Sentencia C-143/13 Kásler).

5º.- En todo caso la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva que comentamos no puede reducirse solo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical.

En orden a esta comprensibilidad hay que traer a colación tanto los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y del Anexo de la misma del punto 1, las letras j) y l) y del punto 2, las letras b) y d)¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Artículo 3: “1.- Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, peses a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2.- Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3.- El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

Artículo 5: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”.

Anexo. Punto 1. letra j): “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo.

CAPÍTULO QUINTO

En base a estos artículos y a la jurisprudencia citada, para satisfacer la exigencia de transparencia consideramos que se debe exigir que:

1º.- en el contrato de préstamo se deben exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés.

2º.- se debe poder determinar de forma precisa la relación entre la cláusula de revisión del tipo de interés y el resto de las cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que “un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan” (apartado 73 Sentencia Kásler).

3º.- directamente relacionada con la cláusula de interés variable y, la mayoría de las veces incluida dentro de la misma, se encuentra el sistema de amortización del préstamo. El método de amortización es la manera en la que el prestatario va a llevar a cabo la devolución del préstamo y determina cómo se van a calcular los intereses a pagar.

En relación con los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre, objeto de estudio de esta tesis, los sistemas de amortización empleados son los de reembolso periódico de capital e intereses. En ellos se produce un fraccionamiento del principal en pagos parciales en función del plazo pactado con vencimientos periódicos, que se pagan conjuntamente con los intereses devengados, formando así el cuadro de amortización.

Sin duda alguna el más conocido y utilizado es el sistema de amortización francés que consiste en amortizar al final de cada período el capital prestado mediante cuotas constantes en cuantía suficiente para ir amortizando todo el capital prestado e ir pagando los intereses de la deuda¹⁶⁶. Otro sistema de amortización,

Letra l): “estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios”.

Punto 2.- Alcance de las letras g), j), y l)

...b) “La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.....

d) La letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio”.

¹⁶⁶ El sistema de reembolso único de capital que supone que la amortización del capital recibido se devuelve de una sola vez y los intereses también se suelen abonar en un solo pago o en casos, también habituales, mediante pagos periódicos, se utiliza en operaciones de financiación empresarial y raras veces en sede de financiación hipotecaria. Sí que puede utilizarse este sistema en préstamos de promoción inmobiliaria, principalmente cuando el promotor solicita la financiación del solar. Evidentemente en el momento en que se inicia la promoción se cancela esta primera operación con el préstamo promotor que posteriormente será el que, distribuyendo el

CAPÍTULO QUINTO

menos habitual, es el alemán que consiste en amortizar el capital prestado al inicio de la operación a partir de un pago de intereses en el momento inicial y unas cuotas constantes de amortización al final de cada período, es decir, su peculiaridad es que los intereses, a diferencia del sistema francés, se pagan al principio de cada período.

Junto a estos existe el llamado sistema de amortización de cuotas crecientes que supone un crecimiento, en progresión geométrica, del importe de las sucesivas cuotas, aumentadas en un porcentaje sobre la última cuota que se haya satisfecho. El objetivo de este sistema, muy utilizado en momentos de políticas comerciales agresivas y en los casos de refinanciación de préstamos hipotecarios, es pagar en los primeros años de amortización de la operación unas cuotas más reducidas que se verán notablemente incrementadas durante el transcurso del contrato. El problema de este sistema es que, combinado con la cláusula de variación de intereses, las consecuencias económicas pueden ser extraordinariamente gravosas y en no pocos casos el prestatario no es consciente de las mismas a medio o largo plazo. De ahí que exijamos que en aras a la transparencia se pongan en relación todas las previsiones relativas a la retribución del préstamo hipotecario.

B) Integración de la cláusula de interés variable con el resto de las condiciones generales: la información proporcionada al prestatario debe facilitarle el examen de la cláusula de intereses variables en relación con el resto de las condiciones generales del contrato y en especial con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos relativos al índice de referencia. Enlazamos con el punto antes expuesto de que hay que poner en relación todas las previsiones que se refieren a la retribución del préstamo hipotecario.

Sin ningún tipo de duda esta exigencia cobra toda su importancia en la fase de formación del contrato, a la llamada fase precontractual, “en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato”¹⁶⁷.

De manera clara se pronuncia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interpretando el artículo 5 de la Directiva 93/13, afirmando que “tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de dicha información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional” (Cuestión prejudicial primera, sentencia C-26/13, de 30 de abril de 2014, caso Kàsler).

préstamo en cada una de las viviendas, se subrogará a los adquirentes particulares.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017. Punto 2.1 del Voto Particular.

CAPÍTULO QUINTO

Respecto de esta cuestión de la información precontractual, no debería ser suficiente la remisión a disposiciones reglamentarias que, en el tema objeto de estudio, regulan los distintos índices de referencia considerados oficiales (artículo 27 Orden EHA 2899/2011). A nuestro entender, compartimos con ello plenamente el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, la disposición legal que autoriza dicho tipo de referencia “no tiene como función explicar su alcance y funcionamiento concreto en la contratación bajo condiciones generales que lleve a cabo el profesional, ni suplir sus especiales deberes de información de este modo de contratación”.

Además, hemos de tener en cuenta que, anteriormente, nos habíamos referido tanto a las exigencias de la normativa comunitaria como a las derivadas de la protección de los consumidores de nuestro derecho interno, considerando que es abusiva aquella cláusula que causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y que, adicionalmente, atendíamos a la exigencia de que dichas estipulaciones deben redactarse de manera clara y comprensible. Adicionalmente, hay que considerar que las entidades financieras deberán facilitar a los prestatarios la información suficiente y precisa para que estos puedan tomar las decisiones fundadas, circunstancia que habrá que valorar en el momento de la celebración del contrato, de ahí la importancia de toda la información requerida a nivel precontractual¹⁶⁸.

¹⁶⁸ STJUE C-186/16, de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc: “La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que el profesional podría conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que solo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

En parecidos términos la STJUE, caso Kásler antes citada. En la misma se enjuicia la validez de una estipulación de un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas. La entidad financiera Jelzálogbank concedió a los prestatarios un crédito estipulándose que la determinación en divisas de la cuantía del contrato se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicada por el banco que estuviera vigente el día de la entrega del préstamo. Se solicitó su declaración de abusividad ya que la misma confería a la prestamista una ventaja unilateral e injustificada.

El Tribunal Europeo si bien entiende que la redacción de la cláusula es clara y comprensible, señala que no solo se debe entender esta exigencia a nivel gramatical, sino que también el contrato debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre dicho mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor “pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su caso” (Fallo sentencia).

Si analizamos en detalle algunas cuestiones de dicha sentencia, consideramos oportuno destacar los siguientes aspectos:

1º.- Corresponde valorar si un consumidor medio (entendiendo por tal según la sentencia, aquél normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso) podía valorar la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de compra y venta de una divisa extranjera.

2º.- Igualmente habría que considerar si este mismo consumidor medio podía evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, es decir, valorar el coste total del préstamo.

Insistimos en lo que anteriormente habíamos expuesto y que entendemos es de gran importancia: es necesario partir de criterios precisos y comprensibles para valorar las consecuencias económicas de la cláusula que determina los intereses del contrato de préstamo.

CAPÍTULO QUINTO

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO.

1) El control de contenido o abusividad, diferente del de incorporación y del de transparencia material, se realiza sobre las condiciones generales una vez ya se han incluido en un contrato de préstamo hipotecario. Es un control que solamente se podrá aplicar cuando el adherente merezca la calificación de consumidor y sobre aquellas condiciones generales que merezcan ser calificadas como abusivas, aunando para dicha consideración los dos conceptos clásicos en materia de protección de los consumidores y usuarios: ausencia de buena fe y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Este control intenta restablecer el desequilibrio entre las posiciones de ambos contratantes.

2) La abusividad de una estipulación podrá ser apreciada de oficio por el juez y de este modo restablecer el equilibrio entre ambas partes. Para apreciar esta abusividad será determinante valorar si el consumidor y la entidad financiera atendiendo al clausulado contractual y considerando un comportamiento leal y razonable hubieran incluido en dicho contrato una estipulación de la que cuestionamos su carácter abusivo. En parecidos términos, dos criterios para valorar esta abusividad vendrán determinados, en primer lugar, por las normas dispositivas de nuestro ordenamiento jurídico de forma tal que si la estipulación deja al consumidor en una posición menos favorable que la prevista por el derecho positivo habrá que concluir que dicha estipulación merece ser calificada como abusiva, y, en segundo lugar, por la valoración atendiendo al caso concreto de si el profesional podría estimar que el consumidor aceptaría la concreta estipulación en el marco de una negociación individual, y no con un clausulado con condiciones generales.

3) Al margen de la definición general de cláusula abusiva, antes señalada, se recogen en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios un elenco de cláusulas consideradas en todo caso abusivas. Por tanto, la abusividad vendrá determinada tanto porque la cláusula merezca dicha calificación (si en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones) o por vulnerar los preceptos legales que recogen estipulaciones en todo caso consideradas abusivas.

4) Cuando una condición general define el objeto principal del contrato, en nuestro caso la cláusula de interés variable, cuya composición nuclear son el índice de referencia y el diferencial, no es posible analizar la abusividad de su contenido. En consecuencia, el núcleo de la cláusula de interés variable solo podrá ser objeto de

Además, a propósito de la figura del consumidor medio, defendemos la necesidad de establecer unos criterios objetivos para valorar cuando el mismo se encuentra en situación de comprender las consecuencias económicas de la cláusula de intereses variables. En estos momentos solo la normativa MiFID nos permite valorar estos conocimientos desde un punto de vista objetivo.

CAPÍTULO QUINTO

control de transparencia material en base al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE al señalar que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato...”. Consideramos que se debería haber transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico dicho artículo 4.2.

5) En las relaciones entre profesionales se puede dar exactamente igual esta posición de desigualdad. En estos supuestos en los que el adherente no tiene la calificación de consumidor se puede instar igualmente la nulidad de la cláusula que siendo condición general sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, pero el concepto de cláusula contractual abusiva deberá valorarse en tal caso atendiendo a las normas generales sobre nulidad contractual contenidas en el Código Civil. En ningún caso, por tanto, se podrá considerar el elenco de cláusulas consideradas abusivas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

6) En el caso concreto de la cláusula de intereses variables y considerando su gran similitud con las cláusulas que se pactan en los contratos de cobertura de tipos de interés que sí están sometidas a la normativa MiFID (normativa de Mercados de Instrumentos Financieros), sería oportuno poder aplicar las obligaciones de información derivadas de la misma que no distinguen entre consumidor o no consumidor, sino entre minorista y profesional. El denominador común de ambos contratos es un riesgo económico asociado a la evolución de los tipos de interés. Ciertamente los llamados test de idoneidad y conveniencia debidamente regulados por la normativa MiFID lo que pretenden es adecuar el producto a los conocimientos del cliente. Sin ningún tipo de duda habrá que valorar el test introducido por primera vez a nivel de los contratos de préstamo hipotecario por la Ley 5/2019 para garantizar la transparencia material y desear que dicho test se asimile más a los establecidos por la normativa MiFID que a un mero cuestionario que lo único que haga sea “concretar la documentación entregada y la información suministrada” (artículo 15.2, letra c) Ley 5/2019). Será difícil por esta vía que se pueda considerar cumplida la transparencia material, sí seguramente a nivel jurídico, pero no seguramente a nivel económico sino se atiende a específicas obligaciones de información que solo puede facilitar la entidad financiera, insistimos más allá de la dicotomía consumidor o no consumidor. La normativa MiFID posibilitaría este control de contenido a las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y aplicarles la misma sanción de nulidad en los mismos términos que se dan entre consumidores.

7) Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y además se tendrán por no puestas, por tanto, pueden ser examinadas de oficio y, en todo caso, esta nulidad implica que no será posible integrar el contrato cuando exista una laguna contractual siempre que dicho contrato pueda subsistir con las cláusulas que hayan superado el control de contenido. El sentido de esta imposibilidad de modificación judicial del contenido de las cláusulas abusivas es disuasorio para evitar que los predisponentes

CAPÍTULO QUINTO

incorporen cláusulas abusivas al tener la certeza de que el juez integraría los mismos en lo que fuera necesario. La mayor protección que se puede garantizar al consumidor es la no aplicación de las cláusulas abusivas.

8) En aquellos supuestos en que se anula el índice de referencia del préstamo hipotecario que, no olvidemos, regula los intereses remuneratorios del contrato, debería aplicarse el diferencial que operaría en última instancia como remuneración del préstamo. De ninguna manera consideramos posible que en el supuesto de que se declare la nulidad del índice de referencia se convierta el préstamo en una operación a interés fijo al tipo inicialmente pactado en el momento de la formalización. El motivo es que el prestatario al pactar una operación a interés variable desea contratar un préstamo a interés de mercado durante toda su duración. En todo caso se debería exigir a la entidad financiera que se ofreciera al prestatario acogándose a la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de los préstamos hipotecario un nuevo índice de referencia que fuera utilizado en la actualidad por la prestamista en la mayoría de sus operaciones.

ESTRUCTURA Y OBJETIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE

1.- INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de los préstamos a tipo de interés variable muchos autores han abordado el tema de la validez de la forma de fijación del tipo de interés aplicable a estos contratos, dudando de la misma por la unilateralidad que podría existir y por la consiguiente vulneración del principio de objetividad, pieza fundamental en la determinación de los elementos de la relación contractual.

Esta cuestión no es en absoluto pacífica en la actualidad, incluso tras la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que determinó la supresión de determinados índices de referencia principalmente porque se consideraba que eran fácilmente manipulables¹. De hecho, ya hemos comentado en el capítulo anterior la polémica existente, por ejemplo, en relación con el IRPH Entidades, que sí es considerado por la ley índice oficial o todas las cuestiones relacionadas con el índice sustitutivo para el caso de que no fuera el euríbor.

Una breve referencia a la situación de la inversión crediticia actual de las entidades financieras en nuestro país nos muestra como hecho incontestable que la estructura del activo de dichas entidades en los últimos años se ha orientado hacia el crédito con garantía real, representando porcentajes muy elevados sobre el total de sus carteras. Mucho se ha hablado y escrito sobre la llamada “década prodigiosa” del mercado de la vivienda en España durante los años 1995-2005. Un espectacular desarrollo y una sobrevaloración de los inmuebles con las consecuencias ya sabidas por el estallido de la crisis que afectó a las entidades financieras en el año 2008 y cuyas consecuencias se prolongaron durante años, principalmente por el excesivo

¹ La efectiva supresión no se produjo hasta la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que en su Disposición Adicional decimoquinta señala que desaparecen tres índices oficiales aplicados hasta la fecha : a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; b) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda concedidos por las cajas de ahorros y c) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

CAPITULO SEXTO

endeudamiento de las familias, desembocando en los graves problemas que modificaron por completo el mapa bancario y regulatorio en nuestro país. Unos breves apuntes para entender la situación que se generó antes del año 2008²:

1.- en el Informe del Banco de España del año 2004 ya se estimaba que la vivienda estaba sobrevalorada entre el 24% y el 35 %.

2.- En el período 2001 – 2004, España superó a Alemania y Francia conjuntamente en viviendas iniciadas. En concreto en nuestro país se iniciaron un total de 2.584.445 viviendas³.

3.- El endeudamiento de las familias españolas durante esta década se incrementó en un 268,5 %⁴.

4.- Durante esta década el crecimiento del índice de precios al consumo no ha superado el 30 % y en cambio el incremento del precio de la vivienda se ha elevado cerca del 150 %⁵.

Si en este panorama constatamos que el 94 % de las hipotecas formalizadas estaban a interés variable y que prácticamente el 90,1 % de operaciones formalizadas correspondían a viviendas de precio libre es obvia la importancia de la cláusula de interés variable.

En los años posteriores se produjo una ralentización en la formalización de operaciones hipotecarias y directamente relacionada con las bajadas de tipo de interés constatamos como la evolución del período 2008-2016 nos muestra como el peso de las operaciones a tipo variable se ha ido reduciendo paulatinamente hasta el punto de que se ha pasado de un 90,7 % de porcentaje de préstamos formalizados a interés variable en 2008 a un 48,9 % de porcentaje en 2016⁶. Como ya hemos puesto de relieve en el primer capítulo de esta tesis esta reducción si cabe es más pronunciada si observamos la contratación hipotecaria desde el año 2012 hasta junio

² Datos extraídos del informe del Banco de España del año 2004 sobre el mercado de la vivienda, en el apartado sobre la situación financiera de las familias y el mercado de la vivienda (páginas 38 a 41). Igualmente se pueden consultar cualquiera de los Boletines Estadísticos del Mercado Hipotecario de la Asociación Hipotecaria Española (AHE) de estos años.

³NAREDO, J. M., CARPINTERO, O., y MARCOS, C., “Información patrimonial complementaria y comparaciones internacionales”, *Patrimonio Inmobiliario y Balance Nacional de la Economía Española (1995-2007)*, Editorial Funcas, página 185.

⁴ Fuente: Boletín Económico del Banco de España, enero de 2006, página 66.

⁵ NAREDO, J.M., CARPINTERO, O., y MARCOS, C., ob.cit. Página 58.

⁶ *Cuaderno de Información Económica*, número 255, página 28, 2016, utilizando datos del Banco Central Europeo.

CAPITULO SEXTO

de 2019 dejando al margen los años inmediatamente posteriores al estallido de la crisis inmobiliaria. Así los préstamos a interés variable han pasado de representar un 77,8% de las operaciones formalizadas en el año 2012 a solo un 42,4% en 2017 y un 37,5% a mayo de 2018. En cambio, las operaciones estrictamente a interés fijo durante toda la vida del préstamo han variado de un 0,9% en el año 2012 a un 26,6% en 2017 y un 30,3% en mayo de 2018, ratios que se mantienen prácticamente iguales en marzo de 2019. Siendo así, es importante destacar que el peso de las operaciones a interés fijo sobre el total de la cartera hipotecaria, pese a que han ido aumentando por el incremento de formalizaciones, representan a diciembre de 2018 un 12,6% de la misma y las variables un 87,4%, con un incremento de las operaciones a interés fijo de 8 puntos porcentuales en los últimos tres años observados (2015-2018)⁷. Con datos actualizados a junio de 2019 como consecuencia de la tendencia de contratación de operaciones a interés fijo se constata que sobre el total de la cartera hipotecaria las operaciones a interés variable representan el 85,3 % y las de interés fijo el 14,7 %⁸. El resto son las operaciones llamadas mixtas con porcentajes que han tenido pequeñas variaciones del 20,2% en 2012 al 26,7% en 2017 para tramos fijos inferiores a 5 años y del 1,1% en 2012 al 4,2% en 2017 para tipos fijos inferiores a 10 años⁹. Una posible explicación a este hecho del incremento de las operaciones a tipo fijo habría que buscarlo curiosamente en los tipos excepcionalmente bajos de las operaciones a interés variable lo que, paradójicamente, explica este comportamiento de los clientes ante una más que previsible subida de tipos de interés.

En cuanto a la finalidad del préstamo hay que destacar que un 79,2% del total del saldo vivo de la cartera hipotecaria corresponde a préstamos cuya garantía es un bien inmueble en el que reside el prestatario. El resto estaría constituido por operaciones hipotecarias garantizadas mediante activos comerciales. Dentro de la categoría residencial la mayoría son préstamos cuya finalidad es la adquisición de vivienda habitual, en concreto, el 86,5%, adquiriendo relevancia la finalidad de adquisición de vivienda de uso vacacional o segunda vivienda con un ratio del 9,5%, a nuestro entender, como consecuencia de los bajos tipos de interés principalmente del pasivo que genera que una parte de la inversión se destine a inversión inmobiliaria ante las bajas rentabilidades de los depósitos y fondos de inversión¹⁰. Ya hemos señalado que esta tesis se centra en el estudio de las operaciones de

⁷ *Un análisis dinámico de la cartera hipotecaria española. Cuarto trimestre de 2018*. Estudio de la Asociación hipotecaria española, marzo de 2019. En dicho informe se señala como el total de la cartera a diciembre de 2018 estaba compuesto por 5.728.991 contratos de préstamo hipotecario.

⁸ Fuente *Estudio de la Asociación Hipotecaria Española. Un análisis de la cartera hipotecaria española, primer semestre de 2019*. Boletín de septiembre de 2019, página 14.

⁹ Fuente *Boletín Estadístico Trimestral de la Asociación Hipotecaria Española*, julio de 2018, página 9.

¹⁰ Fuente *Estudio de la Asociación Hipotecaria Española. Un análisis de la cartera hipotecaria española, primer semestre de 2019*. Boletín de septiembre de 2019, página 5.

CAPITULO SEXTO

adquisición de vivienda habitual, no solo por el hecho de constituir el porcentaje más elevado dentro del total de la cartera hipotecaria, sino también por la circunstancia de que el prestatario suele ser una persona física que, en general, se puede calificar como consumidor.

En este capítulo consideramos el análisis de uno de los requisitos esenciales que debe cumplir la cláusula de interés variable: la objetividad. En esta tesis abordamos el estudio de los distintos sistemas de control de la cláusula de intereses variables con la finalidad última restablecer el equilibrio contractual en los contratos bancarios de adhesión. Sin ningún tipo de duda, los préstamos hipotecarios a interés variable son el mejor ejemplo de operaciones donde la predisposición, la contractualidad, la imposición y la generalidad aúnan las características de la contratación bajo condiciones generales. En el núcleo de las cláusulas financieras está la cláusula de intereses remuneratorios, objeto principal de estudio. Esta tesis se estructura considerando tres controles específicos que anteriormente se han analizado y además un control que deducimos de los remedios generales tanto de la legislación civil general como sectorial. En este último control nos vamos a centrar en un requisito esencial que debe cumplir la cláusula de interés variable: la objetividad que impide dejar al arbitrio de la entidad financiera la modificación del tipo de interés. Entendemos que merece su estudio separado por cuanto la objetividad es un “requisito de fondo” que debe cumplir el contrato de préstamo hipotecario para que no sea vea afectado por la sanción de nulidad que se establece en los artículos correspondientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Consideramos, por tanto, necesario su tratamiento diferenciado por una serie de motivos:

a) la importancia de dicha exigencia como piedra angular dentro de la estructura de la cláusula de intereses variables. Es un presupuesto necesario sin el que ni siquiera podemos considerar la existencia de un contrato entre la entidad prestamista y el prestatario.

b) la trascendencia que tiene este requisito sobre todas las demás cuestiones que ofrece la cláusula de interés variable. Las implicaciones de la exigencia de objetividad se extienden sobre la estructura compleja del clausulado de la escritura de préstamo hipotecario, aconsejando su estudio separado para ir asentando las bases de todos y cada uno de los requisitos que se irán exponiendo.

c) en estos momentos en que se están cuestionando por distintos motivos los dos índices de referencia más utilizados en nuestro país en la revisión de las operaciones hipotecarias del mercado minorista: el euríbor y el IRPH Entidades, consideramos de gran importancia analizar desde la óptica de la objetividad ambos índices que, no olvidemos, están bajo sospecha de manipulación o influencia por las entidades que operan en el mercado hipotecario de adquisición de vivienda libre.

CAPITULO SEXTO

Este capítulo en el que se estudia la objetividad en cuanto que presupuesto de validez de la cláusula de interés variable, se inicia con el análisis de distintas cláusulas que progresivamente se han ido desterrando de la práctica bancaria en todas las operaciones de préstamo planteadas a medio y largo plazo: la exclusión del preferencial de la propia entidad de crédito en cuanto que índice de referencia y la exclusión de determinados índices de referencia que se han considerado manipulables por las entidades. Aun siendo esta una cuestión pacífica tanto doctrinal como legalmente, se siguen planteando en la actualidad operaciones anómalas en las que de una manera indirecta se sigue infringiendo la exigencia deducida del artículo 1256 del Código Civil al dejar al arbitrio de uno de los contratantes, la entidad prestamista, “la validez y el cumplimiento” del contrato.

Una vez expuesta la exigencia de la exclusión bien del preferencial de la propia entidad o de uno de los que han sido determinados “ex lege” como no aplicables, analizaremos los requisitos que debe reunir el índice de referencia para que pueda, a nuestro entender, ser calificado como objetivo y, en consecuencia, no se pueda cuestionar su validez.

A estos efectos se estudia la necesidad de la exacta determinación del tipo inicial y del índice de referencia, así como la exacta concreción de la relación entre ambos, en cuanto que, de la articulación entre los mismos, surgirá el tipo de interés aplicable en cada una de las fracciones temporales en que irá variando el mismo.

Otras cuestiones que analizaremos y que se van a configurar como garantes de la objetividad de la cláusula de interés variable son la previsión de un diferencial fijo, la de un tipo de referencia alternativo que funcione a modo de previsión de cierre de la estipulación contractual y la expresa previsión de una cláusula de desistimiento.

2.- EXCLUSIÓN COMO ÍNDICE DE REFERENCIA DEL PREFERENCIAL DE LA PROPIA ENTIDAD O DE LOS ÍNDICES CONSIDERADOS INFLUENCIABLES POR LAS ENTIDADES.

2.1.- EXCLUSIÓN COMO TIPO DE REFERENCIA PRINCIPAL O ÚNICO

2.1.1.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. ANÁLISIS DE LA PRINCIPAL NORMATIVA APLICABLE.

La objetividad del tipo o índice de referencia supone que ninguna de las partes del contrato, y mucho menos la entidad financiera, puedan decidir, influir, controlar o intervenir en la fijación del tipo. Es un hecho incuestionable, como ya se ha puesto de relieve, que la fijación de los tipos activos constituye básicamente una decisión de estrategia comercial de los órganos de dirección de las entidades de crédito.

CAPITULO SEXTO

Es obvio que considerar un tipo como objetivo lleva implícito el requisito de que la variación puede ser tanto por aumento como por disminución del interés. Por ello, la falta de objetividad otorgará armas a la entidad financiera para que esta disminución no se produzca.

Los bancos y cajas de ahorro en cualquier contrato de préstamo pueden señalar libremente el tipo de interés para aplicar a sus operaciones crediticias. El punto de partida lo debemos buscar en la Orden, hoy derogada, del Ministerio de Economía y Comercio de 17 de Enero de 1981, de liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo, que señalaba en su artículo primero que “los tipos de interés de las operaciones activas, cualquiera que sea su plazo y modalidad de los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito serán los que libremente se pacten con la clientela en los respectivos contratos”¹¹. Propugnaba además dicha Orden la sustitución del sistema de tipos de interés máximos y comisiones libres por otro de tipos de interés libres y comisiones máximas, intentando salvar las graves distorsiones que, según la propia dicción de la Orden, había ocasionado el sistema anterior.

Apuntado el nuevo sistema, no era ajena la norma a los problemas que podría ocasionar el mismo puesto que, en su exposición de motivos, ya se señalaba que, en relación con las operaciones activas, “es preciso establecer criterios para ordenar los créditos a tipo variable, ya aparecidos en el mercado, con objeto de evitar posibles abusos”.

En la práctica, al analizar escrituras de préstamo hipotecario, era habitual encontrarnos con diferentes supuestos en que la cláusula de revisión de interés era el preferencial de la propia entidad, realizándose la fijación del tipo inicial a partir de la previsión contractual de un diferencial que adicionado al preferencial era el que determinaba el tipo de interés en el préstamo hipotecario.

Actualmente no es habitual encontrar escrituras de préstamo hipotecario en las que se utilice el preferencial de la propia entidad, sin embargo aun encontramos en las memorias del Servicios de Reclamaciones del Banco de España incidencias en relación con lo que el propio Banco de España califica como “aplicación incorrecta de los tipos de referencia pactados”, y con tipos de referencia distintos de los oficiales previstos en la normativa en vigor, recordando que “las entidades no podrán usar en la revisión de préstamos hipotecarios concertados por personas físicas... los que dependan exclusivamente de ellas mismas y no se puedan agregar objetivamente, lo más habitual es que se utilicen los tipos de interés de referencia oficial, publicados

¹¹ La Exposición de Motivos de dicha Orden enmarcaba el proceso de liberalización de tipos de interés “dentro de una acción encaminada a la adecuada ordenación del sistema financiero con dosis crecientes de libertad, flexibilidad y transparencia”.

CAPITULO SEXTO

mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y difundidos por el Banco de España”¹².

Estas cláusulas, analizadas desde el punto de vista meramente económico de la entidad financiera, son perfectamente lógicas, pues con ellas se intenta conseguir un mayor control de la situación para mantener su propio equilibrio financiero¹³. Sin embargo, el enfoque jurídico en términos objetivos tiene que ser radicalmente opuesto, por cuanto este pacto es contrario al Código Civil, a la normativa de consumidores y usuarios y a la normativa administrativa en la materia. A continuación, pasamos a analizar de forma separada estas distintas normativas.

A) CÓDIGO CIVIL: Este pacto va contra el artículo 1256 del Código Civil en la medida en que un aspecto esencial del contrato queda sometido al arbitrio de una posible decisión unilateral de la parte prestamista¹⁴.

Esta tesis fue precisamente la esgrimida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 31 de octubre de 2013 para dictaminar la nulidad de la inscripción de la estipulación referida a la variación del tipo de interés. Según argumento del Registrador, plenamente compartido y reafirmado por la Dirección General, se deniega la inscripción de la cláusula que deja al arbitrio de la entidad acreedora la modificación del tipo de interés ya que “la admisibilidad de las hipotecas que garanticen intereses variables está subordinada a que los intereses pueden ser determinados en su día por un factor objetivo y que se señale un máximo de responsabilidad hipotecaria”...”es evidente que la estipulación va contra la norma de los artículos 1256 del Código Civil y 10 – C 2º de la Ley de Defensa de los

¹² Página 107 de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2007. En la Memoria de reclamaciones del año 2018 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones se acredita el hecho de que siguen siendo frecuentes las reclamaciones por falta de comunicación en los contratos con índices de referencia distintos de los oficiales. En estos casos se constata “la imposibilidad por parte de los clientes para verificar que el tipo aplicado es el realmente pactado” (página 113). En la Memoria del año 2007 en las páginas 107 y siguientes se analizan cinco expedientes de tres entidades (Bankinter, Caja España de Inversiones y Unión de Créditos Inmobiliarios) en los que las entidades no han redactado con claridad las cláusulas donde se establecen los tipos de referencia que se deben aplicar, fijando de forma precisa las fechas que han de tenerse en cuenta y el método de revisión, de modo que no den lugar a distintas interpretaciones de las partes contratantes. Así, por ejemplo, en el expediente 3944/06 de Unión de Créditos Inmobiliarios se pactó en el préstamo a interés variable un índice de referencia “cuyo valor era desconocido en el momento de la revisión del tipo de interés” (página 109 de la Memoria del año 2007).

¹³ Un supuesto muy parecido a los anteriormente expuestos es resuelto por el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia en su Sentencia nº 156/14 de 29 de abril de 2014 en relación con la “manipulación” del IRPH Cajas: “... para la elaboración del IRPH cajas no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada período.... esto supone que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas respecto a los préstamos que conceden. Sin conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior disminuye “. (Fundamento de Derecho Quinto).

¹⁴ Artículo 1256 Código Civil: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes “.

CAPITULO SEXTO

Consumidores” (Fundamento de Derecho Sexto).

El importante incremento en la contratación de préstamos a interés variable impulsó una corriente doctrinal en demanda de una mayor protección del consumidor de cara a evitar que estipulaciones de este tipo perjudicaran el necesario equilibrio de las prestaciones en el seno del contrato¹⁵.

Por nuestra parte, para iniciar nuestro estudio de esta materia, creemos necesario partir de la cuestión que se deriva de la aplicación a un contrato de préstamo de un tipo de interés variable: la indeterminación, referida evidentemente al pago de intereses, de la prestación contractual que corresponde al prestatario en virtud del contrato de préstamo.

Esta indeterminación (consustancial al tipo de préstamo objeto de estudio) tendrá sentido siempre que en el propio contrato se establezcan los parámetros necesarios para proceder a concretar el tipo de interés vigente en cada momento. En apoyo de su viabilidad cabe acudir a distintos artículos del Código Civil. Es este sentido el artículo 1261 del mismo establece como requisito para la validez del contrato la existencia de un objeto cierto que sea materia de este¹⁶. Se complementa la previsión anterior con el artículo 1273 a cuyo tenor es posible la indeterminación inicial en la cantidad, siempre que sea posible su determinación “a posteriori “en base a lo establecido en el propio contrato¹⁷.

¹⁵ La concreta cuestión de la objetividad fue un tema estudiado en profundidad por GARCÍA GARCÍA, J.M., en “El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 560, año 1.984, páginas 9 a 60; también por LÓPEZ ANTÓN, F., en “Créditos a tipo de interés variable”, Madrid, año 1985. A nivel doctrinal, sin incidir en la concreta cuestión de la objetividad, destacar: LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”, *Diario La Ley*, número 7.204; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson, año 2012.

Debemos discrepar de las conclusiones a las que llegaba este último autor en el supuesto de elección del propio interés preferencial como índice de referencia. Sostenía que esta elección no conculcaba la previsión del artículo 1256 del Código Civil ya que la fijación del preferencial sería un caso de arbitrio de equidad, “mientras que la prohibición de la norma del Código Civil parece más bien dirigida al supuesto de libre arbitrio “(página 256 ob.cit.)

Otro factor que argumentaba a la hora de objetivar y generalizar la fijación del propio preferencial, “atenuando la unilateralidad inherente a su determinación, es la publicación por las entidades acreditadas del tipo preferencial que tengan vigente, así como su comunicación al Banco de España, lo que supone un elemento de seguridad para el acreditado “(página 257 ob.cit.). Apuntar estas dos ideas que en un momento dado fueron exponente de una manera de concebir estas cláusulas, por lo demás, muy frecuentes en la práctica bancaria.

¹⁶ Artículo 1261 del Código Civil: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2º Objeto cierto que sea materia del contrato”.

¹⁷ Artículo 1273 del Código Civil: “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes “.

CAPITULO SEXTO

Sabido es que, en sede de compraventa, el artículo 1445 del Código Civil establece la necesidad de prever un precio cierto a efectos de la obligación de pago que corresponde al comprador, señalando el artículo 1447 que “para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada “. El artículo 1448 permite la determinación del precio por referencia al de un día, bolsa o mercado respecto a la cosa objeto de la compraventa, disposición esta de gran importancia a efectos del paralelismo de su contenido con el procedimiento de fijación del tipo de interés aplicable en los supuestos de créditos a tipo variable (no debemos olvidar el carácter de bien fungible que tiene el dinero)¹⁸.

Considerando, pues, que es posible la indeterminación inicial de la prestación contractual, siempre que se establezcan en el contrato los criterios necesarios para su determinación posterior, la pregunta es cuál debe ser el ámbito o extensión de esta prestación. La respuesta la encontramos en el mencionado artículo 1256 del Código Civil que recoge la clara prohibición de que tal determinación quede remitida al libre arbitrio de una de las partes contratantes, límite infranqueable.

Contra la anterior afirmación se ha argumentado que no se vulnera el mencionado artículo 1256 revisando sobre el preferencial de la propia entidad en la medida que ese preferencial se aplica a todos los clientes, es decir, está revestido de generalidad. Sin embargo, este argumento no ha sido admitido por nuestra jurisprudencia¹⁹.

Como señala la doctrina²⁰, esta generalidad viene a “apoyar la tesis de que el tipo de referencia no puede ser el preferencial de la propia entidad, pues precisamente al producirse esa contratación en masa y quedar afectados una multiplicidad de prestatarios, es cuando se dan las notas típicas del contrato de adhesión, cuyos efectos hay que examinar con cautela, y es por tal generalidad

¹⁸ Artículo 1448 del Código Civil: “También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás bienes fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto”.

¹⁹ Distintos argumentos a favor de la posterior determinación en función de un factor objetivo se pueden encontrar en:

- Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992 (RAJ 3374)
- Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988 (RAJ 7000)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 7ª de 17 de octubre de 1990 (RGD, año 1990, páginas 9379 y ss.)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª de 12 de marzo de 1991 (Jurisprudencia en materia de protección de consumidores, Editorial Práctica de Derecho, Valencia 1.995, páginas 312 y 313).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 26 de Julio de 1993 (ob.cit. páginas 369 y 370).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 21 de Marzo de 1994 (RGD, año 1994, páginas 9879 y ss.).

²⁰ GARCÍA GARCÍA, J.M., en “El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 560, año 1984, página 23.

CAPITULO SEXTO

cuando puede producirse un mayor interés de la entidad prestamista en controlar una situación que puede dar lugar a la existencia de unos grandes números desde su perspectiva financiera²¹.

Otra argumentación que se había postulado en defensa de la revisión en función del preferencial de la propia entidad se fundamentaba en la necesidad de todas las entidades de informar periódicamente de sus tipos preferenciales al Banco de España, el cual se encarga del control y vigilancia de los tipos de referencia utilizados y también publicados por dichas entidades. Este hecho no debe presuponer validez de la cláusula a efectos civiles en la medida que el tráfico jurídico mercantil no puede estar condicionado por las posibles actuaciones, en los casos de abusos, que pueda realizar el Banco de España sobre las entidades financieras.

Cabe recoger, finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2015 en la que se resuelve, entre otras cuestiones, sobre la validez del pacto sobre revisión de tipo de interés por el que se fijan los índices de referencia al entender que la estipulación deja estos intereses al arbitrio de la propia Caja con infracción por inaplicación del artículo 1256 del Código Civil, en relación con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria y Directiva 13/1993, de 5 de Abril, Anexo i), j), k) y m). En concreto se argumenta (Fundamento de Derecho Cuarto) que en la medida que la propia Caja suministra directamente al Banco de España la media ponderada de sus tipos que sirve para la media ponderada de la Cajas de Ahorro, hay falta de objetividad al no excluirse los suministrados por la propia entidad. El Tribunal Supremo alude al hecho de que la Dirección General de los Registros y el Notariado se ha ocupado de dicho pactos de revisión de tipo de interés en sus resoluciones, “rechazando, por falta del objetividad del tipo de referencia, que sea la propia entidad acreedora quien lo determine, ya que supondría una vulneración del artículo 1256 del Código Civil, convirtiéndose en juez y parte y, de ahí, que para la estabilización del capital el artículo 219.3º del Reglamento Hipotecario se refiera a módulos objetivos” (Fundamento de Derecho Cuarto). Hace suyos los argumentos de la DGRN (Resoluciones de 23 de noviembre de 1990 y 14 de Enero de 1991) al considerar objetivo el índice de referencia que no dependa exclusivamente de la propia entidad de crédito y que, en todo caso habría de probarse que el tipo esté sujeto a su influencia en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades²².

²¹ Recordar, una vez más, que la fijación de los tipos activos no deja de ser una decisión comercial de los órganos de dirección de la entidad financiera. Argumento recogido en la Sentencia 156/14, de 29 de Abril de 2014, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Donostia que en su fundamento jurídico séptimo señala que “al margen de que el índice se publique por el Banco de España... la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, en el importe del índice de referencia”.

²² En esta Sentencia se hace referencia a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado señalando que no son jurisprudencia, en consecuencia, no entran en el concepto del artículo 1.6 del Código Civil -“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”- y no son alegables en un motivo de casación, por más que se le deba reconocer su alto valor jurídico y, dice la Sentencia de

CAPITULO SEXTO

B) TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Las otras normas básicas a favor de la exclusión del preferencial de la propia entidad son los artículos 49, 82 y 85 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Recordemos que el TRLGDCU, dictado en desarrollo de los artículos 51 y 53 de la Constitución, pone coto de manera muy clara a los posibles abusos de la cláusula de interés variable. Distintos apartados de los artículos citados abordan toda una tipología de cuestiones en relación con la posible previsión contractual de revisión del préstamo hipotecario vinculándolo a la voluntad de una de las partes, en nuestro caso, la entidad financiera.

Dos elementos son el presupuesto para entender la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aplicable a un específico contrato de préstamo: la existencia de condiciones generales y la condición de consumidor. En el TRLGDCU, la definición de lo que se entiende exactamente por condiciones generales habrá que buscarla en el artículo 1 de la LCGC que establece que son “las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Nos situamos, pues, por una parte, ante un adherente (en nuestro caso prestatario) cuyo concepto encontramos en el artículo 2 de la propia LCGC y que, a diferencia del TRLGDCU, incluye a cualquier persona física o jurídica, incluidos profesionales sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad; y, por otra parte, ante una empresa, predisponente (en nuestro caso entidad financiera) que establece e impone condiciones generales uniformes.

Hay que considerar que el artículo 3 del TRLGDCU sólo incluye en su ámbito de protección a las personas físicas, jurídicas y entidades sin personalidad jurídica “que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión “en las personas físicas y “que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial “las jurídicas y entidades sin personalidad jurídica²³.

29 de enero de 1996, es usual concederles una reconocida autoridad.

²³ El anterior artículo 1.2 de la LGDCU excluía de su ámbito de protección a las empresas y profesionales si los bienes o servicios tenían como destino el mercado : “ a los efectos de esta ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o

CAPITULO SEXTO

En el artículo 80.1 c) del TRLGDCU, relativo a las cláusulas no negociadas individualmente, se exige como requisito, entre otros que “exista buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”.

El artículo 82 del TRLGDCU considera como abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente 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”. Y el apartado 4, al margen de esta previsión general, considera que en todo caso son abusivas las cláusulas que o bien vinculen el contrato a la voluntad del empresario o determinen la falta de reciprocidad en el contrato²⁴. Señalar que el artículo 85.3 con expresa referencia a los contratos referidos a servicios financieros prevé la posibilidad de modificación del tipo de interés adeudado al consumidor cuando se encuentre adaptado a un índice, “siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo...”.

En el supuesto concreto que estamos analizando la falta de objetividad del tipo de referencia implica dejar en manos del prestamista el mantenimiento del contrato en base a un tipo fijado por la entidad financiera, dicho en palabras de la nueva redacción de la LGDCU significa vincular el contrato a la voluntad unilateral del empresario o en caso contrario provocar su resolución en base a un tipo inaceptable. El artículo 83 del TRLGDCU establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y la subsistencia del contrato, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

C) LA LEY 16/2011 DE 24 DE JUNIO DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO.

Mediante esta Ley se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo²⁵y, al mismo tiempo, se derogó la Ley 7/1995 de

inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

²⁴ La Disposición Adicional primera de la anterior LGDCU recogía un elenco de 29 cláusulas consideradas abusivas y dentro de las que facultaban a una de las partes para resolver discrecionalmente la relación jurídica se encontraba la segunda que recogía el supuesto de que se conceda “la reserva a favor del profesional de facultades de ... modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo”.

²⁵ Esta Directiva derogó la Directiva 87/102 de 22 de diciembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de crédito al consumo y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE del Consejo, sobre todo en lo que se refiere a la fórmula matemática y la composición del porcentaje anual de cargas financieras.

CAPITULO SEXTO

23 de marzo de crédito al consumo que precisamente se había promulgado en desarrollo de la Directiva 87/102.

De la Exposición de Motivos de la Ley 16/2011 y de su articulado podemos destacar una serie de aspectos de gran importancia en orden a las operaciones activas concedidas por las entidades de crédito y sociedades de financiación:

a) sus preceptos afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos en materias reguladas por los Códigos Civil y de Comercio, diferenciándose claramente de la normativa sectorial que tiene un marcado carácter administrativo y no afectan al régimen de las obligaciones y contratos.

b) se trata de una ley con una marcada finalidad protectora de los consumidores que ha de servir, sin duda, para atajar determinadas prácticas que se pueden considerar abusivas.

c) uno de los objetivos principales de esta ley, al igual que la anterior que deroga, es mejorar la claridad de la información que los consumidores han de recibir con ocasión de formalizar una operación de crédito.

El ámbito de aplicación de esta ley se circunscribe a los contratos en los que una persona física o jurídica en ejercicio de su actividad comercial o profesional concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (artículos 1 y 2). Se excluyen de su ámbito de aplicación dos grupos de contratos:

1) por razón de la cuantía: los contratos de importe inferior a doscientos euros y los superiores a setenta y cinco mil euros.

2) por la propia naturaleza de las operaciones:

- los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria.
- los que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.
- los contratos de arrendamiento financiero en los que no se establezca una obligación de compra del objeto del contrato por el arrendatario.
- los contratos de crédito concedidos en forma de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo máximo de un mes.

CAPITULO SEXTO

- los contratos de crédito concedidos libres de intereses y sin ningún otro tipo de gastos, incluidos los concedidos por un empresario a sus empleados a títulos subsidiario y sin intereses, así como los relativos a pago aplazado sin intereses de una deuda existente.

- los celebrados con empresas de servicios de inversión o con entidades de crédito con la finalidad de que un inversor pueda realizar una operación relativa a uno o más instrumentos financieros enumerados en la Ley 24/1988 del Mercado de Valores.

- los contratos de crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía de seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien.

Consideramos criticable la inaplicación de la Ley a los contratos garantizados con hipoteca. En los artículos 10 a 31 se regulan aspectos importantes tanto en fase precontractual como durante la ejecución del contrato y el legislador desaprovechó una buena oportunidad para afianzar aspectos en la protección del deudor hipotecario.

En cuanto a la justificación de la exclusión de los préstamos con garantía hipotecaria del ámbito de aplicación del núcleo normativo de la ley, hay que señalar que ni de su Exposición de Motivos ni de su articulado se deducen argumentos sólidos para sostenerla. El análisis de la Directiva 2008/48/CEE y de las anteriores 87/102 y 90/88, derogadas por la misma nos permite establecer las siguientes consideraciones en orden a la inaplicación de su norma de trasposición a las operaciones garantizadas con hipoteca inmobiliaria:

1ª.- se señalaba en las Directivas 87/102 y 90/88 en sus Exposiciones de Motivos, como argumento para la inaplicación a los contratos garantizados con hipoteca inmobiliaria, el carácter “muy específico” de este tipo de créditos, frente al factor de gran dinamismo existente en materia de crédito al consumo con la continua aparición de nuevas formas de crédito.

2ª.- se recoge en la Directiva 2008/48/CEE la posibilidad de excluir determinados contratos de crédito, en razón de su carácter específico, del ámbito de aplicación de la Directiva.

3ª.- mención expresa en las Directivas derogadas a las prácticas existentes en determinados estados miembros en relación con los documentos autorizados por Notario y que por razón de su naturaleza hacen innecesaria la aplicación de determinadas disposiciones de la presente Directiva. En consecuencia “los Estados miembros deberían tener la posibilidad de exceptuar tales documentos de dichas Disposiciones “.

CAPITULO SEXTO

4ª.- se señala la inaplicación de la Directiva a los contratos de crédito “destinados fundamentalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles...”.

5ª.- de la definición que se hace en el artículo 3 c) sobre lo que entiende por contrato de crédito no cabe deducir ninguna exclusión de la figura del préstamo hipotecario, por lo que los posibles argumentos para la misma habrá que justificarlos en los puntos anteriormente expuestos²⁶.

6ª.- en rigor y acogiendo el espíritu de las Directivas (tanto la actual y como las derogadas), el préstamo al consumo tanto por razón de su cuantía como por su finalidad presenta diferencias con el crédito hipotecario²⁷.

Por nuestra parte, consideramos que debería matizarse la inaplicación del articulado de la Ley a los contratos de préstamo hipotecario principalmente en aquellos contratos que si bien están garantizados con hipoteca inmobiliaria no tienen como finalidad la adquisición o conservación de una vivienda, sino que su finalidad última es, en realidad, la financiación de la adquisición de un bien o servicio distinto de un inmueble. En efecto, una parte de los préstamos hipotecarios que se contratan en la actualidad se engloban en este segmento de productos que básicamente reúnen las siguientes características²⁸:

a) el presupuesto básico es gravar con derecho de hipoteca la vivienda habitual del prestatario.

b) esta garantía permite de una parte un tipo económicamente más atractivo y de otra un plazo de amortización más largo que el de un crédito consumo en sentido estricto.

c) la finalidad no es condicionante esencial en la configuración del préstamo por cuanto lo básico es la garantía real de la operación y tanto por importe como por

²⁶ Artículo 3 letra c): “contrato de crédito: aquél mediante el cual un prestamista concede o promete conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de pago similar, exceptuados los contratos para la prestación continuada de servicios o para el suministro de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios de manera escalonada mientras dura la prestación “.

²⁷ Artículo 2 letra c): La presente Directiva no se aplicará a: “c).- Los contratos de crédito cuyo importe sea inferior a 200 euros o superior a 75.000 euros “. El artículo 3 de la Ley excluye su aplicación a los contratos de importe inferior a 200 euros y el artículo 4 señala la aplicación parcial de la Ley a los contratos de importe superior a 75.000 euros.

²⁸ Nos estamos refiriendo a todos aquellos contratos de préstamo en los que se permite la nueva disposición del capital amortizado atendiendo a finalidades distintas de la que en su origen fue la adquisición de vivienda.

CAPITULO SEXTO

destino sí sería una típica operación de consumo.

Esta circunstancia de no tener en cuenta la finalidad encuentra su apoyo en la redacción de los artículos 1, 2 y 3 bis de la Ley de contratos de crédito inmobiliario que incluye, en primer lugar, dentro del ámbito de objetivo de aplicación de la misma a los “préstamos garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” (artículo 1). En segundo lugar, el artículo 2 considera un ámbito de aplicación tan amplio que prácticamente cualquier operación garantizada con hipoteca queda incluida dentro del ámbito de protección de la ley que, además recordemos, se extiende a cualquier persona física sin consideración a su actividad²⁹. Finalmente, en el artículo 3 bis dentro del apartado de definiciones, se entiende por contrato de préstamo: “el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, en forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar” (número 4).

Centrándonos específicamente en la objetividad de la cláusula de revisión del tipo de interés, es preciso analizar el artículo 22 de la citada Ley 16/2011 de contrato de crédito al consumo que regula la modificación del coste total del crédito señalando que: “1. El coste total del crédito no podrá ser modificado en perjuicio del consumidor, a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. 2. La variación del coste del crédito se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo...”. Se regulan en el apartado 3 de este artículo una serie de extremos que como mínimo deberán recogerse en el acuerdo formalizado en relación con la cláusula de tipo de interés y que a continuación pasamos a comentar:

1ª.- Se establece como principio general que no puede ser modificado el coste total de crédito en perjuicio del consumidor, “a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito” (apartado 1).

2ª.- se señala expresamente que la variación del coste del crédito se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo (apartado 2). Se remite a continuación al artículo 85.3 del TRLGDCU que reserva la facultad al empresario de modificar, sin previo aviso, el tipo de interés adeudado al consumidor siempre que se “encuentre adaptado a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo.” Aparece, en consecuencia, la objetividad como principio informador de la revisión contractual del tipo de interés.

²⁹ Únicamente se excluyen operaciones que por su propia naturaleza nada tienen que ver con el mercado hipotecario minorista de vivienda libre: préstamos concedidos a empleados de las entidades sin intereses, los concedidos en forma de descubierto y que deban reembolsarse en el plazo máximo de un mes, los que sean resultado de un acuerdo jurisdiccional, arbitral o por mediación, los relativos a pagos aplazados no garantizados con hipoteca y finalmente las hipotecas inversas.

CAPITULO SEXTO

3ª.- Configurando los contornos y requisitos de esta objetividad y modificación del tipo de revisión, se señalan una serie de extremos que necesariamente deberán ser recogidos en el acuerdo formalizado entre las partes (apartado 3):

- los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito inicialmente pactado y el procedimiento a que ésta deba ajustarse.

- el diferencial que se aplicará, en su caso, al índice de referencia utilizado para determinar el nuevo coste.

- la identificación del índice utilizado o, en su defecto, una definición clara del mismo y del procedimiento para su cálculo.

4ª.- Se establece, además, que los datos que sirvan de base al índice deberán ser agregados de acuerdo con un procedimiento objetivo.

Vemos, pues, que la objetividad³⁰, preside la cuestión de la modificación del coste del crédito y que la Ley aborda este tema desde una doble perspectiva: de una parte, la objetividad del índice de referencia y, de otra, la objetividad del procedimiento que va a servir para determinar el funcionamiento de la cláusula de revisión.

De lo dicho hasta aquí no podemos sino insistir en que el legislador ha desaprovechado una oportunidad para afianzar la objetividad también en los contratos de préstamo hipotecario, principalmente en aquellas operaciones formalizadas con garantía real y con una finalidad distinta a la adquisición de vivienda, lo que supone que los principios tuitivos de la ley no alcancen a un sector de usuarios de servicios y contratos bancarios. A ello se añade la circunstancia de que la mayoría de créditos al consumo se contratan a plazos relativamente cortos de tres a cinco años, para los cuales rara vez se pacta la variación de tipo de interés, máxime si tenemos en cuenta que los tipos a los que se contratan estas operaciones son

³⁰ Sobre la objetividad del índice de referencia encontramos múltiples referencias tanto a nivel doctrinal como también en las memorias del Servicio de Reclamaciones del Banco de España: COLINA GAREA, R., “El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (a propósito de la SAP de Madrid de 28 de Febrero de 1995)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 1996, página 722; SEGURA ZAMBRANO, J.M., “Los préstamos a interés variable”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, año 1990, página 318; NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Editorial Aranzadi, año 2016, página 394; ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*. Editorial Bosch, Barcelona, año 2014, página 412. De las memorias del Servicio de Reclamaciones destacar del año 2012, página 102; año 2013, páginas 123 y 124, rechazando expresamente la utilización como índice de referencia de los preferenciales de la propia entidad.

CAPITULO SEXTO

relativamente más elevados que los hipotecarios y, en consecuencia, el riesgo de tipo de interés es prácticamente inexistente para la entidad financiera.

D) LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

Esta Ley, a la que ya nos hemos referido anteriormente, tiene como finalidad la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Un completo análisis de aspectos que inciden sobre el préstamo hipotecario, en especial, sobre la cláusula de intereses variables se realiza en otros capítulos de la tesis y a ellos nos remitimos.

En este apartado, centrándonos exclusivamente en la objetividad del índice de referencia se recogen en el artículo 21 de la Ley, bajo el enunciado de variaciones en el tipo de interés, una serie de exigencias que, en línea con las leyes que anteriormente hemos analizado, reafirman la necesidad de que la variación del coste del préstamo “se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo” (apartado 1). En el apartado 2, en las operaciones a interés variable, se recogen las condiciones para que el índice de revisión pueda considerarse objetivo:

“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”.

Se incide una vez más en una serie de cuestiones que por su importancia serán desarrolladas en el análisis de los dos índices de referencia más utilizados en nuestro país en la revisión de las operaciones hipotecarias: objetividad, en tanto que no puede ser influenciado por la propia entidad o por prácticas paralelas que puedan alterar su valor; calculado a coste de mercado, en el sentido de que el índice debe representar con fiabilidad la realidad económica que pretende medir ya que, no olvidemos, es la causa última de la operación a interés variable, que el tipo de interés sea el que en cada momento está recogiendo el mercado como precio del mercado hipotecario; transparente, en el sentido de que sea claro, accesible y verificable tanto por las partes como por las autoridades y, finalmente, metodológicamente objetivo en relación con los datos que deben configurar el índice de referencia³¹.

³¹ 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 en su artículo 8 establece la necesidad de informar al prestatario con una antelación mínima de 15 días de las modificaciones del tipo de interés. De forma resumida destacamos que se deberá trasladar al prestatario la variación del coste total del préstamo que implica dicha modificación, el importe de los pagos resultantes tras la misma y para el caso, poco habitual, de que la variación

CAPITULO SEXTO

E) NORMATIVA SECTORIAL

E.1) INTRODUCCIÓN: NORMATIVA PRECEDENTE, LA OBJETIVIDAD EN ÓRDENES Y CIRCULARES DEL BANCO DE ESPAÑA DEROGADAS.

En la vía de objetivación del tipo de referencia la norma primera de la Circular, hoy derogada, 15/1988 del 5 de Diciembre del Banco de España, sobre Entidades de Depósito, tipos de interés, comisiones y normas de actuación con la clientela, establecía:

“Norma primera.... 4.- Los tipos publicados o practicados por la propia Entidad o por otras de su grupo no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular “.

Esta norma del Banco de España vino a clarificar la polémica surgida en torno a la objetividad del tipo de referencia en la cláusula de interés variable y no hizo sino reiterar la “ratio” del artículo 1256 del Código Civil aplicada al caso concreto de la revisión de tipo de interés³².

Una lectura de las previsiones contenidas en dicha Circular nos muestra cómo su entrada en vigor supuso una alteración importante en lo que hasta el momento habían sido determinadas prácticas y usos bancarios generalizados en orden a la información, documentación y, en algunos aspectos, ejecución de numerosos tipos contractuales pactados entre los bancos y su clientela³³. Cabe destacar dos circunstancias con la entrada en vigor de esta Circular:

1ª.- por primera vez el Banco de España estableció “un conjunto sistemático y tendencialmente omnicompreensivo de normas disciplinadoras de amplios aspectos de diversos contratos bancarios hasta el momento presente carentes de reglas imperativas aplicables”³⁴.

2ª.- la anterior actuación tiene lugar, por primera vez, con una legitimidad constitucionalmente impecable. Se quiere significar con esta afirmación que la Circular era un efecto de la entrada en vigor de la, hoy también derogada, Ley

del tipo de interés implique modificación de la frecuencia o número de pagos el detalle de cómo queda el nuevo cuadro de amortización.

³² YSAS SOLANES, M., *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, página 98.

³³ ILLESCAS ORTÍZ, R., realiza un completo análisis de la mencionada Circular en “Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución “, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 34, abril-junio 1989, páginas 261 a 289.

³⁴ ILLESCAS ORTÍZ, R., ob.cit., página 262.

CAPITULO SEXTO

26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Al amparo de esta Ley (en adelante también LDIEC), el Banco de España fundamentó su actividad reguladora y se atribuyó facultades sancionadoras en orden a hacer cumplir las normas emanadas del ejercicio de dicha actividad³⁵.

El precepto de la LDIEC del que traía causa la Circular 15/1988 era el artículo 48.2 que contenía un elenco de posibilidades reguladoras del poder público referentes a la “veracidad informativa” que había de ser observada por la entidad de crédito en las relaciones contractuales que establecía con sus clientes activos y pasivos.

La Circular se tradujo en importantes avances en la tutela del consumidor, algunos de ellos matizados y ampliados en posteriores Circulares y Órdenes Ministeriales cuya incidencia ha sido notoria en el tema de la objetividad del índice de referencia, cuya culminación han sido tanto la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y 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.

El usuario de servicios bancarios se encontró tras la promulgación de la normativa sectorial encabezada por la Circular 15/1988, en una posición jurídico-negocial considerablemente reforzada respecto de la mantenida anteriormente al amparo de las defectuosas y difusas normas representadas por los distintos apartados del antiguo artículo 10 de la LGDCU y de la normativa general del Código Civil de la que destaca el mencionado artículo 1256, aunque hay que poner de relieve que esta Circular, y en general la normativa sectorial, no son de aplicación directa en el ámbito contractual en que se desarrollan las relaciones entre entidad financiera y prestatario. Es decir, la norma es tributaria de su condición de regla de control administrativo de las entidades de crédito, en la medida que no establece sino vías reguladoras o administrativas en orden a exigir su observancia, sin que la inobservancia trascienda al ámbito de las relaciones jurídico-privadas en que se hayan podido establecer defectuosas condiciones de documentación en detrimento del contratante débil. Al mismo tiempo la Circular hacía caso omiso de la cada vez más amplia y tuitiva disciplina comunitaria sobre las relaciones jurídicas establecidas entre las entidades de crédito y los consumidores de sus servicios financieros y bancarios.

Pese a la evidencia de todo lo anteriormente apuntado, el olvido de la normativa comunitaria y en especial de las Directivas sobre protección del

³⁵ Se cerraba con ello un tema que hasta la fecha había sido objeto de duras discusiones doctrinales como era el de cuál era la validez de las Circulares del Banco de España. Cuestión analizada en uno de los capítulos de esta tesis y al cual nos remitimos.

CAPITULO SEXTO

consumidor resultaba justificado en la medida que las normas comunitarias, por su contenido relevante no solo en materia de información y documentación negociales, sino también en significativos aspectos sustantivos de los vínculos contractuales establecidos entre las entidades de crédito y sus clientes, requería para ser incorporada al derecho español algo más que una mera Circular del Banco de España³⁶.

En consecuencia la conclusión que, en su momento, se podía extraer de la Circular 15/1988 era positiva en la medida que, por primera vez, se consagraba de manera clara y precisa la prohibición de que el tipo de referencia de la propia entidad o de otra de su grupo pudiera ser utilizado como índice de referencia en las operaciones de préstamo a tipo de interés variable, pero no en cuanto a rango normativo ya que, consecuencia de la naturaleza de la Circular, no trascendía al ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

En la misma línea antes expuesta se encontraba la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, en vigor hasta el 29 de Abril de 2012. Dicha Orden refundía y derogaba órdenes anteriores reforzando la claridad y transparencia para el perfecto conocimiento de la información contractual por parte de la clientela en las operaciones pactadas, imponiendo a las entidades de crédito la correspondiente obligación de información³⁷.

Establecía en su artículo séptimo, número 4 que: “Los documentos contractuales relativos a operaciones activas y pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:... d) Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo...”

³⁶ Incorporación que tuvo lugar con la Ley 7/1995, de 23 de marzo de crédito al consumo, posteriormente derogada por la Ley 26/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo. Recordemos que en la Exposición de Motivos de la Ley 7/1995 se justificaba precisamente lo señalado en los siguientes términos: “La norma de transposición tiene rango de Ley, dado que en ella se establecen los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, ...”. Alusión expresa también al carácter administrativo y en consecuencia no sustantivo de la normativa sectorial, “aparte de que las normas promulgadas en desarrollo de la Ley de Intervención y Disciplina de las Entidades de Crédito son de carácter administrativo y no afectan, por tanto, al régimen de las obligaciones y contratos, régimen que como se ha expresado anteriormente, resulta afectado tanto por lo dispuesto en las Directivas comunitarias como por lo establecido en la presente Ley “.

³⁷ Derogaba dicha Orden, entre otras, las Órdenes de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés, comisiones y normas de actuación de las Entidades de depósito y la de 16 de Junio de 1.988, sobre información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes.

CAPITULO SEXTO

Esta misma previsión aparecía en la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, a Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta Circular ha sido derogada por la Disposición Derogatoria de la Circular 5/2012 de 27 de junio. Se indicaba en la Norma Sexta, número 7 que: “En las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable, los tipos publicados o practicados por la propia Entidad de Crédito, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados como referencia por ninguna de estas Entidades...”

Del análisis conjunto de la Orden Ministerial 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 de la Circular 8/1990, de 7 de Septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, principalmente de las normas antes transcritas y del Anexo VI de esta última (“Comunicaciones a clientes de las liquidaciones de intereses y comisiones”) podíamos extraer una serie de conclusiones en orden a la información y requisitos en el desarrollo de la vida contractual de la operación de crédito, siempre refiriéndonos a operaciones que podían sufrir modificaciones durante su ejecución, con una duración en principio indefinida y en la que existía la posibilidad de variar las condiciones inicialmente previstas:

1ª.- Se contemplaba la posibilidad de modificar las condiciones inicialmente pactadas siempre que esta circunstancia estuviera prevista en el propio documento contractual.

2ª.- La realización de tales modificaciones necesitaba un fundamento objetivo que en ningún caso supusiera una variación arbitraria de las condiciones pactadas.

3ª.- En ningún caso existía la posibilidad de que la variación tomara como referencia el propio tipo publicado o practicado por la propia Entidad de crédito o por otra u otras de su grupo. La infracción de esta previsión suponía, de un lado, vulnerar el contenido de la normativa sectorial expuesta y, de otro, infringir una norma esencial e imperativa de nuestro Derecho cual es el repetidamente citado artículo 1256 del Código Civil.

Sin duda alguna, aún cumplidos los requisitos sustantivos y formales de la revisión (destaca dentro de estos últimos la comunicación al cliente con la antelación debida del nuevo tipo de interés) las alteraciones contractuales pueden perjudicar a la parte contratante débil. Esta afirmación, si bien excede del tema de la objetividad del índice de referencia, nos debe llamar la atención sobre la necesidad de vigilar este requisito, ya que las consecuencias de su infracción son perjudiciales para el prestatario. Efectivamente, una variación del interés pactado que suponga un incremento del mismo coloca al prestatario ante dos alternativas: o aceptar el nuevo tipo comunicado, o en caso contrario, resolver el contrato con la íntegra devolución del capital prestado.

CAPITULO SEXTO

Esta última posibilidad supondrá en la mayoría de los casos una carga económica tan elevada para el deudor, que a este no le quedará otra posibilidad que admitir el incremento del tipo de interés. En este punto recordemos una vez más que la Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios³⁸, supuso una variación importante en relación con la “inviabilidad económica del cambio de hipoteca” (Exposición de Motivos Ley 2/1994) ya que se ofrece al prestatario la posibilidad de subrogar a otra entidad en la posición del primer acreedor. De todas maneras, en los momentos actuales, la práctica nos está mostrando que no siempre es fácil la subrogación de la operación dado que las entidades financieras están adoptando una política muy restrictiva en relación tanto con la subrogación como con la novación modificativa. La importante caída de los márgenes bancarios implica que las entidades sean reacias a captar operaciones de la competencia bajando tipos de interés y diferenciales.

E.2) NORMATIVA ACTUAL: LA OBJETIVIDAD EN LA ORDEN EHA/2899/2011 Y CIRCULAR 5/2012.

Destaquemos, en primer lugar, que ambas normas constituyen el actual marco de conducta que regula las relaciones entre los clientes de los servicios bancarios y las entidades de crédito³⁹.

A) En primer lugar la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, deroga entre otras y directamente relacionadas con el objeto de estudio de la tesis, las Ordenes de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la de 12 de Diciembre de 1.989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito antes comentadas.

En la Exposición de Motivos de la Orden 2899/2011 se señala como esta normativa había quedado obsoleta a causa de la “enorme transformación de la

³⁸ Actualizada, en primer lugar, por la Ley 2/2003, de 25 de Abril, de medidas de reforma económica en lo referente a la comisión por amortización anticipada que a partir de esta fecha quedará fijada con un límite del 0,50% al margen de la que se hubiera pactado en el contrato y, en segundo lugar, 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 y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, en lo referente al proceso de subrogación dando respuesta a la cuestión que había generado dudas de si era posible que el deudor subrogará la hipoteca sin el consentimiento de la entidad acreedora. En el artículo 2 se señala que se podrá realizar la subrogación entre entidades financieras “sin el consentimiento de la entidad acreedora, “cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil”.

³⁹ La orden ECE/482/2019, de 26 de abril, ha modificado determinados artículos de la Orden EHA/2899/2011 como consecuencia de la aprobación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

CAPITULO SEXTO

comercialización de servicios bancarios experimentado desde los primeros años noventa hasta la actualidad” (E.M. I). La propia Exposición de Motivos apunta como hitos de esta transformación una serie de factores que hemos ido señalando a lo largo de esta tesis y que enumeramos de manera resumida:

- a) la importante expansión del crédito hipotecario⁴⁰.
- b) el aumento del acceso del cliente minorista a los servicios bancarios.
- c) la complejidad de los nuevos instrumentos financieros que han ido apareciendo en el mercado.
- d) la profunda crisis del sector financiero en los años precedentes a la aprobación de la Orden.

La Orden persigue como objetivo prioritario la transparencia en el funcionamiento del mercado financiero reconociendo la asimetría en la información manejada por los clientes y por las entidades. En este sentido se pretende mejorar la claridad de la información y su accesibilidad reafirmando las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. Centrándonos en la materia objeto de estudio se desarrolla de manera específica la normativa de transparencia de las operaciones de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda de conformidad con la normativa europea⁴¹.

Este nuevo sistema de transparencia se diseña, en primer lugar, sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto precontractual como contractual y, en segundo lugar, se refuerza la transparencia en relación con determinados elementos como pueden ser las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura de tipos de interés.

B) En segundo lugar 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. Esta Circular, de una parte, sustituye a la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, y, de otra, desarrolla de manera ordenada los mandatos contenidos en la Orden 2899/2011 antes citada.

⁴⁰ Un estudio significativo se puede consultar en NAREDO, J. M., y OTROS, “*Patrimonio Inmobiliario y balance nacional de la economía española (1995-2007)*”, publicación de la Fundación de las Cajas de Ahorros. En la página 138 se señala como se pasó de un saldo de 140 miles de millones de euros en saldos de préstamos en el año 1995 a 878 miles de millones de euros en saldos en el año 2007.

⁴¹ En este punto ha de hacerse mención expresa a la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, de 4 de marzo que recoge las Recomendaciones 2004/913/CE y 2005/162/CE y las conclusiones de foros económicos internacionales como el G-20.

CAPITULO SEXTO

En consecuencia, son ambas normas, tanto la Orden como la Circular, las que de forma sistemática deberán regir las relaciones entre clientes y entidades de crédito. De manera resumida en la Exposición de Motivos de la Circular se detallan los aspectos más novedosos, que no son sino el desarrollo de los principios establecidos en la Orden. De manera resumida podemos enumerar los siguientes:

a) el ámbito de protección preferente de la norma es el de las personas físicas, entendiendo por tales, aquellas que actúen en un ámbito diferente al de su actividad profesional o empresarial.

Se establece en la Norma segunda al regular el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Circular y directamente relacionado con nuestro estudio, que aun cuando se actúe en el ámbito profesional o empresarial se aplicará lo previsto en la Circular en lo relativo a los tipos de interés oficiales y a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés en los préstamos hipotecarios. Así la Norma segunda señala que “cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta Circular, con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta” (último párrafo). Y, concretamente, la Norma decimocuarta es la que se refiere a los tipos de interés oficiales, remitiéndose al artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 que recoge los seis índices considerados oficiales (incluido el mórbor para las operaciones formalizadas con anterioridad al 1 de enero de 2000).

b) se regula de manera novedosa la información que las entidades deben proporcionar a sus clientes sobre tipos de interés y comisiones, sustituyendo la información que se facilitaba sobre tipo preferencial y los llamados tipos orientativos sobre operaciones activas. En este sentido se detallan las explicaciones que se deberán facilitar sobre operaciones más complejas o con riesgos particulares de cara a que se pueda adoptar una decisión razonada sobre el contrato y, muy importante, se puedan comparar ofertas similares.

En la misma línea, para llamar la atención al cliente, consumidor y en lo previsto en las normas decimotercera a decimoquinta también profesional, sobre los elementos esenciales del negocio se establece la obligación de que se resalten los aspectos determinantes para la contratación del producto o servicio, la obligación de entrega del ejemplar del documento contractual en que se formalicen los servicios y se establece un desarrollo y sistemática de determinados contenidos financieros relevantes.

c) se desarrolla el concepto de “préstamo responsable” recogido en la Orden y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y que no es otra cosa que la exigencia a los prestamistas de políticas y procedimientos que favorezcan la

CAPITULO SEXTO

prudencia en la concesión de operaciones y que estas se adapten a las necesidades y posibilidades de los clientes⁴².

d) establece, además, la Circular la forma de cálculo de los tipos de interés oficiales, principalmente los dos introducidos por la Orden y que complementan los cuatro que ya existían y que conforman los seis índices oficiales. Recordemos que los índices considerados por primera vez oficiales son el vinculado a los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, destinados a la adquisición de vivienda en la zona del euro y el de los “Interest Rate Swap” (IRS) a cinco años.

De la interpretación conjunta de ambas normas en lo referente a la objetividad del índice de referencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª.- La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en su artículo 26, señala que, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito “únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

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

2ª.- El artículo 27 de la misma Orden establece la relación de los llamados “tipos de interés oficiales” a efectos de ser aplicados por las entidades de crédito en las operaciones a tipo de interés variable. Damos por reproducidos los índices dado que en distintos capítulos de la tesis se han desarrollado con profundidad.

3ª.- Para la forma de cálculo de estos índices oficiales la Orden se remite a su determinación mediante Circular del Banco de España, en este caso el desarrollo ha sido mediante la Circular 5/2012, que posteriormente analizaremos.

⁴² Esta Ley surge como consecuencia de la grave crisis financiera y económica internacional y nacional cuyo punto de inflexión se produjo en nuestro país en 2007 con un brusco ajuste del sector inmobiliario y financiero. En el Capítulo III de dicha ley se incluyen medidas de reforma del sector financiero y dentro de ellas mecanismos de protección de los usuarios de servicios financieros y con la finalidad última de asegurar, en palabras de la Exposición de Motivos de la ley “la práctica de un crédito responsable”, se impone a las entidades financieras la obligación de una correcta evaluación de la solvencia del prestatario y la exigencia de aumentar la información proporcionada sobre los productos financieros y bancarios que se ofertan. En la Orden EHA/2899/2011, el Capítulo I, integrado por el artículo 18, regula estos requisitos bajo el epígrafe mencionado de “préstamo responsable” y que, en resumen, tienden a la correcta evaluación de la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

CAPITULO SEXTO

E.3) SOLUCIONES A LA INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA SECTORIAL

Hemos expuesto una serie de puntos que, con manifiesta claridad, se deducen tanto de la Orden EHA/2899/2011 como de la Circular 5/2012, de 27 de Junio, del Banco de España. A continuación, vamos a analizar la cuestión de la relevancia que, en el ámbito contractual, tiene la violación de las normas contenidas tanto en la Orden como en la Circular. Partimos de la constatación de dos hechos:

1.- Una laguna legal sobre las consecuencias o régimen jurídico que se derivan de dicha infracción.

2.- Desde la perspectiva del usuario del servicio bancario, lo trascendente es este régimen jurídico consecuencia de la infracción de las normas antes señaladas. Dicho de otra manera, como señala ILLESCAS “al prestatario poco le ha de importar la retirada de la licencia bancaria o la imposición de severas multas a un prestamista con quien contrató sobre la base de informaciones inexactas si ha de seguir cumpliendo con unas obligaciones que ha contraído engañosamente”⁴³.

Defiende, en este sentido, el autor citado la idea de que es obvio que las normas en cuestión integran el ordenamiento jurídico y, en particular, la disciplina pública de la oferta, celebración y ejecución parcial de ciertos contratos celebrados masivamente en la actualidad, entre los cuales destaca el préstamo. Desde la perspectiva de la disciplina de dichos contratos el respeto a las normas mencionadas forma parte de los límites a la libertad contractual fijados por el artículo 1255 del Código Civil⁴⁴.

De idéntico modo la norma sancionadora genérica para el caso de inobservancia de dichos límites, la establecida por el artículo 6.3 del Código Civil⁴⁵, debe ser traída a colación en el sentido de que la nulidad determinada por este precepto para los actos contrarios a las leyes podrá ser predicable de los contratos bancarios pactados en violación de estas normas de prohibición de revisión de tipo de interés no susceptible de influencia por la propia entidad.

Admitida esta afirmación, tendremos que determinar la dimensión exacta de la nulidad de la estipulación en la que se establezca la revisión del tipo de interés con un índice de referencia carente de objetividad.

⁴³ ILLESCAS ORTÍZ, R., ob.cit., páginas 271 y 272.

⁴⁴ Artículo 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público “.

⁴⁵ Artículo 6.3: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención “.

CAPITULO SEXTO

Un aspecto importante a tener en cuenta y sobre el que deberemos construir la solución que adoptemos, es que debe evitarse un efecto destructivo total del contrato, efecto no deseado por ninguna de las partes y menos por el prestatario⁴⁶. En esta línea se pronuncia nuestro legislador al señalar, en el artículo 10.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que la parte afectada por la nulidad se integrará “con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

En consecuencia, podemos indicar que el efecto destructivo podrá evitarse aplicando una serie de instrumentos o principios:

1º.- El principio de conservación del propio negocio.

2º.- La posibilidad de completar los negocios en los que falta alguno de los requisitos legales, técnicamente conocido como interpretación integradora del contrato.

3º.- La técnica de la nulidad parcial.

Por lo tanto, ante una cláusula en la que se establezca la revisión conforme a un índice carente de objetividad, por ejemplo, el fijado por la propia entidad, habrá que sostener la nulidad de la estipulación en la que se contempla dicho índice y en su lugar adoptar como índice de referencia:

a) Bien un índice o tipo de referencia que en estos momentos aplique la entidad en operaciones similares, siempre y cuando pueda ser calificado como objetivo.

b) Un índice de referencia de los considerados objetivos por el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 aún en el caso de que no sea habitualmente aplicado por la entidad a sus operaciones de préstamo hipotecario. Este índice deberá ser uno de los que las entidades apliquen a las operaciones que guarden similitud de plazo, importe y finalidad con el préstamo que recoja el índice cuestionado.

Destacamos la necesaria similitud de las operaciones en la medida que existen actualmente dentro del elenco de operaciones activas ofertadas por las distintas entidades financieras múltiples productos cuyas características son diferentes, hasta

⁴⁶ Si el prestatario recurre a la financiación de su vivienda a través de un préstamo hipotecario es por la necesidad de este dinero ante la carencia de los medios económicos para poder adquirir la misma. La nulidad de todo el contrato implicaría el desencadenar la obligación de reintegrar conforme a los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, efecto en ningún caso deseable para la parte débil del contrato ya que deja insatisfecha su necesidad de conseguir el capital para la financiación de un bien esencial, la vivienda.

CAPITULO SEXTO

el punto de que el único rasgo común es precisamente la garantía real de la operación. Entendemos que el elemento determinante para poder extrapolar a la operación controvertida un índice de referencia aplicado por la entidad, debe ser la finalidad del destino del préstamo que debe coincidir en ambas operaciones. De tal forma, por ejemplo, que solo aquellas operaciones que estén destinadas a la financiación de la adquisición de vivienda libre pueden ser consideradas válidas, en cuanto que incluyan la previsión de un índice de referencia que pueda entrar a formar parte en un préstamo suscrito con tal finalidad.

2.2.- EXCLUSIÓN COMO TIPO DE REFERENCIA ALTERNATIVO.

Se intentó principalmente en la década de 1990 por algunas entidades financieras obviar el planteamiento que se deriva del artículo 1256 del Código Civil, pactando de forma habitual en sus contratos de préstamo hipotecario como tipo de referencia el preferencial de la propia entidad siempre que fuese inferior a otro índice de referencia que sí podíamos calificar como objetivo.

Analicemos una cláusula de este tipo⁴⁷:

“a) Desde hoy hasta el último día natural siguiente al presente, el tipo de interés será de... por 100 anual, resultante de incrementar en ... puntos el “tipo de interés preferencial” publicado por la entidad en los tabloneros de anuncios de todas sus oficinas, conforme a la Circular 13/81 del Banco de España, para operaciones de crédito a tres años, que se tomará como interés de referencia y que en el día de hoy es de ... por 100 anual.

b) Para cada uno de los años naturales de vigencia del préstamo siguientes al plazo señalado en la letra a) precedente, el tipo de interés a aplicar será el resultante de incrementar con el citado diferencial ... puntos el que sea inferior entre los dos siguientes:

1.- El preferencial expresado en la letra a) precedente.

2.- El promedio de los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito a tres años, publicados por los Bancos que se denominarán, a efectos de este contrato, como bancos de referencia “.

Nos encontramos, evidentemente, ante una cláusula redactada por una entidad en un claro intento de no prescindir de su propio preferencial, acudiendo para ello a una estipulación que indirectamente remite a dicho tipo⁴⁸.

⁴⁷ Cláusula recogida por GARCÍA GARCÍA, J. M., “El Registrador de la propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 560-562, año 1984, página 26.

⁴⁸ Otro supuesto, muy similar al expuesto, es el de la escritura de préstamo hipotecario a interés variable de la entidad Barclays que señala: “El tipo de referencia es el tipo de interés para préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los bancos según publica el Banco de España, salvo que resultase menor el referencial del Barclays Bank, S.A., en cuyo caso se aplicará este”. Recogido por la revista Ausbanc (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) dentro del cuadro comparativo de estudio de ofertas del mercado hipotecario, número 55, enero de 1995, páginas 22 y

CAPITULO SEXTO

Otras estipulaciones también recogidas en distintos artículos doctrinales también nos ilustran sobre esta práctica, hoy superada, de establecer el preferencial de la propia entidad como índice de referencia alternativo para que, en virtud de la propia estipulación que regula el interés variable de la operación, fuera aplicado como tipo de referencia principal⁴⁹.

Más complicado es resolver la cuestión directamente relacionada con un tipo de referencia sustitutivo que actualmente se plantea con la desaparición ex lege de determinados índices de referencia. Recordemos que con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejó de publicar una serie de índices de referencia⁵⁰: i) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; ii) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, y iii) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. Reproducimos una estipulación recogida en la Sentencia 98/2018, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granollers:

⁴⁹ A modo de ejemplo reproducimos la cláusula recogida por YSÁS SOLANES, M., “*El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*”, Editorial La Ley, año 1994, páginas 111 y siguientes: Escritura del Banco “UVW”: “Estipulación segunda. Intereses. III. Revisión del tipo de interés.

A.- El tipo de interés se revisará, por primera vez al decimotercer vencimiento, incluido el de preamortización, y sucesivamente cada doce vencimientos, de acuerdo con el sistema de revisión que se establece seguidamente.

B.- El tipo de interés aplicable en virtud de las revisiones pactadas será el que resulte menor de entre los dos siguientes:

B.1.- El tipo de interés que rija en el Mercado Interbancario de Madrid en operaciones de préstamo o crédito a un año, publicado por el Banco de España el primer día hábil del mes precedente a la fecha en la que proceda la revisión, incrementado en un diferencial fijo de tres puntos porcentuales o enteros. A efectos probatorios surtirá plenos efectos la oportuna comunicación o publicación que al efecto realice el Banco de España...

B.2.- Al resultado de incrementar en 0,50 puntos porcentuales o enteros el tipo de interés de referencia que tenga establecido el primer día hábil del mes precedente a la fecha de revisión el Banco “UVW”, en operaciones de préstamo hipotecario debidamente comunicado al Banco de España...” Observamos pues como se está pactando un índice de referencia a aplicar, que será el menor de dos posibles: el tipo de referencia relativo a operaciones a un año que rija en el mercado interbancario de Madrid más tres puntos o el tipo de referencia propio de la entidad prestamista incrementado en un diferencial de 0,50 puntos.

⁵⁰ Previsión recogida en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta Orden regula los que serán considerados tipos de interés oficiales conforme a la habilitación incluida en el artículo 48.2 de la derogada Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Adicionalmente el régimen de transición para la desaparición de estos tipos se recoge en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que establece, en primer lugar, que las referencias a dichos tipos en los contratos de préstamo hipotecario serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo acordado en el propio contrato y, en caso de que no exista un tipo sustitutivo o en caso de que fuera alguno de los índices que desaparecen por el tipo de interés oficial denominado “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 diferencial 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.

CAPITULO SEXTO

“Cláusula financiera segunda:....con un tipo de interés revisable anualmente, a determinar aplicando uno de estos dos índices: El interés de referencia denominado tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro, más un diferencial de 0,00 puntos porcentuales para la primera disposición y para las restantes disposiciones se incrementará dicho tipo con un diferencial del 1,00% o bien el denominado referencia interbancaria a un año (euríbor), más un diferencial de 1,00 puntos porcentuales y como sustitutivos aplicables, si se aplica el IRPH-Cajas, sería el CECA más 0,00 puntos porcentuales la primera disposición y 1,00 puntos porcentuales para las restantes disposiciones y si se aplica el euríbor, sería el IRPH-Cajas, más 0,00 puntos porcentuales. Y para el supuesto de que se interrumpiera durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del índice de referencia sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular”⁵¹.

Por parte de las entidades y con una casuística variada y, en determinados casos complicada, se ha intentado en la mayoría de los casos no aplicar un índice de los considerados oficiales al no estar previsto un sustitutivo considerado oficial o bien aplicar un tipo fijo a la operación, en la mayoría de los casos en base a una previsión contractual que al final conducía a esta solución al no existir un tipo sustitutivo que pudiéramos calificar como objetivo. En este sentido consideramos oportuno recoger el criterio establecido por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España que señala que es exigible a las entidades que redacten con claridad las cláusulas donde se establecen los tipos de referencia, de modo que no den lugar a distintas interpretaciones por las partes contratantes⁵².

Defendemos que el mejor criterio en estos supuestos no es obviamente el adoptar un tipo de interés fijo, sino que lo oportuno es establecer un nuevo tipo variable, propuesto por la entidad, y que esté ajustado a las condiciones de mercado del momento. El vehículo para establecer contractualmente este nuevo índice de referencia es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios⁵³. Con más motivo tras la reforma del

⁵¹ En este caso concreto a los prestatarios se les aplicó desde un inicio el IRPH Cajas y una vez desaparecidos los índices IRPH Cajas y el sustitutivo CECA, la entidad financiera continuó aplicando al contrato el último tipo IRPH Cajas que se publicó en el período de interés anterior consistente en este caso concreto en un tipo de 3,911 en la primera disposición y que en la práctica pasó a ser un tipo de interés fijo en el contrato (4,911). Se resuelve por el Juzgado de Primera Instancia la nulidad de la cláusula, “en conclusión, la cláusula IRPH Cajas de Ahorros, así como el sustitutivo CECA como la aplicación posterior por la entidad prestamista del último tipo IRPH Cajas que se dio en el período de interés anterior a la desaparición del citado índice no es transparente ya que: a) falta información suficientemente clara de que se trataba de un elemento que define el objeto principal del contrato y b) no existen simulaciones de escenarios diferentes relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar” Fundamento de Derecho séptimo in fine). En el Fundamento de Derecho octavo se falla la nulidad por abusividad por falta de transparencia de dicha cláusula con la consecuencia de la expulsión de la misma del contrato y en la medida que es posible la subsistencia de la hipoteca sin el devengo de interés, “la consecuencia de la declaración de abusividad será la subsistencia del contrato de crédito con garantía hipotecaria, sin devengo de interés alguno en favor de la entidad prestamista”.

⁵² Página 72 de la Memoria de Reclamaciones del año 2015.

⁵³ Según la nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 30 de agosto de 2019 donde se recogen la estadística de hipotecas a junio de 2019 constatamos que principalmente se están formalizando novaciones

CAPITULO SEXTO

artículo 2 de dicha Ley mediante la Disposición final tercera de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que ha reconocido la facultad del deudor de poder cambiar la hipoteca de una entidad a otra sin que la entidad financiera se pueda oponer a dicho cambio, como, a nuestro entender de forma equivocada había sido modificado mediante la reforma de dicho precepto 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 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. Dicho artículo 2 con la nueva redacción señala que el deudor “podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública”. Sin ningún tipo de duda es una reforma que hay que valorar de forma positiva al conceder esta facultad al deudor hipotecario quien en última instancia será quien tenga el poder de decisión de si se produce o no la subrogación. Basta atender a la Exposición de Motivos de la citada ley para considerar la oportunidad de la novación modificativa del préstamo hipotecario entre acreedor y deudor:”...en los préstamos a interés variable, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero...y no cabe objetar que esta limitación implique una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, pues no es otra cosa sino una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento”⁵⁴.

De las diversas previsiones contractuales que hemos analizado podemos realizar las siguientes consideraciones, atendiendo a la previsión de distintos índices de referencia, uno de los cuales podemos calificar como no objetivo:

1ª) En determinados contratos, en realidad, se está pretendiendo aplicar un índice de referencia que podemos calificar como no objetivo con la previsión

básicamente con variaciones de tipos de interés (4.720 novaciones sobre un total de 5.805 operaciones con cambios registrales) y únicamente se registraron 729 subrogaciones con cambio de acreedor, el resto 356 fueron subrogaciones de deudor. Curiosamente en las novaciones se constata la tendencia que hemos apuntado de variar las condiciones de tipo interés de variable a fijo (el porcentaje de hipotecas a tipo fijo tras el cambio de condiciones aumenta del 13,3% al 17,6% y el de hipotecas a interés variable disminuye del 86,1% al 81,9%), página 3. Cuestión muy diferente es la valoración de dicho cambio ya que como se constata (página 3) tras la modificación de condiciones el interés medio de los préstamos en las hipotecas a interés fijo aumenta 0,1 puntos y, por el contrario, el de las hipotecas a tipo variable baja 0,8 puntos. Ya hemos manifestado nuestra opinión que, en general, no siempre es aconsejable un cambio de condiciones de tipo de interés de variable a fijo.

⁵⁴ El artículo 4 de la Ley 2/1994 señala que “las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: 1) la ampliación o reducción de capital; 2) la alteración del plazo; 3) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; 4) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y 5) la prestación o modificación de las garantías personales “.

CAPITULO SEXTO

contractual de distintos diferenciales a incrementar sobre el tipo de referencia. Es decir, los supuestos analizados plantean un sistema alternativo formado por dos índices de referencia, solo uno de los cuales es objetivo, penalizándose este último con lo que en realidad se persigue la aplicación del índice cuestionado.

2ª) Se están vulnerando el artículo 1256 del Código Civil y la normativa sectorial en la medida que la cláusula está orientada a aplicar un índice manipulable o no objetivo.

3ª) Tampoco podríamos considerar la validez de la estipulación si se aplicase el mismo diferencial a ambos tipos de referencia, ya que la entidad de crédito podría igualmente a su voluntad aplicar a la operación un índice no objetivo.

3.- OBJETIVIDAD DEL ÍNDICE DE REFERENCIA

3.1.- INTRODUCCIÓN

Una vez analizada la exigencia de que se excluya el tipo de interés de la propia entidad o de otra de su grupo (entendiendo incluidas dentro de este concepto a aquellas entidades o sociedades que actúan bajo una dirección unitaria) como índice de referencia ya sea principal o alternativo, debemos estudiar lo que es propiamente la cuestión de la necesaria objetividad del índice de referencia, y todas las circunstancias que de este hecho se derivan. Al respecto, recordemos una vez más, la estructura de una cláusula de interés variable que resumimos en:

- a) El establecimiento de un tipo de interés inicial que será el que devengará el préstamo en su inicio.
- b) La necesaria previsión de un índice de referencia que deberá ser objetivo.
- c) Un diferencial que deberá mantenerse constante durante toda la relación contractual.

A nuestro entender, los requisitos que nos permitirán calificar a una cláusula de interés variable como objetiva son:

1º.- La exacta determinación tanto del tipo de interés inicial como del índice de referencia.

2º.- La necesidad de que esté previsto un diferencial que sea fijo durante toda la vida del préstamo.

3º.- La previsión de un tipo de referencia alternativo que igualmente podamos calificar como objetivo.

CAPITULO SEXTO

4º.- La expresa previsión de una cláusula de desistimiento.

5º.- Para aquellas operaciones en que el índice utilizado no sea uno de los considerados tipos de interés oficiales por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y por 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, se exige: a) exacta determinación de los bancos y cajas que configuran el promedio de preferenciales; b) especificación del diferencial; c) pluralidad y diversidad de las entidades de referencia; y d) exclusión de las entidades relacionadas institucionalmente.

De forma previa al análisis de cada uno de estos cinco requisitos es necesario referirse a uno de los supuestos de cláusulas abusivas recogidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). En concreto el artículo 85, bajo el epígrafe de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, en el apartado 3 señala que tendrán tal consideración: “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”, y, con expresa referencia a los contratos referidos a servicios financieros regula que “lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros cuando aquellos 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 estos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”⁵⁵.

La concreción de estos índices calificados como “legales” aparece en la Orden EHA/2899/2011 en el artículo 27 al referirse a los “tipos de interés oficiales” que enumera y que, entendemos, son considerados válidos para referenciar los préstamos concedidos a tipo de interés variable porque además reúnen las dos condiciones exigidas por el artículo 26 de la misma Orden : en primer lugar, haberse calculado a coste de mercado y no ser susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud

⁵⁵ Artículo de idéntica redacción al elenco de cláusulas abusivas de la Disposición Adicional primera, cláusulas abusivas, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente hasta 1 de diciembre de 2007 en que fue modificada por el Real Decreto legislativo 1/2007 por el que se aprobó el TRLGDCU. En concreto, dentro del elenco de estipulaciones consideradas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del profesional, se recoge en el número 2 una exactamente igual a la reproducida en el artículo 85.3 antes señalado.

CAPITULO SEXTO

de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y, en segundo lugar, estar conformados por datos que hayan sido agregado con un procedimiento matemático objetivo.

De estas previsiones legales se deducen dos supuestos diferentes que no se refieren estrictamente a la objetividad del índice de referencia, si bien aportan datos que podemos considerar relevantes en orden a la calificación de un índice como objetivo y que serán objeto de desarrollo en los apartados siguientes. Estos dos supuestos son:

1º.- No será necesario comunicar las variaciones de tipo de interés en aquellos contratos con cláusulas de revisión adaptadas a un índice, siempre que este sea “legal” en palabras del TRLGDCU o “oficial” según la Orden EHA/2899/2011.

2º.- Por el contrario, en los demás supuestos (“en otros casos de razón válida” <artículo 85.3 TRLGDCU>) las modificaciones de tipo de interés estarán condicionadas a la comunicación a los contratantes y a la facultad de resolución inmediata del contrato, si el nuevo tipo de interés no les conviene⁵⁶.

Consideramos que, a modo de conclusión, la referencia a un índice legal del artículo 85 del TRLGDCU nos sitúa ante cualquiera de los denominados “tipos de interés oficiales” recogidos tanto en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 como en la norma decimocuarta de la Circular 5/2012 del Banco de España.

A continuación, pasamos a desarrollar en el siguiente apartado los requisitos que, a nuestro entender, permiten calificar como objetiva una cláusula de interés variable.

3.2.- ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE OBJETIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE.

3.2.1.- EXACTA DETERMINACIÓN TANTO DEL TIPO INICIAL COMO

⁵⁶ Es importante destacar que, en la actualidad, a nivel estadístico, la mayoría de préstamos hipotecarios están formalizados a interés variable 90,17% y solo un 9,83% a tipo de interés fijo. Dentro del apartado de operaciones a interés variable solo un 0,61% se están formalizando referenciadas a índices distintos de los considerados oficiales y en cuanto a estos últimos la mayoría se indician al euríbor (88,47%) y al IRPH (1,65%) (Fuente: Estadística Registral Inmobiliaria, primer trimestre de 2016, Publicación del Centro de Procesos Estadísticos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España).

Si atendemos a los datos básicos de la cartera hipotecaria en España en este año 2016 al que nos estamos refiriendo constatamos que el saldo de la misma era de 531.021 millones de euros con un total de 5.382.223 préstamos vivos en dicha cartera, con un importe medio de 99.353 euros, una LTV (% de financiación sobre el valor de tasación) media del 62,23 % y un 72% destinado al segmento residencial (Fuente informe sobre la cartera hipotecaria española (marzo de 2016) de la Asociación Hipotecaria Española . Disponible en www.ahe.es , último informe disponible noviembre de 2017 con unos datos muy similares (préstamos vivos 5.317.811) y un ligero aumento del segmento residencial (76,7%).

CAPITULO SEXTO

DEL ÍNDICE DE REFERENCIA.

Este primer requisito es el punto de partida que nos lleva a afirmar que, desde el momento en que se pacta un tipo de interés variable, deben fijarse de manera clara y precisa tanto el tipo de interés inicial como el tipo o índice de referencia y la articulación de ambos entre sí.

Esta cuestión de la determinación de ambos elementos es de gran importancia y cobra especial relevancia en toda una serie de operaciones, habituales en la actualidad, que por su complejidad o por circunstancias específicas prevén tipos de interés distintos para periodos temporales igualmente distintos contemplados en el contrato de préstamo.

Algunos ejemplos de operaciones en las que específicamente debe quedar clara la determinación del índice de referencia y del tipo porcentual aplicable a la operación los encontramos en los préstamos hipotecarios con un primer período o tramo a interés fijo el cual, transcurrido un plazo prefijado, se convierte en un interés variable. En sentido parecido encontramos los préstamos concedidos a promotores inmobiliarios que tienen una primera fase con un concreto tipo de interés (normalmente fijo), variando en el momento en que se produce la subrogación por parte del adquirente de la vivienda, que se convierte en prestatario de la operación. Igualmente están los préstamos hipotecarios con período de carencia, durante el cual solo se pagan intereses sobre el capital dispuesto, sin amortización de capital, y en los cuales está previsto un tipo de interés distinto según haya concluido, o no, este primer plazo de carencia.

En el supuesto normal de un préstamo a interés variable la exigencia que venimos señalando no debiera ofrecer, en principio, ningún problema: se estipulan en el contrato un tipo inicial y un índice de referencia plenamente identificados, fijándose un concreto diferencial y el mecanismo de articulación entre ambos, manteniéndose constante el diferencial⁵⁷.

⁵⁷ Veamos, a modo de ejemplo, una cláusula inserta en una escritura de préstamo hipotecario de una entidad financiera de fecha 15 de noviembre de 2016:

“1.3.- TIPO DE INTERÉS: La entidad acreedora, a partir de la fecha de esta escritura, percibirá en concepto de interés el producto neto efectivo que resulte de aplicar inicialmente el uno con cincuenta por ciento anual nominal. Dicho tipo de interés se devengará diariamente; la fecha de primera liquidación será el quince de diciembre de dos mil dieciséis y a partir de la misma los intereses se liquidarán por meses vencidos...

REVISION DEL TIPO DE INTERÉS: El tipo de interés nominal anual pactado en esta escritura se revisará a partir del quince de noviembre de dos mil diecisiete con una periodicidad anual aplicando un diferencial de uno con cincuenta puntos sobre el indicador euribor Este diferencial pasará automáticamente a ser de dos puntos sobre el indicador Euribor si durante el período de interés anterior a la revisión los prestatarios indistintamente dejan de tener contratado con el operador de Banca Seguros Vinculado, el seguro de vida o el de hogar o dejan de tener domiciliada en la entidad la nómina, o en su caso, el recibo de autónomos.

Este último diferencial, también, será de aplicación en la siguiente revisión del tipo de interés y hasta el vencimiento del préstamo, si durante la vigencia del préstamo los prestatarios incurriesen en mora en el cumplimiento de las obligaciones de cargo por período superior a 90 días.

Se entiende por indicador EURIBOR el publicado como tal por el Banco de España correspondiente al segundo

CAPITULO SEXTO

Los problemas se pueden plantear en todos aquellos supuestos en que no aparecen claramente identificados todos los elementos que hemos señalado, es decir, el tipo de interés inicial, el índice de referencia y la articulación o el mecanismo de revisión a partir de tipo de interés de partida.

En relación con estos supuestos, de entrada la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito faculta en su artículo 5 según nueva redacción introducida mediante la disposición final duodécima de la Ley 5/2019, de 16 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario a la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa con a dictar disposiciones con el “fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos de los de inversión, prestados por las entidades de crédito”⁵⁸. Estas disposiciones se referirán, a propósito del tema objeto de estudio, a: “a) la información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. A tal efecto, los contratos de estos servicios o productos siempre se formalizarán por escrito o en formato electrónico o en otro soporte duradero y la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos referentes a servicios o productos bancarios típicos habrán de tratar o prever de forma expresa”. En la letra b) de este artículo 5 se alude a la transparencia de las condiciones básicas de comercialización y contratación de los productos ofertados por las entidades financieras. En cuanto a los índices de referencia que se utilicen en la comercialización de préstamos hipotecarios se establecen en el apartado 2 de dicho artículo 5 las siguientes previsiones:

- se habilita al titular del Ministerio para dictar las normas reglamentarias que

mes anterior a aquél en que deba entrar en vigor el nuevo tipo nominal anual de interés. Si en tal fecha no se publicara el mencionado indicador, la revisión se practicará, en su caso, tomando por base el último índice publicado.

La mencionada revisión del tipo de interés se practicará de forma automática y será obligatoria para ambas partes contratantes que deberán estar a lo que resulte de la misma, sin que, por tanto, puedan oponerse a ella, a no que dicha revisión se haya practicado sin respetar lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores. Si el tipo de interés con motivo de la referida revisión descendiera a valores negativos, esto es, llegara a ser inferior a cero, en ningún caso, dicho descenso comportará el devengo de intereses a cargo de “XMZ” y en beneficio de los prestatarios. Si dejare de publicarse el índice euríbor, dicho tipo básico de referencia será sustituido por el IRPH conjunto entidades “.

⁵⁸ Hay que tener en cuenta que en la Disposición Derogatoria e) de la Ley 10/2014 se deroga la Ley de 29 de Julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que hasta la fecha había sido la norma regulatoria principal de ordenación y disciplina de dichas entidades.

CAPITULO SEXTO

permitan al prestatario considerar “diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia”.

- se hace expresa referencia a la libertad contractual en la fijación del índice de referencia aplicable a la concreta operación de préstamo hipotecario a interés variable y, para el caso de que se opte por uno de los considerados oficiales, se señala que se publicarán regularmente a través del Ministerio o del Banco de España.

- en todo caso, sean o no estos índices oficiales, se exige que “deberán ser claros, accesibles, objetivos y verificables”.

En este punto es necesario nuevamente, a expensas del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 5 antes citado, referirnos, a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, esta Orden constituye actualmente junto con la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario la pieza central de la normativa bancaria en orden a garantizar que los contenidos negociales sean claros y puedan comprenderse sin ningún tipo de ambigüedad por los prestatarios, adherentes de contratos impuestos por las entidades de crédito⁵⁹. En rigor en esta cuestión el requisito que se exige es la concreción, es decir, que el adherente pueda hacerse una idea exacta de su posición contractual, después habrá que valorar si el índice es o no objetivo, cuestión que abordamos en distintos apartados de la tesis⁶⁰. Así el Anexo I de la Ley 5/2019, regula la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que ha sustituido a la Ficha de Información Personalizada regulada en el artículo 22 y Anexo II de la Orden EHA/2899/2011. Nos remitimos al estudio que hemos realizado sobre dicha Ficha que, recordemos, tiene como finalidad valorar las implicaciones de la demanda de crédito, de los datos que obligatoriamente se tienen que incluir en la

⁵⁹ MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *Indret Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, año 2018, página 4. Este autor apunta una cuestión en la que la mayoría de la doctrina está de acuerdo: negar trascendencia negocial a esta normativa, reduciendo su eficacia al ámbito administrativo, a menos que las propias partes contratantes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) se remitan expresamente a ellas en el contrato que celebren, en consecuencia, a partir de este momento ex artículo 1.091 del Código Civil, el contenido de estas normas adquiriría fuerza de ley entre las partes contratantes. En parecidos términos ARGELICH COMELLES, C., “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 771, año 2019, páginas 13 a 65.

⁶⁰ En esta cuestión es muy difícil trazar una frontera clara entre la transparencia formal y la material, hasta el punto que el control de transparencia trasciende “al aspecto formal del consentimiento para pasar a tener un supuesto carácter material, en el sentido de asegurar que la persona consiente los aspectos del contrato que son esenciales”, PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, año 2017, página 417. En parecidos términos DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M^º.I., “La aparente corrección parcial del control de transparencia: a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Marzo de 2017, volumen 1, página 414.

CAPITULO SEXTO

Ficha destacamos, en el punto que nos ocupa, la clase de tipo de interés aplicable, el tipo de interés, entendiendo por tal el valor en tipo de referencia más diferencial si se trata de un tipo variable o variable limitado, la tabla de amortizaciones, es decir, el importe que ha de pagarse en cada periodicidad. Todos estos valores implican la exigencia de una determinación explícita y clara de los compromisos de prestamista y prestatario, y en el punto que nos ocupa consideramos que se exige una exacta determinación de las variables que hemos apuntado: tipo inicial, índice de referencia, diferencial y la articulación entre ellos.

A destacar la mención que en el artículo 5 de la Ley 10/2014 se realiza a la libertad de contratación, en términos muy parecidos al derogado artículo 48 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En relación con dicha libertad esta referencia expresa supone⁶¹:

a) De una parte, centrar la protección de los clientes que contratan con las entidades financieras en el marco de toda la normativa de ordenación de dichas entidades; y b) De otra, que en ningún momento se altera el régimen sustantivo de los contratos por cuya virtud se formalizan las operaciones de préstamo que estamos estudiando, lo cual, nos permite enlazar con toda la teoría general de los contratos, una de cuyas piezas angulares es el artículo 1256 del Código Civil, al que ya nos hemos referido en este mismo capítulo.

Nos debemos referir nuevamente a la normativa desarrollada por el Ministerio de Economía y Hacienda en virtud de la previsión para la que le habilitaba en su momento la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y posteriormente la Ley 10/2014 de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Esta normativa, elaborada, como ya hemos apuntado, para convertirse en la normativa básica de transparencia en el sector de la contratación bancaria, recoge el testigo de la defensa de la clientela de dichas entidades y concreta toda una serie de previsiones en relación con los tipos de interés y a la articulación entre sí de las estipulaciones contractuales.

De las normas que son de aplicación a las operaciones a tipos de interés variable destacamos: la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y a nivel sectorial la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y 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.

En primer lugar, la Ley 5/2019 en su artículo 21 bajo el epígrafe de

⁶¹ NÚÑEZ, P.L., “Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones”, *Derecho de los Negocios*, número 9, año 1988, páginas 5 a 16, refiriéndose al derogado artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

CAPITULO SEXTO

“Variaciones en el tipo de interés” señala que en aquellos contratos de préstamo que tengan 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”.

En parecidos términos el artículo 26 de la Orden establece:

“1.- En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

“a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdo o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

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

Por su parte, el artículo 27 de la misma Orden y la Norma Decimocuarta de la Circular recogen seis tipos de interés considerados oficiales que, recordemos, son:

“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 (euríbor).

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

f) El mÍbor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000”.

En consecuencia, por parte de la entidad financiera se podrá utilizar como índice de referencia cualquiera que reúna los requisitos del artículo 26 de la Orden y, en todo caso, se entiende que son objetivos los seis considerados oficiales por la Circular.

CAPITULO SEXTO

Por tanto y en base a los artículos 21 de la Ley 5/2019 y artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, podemos, a modo de conclusión, enumerar tres requisitos para poder considerar objetivo un índice de referencia:

1º.- Que se haya calculado a coste de mercado, consideramos que esta remisión al “coste de mercado” se refiere al precio de captación en el mercado de los recursos necesarios para la concesión de la operación de activo y en concreto de las operaciones de financiación de préstamos hipotecarios.

2º.- Que sea objetivo, entendiendo por tal que no sea susceptible de influencia por parte de la entidad financiera, es decir, que ninguna de las partes del contrato, y mucho menos el prestamista, puedan decidir, influir, controlar o intervenir en la fijación del tipo de referencia.

3º.- Que los datos que sirvan de base para su determinación sean calculados y adicionados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

A continuación, con centramos específicamente en los dos tipos más utilizados habitualmente, el llamado índice IRPH entidades y el euríbor.

3.2.2.- OBJETIVIDAD DEL DENOMINADO ÍNDICE IRPH ENTIDADES.

Como hemos visto el definido en el artículo 27, letra a) de la Orden EHA/2899/2011 como “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, más conocido como IRPH Entidades, es uno de los tipos considerados oficiales y publicados mensualmente por el Banco de España, además, en virtud de la Disposición Adicional Decimoquinta de Ley 14/2013, es el índice que se aplicará en defecto de los tipos de referencia que dejan de publicarse para el caso de que no se hubiera previsto en el contrato uno sustitutivo o que este fuera uno de los que desaparecen. Es pues, en consecuencia, un índice que de una parte continúa existiendo y, de otra, se ha convertido en el sustitutivo para los préstamos hipotecarios en los que se pactó el denominado IRPH bancos o cajas.

Un hecho constatable, y que está en el origen de las múltiples reclamaciones generadas por la aplicación automática del IRPH como índice sustitutivo, es que las hipotecas en las que se pactó el euríbor como tipo de sustitución tienen mejores condiciones frente a aquellas cuyo precio se calcula con el IRPH entidades⁶². Si bien

⁶² Según lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta. Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia: “3.-... La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. 4.- Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de los dispuesto en esta Disposición “.

CAPITULO SEXTO

es cierto que los índices de referencia pueden registrar variaciones de acuerdo con las vicisitudes de los parámetros que han servido para su determinación, los préstamos que continúan vinculados al IRPH resultan sustancialmente más caros⁶³. En relación con este índice de referencia se planteó el 16 de febrero de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el carácter supuestamente abusivo de una cláusula que fija el tipo de interés variable del préstamo tomando como referencia el índice IRPH. Sobre esta cuestión el 10 de septiembre de 2019 el Abogado General Sr. Maciej Szpunar publicó sus conclusiones que serán analizadas en un apartado posterior de este capítulo.

En este punto queremos analizar si el IRPH entidades puede ser calificado como índice objetivo. En relación con esta cuestión encontramos múltiples sentencias de Juzgados de Primera Instancia, de Audiencias Provinciales y de Juzgados de lo Mercantil cuestionando la objetividad del citado índice e incidiendo en la cuestión de su “manipulabilidad”.

Reproducimos, a modo de ejemplo, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia 79 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva, de 12 de abril de 2016 que señala textualmente:

“Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España obrante en autos, cabe afirmar que se elabora a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una. Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las Entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora esa media simple que determina la cuantía del IRPH, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes. De esta manera, las entidades financieras, inflúan en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice”⁶⁴.

Es por tanto necesario valorar una serie de cuestiones sobre la objetividad del IRPH, más allá de si el índice ha tenido un comportamiento en términos de valor superior al euríbor:

⁶³ Se puede consultar la evolución de ambos índices durante los últimos años en el capítulo anterior de esta tesis, constatando efectivamente que el IRPH en ningún momento ha estado por debajo del euríbor.

⁶⁴ En el mismo sentido encontramos las siguientes sentencias: Sentencia 156/14 de 29 de abril de 2014 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Donostia; Sentencia 65/2015 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona; Sentencia 270/2015 de 18 de Noviembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia.

CAPITULO SEXTO

1ª.-En primer lugar, determinar si el índice es influenciado por el comportamiento de las entidades.

2ª.- En segundo lugar, en la medida que se trata de un promedio simple en el que todos los bancos y cajas tienen el mismo peso específico, independientemente del volumen de préstamos concedidos, analizar si la pérdida de cuota de mercado debería afectar a la representatividad en el IRPH.

3ª.- Finalmente, al ser el tipo declarado Tasa Anual Equivalente (TAE), incluyendo las comisiones, considerar si los tipos de interés representan el coste total de los créditos.

1) En cuanto al primer punto, es decir, si se considera que es influenciado o manipulable, es evidente el interés de las entidades en mantener dicho índice dado que en todo momento se han negado a renegociar las hipotecas pactadas referenciadas al IRPH y novar los contratos con índices más ajustados a los actuales del mercado⁶⁵.

El principal argumento para cuestionar la objetividad del IRPH es que al igual que las versiones IRPH bancos y cajas, ya no aplicables, es que no es un tipo objetivo al ser fácilmente manipulable por las propias entidades. Deberíamos añadir que, en todo caso, sí sería un índice difícilmente auditable o verificable por parte del consumidor. En este sentido se manifiesta claramente el Abogado General en el informe antes señalado en su conclusión 125 al señalar que la fórmula matemática de cálculo del IRPH “resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio”.

Efectivamente, como se describe en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huelva, antes citada, el IRPH entidades se calcula a partir de datos facilitados por las entidades prestamistas. Como reconoce en su punto 4 la Norma Decimosexta de la Circular del Banco de España 5/2012:

“ Los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los primeros quince días de cada mes (o en el primer día hábil posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese inhábil), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en

⁶⁵ De hecho, las entidades siguen incluyendo en su publicidad al IRPH bajo el reclamo de la estabilidad del índice. Valga como ejemplo la publicidad de la Hipoteca IRPH Ibercaja: “Préstamo hipotecario destinado a financiar la compra de vivienda a personas físicas, referenciado al IRPH y en el que se ofrece una mayor estabilidad en las cuotas del préstamo en períodos de fluctuación de tipos de interés en el mercado. Ventajas de la Hipoteca IRPH Ibercaja: Estabilidad en las cuotas del préstamo “. Folleto de fecha 16 de diciembre de 2012.

CAPITULO SEXTO

España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario”.

De la dicción de la norma podemos concluir: a) El índice se conforma con la participación de las entidades que operan en España, incluyendo las extranjeras que tengan sucursal en el país; b) Se toman en consideración los valores de operaciones formalizadas con los clientes en un determinado período. En consecuencia, el índice se determinará con los datos que facilitan las entidades respecto a las operaciones que conceden y como señala la Sentencia 156/14, de 29 de abril del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Donostia en su Fundamento de Derecho Quinto: “si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior disminuye”.

En mayor o menor medida, la entidad financiera tendrá influencia en el índice que servirá de referencia para la revisión de la operación. La cuestión, para no considerar vulnerado el artículo 1256 del Código Civil (que establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”), es determinar hasta qué punto un acuerdo entre entidades podría elevar el tipo de interés del índice de referencia.

2) Este argumento conduce al segundo punto que entendemos es determinante junto con el tercero a la hora de valorar o no la objetividad del índice: la representatividad y el peso específico que cada entidad debería tener a la hora de conformar dicho valor.

A fecha de hoy es un dato incuestionable el proceso de concentración de las entidades financieras, de hecho, en los últimos años muchas de ellas han ido desapareciendo hasta el punto de que en muy pocos años el panorama bancario ha cambiado sustancialmente.

Este hecho implica que las entidades que quedan tienen mucha más capacidad de influencia a la hora de determinar el índice de referencia y al tratarse de una media simple no ponderada cualquier entidad puede influir en el resultado del IRPH aumentando los intereses aplicados por ella.

Con un ejemplo queda mucho más claro este dato⁶⁶: Si consideramos, por ejemplo, el sector de Cajas de Ahorros, el número de las mismas en el año 2007 era

⁶⁶ SANZ, F., “Informe sobre la cláusula que incluye el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores “. Informe del Departamento de Estudios de ADICAE, Zaragoza, 6 de julio de 2016, disponible en www.publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/informe_IRPH_junio_2016.

CAPITULO SEXTO

de 46 entidades con un peso específico igual o equivalente a un 2,1739% cada una, una subida de un punto del tipo de interés comunicado por cada una de ellas para determinar el índice supone que el mismo aumenta en un 0,0217. Sin embargo, tomando como referencia el volumen de crédito de tres de ellas, La Caixa, Kutxa y Caixa Pollença, observamos como dicha magnitud implica que el volumen de La Caixa es 11 veces superior a Kutxa y 600 veces superior a Caixa Pollença y, como hemos señalado anteriormente, las tres entidades tienen el mismo peso específico en la determinación del índice. Dicho de otra manera, si cualquier entidad aumentara los tipos de interés de sus operaciones con objeto de influir en el resultado del IRPH, la pérdida de cuota que experimentaría no afectaría a su peso específico en la determinación del índice precisamente por no existir ninguna ponderación.

La conclusión 45 del Informe del Abogado General en relación al índice IRPH recoge el planteamiento del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona al señalar que “el órgano jurisdiccional remitente observa, en primer lugar, que dicho índice se calculaba, a partir de los datos facilitados por las cajas de ahorro al Banco de España cada mes, como media simple, reconociendo a todas las cajas la misma importancia con independencia del volumen de préstamos concedidos. Así, según este órgano jurisdiccional, la representatividad de una caja de ahorro en el IRPH no variaba si, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones perdía cuota de mercado. Por consiguiente, la reducción del número de cajas de ahorro tenía como consecuencia que las que quedaban adquirían más influencia a la hora de calcular el IRPH, de forma que *cualquier caja de ahorro podía influir en el resultado de este índice*⁶⁷ incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión”. Se pregunta el Abogado General sobre el método de cálculo del IRPH si: “¿no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en este método de cálculo? (Conclusión 113).

3) Y en parecidos términos esta argumentación nos permite enlazar con el punto tercero que hemos expuesto, al incluir las comisiones en el tipo declarado no se refleja realmente el coste de obtención de los recursos.

Al ser obligatorio declarar la Tasa Anual Equivalente que como hemos señalado incluye las comisiones y no el precio del dinero o de los recursos necesarios para poder prestarlos, el aumento de las comisiones por parte de cualquiera de las entidades supone automáticamente incrementar el valor del IRPH, en consecuencia, un hecho completamente ajeno a la captación de recursos tendrá influencia directa en la configuración del índice, incluso en aquellas operaciones en las que se establece un mínimo de comisión de apertura, la trascendencia sería mayor ya que no existiría una equivalencia entre dicha comisión y el importe realmente formalizado.

⁶⁷ La cursiva es nuestra.

CAPITULO SEXTO

La solución entendemos estaría los artículos 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 26.1 de la Orden 2899/2011 antes citada: calcular el índice a precio de mercado, es decir, atender al coste real de captación de los recursos e incorporar los datos de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo que necesariamente debería incluir una ponderación de acuerdo con la cuota de mercado de cada una de las entidades, consecuentemente, no incluir las comisiones que como ya hemos señalado no suponen un coste de captación de los recursos de pasivo y si hemos de atender a la cuota de mercado, valorar la misma, por ejemplo a fecha de cierre de cada ejercicio, y en base a dicha cuota ponderar la participación de cada entidad a la hora de conformar el índice.

Avalando esta afirmación que realizamos, en las conclusiones que venimos analizando del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se señala claramente que en la medida que en la configuración del índice se incluyen las comisiones, por tanto, elemento que debería ser considerado esencial, se debería haber impuesto a las entidades “la obligación de aplicar un diferencial negativo de conformidad con la normativa nacional”. En defensa de dicho argumento se alude a la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994 del Banco de España que en su párrafo cuarto preveía:

“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, TAE. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. *Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo*⁶⁸, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas”.

Analizaremos con mayor profundidad estas cuestiones en el apartado de este capítulo bajo el epígrafe de análisis crítico del IRPH Entidades, al cual nos remitimos.

3.2.3.- OBJETIVIDAD DE EURIBOR

El euríbor es, sin duda, el índice más conocido y representa el valor al que las entidades financieras formalizan los préstamos de dinero entre sí en la zona del mercado interbancario de dinero. Además, es el índice con el que se revisan la mayoría de los préstamos hipotecarios en España. Según el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 es uno de los considerados oficiales publicados mensualmente por el Banco de España, en concreto, la letra d) señala como “la referencia interbancaria a

⁶⁸ La cursiva es nuestra.

CAPITULO SEXTO

un año (euríbor)”.

Hasta hace relativamente poco tiempo no se había cuestionado la objetividad del mismo y no fue hasta el 4 de diciembre de 2013 cuando, a raíz de la condena por parte de la Comisión Europea a seis entidades financieras a pagar sanciones multimillonarias por prácticas anticompetitivas, se descubrió el conocido como “fraude del euríbor”⁶⁹.

En primer lugar, recordemos que el euríbor (“European Interbank Offered Rate”) surge a partir de la unificación económica en el ámbito de la Unión Europea y la introducción de la moneda única, el euro. Los bancos europeos consideraron necesaria la implantación de una nueva tasa de referencia interbancaria en la Unión Europea. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el euríbor no es en absoluto un tipo de interés en el sentido habitual, sino que es un indicador que se calcula a partir de una encuesta diaria, es decir, no tiene porqué coincidir con los tipos realmente aplicados en las transacciones reales entre entidades financieras. En segundo lugar, relacionado con la anterior afirmación, es un índice que es susceptible de manipulación o influencia por parte de las entidades que participan en su elaboración. Es un índice vulnerable a las manipulaciones.

Originariamente para su elaboración debían recogerse los datos de 47 bancos europeos todos los días, se elimina el 15 por ciento más alto y más bajo de los tipos y se realiza la media del resto redondeada con tres decimales. El proceso de elaboración está gestionado por la Federación Bancaria Europea (FBE) y la Asociación Cambista Internacional (ACI) European Banking Federation (EBF) y el cálculo era realizado por la empresa privada Reuters que fue sustituida el Instituto Europeo de Mercados Monetarios (EMMI) que proporciona los dos índices siguientes: euríbor, es decir, la tasa de referencia del mercado interbancario para el euro y el eonia, es decir, la tasa de referencia efectiva a un día para el euro.

Por tanto, se determinan unas referencias que, al ser presentadas diariamente por un determinado número de bancos, tienen el propósito de reflejar el coste de los préstamos interbancarios denominados en euros. Lo normal es que los bancos compitan entre sí y, en el caso concreto del fraude detectado, se comprobó que algunos de ellos habían alcanzado un acuerdo anticompetitivo, vulnerando el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷⁰. De tal manera

⁶⁹ Se puede consultar el documento sobre las investigaciones y las sanciones en www.europa.eu (MEMO/11/711).

⁷⁰ Artículo 101 TFUE: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...”

CAPITULO SEXTO

que en este caso se dieron dos circunstancias: la manipulación de los datos de referencia y la colusión entre las entidades que se supone compiten entre sí⁷¹.

Este hecho supuso poner en evidencia una serie de problemas que afectan a la fiabilidad del índice euríbor:

1ª.- Como consecuencia de las tensiones de liquidez desde que comenzó la crisis económica y financiera en octubre de 2008, distintos países de la Unión Europea, para prevenir las consecuencias que se derivaron de las alteraciones del sistema bancario, acudieron al rescate de sus bancos y así, entre 2008 y 2011, se inyectaron en el sistema bancario 1,6 billones de euros, el equivalente al 13 % del PIB anual de la Unión Europea⁷². Como consecuencia de estas tensiones en la eurozona, principalmente en el año 2010, se produjo un importante parón de las transacciones en el mercado interbancario. No existían transacciones reales (el índice se determina a partir de una encuesta que únicamente refleja a qué precio estarían dispuestas las entidades a prestarse dinero) que pudieran servir de patrón para la presentación de cotizaciones a partir de las cuales calcular las referencias⁷³.

2ª.- Los bancos que aportan sus cotizaciones lo realizan sin ningún tipo de supervisión. No hay controles para evitar manipulaciones o acuerdos entre entidades, hecho que se agudiza al no basarse en transacciones reales de mercado. En esencia los bancos que han contribuido a determinar el índice han tenido desde la crisis de 2010 intereses, principalmente dar una imagen de solvencia encubriendo cualquier posible indicio de quiebra, para distorsionar las cotizaciones que suministraban con vistas a dar una imagen de mayor fortaleza⁷⁴.

3ª.- Los bancos que componen los paneles tienen de forma intrínseca

⁷¹ OROZCO BARQUÍN, C., “Euríbor: la gran estafa europea”, *Escritura Pública*, abril de 2014.

⁷² RODRÍGUEZ FUENTES, C., FARIA SILVA, F., y PADRÓN MARRERO, D., *La política monetaria única y sus efectos regionales*, disponible en www.researchgate.net/259481136, *Revista Ekonomiaz*, número 84, tercer trimestre de 2013. Se incide por estos autores que como consecuencia de la crisis financiera se produjo una fuerte reducción de los tipos oficiales, precisamente para combatir las tensiones monetarias, tensiones que fueron muy importantes en países como Irlanda, Portugal y España. Señalan estos autores que factores como el elevado nivel de endeudamiento durante el ciclo expansivo condujeron a una fase de estancamiento económico. Se produjo una excesiva velocidad de “lo financiero” frente a “lo productivo” o, en otras palabras, “una escasa capacidad económica-social para transformar el crédito en un mayor potencial de crecimiento, fruto de una reducida <eficiencia funcional> del sector bancario” (página 168).

⁷³ DIEZ GIBSON, J.L., “*Reforma de las referencias financieras*”, Boletín Económico del ICE, número 3045, del 1 al 30 de noviembre de 2013.

⁷⁴ El sistema seguido para determinar el valor del euríbor es preguntar a los bancos cuánto creen que les costaría endeudarse. En concreto la pregunta que se realiza es: ¿A qué tipo de interés crees que un banco principal está dispuesto a prestar fondos a otro en el mercado interbancario de la zona euro?

CAPITULO SEXTO

conflictos de interés en la medida que las cotizaciones que ofrecen afectan a sus posiciones especulativas en los mercados financieros, de tal manera que en momentos dados sirven para apoyar sus actividades de negociación en los propios mercados.

Consideramos oportuno analizar brevemente el método de cálculo del euríbor para poder valorar su objetividad y, en todo caso, proponer mejoras en orden a que el índice sea lo más objetivo y transparente posible. Al final de este capítulo de la tesis analizamos en profundidad tanto el cálculo del índice como las reformas que se están proponiendo por las autoridades encargadas de su elaboración y supervisión. En este punto, brevemente apuntamos una serie de cuestiones en orden a considerar la objetividad del índice. Recordemos que la elección de los bancos que forman parte de la determinación del euríbor se basa en criterios de mercado de tal manera que el índice se configura por aquellas entidades con un mayor volumen de negocio dentro de los mercados monetarios de la Unión Europea, en otras palabras, en todo caso conformarán el índice los bancos que ocupen las primeras posiciones según las agencias de calificación. Como hemos señalado, en un primer momento el grupo estaba compuesto por un total de 47 entidades que iban variando⁷⁵, hasta llegar a menos de la mitad de bancos que facilitan datos en el año 2018. Hay que tener en cuenta que en sus orígenes se determinaba por bancos que en un principio no participaban en el euro como Barclays Capital, Den Danske, UBS y Svenska Handelsbanken, y por entidades de países no pertenecientes a la Unión Europea como, por ejemplo, JP Morgan y Bank of Tokyo -Mitsubishi, incluidas por su importancia en el volumen de operaciones de la economía europea (en abril y diciembre de 2018 únicamente Barclays es la entidad que no pertenece a la zona euro que participa en el panel y JP Morgan como entidad internacional).

Este sistema de cálculo ha sido cuestionado principalmente por la falta de transparencia y, sobre todo, a raíz del escándalo de la manipulación del euríbor que supuso que en diciembre de 2013 la Comisión Europea impusiera una sanción de 1.712 millones de euros a ocho bancos que habían participado en cárteles para manipular los tipos de interés de Libor y Euríbor⁷⁶. La manipulación consistía

⁷⁵ Se puede consultar el histórico del panel de bancos desde 2004 hasta la fecha en www.emmi-benchmarks.eu. En la consulta realizada el día 6 de abril de 2018 constatamos como únicamente 21 entidades financieras conforman el panel para determinar el índice. De nuestro país aportan datos Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Santander, CECABANK y CaixaBank SA. Todos ellos con idénticas observaciones en los ocho índices que integran el Euríbor. A destacar la horquilla en el euríbor 12 meses entre entidades como, por ejemplo, Deutsche Bank con un tipo del -0,11% a Societé Générale con un tipo al - 0,27. En la consulta realizada en diciembre de 2018 igualmente 21 entidades conforman el panel perteneciente a Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España y de fuera de la Unión Europea, Barclays Capital y como banco internacional JP Morgan Chase&Co.

⁷⁶ El documento completo sobre las dos decisiones por las que se imponía a ocho entidades esta sanción puede consultarse en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. A modo de resumen recogemos la respuesta del Sr. Almunia el 24 de enero de 2014 en nombre de la Comisión a una pregunta parlamentaria sobre esta cuestión: “La Comisión Europea adoptó, el 4 de diciembre de 2013, dos decisiones por las que se imponía a ocho entidades financieras internacionales multas por un total de 1.712.468.000 euros por su participación en

CAPITULO SEXTO

básicamente en que los empleados encargados de elaborar las ofertas tanto de Libor como de Euribor estaban en contacto y coordinaban las ofertas de los tipos de referencia. Los beneficios de esta actividad de forma resumida y centrándonos en el tema de los tipos de interés en relación con los préstamos a terceros eran sencillos, una alteración de los tipos de interés de referencia al alza generaba mayores ingresos de su actividad de prestamista, aplicándolo no solo a la actividad hipotecaria sino a cualquier tipo de operación activa de la entidad. Esta manipulación también tenía como finalidad en los años de la crisis financiera posteriores a la caída de Lehman Brothers (15 de septiembre de 2008) generar confianza en los mercados. Al ser una encuesta, los tipos comunicados eran percibidos por el mercado como indicadores de la solvencia de las entidades. Así, cuanto más alto fuese el tipo comunicado más peligroso podía ser realizar cualquier transacción con la misma. Esto implicó en determinados momentos tipos de interés más bajos con el fin de generar confianza⁷⁷.

Constatamos pues una evidente manipulación del índice y a raíz de ello se están estudiando diversas medidas en orden a que exista una mayor transparencia en la confección del euríbor. Nos remitimos al final del capítulo donde estudiamos las mismas en orden a que básicamente el índice sea determinado por el mercado sin posibilidad de influencia por las entidades financieras.

En todo caso y ya en lo que se refiere a la normativa interna de nuestro país hay que tener en cuenta que el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, exige que en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable los índices o tipos de referencia solo serán válidos si se han “calculado a coste de mercado”, extremo que nos reafirma en la necesidad de basar el índice en datos basados en operaciones reales. Solo en este caso podríamos hablar de un índice ajustado al mercado y menos manipulable. En parecidos términos la reciente Ley de los contratos de crédito inmobiliario, al regular en su artículo 19 el tema de las variaciones en el tipo de interés establece expresamente en su primer apartado que “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”. Para añadir, a continuación, que “de existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá

cárteles ilegales activos en los mercados de derivados financieros del Espacio Económico Europeo (EEE). Cuatro de estas entidades – Barclays, Deutsche Bank, Société Générale y The Royal Bank of Scotland – participaban en un cártel relacionado con los derivados sobre tipos de interés denominados en euros. Seis de ellas participaban en uno o varios cárteles bilaterales relacionados con derivados sobre tipos de interés denominados en yenes japoneses. Ambas decisiones se adoptaron mediante el procedimiento de transacción de la Comisión. En el caso de los derivados sobre tipos de interés en euros, tres bancos – JP Morgan Chase & Co, Crédit Agricole y HSBC – decidieron no aceptar la transacción con la Comisión Europea.....” (el texto completo se puede consultar en www.europarl.europa.eu., referencia E-012687/2013).

⁷⁷ Es la denominada “reputation-driven manipulation”, término acuñado por HUIZING, P., en “Parallel enforcement of rate rigging: lessons to be learned from Libor”, publicado en *Journal of Antitrust Enforcement Advance* published November 3, 2014 de Orford University, página 4.

CAPITULO SEXTO

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”. En el apartado segundo del mismo artículo señala las condiciones en orden a considerar como objetivo el índice de referencia: “a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable...; 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 serán agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Esta exigencia de objetividad del índice de referencia, de la que es un presupuesto básico el que se calcule a precio de mercado sin ser objeto de manipulación, la encontramos igualmente en nuestro Código Civil que en el artículo 1256, en sede de disposiciones generales de los contratos, establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. La objetividad impide dejar al arbitrio de la entidad financiera cualquier modificación del tipo de interés, constituyéndose, por tanto, en pieza fundamental en la determinación de los elementos de la relación contractual de préstamo hipotecario.

3.2.4.- NECESIDAD DE UN DIFERENCIAL FIJO DURANTE TODA LA VIDA DEL PRÉSTAMO.

Hemos señalado anteriormente que la diferencia entre el tipo aplicable y el índice de referencia es el diferencial que necesariamente debe mantenerse constante durante toda la relación contractual. Este requisito de que el diferencial deba permanecer invariable durante toda la vida del contrato viene impuesto “por el buen sentido que ha de presidir la creación de nuevas figuras contractuales”⁷⁸.

En una cláusula de interés variable lo que debe cambiar, por definición, es el tipo de referencia y no el diferencial que constituye la garantía de previsión y objetividad de la cláusula junto con el índice de referencia⁷⁹. En rigor, el diferencial,

⁷⁸ GARCÍA GARCÍA, J.M., “El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 560-562, año 1984, página 57.

⁷⁹ Algunos ejemplos de previsión contractual de diferencial:

1.- Escritura de novación de préstamo hipotecario de 28 de diciembre de 2006, entidad BBVA: “Reglas e índices de referencia. A) Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a Interés Variable. Índice de referencia principal: Referencia Interbancaria a un año (euríbor). Cuando se utilice este índice el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0,90 puntos porcentuales. B) Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a interés constante. Índice conjunto de entidades. Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0,90 puntos porcentuales. C) Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a interés variable como en la modalidad a interés constante. Índice de referencia sustitutivo. Índice Bancos Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 0,90 puntos porcentuales...”

CAPITULO SEXTO

forma parte del núcleo de la parte económica del contrato y teniendo en cuenta que el tipo de referencia debería representar por definición el coste de captación de los recursos, el diferencial, representaría la remuneración de la entidad por prestar el capital al prestatario.

La exigencia de que el diferencial sea fijo lo impone la necesidad de dotar de claridad y objetividad al contrato. La parte prestataria conoce la posible variación del interés de referencia y además debe saber con certeza que sumando unos puntos fijos a dicha referencia obtendrá el tipo de interés a aplicar al préstamo concertado.

De todas maneras, no debemos olvidar la posibilidad de que en la escritura de préstamo hipotecario no se prevea diferencial alguno, e incluso que se atribuya al mismo un valor negativo. Este último escenario que en la práctica se da, tiene escasa o nula aplicación en el terreno de los préstamos hipotecarios concedidos a particulares. El sentido de este diferencial negativo lo debemos buscar en los préstamos de importante cuantía concedidos a empresas de gran solvencia y en los supuestos de créditos sindicados en los que sí podríamos encontrar casos de diferenciales con valor negativo⁸⁰.

En una interpretación estrictamente económica, el margen o diferencial, en cuanto constituye uno de los componentes del tipo de interés, se concibe como la remuneración o beneficio obtenido por la entidad financiera en la concreta operación crediticia. Es esta concreta circunstancia la que determina que el diferencial deba ser considerado como un elemento o factor separado del tipo o índice de referencia.

La concepción del diferencial como magnitud invariable no siempre ha sido pacífica. Buena prueba de ello la encontramos en el hecho de que la previsión de

2.- Escritura de préstamo hipotecario de 15 de noviembre de 2016, entidad Caixa d'Estalvis de Pollença: "El tipo de interés nominal anual pactado en esta escritura se revisará a partir del 15 de noviembre de 2017 con una periodicidad anual aplicando un diferencial de 1,50 puntos sobre el indicador euríbor.

3.- Escritura de préstamo hipotecario de 22 de noviembre de 2018, entidad Banco Santander: "El tipo de interés nominal anual aplicable al capital dispuesto y pendiente de amortizar en cada período de interés se determinará mediante la adición de un margen constante de 1,75 puntos al valor que represente el tipo de interés de referencia en la fecha de revisión de dicho tipo".

⁸⁰ La Circular 13/1981 de 24 de febrero establecía en su norma duodécima una definición del tipo de interés preferencial se refería a los supuestos en que se preveía un diferencial negativo: "1.- Se entenderá por tipo preferencial el tipo de tipo de interés más bajo al cual las entidades están dispuestas a operar con clientes de primera calidad en operaciones de descuento comercial, de descuento financiero... 2.- Tales tipos serán operativos, y podrán modificarse tantas veces como las circunstancias lo requieran. 3.- Si por circunstancias excepcionales las entidades realizasen operaciones a tipos más bajos que el preferencial deberán ponerlas en conocimiento del Banco de España en una relación mensual, especificando el prestatario, importe vivo, plazo o tipo fijo, o diferencial negativo, y expresando si se trata de operación nueva o de sustitución de otra anterior, así como la razón por la cual se realiza la operación a tipo excepcional ..."

CAPITULO SEXTO

invariabilidad del diferencial establecido por primera vez en la Circular 13/1981, de 24 de febrero, no fue bien recibida por las entidades de crédito⁸¹. En las operaciones de préstamo en divisa era frecuente establecer en el propio contrato la vigencia de distintos diferenciales o márgenes a lo largo de su duración. Al establecerse la obligatoriedad de un diferencial constante se planteó por parte de determinadas entidades una consulta al Banco de España respecto a la posibilidad de establecer en el contrato de crédito la aplicación de distintos diferenciales en otros tantos momentos de la duración del mismo. Se postulaba la variabilidad del diferencial en base al argumento que “el factor incertidumbre, componente básico del riesgo, aumenta a medida que lo hace la duración del préstamo”⁸².

Sorprendentemente esta interpretación de la Asociación Española de Banca Privada, aunque referida a las operaciones hipotecarias en divisa, fue aceptada por el Banco de España, ya que “esa práctica queda, en efecto, justificada en cuanto supone cobertura de una mayor incertidumbre actual sobre las futuras condiciones del prestatario, en operaciones a largo plazo”⁸³. Hay que tener en cuenta que las operaciones revisables con la llamada cláusula multidivisa fueron muy habituales en los años que precedieron a la crisis financiera previos a 2008. El argumento de las entidades financieras para comercializar dichas operaciones fue el ahorro de costes frente a las hipotecas en euros⁸⁴.

No podemos compartir esta opinión del Banco de España, en la medida que en los préstamos hipotecarios concedidos a particulares (diferentes son los supuestos de créditos sindicados), el riesgo de las posibles variaciones de tipo de interés queda ya cubierto con la previsión de la evolución del índice de referencia. En orden a la necesaria objetividad de la cláusula de intereses variables no se puede exigir, ni siquiera referenciando la variación del diferencial a módulos o factores objetivos, que el prestatario tenga que estar pendiente de las variaciones no solo del tipo de referencia sino también del diferencial.

Lo contrario supondría sumir a la parte débil de la relación contractual en una

⁸¹ LÓPEZ ANTÓN, F., ob.cit., página 245.

⁸² LÓPEZ ANTÓN, F., ob. cit. loc. cit.

⁸³ LÓPEZ ANTÓN, F., ob. cit., página 246. Se reproducen por dicho autor los requisitos que según el Banco de España debían concurrir para que se produjera tal variabilidad: “ - que las modificaciones del diferencial estén pactadas expresamente en el contrato original, produciéndose de modo objetivo y en ningún caso al arbitrio del prestamista; 1) que las operaciones respecto a las que tales modificaciones del diferencial se prevean sean a largo plazo y, 2) que las modificaciones del diferencial que se acuerden no se produzcan antes de transcurrido el primer año desde la firma del contrato “.

⁸⁴ PÉREZ GUERRA, C., “Hipotecas multidivisa, tutela de los consumidores y desequilibrio contractual”, en *Ley Mercantil*, número 36, mayo de 2017, página 5.

CAPITULO SEXTO

constante indeterminación en beneficio de la entidad de crédito. Además esta posibilidad podría ocasionar el que en la práctica, al generalizarse cada vez más unos mayores plazos de duración del contrato (incluso en algunas entidades hasta 40 años) se tendiese a establecer diferenciales distintos para diferentes fases de la vida del crédito, produciéndose un incremento en el diferencial aplicado a partir de un determinado momento.

La regulación de la previsión del diferencial la podemos encontrar en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El artículo 7.3 de la misma señala que:

“los documentos contractuales...de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:... b) ... 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 “.

Obviamente el diferencial a aplicar sobre el índice de referencia debe estar previsto expresamente ya que de lo contrario resultaría imposible, sin incurrir en factor discrecionales, determinar el cálculo de las cuotas a satisfacer por parte del prestatario.

En la Orden EHA/2899/2011, la mención expresa al diferencial solo se realiza en sede de información precontractual al referirse a las fichas de información precontractual, de información personalizada y en la oferta vinculante. En los artículos 21 a 23 de la Orden se regulan los aspectos que en las distintas fases de negociación de las operaciones de préstamos se tienen obligatoriamente que facilitar a los clientes. Por su importancia destacamos la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que con la entrada en vigor de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se configura como el elemento esencial de la información precontractual a facilitar al futuro prestatario⁸⁵. Así en el artículo 12.1 a) de la Ley dentro de las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios se señala: “la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN),

⁸⁵ La FEIN sustituye a todas las fichas precontractuales existentes hasta la fecha, en especial a la FIPER o ficha de información personalizada que devenía oferta vinculante cuando a la misma se adicionaba que se trataba de una oferta vinculante y se señalaba un plazo de vigencia de la misma. La ficha de información personalizada se desarrollaba en el Anexo II de la Orden y en su apartado 3, tipo de interés, se exigía que en la información que se tenía que trasladar al cliente debería indicarse la TAE en cuanto que coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. En concreto, la TAE debía comprender: “el tipo de interés (valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado)”. En el apartado de instrucciones para cumplimentar la FIPER, en la sección 2 donde se recogían las “Características principales del préstamo” se exponían los distintos escenarios de tipos de interés: fijo, variable o variable limitado (si existen límites a la baja – suelos – o al alza – techos -); se señalaba que “el nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso”.

CAPITULO SEXTO

contenida en el Anexo I de esta Ley, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de diez días”⁸⁶.

En el Anexo I se recoge el modelo al que se deberá adaptar la Ficha Europea de Información Normalizada y en el apartado 3 en las características principales del préstamo únicamente se hace referencia a que deberá mencionarse la clase de tipo de interés aplicable. Hay que acudir a la parte B en las instrucciones para cumplimentar la FEIN que en la explicación de cómo relacionar las características principales del préstamo, señala en su número 6 que “asimismo, se explicará la fórmula utilizada para revisar el tipo deudor y sus diversos componentes (como el tipo de referencia o el diferencial de tipos de interés)”. Ciertamente la redacción del precepto es poco afortunada. En general la ley es técnicamente mejorable y, sin duda, esta redacción que acabamos de reproducir es buena muestra de ello. El núcleo de la cláusula de intereses variables lo constituye sin excepción el tipo o índice de referencia y el diferencial a adicionar al mismo, para el caso de que se haya pactado. La expresión “diferencial de tipos de interés” es técnicamente imprecisa y consideramos que lo más correcto hubiera sido redactar “el diferencial a adicionar al tipo o interés de referencia”. Tampoco consideramos adecuada la expresión “como el tipo de referencia”, dando a entender con el adverbio “como” una redacción que parece asimilar a “como por ejemplo”. Ciertamente, el ejemplo que parece plantear la ley es el único posible en una operación a interés variable.

De todas maneras, sí que queda claro de la redacción del Anexo que se pueden plantear dos opciones: tanto la previsión de un diferencial como la ausencia del mismo. El escenario de un diferencial negativo no se recoge ni en la Orden ni en la Circular 5/2012 que desarrolla la misma y tampoco en la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Sí se regula, por primera vez, en nuestro ordenamiento la expresa prohibición de pacto de cláusula suelo en las operaciones a interés variable y además en el apartado 4 del artículo 19 se establece, también como novedad, que el interés remuneratorio en las operaciones a interés variable “no podrá ser negativo”. En este punto se plantea la duda de si como mínimo se aplicará el diferencial que, en este sentido, jugaría el papel de “falsa cláusula suelo” o si, por el contrario, en la hipótesis de un índice de referencia negativo más la adición del diferencial se podría llegar a un tipo de interés que fuera cero, es decir, sin intereses remuneratorios. En nuestra opinión, si en el contrato no se ha pactado que como

⁸⁶ Como ya hemos indicado también desaparece la oferta vinculante que se regula en la vigente Orden EHA/2899/2011. La oferta vinculante debía facilitarse mediante una Ficha de Información Personalizada adicionando a la misma las menciones de que se trataba de una oferta vinculante y su plazo de vigencia. En todo caso se establecía que el plazo de duración de la misma no podía ser inferior a catorce días naturales desde la fecha de entrega. Ya hemos criticado esta reducción de plazos de catorce a diez días, agravados por el hecho de que se ha suprimido la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que permitía no solo mejorar la información recibida por el futuro adherente sino también el plazo para poder valorar la información y, si fuera el caso, comparar las ofertas existentes en el mercado.

CAPITULO SEXTO

mínimo deberá remunerarse la operación considerando el diferencial, es perfectamente posible que no se apliquen intereses a la operación de préstamo⁸⁷.

Cuestiones a valorar y que consideramos son de gran importancia en este apartado en el que abordamos la necesidad de un diferencial que, para el caso de que se haya pactado, debe permanecer fijo durante toda la relación contractual, son si sería posible la previsión de distintos diferenciales en función de distintos índices de referencia previstos en la escritura, incluso si sería posible que, por ejemplo, el índice principal si recogiera la adición de un diferencial y el sustitutivo no y también si se podría dar la posibilidad de que adicionando el diferencial al tipo de referencia los intereses fueran negativos o si en todo caso siempre se adicionaría el diferencial que en este caso funcionaría como falsa cláusula suelo.

3.2.5.- NECESIDAD DE QUE SE PREVEA AL MENOS UN TIPO DE REFERENCIA ALTERNATIVO Y QUE SEA OBJETIVO.

⁸⁷ Nos situamos con esta cuestión ante las tasas negativas que, por distintas razones, hemos ido comentando, principalmente en relación con el euríbor. Desde junio de 2014 las entidades financieras están pagando intereses por depositar su dinero en el Banco Central Europeo, el hecho de que, como hemos señalado, el euríbor esté en negativo no es sino el reflejo de que las entidades están pagando por prestarse fondos en la eurozona. En pura lógica trasladando esta realidad a los préstamos hipotecarios contratados por particulares se puede dar la situación de que con un euríbor anual por debajo de cero y con un diferencial pactado que no llegase a cubrir el valor negativo del índice se podría fácilmente darse la situación de un préstamo con intereses negativos. Evidentemente esta posibilidad cobra más sentido si en la operación se ha pactado un diferencial negativo, como, por ejemplo, con los préstamos de convenio a empleados. Obviamente siempre que sea una hipoteca que no tenga cláusula suelo o que esta se haya declarado nula judicialmente.

Llegados a este punto ya hemos señalado que es necesario que distingamos dos supuestos distintos: un primer caso serían aquellos préstamos que tienen previsto que aunque el tipo de referencia sea negativo siempre el prestamista cobrará un mínimo que viene dado por el diferencial; y un segundo caso serían las operaciones que únicamente prevén un resultado que será cero, sin asegurar remuneración al prestamista, es decir, el diferencial no asegura un mínimo de remuneración (Un ejemplo lo encontramos en la escritura de préstamo hipotecario formalizada el 15 de Noviembre de 2016 por la Entidad Caixa d'Estalvis de Pollença (Colonya): "Revisión del tipo de interés : "... El tipo de interés nominal anual pactado en esta escritura se revisará a partir del quince de noviembre de dos mil diecisiete con una periodicidad anual aplicando un diferencial de uno con cincuenta puntos sobre el indicador euríbor ... Si el tipo de interés con motivo de la referida revisión descendiera a valores negativos, esto es llegara a ser inferior a cero, en ningún caso, dicho descenso comportará el devengo de intereses a cargo de Colonya y en beneficio de los prestatarios").

Se las distingue llamando a las segundas cláusulas cero puras dado que evitan una remuneración a la entidad financiera y a las segundas cláusulas cero mixtas dado que tienen un efecto suelo que vendrá dado por el diferencial (División expuesta por DOMINGUEZ ROMERO, J., "Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios". *Indret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, enero de 2016, página 8. En relación con este tema desde una perspectiva económica se puede consultar JIMENEZ ORGAZ, C., "El exceso de liquidez explica el interés negativo de los activos", *Revista Inversión*, número 946, año 2014, página 6 y ARCE, O., GARCÍA-POSADA, M., y MAYORDOMO, S., "Ajustes de las políticas crediticias en un contexto de tipos de interés negativos", *Boletín Económico 1/2019* del Banco de España, de 12 de marzo de 2019, en este artículo se analizan los efectos adversos que sobre el ingreso neto por intereses de las entidades financieras pueden tener los intereses negativos y, al mismo tiempo, si esta situación puede llegar a tener trascendencia sobre la oferta de crédito. Se constata en dicho informe que en España los bancos minoristas no trasladan los tipos de interés negativos a la rentabilidad de los depósitos por temor a sufrir una pérdida de clientes. Constatan dichos autores que "en un contexto de tipos de interés negativos los bancos peor capitalizados endurecen los términos y las condiciones de los préstamos acortando el vencimiento medio y exigiendo mayores comisiones" (página 7).

CAPITULO SEXTO

Hemos hecho referencia anteriormente a la necesidad de establecer un índice objetivo de referencia sobre el que se articulará el funcionamiento de la cláusula de revisión del tipo de interés. Esta exigencia debería, a nuestro entender, ir acompañada de la necesaria previsión de un tipo alternativo de referencia, igualmente objetivo, que actuaría como elemento de cierre y de garantía de la estipulación. Dos requisitos deben concurrir, en consecuencia, en este índice de referencia alternativo:

a) la objetividad, al igual que el índice de referencia principal.

b) como mínimo, la previsión de un índice alternativo, al margen de que se puedan prever dos o más.

Con esta doble exigencia se resuelven también los problemas que se han ido planteando con las llamadas “cláusulas asimiladas”, estipulaciones que aparecen ante el hecho de la exclusión del preferencial de la propia entidad como índice de referencia. Algunas entidades en un claro intento de no prescindir del mismo recurren a cláusulas que indirectamente remiten a dicho índice propio o un índice no objetivo. Ejemplos de ello son las siguientes:

1.- Se pacta un sistema alternativo indicando que el tipo será el menor de dos que se expresan: uno el de la propia entidad financiera, y otro, objetivo, pero penalizado con dos o más puntos, con lo que en definitiva lo que se busca es la prevalencia siempre del índice de la propia entidad⁸⁸.

2.- Se pacta como índice de referencia un promedio objetivo de preferenciales pero sin concretar a qué tipo de préstamos se refieren los mismos, es decir, si es a préstamos a seis meses, a un año, a tres años,...

3.- Se pacta un tipo de referencia que incluye a tres o cuatro entidades crediticias, entre las que se encuentra la propia entidad prestamista.

4.- Se pacta que el prestatario acepta, desde la firma de la escritura de préstamo hipotecario, los incrementos de tipo de interés que pudieran producirse en un futuro siempre que no superen, por ejemplo, siete puntos, comprometiéndose la

⁸⁸ Estipulación de la entidad Barclays Bank: “El tipo de referencia es el tipo de interés para préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los Bancos según publica el Banco de España más 0,50 puntos, salvo que resultase menor el referencial del Barclays Bank, en cuyo caso se aplicará éste “(préstamo de 15 de enero de 1995).

CAPITULO SEXTO

acreedora a comunicárselo al prestatario solamente cuando el incremento sea superior a estos siete puntos (en la práctica equivale a no comunicar jamás al deudor la variación de tipo de interés).

Veamos y analicemos algunas estipulaciones recogidas en escrituras de préstamo hipotecario:

a) Escritura, entidad BEX Hipotecario, S.A.:

“...Tercera.- Revisión del tipo de interés: Conforme a lo previsto en la cláusula anterior, el tipo de interés inicial pactado en la misma será revisado al alza o a la baja, en el momento y en la medida que a continuación se establece. La primera revisión se efectuará el día treinta y uno de diciembre de 1992 y las siguientes se efectuarán cada año a partir de la fecha indicada en la primera revisión.

El tipo de interés a aplicar a partir del día siguiente a la fecha de revisión se formará con el tipo básico de referencia siguiente: La media aritmética simple de los tipos nominales contractuales – con liquidación mensual vencida – que correspondan a los tipos publicados, en términos de tasa anual equivalente, en el Boletín Estadístico Mensual del Banco de España, redondeados al alza hasta el 0,25 siguiente al tipo redondeado obtenido se le sumarán 0,50 puntos porcentuales.

Si el tipo de interés de referencia no se recogiese en un futuro en el citado Boletín Estadístico del Banco de España, el tipo base a aplicar será la media aritmética simple incrementada al alza hasta el 0,25 siguiente de los tipos de referencia que para operaciones de préstamos y créditos a tres o más años tengan publicados y comunicados al Banco de España de acuerdo con su normativa al efecto, los bancos Bilbao-Vizcaya, Central Hispano Americano y Banco de Santander, correspondientes a los meses del último trimestre natural anterior a la fecha de revisión del préstamo más 0,50 puntos porcentuales. Si cualquiera de los mencionados bancos de referencia dejara de existir o de operar, o no publicara el tipo de referencia para el período elegido, se tomarán en cuenta los tipos publicados por los restantes bancos de referencia, pudiendo incluso quedar uno solo a los efectos de fijar el tipo de referencia...”.

Un análisis de esta estipulación nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1ª.- Tanto el factor de redondeo como el diferencial son iguales tanto en el índice principal de referencia como en el alternativo. Esta uniformidad debe ser valorada positivamente de cara al prestatario en medida que una posible sustitución del índice de referencia principal no supondrá una variación de una parte de las previsiones contractuales.

2ª.- Es criticable que solo se tomen como entidades de referencia a tres bancos sin incluir ninguna caja de ahorros, vulnerando con ello la necesidad de que el índice de referencia sea indicativo de la situación real del mercado hipotecario, y esta falta de representatividad de una parte importante del sector financiero se lleva al

CAPITULO SEXTO

extremo de incluso considerar la posibilidad de que una sola de las entidades pueda ser la que llegue a configurar el tipo de referencia.

b) Escritura de la Entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A.:

“Quinta.- ... período a tipo variable. Después del periodo inicial, el tipo de interés es revisable según la evolución del tipo de interés ofrecido a un año en el Mercado Interbancario de Madrid (míbor), publicado en el Boletín Estadístico Mensual del Banco de España, u organismo que lo sustituya a esos efectos, según las siguientes condiciones:..

En caso de que desapareciera el MIBOR a un año, Unión de Créditos Inmobiliarios propondrá a la parte prestataria otra referencia. Entonces la parte prestataria podrá:

- aceptar la referencia propuesta
- u optar por un tipo a interés fijo durante el plazo máximo de cinco años, según las condiciones definidas en la condición “opción por un tipo de interés fijo”.

Si analizamos esta estipulación podemos establecer las siguientes cuestiones:

1ª.- No podemos considerar como válida la previsión de que, caso de desaparición del índice de referencia, la entidad de crédito proponga a la parte prestataria otro índice o tipo de referencia. Es necesario concretar en la escritura de préstamo hipotecario este posible tipo alternativo para el supuesto de desaparición o falta de publicación del principal y en ningún caso debería ser la entidad prestamista quien planteara la aplicación de un nuevo índice de revisión en la relación contractual.

La necesaria objetividad que defendíamos en base al artículo 1256 del Código Civil y a los principios hipotecarios de especialidad y determinación excluirían esta posibilidad. La entidad de crédito podría, de conformidad con dicha estipulación, optar por cualquier índice de referencia, eligiendo el que fuera más favorable para sus intereses, perjudicando claramente los del prestatario.

2ª.- Ante la posible aplicación en la relación contractual del índice de referencia alternativo quedan sin regular aspectos tan relevantes como:

- el diferencial que se va a adicionar a dicho índice de referencia.
- el factor de redondeo.
- la penalización por amortización anticipada total o parcial.
- la periodicidad en la revisión.

3ª.- No constituye garantía alguna para el prestatario la facultad que se le

CAPITULO SEXTO

ofrece de aceptar la referencia propuesta o en caso contrario optar por un tipo de interés fijo. La estipulación décima “opción de un tipo de interés fijo” que se recoge en la escritura y a la que se remite la estipulación que comentamos, establece:

“La parte prestataria podrá optar, en cualquier momento después de la primera revisión de su cuota mensual, por la transformación de su préstamo con tipo de interés variable en un préstamo con tipo de interés fijo durante un periodo de cinco años, sin posibilidad de alargar la duración inicial del préstamo.

El tipo de interés nominal fijo será igual al tipo de la Deuda Pública del Estado a tres años, o en su defecto, al tipo que corresponda al menor de los plazos de vencimiento de dichos títulos, aumentado en 3,50 puntos porcentuales ... el importe de las cuotas mensuales será nuevamente calculado sobre la base del tipo de interés fijo determinado como se indicó anteriormente, de manera que el saldo deudor de su cuenta sea totalmente reembolsado durante el tiempo restante de los quince años previstos originariamente...”.

La reseñada posibilidad concedida al deudor de optar por un tipo de interés fijo no tiene el más mínimo sentido en cuanto que alternativa a un tipo variable, sobre todo si partimos de la base de que el adquirente de una vivienda que recurre a su financiación a través de un préstamo hipotecario es porque en la mayoría de los casos carece de los medios económicos necesarios para acceder a la propiedad de la misma. El préstamo se calcula, inicialmente, en función de unas cuotas mensuales determinadas por el sistema de amortización, las cuales están en relación directa con unos ingresos que previsiblemente irá teniendo el deudor durante el contrato. Considerando este hecho, la previsión y posterior opción por este tipo de interés fijo conduce a una brusca e importante subida de las cuotas mensuales de amortización de la hipoteca, aumento que está en relación directa con el plazo de duración del préstamo que en cualquier caso va a quedar reducido a cinco años cuando la previsión inicial era de quince, y adicionalmente habría que considerar una brusca subida en el tipo de interés al adicionar un diferencial de 3,50 puntos a la referencia.

Esta subida de las cuotas difícilmente podrá ser asumida por una economía media que recurre a plazos largos para ajustar las cuotas a sus ingresos, intentando buscar un equilibrio razonable en el porcentaje de endeudamiento que va a representar la operación.

La conclusión a la que llegamos analizando esta cláusula es que, en definitiva, lo que se quiere es forzar al prestatario a aceptar el tipo de interés propuesto por la entidad prestamista. Posibilidad que, nuevamente, debemos descartar en aras a la necesaria objetividad que debe presidir esta materia.

c) Escritura de la entidad Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona (la Caixa):

CAPITULO SEXTO

“3.- Tipo de interés de la segunda fase: en la segunda fase el tipo de interés nominal a aplicar para cada una de las anualidades siguientes será el resultante de añadir el diferencial de 1,75 puntos al tipo de referencia constituido por el tipo de interés publicado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en el Boletín Oficial del Estado, dentro del trimestre del año anterior, en cumplimiento de la Resolución de 20 de Junio de 1.986, como Índice de referencia del Mercado Hipotecario, equivalente este al interés medio, minorado en un punto porcentual, de los tipos de interés más practicados en los créditos hipotecarios concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española durante el último mes el segundo trimestre natural del año anterior

4.- Tipo de interés sustitutivo: en el caso de que dentro del tercer trimestre de una o más anualidades de la segunda fase no se publicare en el Boletín Oficial del Estado el índice de referencia del Mercado Hipotecario correspondiente al trimestre anterior, el tipo de interés a aplicar en la anualidad siguiente, con el carácter de sustitutivo transitorio, mientras no vuelva a publicarse aquél, será el resultante de añadir el diferencial de 1,75 puntos al tipo de referencia constituido por el promedio de los tipos preferenciales correspondientes al primero de octubre del año anterior, publicados y efectuada su remisión al Banco de España por las entidades de crédito que seguidamente se relacionarán – designadas en adelante como entidades de referencia - , y redondeada la suma de ambas magnitudes en cifras múltiplos de 1/4(0,25) de punto. La fracción inferior a 1/8 (0,125) de punto se redondeará por defecto y la igual o superior por exceso.

Este promedio desde el momento de su entrada en vigor y en cada anualidad sucesiva, se incrementará o reducirá con un segundo diferencial, equivalente a la diferencia entre el Índice de referencia del Mercado Hipotecario existente en la fecha de su última publicación, correspondiente al último mes del segundo trimestre, y el que resultara de su obtención del antes mencionado promedio en el último día de ese mismo mes y trimestre; aplicándose el incremento cuando éste sea inferior a aquél y la reducción en el caso contrario.

Si por cualquier causa todas las entidades de referencia dejaren de publicar el tipo de interés preferencial y no pudieren aplicarse ninguna de las previsiones que sobre las variaciones del tipo de interés contiene esta escritura, a cada una de las anualidades siguientes se aplicará el tipo de interés a la sazón vigente; el cual se mantendrá fijo hasta que, a tenor de lo pactado, sea factible su variación”.

Dos aspectos son destacables, a nuestros efectos, en esta estipulación:

1º.- Se establece un tipo de interés sustitutivo con carácter transitorio, mientras no vuelva a publicarse el índice de referencia, pero la particularidad en este supuesto radica en el establecimiento de dos diferenciales sobre este tipo sustitutivo:

a) un primer diferencial igual al que se aplicaba sobre el índice de referencia pactado con carácter principal (1,75 puntos).

b) un segundo diferencial que no queda fijado de antemano en una magnitud determinada, sino que será la diferencia entre el índice de referencia sustitutivo correspondiente al último mes del segundo trimestre y el resultante de la obtención del mencionado promedio en el último día de ese mismo mes y trimestre.

CAPITULO SEXTO

En orden a la claridad, concreción y sencillez que postulamos en las de ya de por si complejas cláusulas de los préstamos hipotecarios, hay que abogar por la necesidad de no establecer segundos o ulteriores diferenciales y menos aún si no constituyen una magnitud fijada previamente y establecida en forma de puntos a aplicar sobre el índice de referencia.

En estos supuestos recae sobre el prestatario el control no solo de la posible variación del tipo de referencia sino de la aplicación de dos diferenciales distintos (uno de ellos indeterminado a priori, si bien determinable en virtud de un procedimiento específico ciertamente complejo) sobre dicho índice. Todo ello al margen de que la aplicación de ambos diferenciales no resulte demasiado gravosa para el deudor hipotecario, circunstancia que no se podrá valorar hasta el momento en que se produzca la aplicación del índice sustitutivo.

2º.- Como cláusula de cierre se contempla que si ninguna de las previsiones sobre variación del tipo se pudiese aplicar se mantendrá fijo el interés vigente en el momento en que se produzca la imposibilidad de aplicar los tipos de interés variables.

El problema que podría ocasionar esta previsión contractual reside en que con la aplicación práctica de la misma se vulneraría la intención de las partes al haber pactado un tipo de interés variable con la finalidad de ajustar el préstamo a un tipo que en todo momento representara un interés de mercado.

El prestatario que contrata su préstamo hipotecario a un tipo de interés variable lo hace normalmente con la finalidad de acogerse a un interés que bien al alza o a la baja sea un tipo de mercado. Los préstamos a tipo fijo se formalizan, en la mayoría de las veces, con la intención expresa de saber y prever en todo momento que se va a pagar una cuota que se mantendrá invariable durante toda la vida de la operación y que de entrada supondrá un equilibrio razonable en la relación ingresos/gastos, de manera que la operación de crédito represente un porcentaje de endeudamiento racional dentro del marco de la economía familiar en la que se contrata. Por eso, habitualmente, los préstamos a tipo de interés fijo son a plazos más cortos que los variables y la entidad de crédito también se cubre en los mismos con lo que se denomina riesgo de tipo de interés, con la previsión de comisiones importantes por amortización parcial o total del capital del préstamo⁸⁹.

⁸⁹ Raras veces los préstamos a tipo de interés fijo se contratan a más de quince años, mientras que las operaciones a interés variable se contratan a veinticinco o treinta años, llegando incluso en casos puntuales a firmarse a cuarenta años. Pueden consultarse cualquiera de las páginas web de las entidades financieras donde se recogen las distintas ofertas de préstamos hipotecarios, por ejemplo www.bbva.es; www.santander.es o www.lacaixa.es (última consulta 17 de agosto de 2017).

CAPITULO SEXTO

El que en un determinado momento una operación a interés variable pueda transformarse en una operación a tipo de interés fijo entendemos que iría contra la finalidad esencial perseguida por las partes, principalmente por el prestatario, al acogerse a la variabilidad de tipo de interés. De hecho, desde la perspectiva que resulta más curiosa esta previsión es desde la del prestamista, en la medida que las entidades financieras son las primeras interesadas y las que promueven a toda costa la formalización de operaciones a tipo de interés variable.

Ya hemos señalado anteriormente que la generalización de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable implica que el deudor hipotecario asuma la totalidad del riesgo de tipo de interés y esta tendencia hacia esta tipología de operaciones no es otra cosa que el resultado de la integración del dato de la volatilidad de los tipos de interés en la estrategia de comercialización de productos de activo por parte de las entidades financieras.

d) Escritura de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid:

“Segunda... El tipo de interés pactado estará sujeto a las variaciones, tanto al alza como a la baja, que se produzcan en los índices de referencia que en el Boletín Oficial del Estado publica periódicamente para las Cajas, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, relativos a la media simple de los tipos de interés medios ponderados para las Cajas de Ahorro, de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices ...

En defecto de dicho tipo de referencia, la variación se efectuará de acuerdo con el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro que igualmente se publica con carácter periódico en el Boletín Oficial del Estado...”.

Destaquemos de dicha estipulación los siguientes elementos:

1º.- Se establece un índice de referencia alternativo, muy similar para el caso de imposibilidad de aplicación del índice principal.

2º.- Curiosamente, por no habitual, no se ha pactado ningún diferencial a aplicar sobre el tipo principal ni sobre el sustitutivo.

Hasta aquí hemos recogido cinco estipulaciones recogidas en distintas escrituras de otras tantas entidades de crédito que nos ilustran sobre las distintas posibilidades de previsión o no de tipos de referencia sustitutivos o alternativos. A modo de conclusión y recuperando las ideas que se habían expuesto al inicio de este apartado consideramos que la inclusión en un contrato de préstamo hipotecario de

CAPITULO SEXTO

un tipo de referencia sustitutivo debe reunir los siguientes dos requisitos positivos al margen de la objetividad y necesaria previsión de, al menos, un índice alternativo al principal:

1º) Idénticos factores de redondeo y diferenciales tanto en el índice principal como en el sustitutivo o sustitutivos a este.

2º) El índice sustitutivo debe ser también representativo de la situación del mercado hipotecario en el momento en que se deba producir su aplicación a la relación contractual.

Y negativamente deben concurrir otros dos:

1º) No puede preverse el que se acuda, en caso de imposibilidad de aplicación del índice de referencia previsto en la operación, a un tipo de interés fijo. La razón argumentada de atentar esta previsión contra la finalidad esencial perseguida por las partes al contratar una operación a tipo de interés variable para acogerse a un tipo de mercado la consideramos determinante y excluyente de la opción por un tipo de interés fijo.

2º) En ningún caso la aplicación del tipo sustitutivo puede suponer variar otras circunstancias de la operación como, por ejemplo, el plazo o las comisiones por amortización anticipada parcial o total.

3.2.6.- EXPRESA PREVISIÓN DE UNA CLÁUSULA DE DESISTIMIENTO

A) INTRODUCCIÓN

Se pacta habitualmente en el contrato de préstamo la posibilidad de que el prestatario pueda desistir del mismo si el nuevo tipo de interés, notificada la variación o producida si no hay obligación de notificación, no le conviene, de forma que pueda reembolsar la totalidad del capital pendiente dentro de un plazo razonable, liquidando los intereses al último tipo de interés aplicado.

La primera cuestión que debemos plantear es, pues, la necesidad de que en la escritura de préstamo esté prevista una cláusula de desistimiento ubicada después de la comunicación o variación de tipo de interés.

Esta cuestión se resuelve sobre dos supuestos o líneas argumentales.

CAPITULO SEXTO

a) La primera sería la innecesidad de establecer una cláusula de desistimiento. Este planteamiento defendido por un sector doctrinal ha encontrado eco en la práctica de determinadas entidades en cuyos préstamos no se contempla la posibilidad de desistir de la operación en el momento en que se produzca una variación de las condiciones del préstamo, consecuencia de las variaciones del índice de referencia⁹⁰. Hay que tener en cuenta que una variación del tipo de interés no siempre implicará una modificación en la cuota de amortización del préstamo hipotecario. Es habitual que se formalicen operaciones en las que se mantiene constante la cuota durante toda la vida del préstamo y las posibles variaciones al alza o a la baja del tipo de interés se reflejan alargando o acortando la duración de la operación, son aquellos préstamos formalizados con el sistema de cuota constante, conocidos comercialmente por la llamada “cuota blindada”. El análisis de estas operaciones debe ser idéntico al que realicemos en los supuestos en que el incremento de tipo de interés se traduce en un aumento de la cuota, en la medida que la posibilidad de establecer por esta vía cláusulas abusivas es igual, sino mayor, que en los supuestos normales de cuotas calculadas con el sistema francés.

El sector doctrinal que defiende esta postura de necesariamente prever una cláusula de desistimiento defiende como únicos requisitos para aceptar la cláusula de intereses variables el cumplimiento del principio de especialidad y el establecimiento de un criterio de variabilidad que no deje su determinación exclusivamente a la voluntad de una de las partes, derecho que en todo caso debe adaptarse al principio de buena fe y a la prohibición de abuso del derecho⁹¹.

A partir de este planteamiento no considera necesario que tenga que darse al prestatario la posibilidad de rescindir el contrato en el supuesto de que no esté conforme con el nuevo tipo de interés, y, en coherencia con dicho argumento defiende la no exigencia de una notificación previa realizada al deudor cada vez que se produzca una modificación del tipo de interés.

⁹⁰ Ejemplo de esta práctica es la escritura de la entidad BBVA que en la estipulación 3 bis 2 señala: “Modificaciones del tipo de interés vigente. Al iniciarse cada período de interés, el tipo vigente quedará determinado automáticamente por aplicación de las reglas anteriores, sin necesidad de ningún acuerdo o declaración de las partes. No obstante, cuando el tipo de interés vigente para un periodo resulte distinto del aplicable en el periodo anterior, el banco lo comunicará a la parte prestataria, antes de que concluya el primer mes del nuevo periodo. La comunicación de estas modificaciones del tipo de interés vigente podrá entenderse realizada con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del índice de referencia aplicable. “. No se pacta la posibilidad de desistir de la operación si el nuevo tipo de interés o, incluso en esta operación, si el nuevo índice de referencia no conviene a la parte deudora.

⁹¹ MIRANDA SERRANO, L.M., “Título III contratos celebrados a distancia”, en REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M., (Dir): *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, páginas 1513 y 1514; DE PRADA, J.M., “Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios”. *La Ley*, número 2, año 1989. Páginas 1115 a 1129. Inciden estos autores en que el desistimiento aún siendo un derecho ad nutum y que, como tal, puede ser ejercitado sin necesidad de justificación alguna, no significa que sea un derecho ilimitado. Como todo derecho encuentra sus límites en la exigencia de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

CAPITULO SEXTO

La normativa sectorial avalaba en cierta manera parte de esta línea argumental por cuanto la Orden de 17 de enero de 1981 del Ministerio de Economía se refería a la necesidad de “establecer 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” (artículo tercero). Esta Orden fue derogada por la de 3 de Marzo de 1987, a su vez modificada por la Orden de 16 de Junio de 1988, modificada por la Orden de 12 de diciembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda, hoy derogada por la Orden 2899/2011 de 28 de Octubre⁹², en la que se establecía en su artículo séptimo que “los documentos contractuales relativos a operaciones activas y pasivas en las que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos: ... d) los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia entidad u otras de su grupo,...; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación”.

Curiosamente ni la Orden 2899/2011 ni la Circular 5/2012 de 27 de junio, actualmente vigentes, recogen la obligatoriedad de incluir la posibilidad de desistimiento por parte del prestatario ante las variaciones de tipo de interés o incluso ante las posibles modificaciones del índice de referencia.

Por su parte el número 2 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, vigente hasta 2007 en que por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), únicamente concedía al consumidor la facultad de resolver el contrato cuando el índice de referencia no fuera uno de los considerados legales, sin necesidad entendemos de que se hubiera previsto contractualmente esta posibilidad.

En la última modificación del TRLDCU, de fecha 3 de Julio de 2015 desaparece esta Disposición Adicional y se regulan en los artículos 102 a 108 el derecho de desistimiento que se refiere estrictamente a operaciones de consumo sin que podamos entender sea aplicable, ni siquiera por analogía, a los contratos de préstamo hipotecario. Así en el artículo 102 se reconoce el derecho que tiene el consumidor a desistir del contrato en un plazo de 14 días considerando nulas las cláusulas que impongan al consumidor “una penalización por el ejercicio de su

⁹² La Orden EHA/2899/2011, deroga toda la normativa anterior en relación con el sector bancario, pasando a ser la misma la norma que de forma general regula toda la transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

CAPITULO SEXTO

derecho de desistimiento o la renuncia al mismo”. Evidentemente la ratio legis no tiene nada que ver con la cláusula de desistimiento que se incluyen en las operaciones hipotecarias, de ahí que consideremos que es inaplicable a las mismas.

Entendemos, además, que, de los artículos 26 y 27 de la Orden 2899/2011, interpretados conjuntamente con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización sí podríamos llegar a una serie de conclusiones en cuanto a la necesidad de incluir una cláusula de desistimiento en los contratos de hipoteca. Argumento que después ampliaremos al defender la necesidad de pactar una cláusula de desistimiento. Analicemos a continuación el contenido de estos preceptos.

El artículo 26 de la Orden antes citada señala que las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices de referencia en los préstamos a interés variable los que cumplan dos condiciones. Recordemos: primero, que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; y, segundo, que los datos que sirvan de base al índice sean agregados con un procedimiento matemático objetivo. Seguidamente el artículo 27 enumera los seis tipos considerados oficiales que se publicarán mensualmente en el Boletín Oficial del Estado. Por su parte, la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 regula el régimen de transición como consecuencia de la desaparición de aquellos índices no considerados oficiales. A tal efecto se establecen una serie de previsiones que resumimos, en primer lugar, en la sustitución del índice que desaparece por el sustitutivo previsto en el propio contrato y, en segundo lugar, a falta de este o que fuera uno de los considerados no oficiales, se aplicará el llamado IRPH Entidades.

De los artículos antes señalados podríamos concluir que sólo en aquellos supuestos en que no esté previsto un índice de referencia considerado oficial sí debería preverse una cláusula de desistimiento principalmente en base al argumento legal de la necesaria comunicación del nuevo tipo de interés y consecuentemente en la no conveniencia de este tipo.

Con este último argumento enlazamos con la segunda tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de pactar cláusula de desistimiento.

Entendemos que la cláusula de desistimiento es esencial en el préstamo a interés variable. En la Exposición de Motivos de la LGDCU se aludía a la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 sobre prácticas comerciales desleales que básicamente prohíbe las cláusulas contractuales que limiten los derechos de los consumidores y, en particular, “las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato”. En tal

CAPITULO SEXTO

sentido, se señala se deberá regular el procedimiento mediante el cual el consumidor puede ejercitar este derecho sin sanciones o cargas.

El derogado artículo 10.1 c) de la LGDCU, de parecida, aunque no idéntica redacción al artículo 82.1 del TRLGDCU se refería en línea con lo expuesto al “justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”, y la manera que tiene el prestatario de conseguir esta finalidad es la cláusula de desistimiento⁹³.

El argumento es claro a nuestro entender: el prestatario no tiene la información, la previsión, el poder económico que posee la entidad de crédito. Para el deudor hipotecario puede representar un importante contratiempo la subida de uno o varios puntos del tipo de interés de la operación, igualmente la sustitución del índice de referencia, supuesto no tan extraño ante la desaparición de determinados tipos de referencia. Esta posibilidad de subida de interés, en algunos casos importante, no debe resultar sorprendente si tenemos en cuenta las condiciones ofertadas en determinadas entidades en relación con los préstamos hipotecarios: operaciones con cuotas atractivas de entrada, en algunos supuestos muy por debajo del precio que resultaría de sumar el diferencial al índice de referencia y en las que en el momento de la revisión la subida puede fácilmente alcanzar 2 o 3 puntos en relación con el tipo pactado en el momento de la firma del contrato. En consecuencia, tanto si asumimos la necesidad de respetar el “justo equilibrio” desde una perspectiva económica, como la necesidad de corregir el “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes” desde una perspectiva más jurídica, la cláusula de desistimiento constituye un requisito, un argumento para darle al prestatario la posibilidad de salirse de la relación contractual cuando circunstancias sobrevenidas suponen mantenerle en una situación contractual en la que, no olvidemos, está en situación de inferioridad. La cláusula “rebus sic stantibus” es el argumento para reequilibrar la situación contractual.

Como señala GARCÍA la cláusula de desistimiento constituye “un argumento de la realidad social viva. La cláusula “rebus sic stantibus” tiene también aplicación aquí: ha de dársele al prestatario la posibilidad de que salga de la relación en una situación límite, que puede producirse por circunstancias imprevisibles dada su inferioridad en la posición contractual de prestatario en esta materia de carácter financiero”⁹⁴.

B) PRESUPUESTOS Y REQUISITOS DE LA CLÁUSULA DE

⁹³ El artículo 82.1 del TRLGDCU se refiere a “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes”, incidiendo más en el contenido jurídico de las prestaciones de ambas partes que en el contenido económico al que aludía la redacción del artículo 10.1 c) de la LGDCU. Esta cuestión es desarrollada más adelante.

⁹⁴ GARCÍA GARCÍA, J. M., ob. cit., página 1130.

CAPITULO SEXTO

DESISTIMIENTO

En la práctica no todos los contratos de préstamo contienen una cláusula de desistimiento posibilitando que el prestatario pueda resolver el contrato. Es importante no confundir esta posibilidad de desistir de la operación con la amortización anticipada. Así la cláusula de desistimiento tiene como presupuestos una revisión del tipo de interés y la posterior disconformidad del prestatario con las nuevas condiciones económicas resultantes de la revisión. Como consecuencia de la comunicación de la variación de tipo se le concede al deudor la posibilidad de hacer efectivo la totalidad del capital pendiente liquidando los intereses al último interés aplicado, todo ello dentro de un plazo limitado. En cambio, la amortización, ya sea parcial o total, supone la facultad que tiene el deudor de reembolsar en cualquier momento todo o parte del capital prestado, liquidando al tipo vigente en aquel momento y normalmente con una comisión por amortización y en algunos casos con unos límites para la devolución de la totalidad del capital pendiente⁹⁵.

Volviendo a la cláusula de desistimiento hay que referirse al artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en la enumeración de cláusulas que considera abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario se refiere a: “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de 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”.

La redacción de este artículo es prácticamente idéntica a una de las cláusulas consideradas abusivas en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Reproducimos la que se considera abusiva en la letra j) del citado Anexo:

⁹⁵ Discrepamos, en este sentido, de la opinión expresada por María Ysás, en el análisis conjunto que realiza de la cláusula de desistimiento y de amortización del capital del préstamo (*El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Editorial La Ley, página 109).

CAPITULO SEXTO

“j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo.

2. Alcance de las letras ... j)

b) La letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes, y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

La letra j) se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato”.

En consecuencia, retomando el hilo argumental que venimos desarrollando en líneas anteriores, los requisitos que debe reunir la cláusula de desistimiento son dos a partir de la existencia de un presupuesto:

El presupuesto consiste en que efectivamente esté prevista en los contratos de préstamo hipotecario a tipo de interés variable una cláusula de desistimiento, siempre y cuando la operación se encuentre referenciada a un índice que no sea considerado oficial (el artículo 85.3 del TRLGDCU se refiere a “índices legales”, consideramos más correcta la expresión oficial y de hecho es la recogida en el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011). El argumento lo hemos desarrollado anteriormente en aras a conseguir el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

En cuanto a los dos requisitos, ha de indicarse que el primero consiste en la inexistencia de comisiones, condicionantes o autorizaciones previas para que el prestatario, una vez comunicada la variación de tipo de interés, pueda desistir de la operación y hacer efectivo el capital pendiente. El segundo se centra en la necesidad de establecer un preaviso adecuado según se señala en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos y se ha incorporado a la normativa interna con el TRLGDCU que se refiere a la necesidad de “una previa notificación con antelación razonable”.

1º.- PRESUPUESTO: Analicemos en primer lugar el presupuesto, es decir, la efectiva previsión de una cláusula de desistimiento. Si nos detenemos en el análisis de la normativa sectorial y legislación que incide sobre esta cuestión veremos la incoherencia que sobre este tema se produce.

CAPITULO SEXTO

Lo primero que llama la atención es “el olvido” sobre esta cuestión en la normativa relacionada. Curiosamente, y haciendo un repaso previo de la evolución histórica de la normativa sectorial, la Orden de 17 de Enero de 1.981 del Ministerio de Economía y Hacienda sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo, hoy derogada, señalaba en su artículo tercero que “en los préstamos o créditos a interés variable que concierten las entidades de depósito deberá pactarse un 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”⁹⁶.

Por su parte la Orden de 12 de Diciembre de 1989 señalaba en su artículo séptimo, número 4 que en las operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo se deberán recoger “los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado...; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación”.

En parecidos términos la Circular 8/1990 de 7 de septiembre se limitaba a establecer la obligatoriedad de las entidades de recoger en su tablón de anuncios las modificaciones de tipo de interés en los contratos de duración indefinida, la comunicación de dichas variaciones a la clientela “con antelación razonable a su aplicación, y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación” (norma sexta apartado 6 d).

La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras tampoco aportaba nada en favor de la exigencia de pactar una cláusula de desistimiento. Simplemente se regulaba en el Anexo II, dentro de las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario, en su número 5, la necesidad de que se estipulara “la forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable en su préstamo en cada período”.

⁹⁶ La normativa sectorial derogada estaba constituida por: - Orden de 17 de enero de 1981, del Ministerio de Economía y Hacienda sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo; - Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 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; - Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre. Esta Circular tuvo una serie de modificaciones: Circular 22/1992 de 18 de diciembre; Circular 13/1993 de 21 de diciembre; Circular 5/1994 de 22 de Julio, motivada por la aprobación de la Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y por la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; Circular 3/1996, de 27 de febrero, motivada por la aprobación de la Ley 7/1995 de 23 de marzo, de crédito al consumo y por la Orden de 25 de octubre de 1995 de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

CAPITULO SEXTO

Centrándonos en la normativa actualmente vigente nos referimos en primer lugar a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Ha de destacarse, en primer lugar, que dicha Ley no se aplica a los contratos garantizados con hipoteca inmobiliaria, ni a los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (artículo 3, letras a y b). Esta ley tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/48/CE y de conformidad con su Exposición de Motivos, en concreto el Considerando 14 y al artículo 2 letras a y b, se justifica la no aplicación a los contratos de hipoteca, “dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico” (Considerando 14). Pese a que es evidente que no se pueden aplicar a las operaciones hipotecarias sí entendemos que debemos recoger las previsiones de esta ley dado que en palabras de la Directiva que desarrolla, “es importante que, para garantizar la confianza de los consumidores, el mercado les ofrezca un grado de protección suficiente” (Considerando 8) y “una armonización total es necesaria para garantizar que todos los consumidores de la Comunidad se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses” (Considerando 9).

Al derecho de desistimiento en los contratos de consumo se refieren los artículos 10.3 letra o), 16.2 letra p) de la Ley 16/2011. El artículo 10 regula la información previa que el prestamista debe facilitar al consumidor para que este pueda comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión “informada sobre la suscripción de un contrato de crédito”. Se exige que dicha información deba especificar “la existencia o ausencia de derecho de desistimiento”. Por su parte, el artículo 16, refiriéndose al contenido de los contratos señala que el documento en que se formalice el crédito deberá recoger “la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la obligación del consumidor de pagar el capital dispuesto y los intereses de conformidad con el artículo 28, apartado 2, letra b), y el importe del interés diario “. En cuanto al artículo 28.2 b) se establece que el prestatario deberá “pagar al prestamista el capital y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital”.

En cuanto al resto del artículo 28, se regula el derecho de desistimiento en cuanto que facultad que tiene el consumidor para dejar sin efecto el contrato celebrado siempre que se lo comunique a la otra parte en un plazo de 14 días; no es, en consecuencia, estrictamente el desistimiento al que nos referimos en relación con los préstamos hipotecarios y que sería la posibilidad de resolver la operación por parte del prestatario para el caso de que se produjera una variación del tipo de interés⁹⁷.

⁹⁷ El artículo 8 de la anterior Ley de Crédito al consumo únicamente se refería bajo el enunciado de modificación

CAPITULO SEXTO

En cuanto al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha de señalarse que en el artículo 60.1 al regular la información previa al contrato establece que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones económicas y financieras”. Entre ellas en la letra f) se señala que expresamente deberán constar “la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución”. En la letra h) se exige “la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejecutarlo”⁹⁸.

En relación con el contrato, en el artículo 62, en su apartado 1, se señala que en la contratación con consumidores y usuarios “debe constar de forma inequívoca su voluntad de contratar o, en su caso, de poner fin al contrato”. En el apartado 3 se recoge la previsión de que el consumidor y usuario pueda “ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de

del coste total del crédito a que en el acuerdo formalizado entre las partes debían recogerse “los derechos que contractualmente correspondan a las partes en orden a la modificación del coste total del crédito inicialmente pactado y el procedimiento a que ésta deba ajustarse”.

⁹⁸ La Orden EHA/2899/2011 recogía a propósito de la información precontractual en los artículos 21 a 23 las obligaciones de información previa a la contratación que tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019 ha sido sustituidas por la FEIN y la FiAE. De manera resumida enumeramos las fichas recogidas en la Orden EHA/2899/2011 que, pese a no estar en vigor, nos muestran aspectos relevantes de la información precontractual que, en líneas generales, han sido unificados en la FEIN:

1º.- La ficha de información precontractual (FIPRE): en la misma se proporcionará a los clientes que lo soliciten “información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan”. La ficha en la que se deberá facilitar la misma se estructura en el Anexo de la misma Orden y en el punto 6 se recoge la amortización anticipada y dentro de la misma con una redacción que induce a confusión “si ha lugar a compensación por desistimiento”. Ya hemos argumentado anteriormente que existe una gran diferencia entre la amortización anticipada del préstamo y la cláusula de desistimiento.

2º.- La ficha de información personalizada (FIPER): nos encontramos ante el supuesto de que el cliente ya ha trasladado a la entidad financiera sus necesidades de financiación y sobre todo su situación financiera de forma tal que la entidad pueda valorar su demanda de crédito. El contenido y estructura de la ficha se desarrolla igualmente en el Anexo de la Orden y en el punto 8 dentro del apartado de amortización anticipada si bien distinguiendo ambos supuestos establece que se deberá dar la información “si ha lugar a la compensación por desistimiento” y en el punto anterior se refiere a si el préstamo se puede amortizar total o parcialmente recogiendo las condiciones y procedimiento.

3º.- La Oferta Vinculante: Implica un paso más de forma tal que el cliente ya ha manifestado su voluntad de contratar el préstamo hipotecario, se ha realizado la tasación y se han efectuado las comprobaciones sobre la situación registral del inmueble y sobre la capacidad financiera del cliente. Su estructura es idéntica a la ficha de información personalizada adicionando que se trata de una oferta vinculante y el plazo de vigencia de la misma.

CAPITULO SEXTO

sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas...”.

Por su importancia mencionamos el artículo 65 que al referirse a la integración del contrato señala que “los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

En cuanto a la normativa sectorial vigente, únicamente encontramos una referencia a la cláusula de desistimiento en el artículo 7 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre al referirse a la información contractual y a los extremos que deberán recogerse de forma “explícita y clara” en los documentos contractuales de concesión de crédito y préstamo. En el apartado 3, letra f) se señala que deberán pactarse expresamente “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”.

En línea con las previsiones legales antes citadas se contempla que se pueda pactar una cláusula de desistimiento si bien no es obligatoria su inclusión en el contrato.

2º.- REQUISITOS: En cuanto a los dos requisitos ha de señalarse que el primero consiste en la inexistencia de comisiones, condicionantes o autorizaciones previas para que el prestatario, una vez comunicada la variación de tipo de interés, pueda desistir de la operación y hacer efectivo el capital pendiente al último tipo de interés aplicado al contrato. De ahí lo importante pues, como señalábamos, de diferenciar la cláusula de desistimiento de la de amortización anticipada muchas veces sujeta a condiciones y siempre al cobro de comisiones⁹⁹. Como habíamos

⁹⁹ Un ejemplo de previsión de amortización anticipada lo encontramos en la escritura de 22 de febrero de 2007 de la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios: “Amortización anticipada: La parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente el capital pendiente, total o parcialmente, de acuerdo con las siguientes condiciones: 1º.- La cantidad a satisfacer por el reembolso anticipado será del 1 % del importe del reembolso, tratándose de reembolso parcial, y del 1% tratándose de reembolso total. A estos efectos se considerará reembolso anticipado total cuando la suma de reembolsos parciales realizados en los doce últimos meses sea igual o superior al 25 % del capital pendiente al inicio de dicho período de doce meses o al inicial del préstamo si no hubiesen transcurrido doce meses desde su otorgamiento, incluido aquél cuya adición a los ya realizados anteriormente diera como resultado, por primera vez en ese período un importe igual o superior a dicho porcentaje del 25 %; 2º.- El importe mínimo del capital a reembolsar será de 1.800 euros; 3º.- En caso de reembolso parcial, la parte prestataria podrá optar por mantener el importe de las cuotas de amortización reduciéndose el plazo de duración del préstamo, o bien, reducir el importe de dichas cuotas manteniendo la duración. En este último caso, el importe mínimo de la cuota resultante no puede ser inferior a 30 euros. Además de lo pactado en los números anteriores, la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente cada año y sin comisión, una cantidad equivalente al importe de 2 cuotas mensuales en un máximo de dos pagos; 5º.- La petición de reembolso anticipado deberá ponerse en conocimiento de U.C.I. Con una antelación mínima de diez días a la fecha en que se pretenda realizar el mismo; 6º.- En todo caso, las cantidades entregadas para la amortización anticipada se imputarán con fecha valor día 5 de cada mes o, si este es inhábil, el inmediato anterior hábil, por lo que las cantidades entregadas a tal efecto

CAPITULO SEXTO

señalado anteriormente, la amortización anticipada es la facultad, que en cualquier momento tiene el deudor, para liquidar al tipo de interés vigente en el momento una parte o la totalidad del importe del préstamo. La amortización o devolución, bien parcial o total, del préstamo es inherente a la propia definición que del mismo se realiza en el artículo 1740 del Código Civil.

El segundo requisito se centra en la necesidad de establecer un preaviso adecuado. Es evidente y lógica esta exigencia de fijar una fracción de tiempo razonable para que el deudor pueda desistir del contrato si el cambio de condiciones no le conviene. En consecuencia, habrá que establecer un plazo durante el cual el prestatario pueda:

a) Notificar su disconformidad con el cambio experimentado por el tipo de interés de su operación hipotecaria, incluso con el posible cambio de diferencial de la operación o la modificación de interés variable a interés fijo.

b) Caso de disconformidad, pagar la totalidad del préstamo al último tipo de interés vigente de la operación.

Por tanto, este “preaviso adecuado” debe contemplar no solo la posibilidad de que el prestatario pueda pronunciarse sobre el nuevo tipo de interés o índice de referencia, si es el caso, sino también y de manera muy importante, establecer un plazo para que, de forma razonable y posible, se pueda liquidar el capital pendiente al último tipo de interés del préstamo.

Invocando el buen sentido para otorgar al prestatario esta cláusula de rescisión o desistimiento, se habla de un plazo prudencial para devolver la parte pendiente del capital al tipo antiguo¹⁰⁰. Consideramos que el plazo que por parte de algunos se señala de seis meses es demasiado amplio y podría perjudicar a la parte prestamista. Se apunta acertadamente por la doctrina el hecho de que en la práctica se recojan imprecisiones terminológicas en las escrituras de hipoteca lo que podría conducir a confusiones de fondo. En concreto se utiliza en ocasiones la palabra “resolver” en vez de “rescindir”. Es discutible si estamos ante una verdadera rescisión, pero, en cualquier caso, siempre será un concepto más adecuado que el de resolución.

Establecida pues la necesidad de pactar esta llamada cláusula de desistimiento o rescisión, en aquellos supuestos en que no se pacte la cláusula de interés variable en relación con un índice de los considerados oficiales (nomenclatura que

deberán ponerse a disposición de U.C.I. en dicha fecha.”

¹⁰⁰ GARCÍA GARCÍA, J. M., ob. cit. página 56.

CAPITULO SEXTO

consideramos mejor que “índices legales”), siempre condicionada a una comunicación fehaciente de la variación de tipo de interés o de índice de referencia en un plazo razonable, hemos de llamar la atención sobre las posibles opciones que tiene el prestatario ante dicha comunicación.

En efecto, ante la variación del tipo de interés, el prestatario debería poder o bien aceptar el tipo comunicado por la entidad financiera o bien rechazarlo. La situación es compleja en la medida en que, si el deudor no está de acuerdo con el nuevo tipo de interés o nuevo índice de referencia, únicamente puede cancelar la operación, con todo lo que representa tener que tramitar un nuevo préstamo en otra entidad o en la misma dado el importante volumen de gastos que se van a generar por la cancelación y constitución de una nueva hipoteca: gastos notariales, registrales, impuestos, gestión,...y adicionalmente las comisiones por apertura de un nuevo préstamo. Evidentemente si el deudor dispone del capital pendiente para cancelar el préstamo se obviarían todos estos gastos.

Ante este complicado y desalentador panorama prácticamente el prestatario se ve obligado bien a aceptar el nuevo tipo de interés o, si es el caso, aceptar el nuevo índice de referencia. Una posible solución puede venir a través de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios que seguidamente vamos a analizar.

C) LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO, SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: INSTRUMENTO DE DEFENSA DEL PRESTATARIO ANTE LA VARIACIÓN DE CONDICIONES DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO.

1.- INTRODUCCIÓN

Enlazando con la argumentación antes expuesta, la Ley 2/1994 constituye un punto de referencia importante como instrumento de defensa por parte del prestatario ante el mayor poder económico de la entidad financiera.

Esta Ley surge en un contexto de bajas generalizadas de tipos de interés (recordemos la llamada “guerra de las hipotecas” hasta aproximadamente el año 2008) consecuencia de prácticas comerciales agresivas por parte de las entidades financieras lo que origina, de entrada, una mejora de las condiciones ofrecidas al prestatario. Actualmente se está reactivando de nuevo el mercado de subrogación de hipotecas, de hecho la mayoría de entidades están ofreciendo dentro de sus productos las “hipotecas subrogación” con el claro objetivo de mejorar el tipo de

CAPITULO SEXTO

interés de la hipoteca actual del cliente¹⁰¹.

Ha de destacarse que esta mejora de las condiciones que se están ofreciendo, y que es la razón de ser de la subrogación, tiene que ser analizada exhaustivamente en el sentido de que un estudio de todas las condiciones de la operación nos permite concluir, en muchos casos, que la mejora de las mismas es más aparente que real. De hecho en algunas de las ofertas señaladas bien la vinculación de nuevos productos o el nuevo tipo de interés, salvado el primer período a interés fijo, no son tan ventajosas como se pretende en relación con el contrato a subrogar. Llamamos la atención en este sentido a una de las grandes carencias de la ley, la inexistencia de una instancia objetiva que valore las condiciones de la subrogación. Sobre esta ley se ha producido una importante novedad mediante la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que ha modificado el artículo 2 de la misma en el sentido de que es el deudor quién en última instancia tiene la decisión de cambiar la hipoteca de una entidad a otra. Así el artículo 2 queda redactado conforme a la disposición final tercera de la Ley 5/2019 de la siguiente manera: “El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquella por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1211 del Código Civil”. Se corrige así, ya lo hemos señalado antes, la desafortunada reforma que de dicho artículo se realizó mediante la Ley 41/2007 y que, de forma resumida, otorgaba a la entidad financiera la decisión última de si se podía realizar la subrogación. No es más que una redacción en casi idénticos términos a la primitiva del artículo 2 de la Ley 2/1994 en el momento en que se aprobó y que, afortunadamente, vuelve a colocar al deudor en el centro de la operación ya que es a quién corresponde decidir qué entidad financiera tiene que ser la titular de la operación de préstamo. Es un argumento que hemos reiterado en distintos apartados de la tesis, no solo son las condiciones financieras las que deben considerarse en la relación cliente-banco, factores como la atención personal, productos, soporte operativo de la entidad, etc... deben ser valoradas ya que, lo contrario, supondría minimizar los servicios que ofrece la banca y reducirlos a una empresa que da y recibe dinero¹⁰².

El propósito fundamental de la Ley, en el contexto económico en que se aprobó, era que los prestatarios que contrataron sus operaciones con anterioridad a la bajada de tipos de interés pudieran beneficiarse de las ventajas que supuso este

¹⁰¹ Se pueden consultar cualquiera de las páginas web de las distintas entidades que operan en España: www.santander.es ; www.liberbank.es; www.ing.es ; www.bbva.es ; www.deutschebank.es. Los nombres comerciales son significativos: “hipotecambio db”; “hipoteca santander subrogación”; “hipoteca para subrogación BBVA”; “hipoteca naranja de ING” (última consulta 23 de agosto de 2017).

¹⁰² GOMÁ LANZÓN, F., “El deudor recupera el poder de decidir si cambia la hipoteca de un banco a otro”. *El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, número 84, marzo/abril de 2019, página 42.

CAPITULO SEXTO

descenso.

En la Exposición de Motivos se fundamentaba la promulgación de la Ley por un doble pretexto que impedía la inviabilidad económica del cambio de hipoteca:

1º.- La fuerte comisión por amortización anticipada impuesta por las entidades financieras al tiempo de formalizar el contrato.

2º.- La duplicidad de gastos que implicaban la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de uno nuevo¹⁰³.

Se limitaba, en efecto, en relación con el primer punto, la cuantía de la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por amortización anticipada del préstamo y solo a propósito de las operaciones a interés variable: “la razón de esta reducción estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión por cancelación a una pena por desistimiento” (Exposición de Motivos).

Se argumentaba la regulación por ley de la moderación de la pena por desistimiento en momentos de crisis económica y por tratarse de contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito, sin que quepa objetar una injerencia de la Administración en el libre funcionamiento del mercado, “pues no es otra cosa sino una mejora del sistema jurídico-institucional, para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento” (Exposición de

¹⁰³ Con la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se clarifica la cuestión de a quién corresponden los gastos inherentes a la formalización de una hipoteca. En el artículo 14 junto con las normas de transparencia material se establece que básicamente todos los gastos, salvo tasación y segundas copias, son asumidos por el prestamista. Recordemos que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados a partir del Real Decreto 17/2018 de 8 de noviembre cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista. En relación con este tema de los gastos de constitución del préstamo hipotecario y la posibilidad de subrogar a otra entidad dicha operación acogiéndose a la Ley 2/1994, señala el artículo 14 de la Ley 5/2019 que, para evitar que una entidad se subrogue aprovechándose de los gastos satisfechos por otra, el banco subrogado debe resarcir al primero “la parte proporcional del impuesto y los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución”. La fórmula que consagra el artículo 14 es que los gastos y el impuesto se calculen en proporción al préstamo pendiente de amortización. Previsión desafortunada si tenemos en cuenta que en España el 99% de las operaciones se amortizan por el método francés (Fuente: Estudio de la AHE de julio de 2018 antes citado, página 14). Este hecho implica que al amortizarse el préstamo con cuotas iguales durante todo el plazo pactado, al principio se paga menos capital y más intereses, circunstancia que se va invirtiendo a lo largo de los años. A efectos prácticos a la mitad del plazo queda pendiente más del 60% del capital, pero se han pagado más de dos tercios de los intereses totales. Así si a la mitad del plazo se solicita un cambio de entidad esta deberá pagar un 60% de los gastos y cobrará solo un 30% de los intereses, o, dicho de otra manera, la primera entidad habrá cobrado un 70% de los intereses asumiendo solo el 40% de los gastos. Este hecho supondrá, sin duda, un obstáculo para intentar conseguir unas condiciones económicas más ventajosas para el deudor que quiera cambiar de entidad. Una crítica más a la Ley 5/2019.

CAPITULO SEXTO

Motivos).

Lo cierto es que transcurrido ya bastante tiempo de la entrada en vigor de la Ley su aplicación práctica ha quedado reducida a las novaciones modificativas dentro de la misma entidad sin que las subrogaciones entre distintas entidades hayan sido numerosas y en los casos en que se han realizado, como antes hemos señalado, habría que valorar detenidamente si se han mejorado de forma objetiva las condiciones de la operación¹⁰⁴.

2.- ANÁLISIS DE LA LEY

La Ley plantea dos supuestos básicos: la novación modificativa y la subrogación.

A) LA NOVACIÓN MODIFICATIVA. Es el supuesto más sencillo planteado: el prestatario pacta con la entidad prestamista una modificación “a la baja” de las condiciones de la operación¹⁰⁵. Del articulado de la Ley se deduce como contenido del acuerdo novatorio¹⁰⁶:

1º.- Que la novación modificativa consista en la mejora de las condiciones de tipo de interés. Nos situamos ante el concepto clave de la Ley, hasta el punto de que constituye el requisito esencial tanto de la novación como de la subrogación, “mejora de las condiciones de tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente” (artículo 4).

La determinación del concepto de mejora no es fácil tratándose de una operación a tipo de interés variable. No plantearía dudas si se indica que es inferior en “x” puntos al tipo fijado de conformidad con lo pactado en el préstamo. Tampoco existirían problemas si referenciado con arreglo a un determinado índice, se mantiene el mismo y se fija un diferencial inferior. Más problemático sería

¹⁰⁴ Si consultamos los datos estadísticos del INE en el año 2016 (datos mes de marzo) constatamos que para un total de 12.065 operaciones con cambios en sus condiciones inscritas en los Registros de la Propiedad solo 2.441 corresponden a subrogaciones de entidad acreedora y en cambio 8.637 son novaciones o modificaciones producidas con la misma entidad financiera y 987 son operaciones donde cambia el titular del bien hipotecado (subrogaciones de deudor). Se puede consultar el informe completo en www.ine.es (fecha consulta 30/08/2017).

¹⁰⁵ En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994, la novación “resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder a su propio cliente.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M., “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 622, mayo-junio 1994, páginas 1199 a 1246.

CAPITULO SEXTO

determinar si hay mejora cuando se pacta un nuevo índice de referencia distinto del establecido en el momento de la firma del contrato, en la medida que no son comparables al ser magnitudes heterogéneas.

La solución a este problema no es fácil. Algunos autores, recogiendo la opinión de los asesores de los bancos y de los técnicos del Ministerio de Economía y Hacienda, defienden que el concepto de mejora debe ser apreciado y juzgado por el prestatario, bastando que en la escritura se diga que la subrogación implica mejora en el tipo de interés¹⁰⁷, opinión que como posteriormente expondremos no compartimos.

Una limitación al libre criterio del prestatario aparecerá en aquellos supuestos en que existan acreedores posteriores sobre la finca registral hipotecada. Como se señala “en todo caso es preciso que no se aumente ninguna de las distintas partidas que integran la responsabilidad hipotecaria”¹⁰⁸, en el sentido de que perjudiquen o puedan resultar perjudicados los derechos de los acreedores posteriores al tiempo de presentar la escritura de subrogación o novación en el Registro de la Propiedad. En este supuesto, a nuestro entender lamentablemente el único, será el juicio del Registrador el que deberá determinar y autorizar este concepto de mejora.

Por nuestra parte consideramos incorrecto dejar que sea el prestatario quien realmente aprecie la efectiva mejora de las condiciones de la operación. En principio, no debería haber problemas en aquellos supuestos en que solo se reduzca a la baja el tipo de interés sin alterar ningún otro elemento de la relación crediticia.

No obstante, más complicado será el supuesto en que se sustituye el índice de referencia y además se modifica el diferencial. El prestatario, según palabras de la Exposición de Motivos de la Ley “, se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito”. Ante la reclamación por disconformidad con las condiciones de la operación se le ofrece al deudor por la propia entidad financiera una novación modificativa sin que el prestatario, en la mayoría de las veces, tenga elementos de juicio suficientes para valorar a medio o largo plazo la conveniencia de los cambios en determinados aspectos de la relación contractual. De ahí la propuesta realizada páginas atrás de que sea una instancia ajena a ambas partes la que, de una manera objetiva, valore esta “mejora de las condiciones de tipo de interés”.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M., ob.cit., página 1222. Cita a favor de su argumentación la opinión de los asesores de los bancos recogida en la Circular 551 de la Asociación de Banca Privada de fecha 12 de abril de 1994 en la que señala que basta una mejora en la Tasa Anual Equivalente (TAE).

¹⁰⁸ Ob.cit., pagina 1222.

CAPITULO SEXTO

2º.- Que la novación consista en una alteración del plazo inicialmente pactado. Se deben incluir tanto los supuestos de aumento como de disminución del plazo originariamente pactado¹⁰⁹. En ningún momento se debe confundir esta alteración de plazo con las posibles variaciones que se puedan producir por amortizaciones parciales de capital si se imputan las cantidades entregadas a reducir el plazo de la operación y no la cuota. En rigor, la novación, necesariamente instrumentada en documento público, implica la previsión de un nuevo cuadro de amortización ya que se mantiene el mismo capital pendiente alterando el plazo.

3º.- Puede consistir también la novación en toda una serie de modificaciones que, sin implicar agravamiento de la responsabilidad hipotecaria, no suponen actos liquidables. Se podrían incluir en estos supuestos: variaciones del valor de tasación; modificaciones del domicilio para requerimientos y notificaciones; modificación de la fecha de pago; variación del sistema de amortización (mensual, trimestral, semestral, anual). En todo caso las ventajas para el prestatario son una importante reducción de costes: bancarios, notariales, fiscales y registrales.

B) LA SUBROGACIÓN. Se entiende por tal, en la terminología de la ley, el cambio en la persona del prestamista que se subroga en la posición de la entidad inicial. Tema discutido es la naturaleza jurídica de dicha subrogación¹¹⁰. Se parte de la distinción de dos supuestos radicalmente distintos:

a´) subrogación convencional o mediante pacto (artículo 1209 in fine del Código Civil¹¹¹. Dicho pacto subrogatorio ha de existir, no se presume, pudiendo ser expreso o tácito.

b´) subrogación legal: el pago, efectuado en determinadas condiciones y circunstancias, produce, además del efecto extintivo de la obligación principal, el nacimiento de una nueva obligación, independientemente de la voluntad de los interesados (artículo 1210.2 en relación con el artículo 1158.2, ambos del Código

¹⁰⁹ El artículo 10 de la Ley establece que “en las novaciones modificativas que tengan por objeto la ampliación del plazo del préstamo, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de modificación de condiciones más del 0,1 por ciento de la cifra de capital pendiente de amortizar”. Llama la atención que el legislador únicamente haya previsto esta comisión en los supuestos de ampliación de plazo cuando puede darse el supuesto de que al prestatario le interese disminuir el plazo manteniendo las mismas condiciones, por ejemplo, por temas fiscales en supuestos de hipotecas anteriores a 2013 donde puede interesar incrementar la cuota acortando el plazo de vencimiento de la operación. Entendemos que estos supuestos igualmente la comisión debería ser del 0,1 %.

¹¹⁰ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., ob. cit., páginas 1206 y siguientes.

¹¹¹ Artículo 1.209 Código Civil: “La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto”.

CAPITULO SEXTO

Civil)¹¹².

Partiendo de estos dos tipos de subrogación se consideran dos teorías en orden a determinar la naturaleza jurídica de la subrogación regulada en la Ley¹¹³:

1) subrogación legal, *ope legis*: a priori la institución contemplada en la Ley apoyándose en el artículo 1210 del Código Civil. Esta teoría presenta objeciones: la subrogación legal parte del hecho determinante del pago de la obligación. Cabe la posibilidad de que la obligación convenida no esté íntegramente pagada ya que basta que la entidad que se subroga pague el principal, intereses y comisiones devengadas y no satisfechas, pudiendo quedar obligaciones derivadas del contrato de préstamo que queden fuera del importe subrogatorio (gastos suplidos, seguros,...); el artículo 1210.2 exige que el pago se haga con el consentimiento expreso o tácito del deudor y, en nuestro caso, puede hacerse incluso con la oposición expresa de éste¹¹⁴.

2) teoría intermedia que entiende la subrogación como una cesión forzosa del crédito. En favor de dicha postura:

- no se plantean problemas de técnica jurídica en relación con el pago, que deja de ser el hecho determinante de la subrogación.

- el importe de la cesión es la cantidad establecida por la Ley y que puede ser distinta del importe de la obligación.

- es compatible con el concepto de cesión la no completa liberación del deudor respecto del prestamista primitivo que puede seguir respondiendo por las obligaciones que han quedado fuera del contrato de préstamo (ejemplo los seguros vinculados a la operación).

- el supuesto del artículo 1211 del Código Civil, modelo seguido por la Ley: Artículo 2: “El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para

¹¹² Artículo 1210 Código Civil: “Se presumirá que hay subrogación: ...2º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor”.

Artículo 1.158 Código Civil: “... El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.”

¹¹³ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., ob. cit., página 1213.

¹¹⁴ Artículo 2 Ley 2/1994: “...No obstante... si la (entidad acreedora) se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada calcule bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error...”

CAPITULO SEXTO

pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1211 del Código Civil”¹¹⁵.

En cuanto a los requisitos de la subrogación:

a) ha de realizarse mediante el pago en dinero a la entidad acreedora, obteniéndose dicho importe mediante la concesión para tal fin de un préstamo por parte de la entidad que pretenda subrogarse, debiendo necesariamente constar en escritura pública.

b) el objeto exclusivo de la subrogación es la mejora de las condiciones de tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente.

En relación con el concepto de mejora del tipo de interés nos remitimos a lo dicho al hablar de la novación modificativa.

c) debe excluirse cualquier modificación distinta de la mejora de tipo de interés. En consecuencia, no pueden modificarse: el plazo (sí permitido en la novación modificativa), la periodicidad en el pago de los intereses y de la amortización, el valor de tasación a efectos de subasta y no pueden exigirse seguros u otras obligaciones previstas en el contrato originario. La solución práctica para modificar estos aspectos será tras firmar la subrogación formalizar novación modificativa.

3.2.7.- REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIA DE PREFERENCIALES DE OTRAS ENTIDADES COMO ÍNDICE DE REFERENCIA.

3.2.7.1.- ADMISIBILIDAD

La primera cuestión que debemos plantearnos es si es factible tras las nuevas reformas, principalmente en la normativa sectorial, utilizar como índice de referencia uno distinto de los considerados oficiales y en concreto el supuesto de que esté conformado por la media de preferenciales de entidades distintas de la prestamista.

¹¹⁵ Artículo 1211 Código Civil: “El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”.

CAPITULO SEXTO

Antes de la entrada en vigor de la Circular del Banco de España de 22 de Julio de 1994 era habitual encontrar contratos de préstamo hipotecario revisables utilizando como índice la media de entidades distintas de la prestamista¹¹⁶. De hecho, se siguieron utilizando habitualmente en el mercado.

La situación varió sustancialmente con la Orden EHA/2899/2011 que plantea un doble escenario. En primer lugar, según el artículo 26 es perfectamente posible pactar un índice de referencia distinto de los seis considerados oficiales en el artículo 27, siempre y cuando reúna dos condiciones:

1ª.- que se haya calculado a coste de mercado y no sea susceptible de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Es decir, la objetividad que venimos defendiendo hasta ahora.

2ª.- que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Nuevamente la objetividad como requisito si bien referida ahora al cálculo del índice.

Para los seis índices considerados oficiales nos remitimos a los distintos apartados de la tesis donde se han estudiado en profundidad.

3.2.7.2.- REQUISITOS PARA SU VALIDEZ

Consideramos pues, el escenario, perfectamente posible, de que en el contrato se incluye una estipulación que revisa la hipoteca según la media de preferenciales de otras entidades distintas todas ellas de la prestamista. Obviamente damos por sentado que no es posible revisar el préstamo tomando como índice de referencia el preferencial de la propia entidad; esta cuestión ya ha quedado clarificada en el análisis previo que hemos realizado sobre la objetividad del índice de referencia.

¹¹⁶ El Anexo VIII de la Circular consideraba como oficiales los siguientes índices:

- a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorro.
- c) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito.
- d) tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.
- e) tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- f) tipo interbancario a un año (míbor)”

CAPITULO SEXTO

Para el caso de que se recoja este tipo de cláusula hemos de plantear una serie de exigencias para que, en el supuesto de que se pacte, no pueda ser tachada de falta de objetividad. En concreto, consideramos cuatro exigencias:

1º.- no es posible referirse, sin más, a que el promedio de preferenciales es el de varias entidades sin concretar exactamente a qué bancos o cajas de ahorro se hace referencia. Lo contrario supondría una imprecisión que implicaría la nulidad de esta previsión.

2º.- es necesario concretar exactamente el procedimiento o la fórmula matemática para calcular el índice y además se tiene que pactar el diferencial a adicionar a este promedio que va a determinar la futura revisión del tipo de interés del préstamo.

3º.- debe procurarse un amplio abanico de las entidades que se tomen como referencia o lo que es lo mismo que el índice sea representativo del precio de mercado de los tipos de interés de las operaciones hipotecarias.

4º.- deben excluirse aquellas entidades que mantengan una íntima relación de operatividad institucional con la entidad prestamista.

Vamos a desarrollar a continuación estas cuatro exigencias.

A) EXPRESA MENCIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES QUE VAN A CONFIGURAR EL INDICE DE REFERENCIA

Es una exigencia lógica impuesta por la necesaria determinación de las entidades que formarán parte del cálculo del promedio. Si se estipula la revisión en función de una media, será imprescindible la exacta identificación de las que van a configurar el índice de revisión.

En relación con este requisito entendemos oportuno realizar una serie de consideraciones. En primer lugar, deben identificarse todos y cada uno de los bancos y cajas que van a configurar el promedio sin que sean correctas expresiones habitualmente utilizadas como “los bancos que constituyen la banca mediana”, “entidades que operan en una determinada zona geográfica”, o “depende de los preferenciales de la banca en general”.

Discrepamos en este sentido de la opinión defendida por algunos autores

CAPITULO SEXTO

cuando señalan que, si la determinación del tipo de referencia depende de preferenciales de la banca en general o de las cajas de ahorro en general, el tipo ha de considerarse objetivo en la medida en que la influencia de la entidad prestamista queda así lo suficientemente diluida¹¹⁷. Esta remisión a la banca en general, en nuestra opinión, permite que la entidad prestamista pueda elegir, en el momento de la revisión, aquellos preferenciales más adecuados a sus intereses en claro perjuicio del prestatario. Además, el deudor difícilmente tendrá capacidad para valorar objetivamente una media de preferenciales tan amplia y por supuesto tan abstracta.

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, recordemos derogada por la Orden EHA/2899/2011, se expresaba de manera clara en relación con esta posibilidad de que la entidad financiera influyera en la configuración del índice de referencia. Señalaba el artículo 6.2: “...las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades...”.

La Orden EHA/2899/2011 en términos idénticos se pronuncia en el artículo 26 al señalar “en caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) ...y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades”.

En segundo lugar, entendemos que no es correcta la identificación de las entidades en función de nombres o menciones con las cuales se presentan habitualmente en el tráfico bancario (ejemplo “La Caixa”). Deben constar en la escritura de préstamo datos esenciales sobre identificación, inscripción en el Registro Mercantil y domicilio de la entidad financiera. La práctica nos muestra como en las escrituras hipotecarias se nombra a la entidad de diferentes maneras: una, la completa denominación, y otra, la comercial o nombre con el que habitualmente se la conoce en el tráfico diario. Defendemos, al margen de la posible utilización del nombre comercial, la plena identificación de la entidad financiera.

Los argumentos a favor de la completa identificación los podemos resumir en:

- obviar la valoración que el prestatario debería realizar en orden a verificar si este nombre comercial es una simple variante terminológica de la entidad prestamista o de una de las entidades que efectivamente conforman el promedio de preferenciales.

¹¹⁷ ÁVILA, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, año 1990, página 109.

CAPITULO SEXTO

- la dificultad del prestatario para conocer la relación que pueda existir entre las distintas entidades, principalmente la posibilidad de que una de ellas sea filial o pertenezca al mismo grupo que la prestamista.

- la exigencia de que en las escrituras públicas se precisen las identificaciones de todas y cada una de las entidades en la medida que se debe cumplir con lo establecido en el artículo 51, regla 9ª del Reglamento Hipotecario¹¹⁸.

En tercer lugar, este requisito está en estrecha relación con la “operatividad institucional” en cuanto que concepto básico que nos permitirá excluir a una entidad de este promedio de diferenciales. Difícilmente se podrá comprobar la posible relación existente, a efectos de determinar la instrumentalidad entre la entidad prestamista y las distintas entidades que aparecen en la cláusula de revisión, sin una perfecta identificación de las mismas.

Por último, la enumeración de los bancos y cajas de ahorro implica que todos van a contribuir con su preferencial a configurar el promedio sin que podamos considerar válida la determinación por referencia a algunas entidades distintas que se señalan al efecto.

B) CONCRECIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CÁLCULO Y DEL DIFERENCIAL A ADICIONAR.

Estas exigencias garantizan en todo momento la objetividad. Nos vamos a centrar en el procedimiento de cálculo y, en cuanto al diferencial, nos remitimos al apartado 3.2.4 de este capítulo donde se ha tratado con mayor profundidad el tema.

Vamos a analizar, en consecuencia, el procedimiento de cálculo que según exigencia de los artículos 21.2 c) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 26 b) de la Orden EHA/2899/2011 tienen que ser “agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Ni la Ley 5/2019, ni la Orden EHA/2899/2011, ni la Circular del Banco de España, 5/2012 de 27 de junio, prevén ningún procedimiento ni sistema de cálculo que entendemos sería aplicable a cualquier estipulación de revisión de tipo de interés en operaciones hipotecarias. En relación con esta cuestión, consideramos que,

¹¹⁸ Artículo 51: “Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9 de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes:

.....9ª.- La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:

.....b) Si se trata de personas jurídicas, se consignarán su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro correspondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten....”

CAPITULO SEXTO

aplicando la analogía, el procedimiento debería ser el previsto en la Circular para el cálculo del tipo de interés oficial señalado en la letra a) del artículo 27 de la Orden, es decir, para “el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”. En el apartado 3 del citado artículo se señala que “la forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante Circular del Banco de España”.

Sí que regula la Circular de manera pormenorizada el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE) de los préstamos y créditos hipotecarios si bien hay que señalar que, en este punto que desarrollamos, la TAE es un concepto diferente y es importante la mención de la Orden EHA 2899/2011 al referirse en la Norma decimotercera que “en las operaciones a tipo de interés variable, la TAE variable se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida de la operación.....En estos casos la tasa anual equivalente solo tendrá efectos informativos, y se hará seguir de la expresión <esta TAE variable se ha calculado bajo la hipótesis de que los índices de referencia no varían; por tanto, esta TAE variable variará con las revisiones de tipo de interés>”. En términos parecidos se expresa al referirse al coste efectivo remanente (CER) y el rendimiento efectivo remanente (RER) “en las operaciones a tipos de interés variable, las modificaciones que experimenten los índices de referencia no se reflejarán en el coste o rendimiento efectivo remanente hasta tanto no afecten al tipo nominal de la operación. La indicación del coste o rendimiento efectivo, en estos casos, también se acompañará de la expresión <variación con las revisiones de tipo de interés>”¹¹⁹.

Por ello, conforme a esta previsión, la forma de determinar el preferencial para cada una de las entidades que a la postre servirá para concretar el índice de referencia se recoge en la Norma decimosexta y Anejos 8 y 9 de la Circular 5/ 2012 del Banco de España, de 27 de Junio, modificada esta última por la Circular 5/2017, de 22 de Diciembre, únicamente a los efectos de recoger como administrador del índice euríbor al European Money Markets Institute (EMMI) y contemplar la consideración del euríbor como índice crucial.

Veamos, en primer lugar, la definición del tipo de referencia, en este caso el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. Según el apartado 1 del Anejo 8 se define “como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre,

¹¹⁹ Estos tres conceptos: TAE, CER y RER siendo muy parecidos difieren en que la Tasa Anual Equivalente (TAE) es aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos entregados y recibidos *a lo largo de la operación*. En cambio, tanto el Coste Efectivo Remanente (CER) como el Rendimiento Efectivo Remanente (RER) se calculan igual que la TAE pero teniendo en cuenta exclusivamente *el plazo pendiente hasta el vencimiento* o amortización y calculando los conceptos de coste en el caso de CER y rendimiento en el caso de RER que queden por pagar o cobrar si la operación vence según el plazo pactado.

CAPITULO SEXTO

que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta¹²⁰.

La información para dicho cálculo se desarrolla en la norma decimosexta que podemos resumir en los siguientes datos:

1º.- Mensualmente las entidades deberán presentar al Banco de España el detalle de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones realizadas en España, con el sector privado residente y que estén denominadas en euros.

2º.- Se calcularán sobre “operaciones efectivamente realizadas” en el período de referencia, es decir, en el mes anterior.

3º.- Se deberán reflejar expresamente aquellas más frecuentes de tal manera que se comunicarán las operaciones que se apliquen a clientes que supongan un porcentaje inferior al 10 % del colectivo al que se aplica (punto 1 de la norma Decimosexta).

4º.- No se comunicarán los tipos de interés cuando se hayan formalizado durante el mes menos de 10 operaciones.

5º.- Considerando que no se recoge como exigencia ni en la Norma ni en los Anejos citados entendemos que igualmente sólo deben tenerse en cuenta aquellas operaciones con Loan To Value (LTV), es decir, porcentaje del préstamo en relación con la última tasación disponible, que no exceda del 80 %¹²¹.

Aún cuando no sea esta la práctica bancaria en la actualidad, valoramos como lógico este requisito de cara a la objetividad del cálculo que, además, y lo estudiaremos en más profundidad en el análisis del índice de referencia EURIBOR y IRPH Entidades, permitirá excluir aquellas operaciones que, precisamente por el mayor riesgo al tener una LTV superior al 80 %, suponen que la entidad aplique un tipo de interés mayor al de una operación normal.

El Anejo 1 de la Circular recoge esta exigencia únicamente a efectos informativos para “favorecer la comparación entre ciertos productos bancarios frecuentemente ofrecidos a los consumidores en España”, remarcando que no tienen

¹²⁰ La fórmula de cálculo se determina dividiendo la suma de los tipos de interés medios ponderados de cada banco y caja de ahorros por el número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

¹²¹ El Loan To Value (LTV) determina el porcentaje financiado en relación con la tasación de la vivienda.

CAPITULO SEXTO

carácter de oferta “ni comprometen en modo alguno a la entidad que las hace públicas”.

En los últimos años donde han sido habituales las refinanciaciones y los préstamos hipotecarios para adquisición de viviendas propiedad de las entidades de crédito donde son muy habituales financiaciones prácticamente del 100 % del valor de la vivienda entendemos razonable excluir todas estas operaciones con tipos de interés (principalmente en lo referente al diferencial a adicionar al índice de referencia) muy superiores a las habituales de adquisición de vivienda en el mercado.

C) AMPLIO ABANICO DE LAS ENTIDADES QUE SE TOMEN COMO REFERENCIA

Este requisito tiene como finalidad principal la de que el índice de referencia refleje la realidad del mercado hipotecario. Dentro del mismo entendemos razonable puntualizar que:

1º.- Debe configurarse el promedio con la aportación de preferenciales de bancos y cajas de ahorros.

2º.- Incluso en aquellos casos en que el número de entidades sea cuantitativamente importante siempre se debe excluir del mismo a cualquier banco o caja que forme parte del mismo grupo. Se da cumplimiento con ello a la exigencia del artículo 26, letra a) de la Orden EHA/2899/2011 “que no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades”, desarrollamos con más profundidad este requisito en el apartado siguiente.

3º.- Consideramos necesario establecer, como mínimo, cuatro entidades a la hora de configurar el promedio. Reducir el número de bancos y cajas por debajo de esta cifra supondría desvirtuar la necesaria realidad del mercado hipotecario que debe recoger el índice de referencia.

4º.- Es deseable que la media de entidades de crédito se configure por bancos y cajas que tengan una significación a nivel de cuota de mercado en el segmento hipotecario de vivienda libre.

D) EXCLUSIÓN DE AQUELLAS ENTIDADES QUE MANTENGAN UN INTERRELACIÓN DECISIONAL CON LA ENTIDAD PRESTAMISTA.

Es esta un previsión lógica que, además, se ha plasmado como exigencia en los artículos 21.2 b) de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y 26 a) de la Orden EHA/2899/2011 al señalar que no se podrán utilizar para confeccionar el índice los preferenciales que sean “susceptibles de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas” (artículo 21.2 b) Ley 5/2019) y en parecidos términos que “ sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o

CAPITULO SEXTO

prácticas conscientemente paralelas con otras entidades” (artículo 26 a) Orden).

Distintas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado se han pronunciado sobre los supuestos en que existiría una “operatividad institucional” o en palabras de la ley “acuerdos o prácticas conscientemente paralelas” que al final conducirían a una violación de la previsión contenida en el artículo 1256 del Código Civil en la medida que se concedería a una de las partes la facultad de modificar unilateralmente los intereses pactados. Ciertamente, no de forma directa, sino por medio de otras entidades con las que la otorgante del préstamo mantuviera relaciones operativas, por lo que la entidad prestamista resultaría interesada en la modificación de los intereses pactados.

Analicemos, en primer lugar, el supuesto planteado en la Resolución de 13 de noviembre de 1990. En el pacto segundo de la escritura otorgada por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona se establece:

“Tipo de interés de la segunda fracción temporal: para cada uno de los periodos anuales en que se subdivide la segunda fracción temporal del préstamo, el tipo de interés nominal será el resultante de añadir el diferencial de 0,25 puntos al tipo de referencia constituido por el promedio de los tipos preferenciales de interés para operaciones de préstamo a un año, publicados por las Entidades crediticias que seguidamente se relacionarán – designadas en adelante como entidades de referencia – redondeada la suma de ambas magnitudes en cifras múltiplos de $\frac{1}{4}$ de punto. La fracción inferior a $\frac{1}{8}$ de punto se redondeará por defecto y la igual o superior por exceso. Las entidades de referencia son los bancos: Español de Crédito, Bilbao y Sabadell; cajas: Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares, Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Ahorros y Monte de Piedad municipal de Bilbao”.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de esta cláusula basándose en una serie de motivos que en líneas generales podemos sistematizar en:

1º.- Existe una “indiscutible interacción decisional” entre las cajas enumeradas en el pacto segundo, por el hecho de pertenencia de las mismas a la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

2º.- Esta operatividad institucional tiene su traducción práctica en las influencias que afectan a puntuales e importantes materias relacionadas con sus respectivas actividades, derivándose de ello una “efectiva influencia recíproca de tipología consorciada de unas Cajas con otras, impediendo de una situación de ajenidad jurídica entre tales entidades”.

3º.- Consecuencia de lo anterior, es que en la fijación del tipo de interés preferencial intervienen no solo las Cajas de Ahorros específicamente enumeradas, sino también la prestamista, intervención que se hace efectiva por la vía de la inserción institucional antes expuesta. Se vulnera, en consecuencia, el artículo 1256 del Código Civil.

El Registrador indica además, en defensa de su nota, que no hay oposición a que la entidad prestamista alcance un legítimo éxito en sus pretensiones de

CAPITULO SEXTO

precaverse de posibles tendencias inflacionistas que puedan desencadenarse en el futuro, “pero tales pretensiones deben ser reconducidas por las vías de inserción en la negociabilidad pertinente de cláusulas estabilizadoras absolutamente objetivas, pudiendo conseguirse tal resultado mediante el empleo de alguno de los módulos estabilizadores contenidos en el citado artículo reglamentario (refiriéndose al artículo 219 del Reglamento Hipotecario) o bien instrumentando otras de tipología netamente bancaria”¹²².

Los argumentos esgrimidos en defensa de la legalidad de la cláusula por parte de la entidad de crédito y que son asumidas en los Fundamentos de Derecho de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado son:

1ª.- La personalidad jurídica de la entidad prestamista es legalmente distinta a la de las seis entidades en base a cuyo preferencial para operaciones de préstamo a un año se elabora el tipo de referencia.

2ª.- No se dan entre dichas entidades las relaciones típicas entre el establecimiento principal y sucursales ni tampoco relaciones de participación o “filialidad”. Los órganos de gobierno de la Caja de Barcelona y de las entidades de referencia están constituidos por personas distintas.

3ª.- La manifestación contenida en la nota de calificación, no tiene en cuenta cuál es el tipo de relaciones reales que se establecen entre competidores, en régimen de libre concurrencia en un mismo ámbito económico. Argumenta la Caja de Barcelona, que “de la libre competencia solo pueden derivar condiciones más favorables para los clientes de las entidades de crédito, para el prestatario en el caso que nos ocupa, ya que la necesidad de presentar ofertas más apetecibles que las restantes que concurren en el mercado tiende, por modo natural, a la disminución de los tipos de interés aplicables a los préstamos”.

La Dirección General de los Registros y del Notariado revocó la nota del Registrador, y defiende la validez de la estipulación en base a que la pertenencia a asociaciones profesionales o agrupaciones para satisfacer determinados intereses

¹²² Artículo 219 R.H.: “...3º.- En las inscripciones de escritura de préstamo hipotecario, se podrán hacer constar las cláusulas de estabilización de valor, cuando concurren las circunstancias siguientes:

1ª.- Que la duración mínima pactada sea de tres años.

2ª.- Que se determine la estabilización con referencia a uno de los tipos o módulos siguientes, vigentes en la fecha de otorgamiento de la escritura y en la del vencimiento del crédito: a) valor del trigo fijado a efectos del pago de rentas por el Ministerio de Agricultura; b) Índice general ponderado del costo de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; o c) Precio del oro en las liquidaciones de los derechos del Arancel de Aduanas señalado por el Ministerio de Economía y Hacienda. En la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigentes en la fecha de otorgamiento de la escritura.... Las cláusulas de estabilización tendrán eficacia al solo efecto del capital garantizado; los intereses se satisfarán por el principal nominal asegurado”.

CAPITULO SEXTO

comunes marginales no menoscaba la independencia económica y la autonomía de intereses en el ámbito empresarial de cada una de las entidades. Consideramos válido este argumento ya que la cuestión determinante reside en la inexistencia de acuerdos o de prácticas conscientemente paralelas.

Otra Resolución que aborda el tema de la variabilidad del tipo de interés tomando como índice de referencia la media de varias entidades es la de 16 de Febrero de 1990. Se admite en dicha Resolución la validez de la cláusula en la que se establece la revisión del tipo de interés “resultante de añadir un punto porcentual a la media aritmética de los tipos de interés preferenciales que, para los préstamos por plazo de un año, tengan establecidos los bancos “Banco Hispano Americano, Sociedad Anónima, “Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima” y “Banco Central, Sociedad Anónima”, y que hayan sido publicados en el Boletín Económico del Banco de España, o en cualquier otra publicación de la misma naturaleza, o acreditado mediante certificación del Banco de España”. No aparece en la escritura de préstamo hipotecario ninguna previsión de un índice de referencia alternativo, como hemos venido defendiendo, para el caso de que no se pudiese aplicar la previsión establecida en el contrato.

Llama la atención, al hilo de esta cláusula, un hecho plenamente constatable en muchas escrituras de préstamo que pactan como índice de referencia la media de varias entidades. Nos referimos a la situación de la fusión de entidades financieras o a la absorción de unas entidades por otras. Se plantea al respecto que ocurre en aquellos supuestos en que la previsión contractual queda desvirtuada por el hecho de que se reduzcan las entidades calificadas como de referencia, reducción que puede suponer incluso el que una sola se constituya en entidad de referencia. Hemos podido constatar cómo a partir del año 2008 como consecuencia de la crisis del sistema financiero se ha producido una auténtica reconversión del sector para adaptarse a la nueva situación, principalmente en el sector de Cajas de Ahorros que han pasado de 45 a 18 entidades o grupos, algunas de ellas de dimensión poco significativa¹²³.

Volviendo a la estipulación antes expuesta: considerando que la entidad prestamista es el Banco de Santander, la adquisición del Banco Español de Crédito (BANESTO) por parte del primero representa reducir a una única entidad de referencia la previsión de variabilidad del tipo de interés, por cuanto el Banco Hispano Americano y el Banco Central se fusionaron formando una única entidad financiera. No olvidemos que no existe la previsión de un tipo alternativo para un caso como el presente en que se desvirtúa una cláusula perfectamente válida en su momento y que además el preferencial del Banco Español de Crédito ya no podría

¹²³ CORRAL DELGADO, S., DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M., y LÓPEZ DEL PASO, R., “El nuevo mapa del sistema financiero español”, *Extoikos*, número 3, año 2011, página 74. Señalan como 6 cajas de ahorros que representan el 9% de los activos del sector bancario se han mantenido al margen de estos movimientos societarios, hecho que agrava más el problema ya que las grandes entidades sí se han fusionado o integrado.

CAPITULO SEXTO

entrar a configurar el índice de referencia ya que formaría parte del mismo grupo que la entidad prestamista.

Este supuesto nos permite argumentar, como ya hemos expuesto en otros apartados de la tesis, que necesariamente debe preverse en la escritura, un índice de referencia alternativo que además se debe poder calificar como objetivo. Adicionalmente al defender que, como mínimo, hay que referirse a los tipos de interés preferenciales de cuatro entidades, la validez de la estipulación queda en entredicho al quedar vacía de contenido. En consecuencia, un índice alternativo objetivo, implicaría su aplicación automática sin tener que recurrir a soluciones difíciles para salvar una operación de crédito que, dadas las circunstancias sobrevenidas, no podría seguir desarrollándose de conformidad con la previsión originaria.

El que se desvirtúe una previsión originariamente correcta sin que esté contemplado un índice de referencia alternativo, situación habitual por ejemplo con la supresión de determinados índices de referencia que en su momento eran considerados oficiales (Ley de Emprendedores) no podría llevar incluso a invocar la cláusula “rebus sic stantibus” como correctivo de equidad para solicitar la nulidad de una estipulación que se ha quedado vacía de contenido.

La doctrina enumera los siguientes argumentos en favor de la aplicabilidad de dicha cláusula en sede contractual¹²⁴:

- a) El principio de buena fe que informa todo el Derecho.
- b) La atención prestada a la naturaleza de la causa en la interpretación de los contratos (artículo 1289 del Código Civil).
- c) La facultad de resolver las obligaciones que “se entiende implícita en las recíprocas” (artículo 1124 del Código Civil).
- d) Los casos en que se permite que el juez modere la responsabilidad del obligado (artículos 1103, 1124 párrafo 3, 1154, 1690 y 1801 del Código Civil).

Debemos destacar que esta referencia a la buena fe para adecuar el contrato a las actuales circunstancias así como la moderación de la responsabilidad del obligado invocando el artículo 1154 del Código Civil son, de manera expresa este último, invocadas en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, recordemos promulgada para adecuar las operaciones hipotecarias de los prestatarios que habían formalizado sus operaciones con anterioridad a la bajada de tipos de interés.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalar que su principal

¹²⁴ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, página 316.

CAPITULO SEXTO

preocupación ha sido “amonestar sobre la cautela con la cual ha de procederse respecto a la cláusula, para no poner en peligro el principio de la seguridad de la contratación”¹²⁵. Se enumeran las siguientes circunstancias excepcionales en las que se admitiría su alegación¹²⁶:

1ª.- Alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración.

2ª.- Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones.

3ª.- Que todo ello acontezca por la concurrencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

4ª.- Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

Un ejemplo de lo que defendemos lo podemos encontrar en la cláusula prevista en la siguiente escritura¹²⁷:

“Escritura del Banco <UVW>: III.- Revisión del tipo de interés:... B. El tipo de interés aplicable en virtud de las revisiones pactadas será... B.1.- El tipo de interés que rija en el Mercado Interbancario de Madrid en operaciones de préstamo o crédito a un año, publicado por el Banco de España el primer día hábil del mes precedente a la fecha en la que proceda la revisión, incrementado en un diferencial fijo de tres puntos porcentuales o enteros...”

De resultar inaplicable el citado tipo de interés cualquiera que fuese la causa se tomará como referencia la media aritmética del tipo de interés de referencia que tengan establecido el primer día hábil del mes precedente a la fecha de revisión los Bancos ..., ... y ..., en operaciones de préstamo y crédito simples a un año, incrementado en un diferencial fijo de 0,75 puntos porcentuales o enteros.

Si se extinguiera la personalidad de alguna de las entidades citadas, o no diese, o no tuviera, interés de referencia para préstamos y créditos simples a un año se tomará el de las restantes, y en su defecto se tomarán los tipos de referencia del Banco..., y en su defecto del Banco..., incrementados en un diferencial fijo de 0,75 puntos porcentuales o enteros.

Si alguna de las entidades antes citadas se fusionase con otra u otras o fuera absorbida por otra u otras, la referencia a la misma se entenderá hecha a la que resulte del proceso de fusión o absorción.

Si por cualquier causa, cambios de mercado o modificación de la legislación, se suprimieran los tipos de interés de referencia o no cotizaran los mismos las entidades antes relacionadas, se tomará como tipo de referencia el interés básico del Banco de España, incrementado dicho tipo en ocho puntos porcentuales o enteros”.

Estamos ante una estipulación farragosa y, en cierta manera, confusa. Si la analizamos con detenimiento vemos como, en relación con el tema que estudiamos

¹²⁵ DE CASTRO, F., ob.cit., página 319.

¹²⁶ Sentencias citadas por DE CASTRO, F., ob. cit. loc. cit.: 5 de junio de 1945, 14 de mayo de 1952, 12 de junio de 1956, 17 de mayo de 1957 y 31 de octubre de 1963, entre otras.

¹²⁷ Recogida por YSÁS SOLANES, M., “*El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*”, Editorial La Ley, Madrid, año 1994, páginas 110 y siguientes

CAPITULO SEXTO

en este punto:

- Está previsto un primer índice o tipo de referencia: el que rija en operaciones a un año en el Mercado Interbancario de Madrid más un diferencial de tres puntos.

- En su defecto se pacta la media de preferenciales de tres bancos más un diferencial de 0,75 puntos.

- En defecto de tal media, se consideran los preferenciales de otros dos bancos más 0,75 puntos.

- A falta de los anteriores y como índice que sirve de cierre a la clausula, se pacta el interés básico del Banco de España más ocho puntos.

En resumen, se estipulan con todo detalle distintos supuestos contemplando incluso la posibilidad de absorción o fusión de una entidad por otra con lo que se salva el posible inconveniente de dejar reducida a una sola las entidades de referencia. Debemos criticar el que solo se mencionen en la escritura a la media de tipos de interés de bancos sin que se haga referencia a los preferenciales de, al menos, una caja de ahorros.

Es igualmente criticable la referencia a “préstamos y créditos simples” sin que conste expresamente el que sean hipotecarios. No podemos considerar válida sin más la mención de un índice sin que se indique a qué tipo de créditos o préstamos se refiere, ya que existen importantes diferencias entre los intereses de los préstamos hipotecarios y personales. No mencionar este dato, puede implicar en cualquier momento que la entidad prestamista pueda optar por el índice que más le convenga, según sus concretas necesidades y por consiguiente estaríamos ante una vulneración de la previsión del artículo 1256 del Código Civil y de la necesaria concreción que se defiende en el artículo 80 del TRLGDCU.

4.- ESTUDIO DE CLAÚSULAS DE USO FRECUENTE EN LA PRÁCTICA BANCARIA CON ÍNDICES DE REFERENCIA OFICIALES.

4.1.- ANÁLISIS DEL ÍNDICE DE REFERENCIA DEL MERCADO INTERBANCARIO (MIBOR).

En primer lugar, ha de señalarse que, si bien el míbor es un índice que en su momento se había considerado oficial, actualmente ya no es una referencia para nuevas operaciones dado que el mismo únicamente es válido para aquellos préstamos que lo aplicaban con anterioridad al 1 de enero de 2000 en virtud del artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del Euro¹²⁸. El interés en su

¹²⁸ La adopción de la moneda única y la Ley 46/1998 son consecuencia de dos Reglamentos Comunitarios: El Reglamento (CE) número 1103/97, del Consejo de 17 de junio de 1.997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, y el Reglamento (CE) número 974/98, del Consejo, de 3 de mayo, sobre la

CAPITULO SEXTO

análisis viene dado, en primer lugar, por el hecho de que en las fechas anteriores al año 2000 fue el índice más utilizado y en segundo lugar por su similitud con el euríbor, con ventaja la referencia más habitual en la actualidad.

En la década de los 90 y antes de que en el año 2000 dejara de estar vigente para nuevas operaciones los préstamos referenciados al mibor fueron sin duda los más comercializados por las entidades financieras y a su vez los más contratados por los clientes.

Se ofrecían en un contexto de unas políticas comerciales tremendamente agresivas de cara a la captación de clientes y cuota de mercado. Se ofrecían préstamos referenciados al mibor con condiciones económicas muy ventajosas de entrada, con tipos de interés en la primera fracción temporal muy por debajo del índice de referencia.

Este tipo de índice de referencia se menciona por primera vez en el apartado b) del número 1 de la norma tercera de la Circular 12/81 del Banco de España, hoy derogada, en la que se señala que “en las operaciones concertadas con clientes de primera categoría, o cuando su importe lo justifique, podrá convenir a las partes aplicar los tipos de interés del mercado interbancario”. Señala LÓPEZ ANTÓN,

introducción del euro.

El artículo 32 de la Ley 46/1998 señala: “Uno. El tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR) a que se refiere la Circular 8/1990 del Banco de España, para aplicar a los préstamos hipotecarios vigentes al 1 de enero de 1999, se seguirá calculando y publicando mientras concurren los requisitos técnicos necesarios para su elaboración. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las simples referencias contenidas en los contratos de préstamo hipotecario al MIBOR como tipo de interés de referencia, lo son al que se refiere el inciso inicial de este número.

Dos. Si no fuere posible su elaboración por dificultades técnicas o de mercado, el Ministro de Economía y Hacienda quedará facultado bien para determinar su fórmula de cálculo o bien para establecer un nuevo tipo o índice de referencia equivalente que sustituirá a aquél por ministerio de la Ley. Si no fuese posible establecer un nuevo tipo o índice de referencia equivalente, se procurará que guarde la mayor analogía posible con aquél. Asimismo, quedará facultado para establecer reglas sobre publicidad de los citados índices. En el supuesto que lo previsto en este número resultare de aplicación, la Ley no concederá acción para reclamar la aplicación de cualquier tipo sustitutivo, subsidiario o convencionalmente aplicable en defecto del inicialmente pactado por las partes, ni la modificación o alteración unilateral del préstamo o su extinción, como consecuencia de la aplicación de lo aquí dispuesto.

Tres. En operaciones financieras de toda índole distintas de las previstas en los apartados uno y dos anteriores que utilicen como referencia un tipo MIBOR cuyo cálculo no pudiera realizarse por perder significación financiera, y siempre que las partes no hubiesen establecido un tipo sustitutivo, subsidiario o convencionalmente aplicable en defecto del inicialmente pactado, que fuere de aplicación efectiva, o no hubieren dispuesto reglas para el caso de desaparición o falta de representatividad de dicho tipo, será de aplicación, en su lugar, el tipo de interés que presente la mayor analogía con aquél.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda, cuando las circunstancias técnicas o de mercado lo aconsejen, para determinar una nueva fórmula de cálculo o bien para establecer un tipo sustitutivo que se aplicará por ministerio de la Ley. En el supuesto de que lo previsto en este número resultare de aplicación, la Ley no concede acción a ninguna de las partes para reclamar unilateralmente la modificación, resolución o rescisión del contrato como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este apartado”.

CAPITULO SEXTO

comentando esta norma, que es evidente la relatividad de los supuestos que se establecen en la misma para la aplicación del tipo de interés interbancario, tanto la estimación de la calidad del cliente, como la importancia de la suma de dinero, son aspectos subjetivos que se dejan al arbitrio de las partes contratantes¹²⁹.

De todas maneras, donde cobraron todo su sentido los préstamos referenciados al mÍbor fue a raíz de la promulgación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la que se planteaba por primera vez la posibilidad de subrogar a otra entidad financiera una operación ya formalizada. Este hecho supuso que buena parte de la política comercial de las entidades con potencial y presencia en el mercado hipotecario se orientase no tanto a la captación de nuevas operaciones, sino a las operaciones hipotecarias vivas lo que implicó un nuevo reparto en las cuotas de mercado de las carteras de préstamos hipotecarios.

La conveniencia de indiciar las operaciones al mÍbor la debemos buscar, desde el punto de vista de las entidades financieras en que éste les asegura que el tipo de interés de referencia les va a cubrir el coste de los fondos con los que, en su caso, van a financiar la operación de crédito. Desde el punto de vista del cliente que contrata el préstamo, al menos teóricamente, tendrá la constancia de que el tipo de interés con el que va a financiar su operación reflejará el coste de los fondos obtenidos por las entidades financieras, lo que en principio debería suponer para él el mejor precio de obtención de los fondos en el mercado crediticio.

Es fácil suponer que la posibilidad de aplicación de este tipo de interés, al igual que pasa con el eurÍbor, debe ir unido a la necesidad de que exista un mercado interbancario dinámico y transparente que permita la realización habitual de operaciones en su seno y que posibilite el acceso al mismo de todas las entidades que integran el mercado monetario.

4.1.1.- CONCEPTO

El llamado tipo de interés interbancario o mÍbor, siglas que responden a la denominación “Madrid Inter-Bank Offered Rate” tomada de la que se utiliza para designar el tipo de interés en el mercado del eurocrédito por referencia al aplicado en el mercado interbancario de Londres (lÍbor), no puede ser conceptualizado de manera unívoca por cuanto al tratarse de un concepto acuñado en la práctica podemos encontrar diferentes nociones del mismo según cuál sea el criterio utilizado para su elaboración.

En relación con una determinada y concreta operación lo podemos definir como el coste de obtención de los fondos en el mercado interbancario por un

¹²⁹ LÓPEZ ANTÓN, F., *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Editorial Montecorvo, Madrid, año 1985, página 229.

CAPITULO SEXTO

importe igual al crédito dispuesto y a un plazo de duración similar a la del período de interés que se considere para la aplicación del tipo en cuestión¹³⁰.

Doctrinalmente ha sido definido como “el precio al cual el mercado interbancario está dispuesto a colocar los fondos necesarios en el banco peticionario por el plazo renovable previamente acordado entre el prestatario/acreditado, por un lado, y el banco agente por otro”¹³¹.

Interesante es analizar los factores determinantes del mÍbor en cuanto a coste o precio. Se pueden dividir en dos grupos según obedezcan a razones externas a la entidad prestamista en relación con la que se determina en concreto el mÍbor (serían los llamados factores exógenos), o bien se hallen relacionados con circunstancias propias de la entidad prestamista (factores endógenos)¹³².

Entre los primeros, hay que destacar: el tipo de inflación que haya en cada momento, los gastos de transformación del dinero, la demanda de crédito y el tipo ofertado del sector público y la demanda comercial.

Entre los segundos ha de mencionarse el buen nombre de la entidad solicitante y la capacidad de la entidad para llevar a cabo una administración prudente.

Hemos de remarcar que el mÍbor es meramente un tipo de interés de referencia sin que ello signifique que las entidades financieras tengan que acudir al mercado interbancario para financiar la operación. En este sentido su similitud con el eurÍbor es total ya que en la actualidad las entidades no tienen ni obligación ni necesidad de acudir, y de hecho, en la mayoría de las veces no acuden al mercado. Esta cuestión tiene gran importancia en el sistema financiero español ya que la gran mayoría de bancos y cajas no acuden a dicho mercado interbancario para la captación de fondos, ya que su principal fuente de captación son los depósitos de los clientes, cuya remuneración era en su momento sensiblemente inferior al mÍbor.

Del anterior argumento se deriva que el tipo de interés aplicado supone un beneficio, no solo en la cuantía que a partir de la revisión se deriva por el diferencial acordado, sino en la diferencia entre el tipo de interés que rige en el crédito y el tipo de interés que remunera los depósitos colocados por los clientes en la entidad financiera.

¹³⁰ Definición expuesta por LÓPEZ ANTÓN, F., “*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*”, página 233.

¹³¹ Definición recogida por LÓPEZ ANTÓN, F., ob.cit., página 233, quien a su vez reproduce la definición de Murphy A. Hay que señalar que esta definición es estrictamente aplicable a los contratos de crédito sindicados, y, en este sentido, nos debe servir únicamente para aproximarnos al tema en la medida que el marco en el que se desenvuelven este tipo de operaciones no se asemeja al que podemos encontramos en las operaciones individuales, eje central de la tesis.

¹³² LÓPEZ ANTÓN, F., ob.cit., páginas 234 y 235.

CAPITULO SEXTO

4.1.2.- ESQUEMA DE UNA CLÁUSULA REFERENCIADA AL MIBOR.

El análisis lo realizaremos partiendo de una concreta cláusula inserta en una escritura de préstamo hipotecario de fecha 25 de agosto de 1994, dado que en general prácticamente todas son reconducibles a tal esquema:

“Caja X:... contados desde la fecha de firma del presente contrato, el tipo a aplicar para cada período anual será el mibor a un año (media mensual) vigente en el momento de la revisión, incrementado en dos puntos.

Se entiende por mibor a un año (media mensual) el tipo de interés a plazo de un año para depósitos interbancarios no transferibles del mercado de dinero. El referido tipo se publica oficialmente por el Banco de España, en su boletín de la central de anotaciones, en el apartado resumen anual del mercado entre titulares, en la ausencia de dicho boletín se habrá de estar a la publicación oficial que le sustituya conteniendo la misma información.

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial se aplicará en la fecha de revisión, y para idéntico período de tiempo, el tipo de referencia vigente que en el BOE publica periódicamente, para las Cajas, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, relativo a la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices, todo ello de conformidad con lo establecido en las resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por las que se acuerda la publicación de índices de referencia de préstamos hipotecarios. La publicación de este tipo de interés con carácter supletorio se hará por su valor nominal, sin incremento alguno”.

Analizando la estipulación vemos como se contemplan dos índices de referencia: el principal, mibor a un año y el aplicable con carácter supletorio, media simple de los tipos de interés medios ponderados que la DGTPF publica para las cajas de ahorro, hoy considerado no oficial.

En cuanto a lo que es propiamente el índice mibor hay que considerar:

a) la definición de lo que a efectos del contrato se entiende por el mibor en el préstamo específico.

Este dato es muy importante ya que como habíamos señalado anteriormente no existe una definición única y precisa de lo que es el índice mibor¹³³.

¹³³ LÓPEZ ANTÓN, F., ob. cit., páginas 232 y siguientes. Enumera tres posibles conceptos de lo que se entiende por mibor según se tenga en cuenta el oficial, es decir, el publicado por el Banco de España; el considerado para una operación en concreto; o el coste medio del pasivo de la entidad acreditante en cuestión.

Respecto al primero el mibor sería “el tipo de interés medio anual para los depósitos interbancarios en pesetas a uno, tres o seis meses, comunicado por el Banco de España diariamente al finalizar la jornada de contratación del Mercado Interbancario de Madrid y publicado al siguiente día hábil”.

En cuanto al segundo se consideraría como tal “el tipo de interés al que el Banco paga los depósitos, o, simplemente el tipo de interés al que le ofrecen al Banco depósitos”.

El último concepto se podría definir como “la media de los tipos del mercado interbancario vigentes en cada momento para operaciones de pasivo del Banco, de plazo y cuantía similar a la del crédito”.

CAPITULO SEXTO

Consecuentemente es importante clarificar que índice mÍbor va a servir como tipo de referencia.

b) el plazo a partir del cual tendrá lugar la primera y posteriores revisiones y la operación matemática para determinar el tipo de interés aplicable en la primera y posteriores fracciones temporales del préstamo. En nuestro caso el tipo a aplicar será el mÍbor a un año vigente en el momento de la revisión.

c) el diferencial aplicable que, no olvidemos, debe permanecer constante durante toda la vida del préstamo.

d) la expresa mención de donde se publica oficialmente el índice de referencia.

e) la determinación del índice de referencia a aplicar con carácter supletorio en defecto del previsto en primer lugar. Señalar que en relación con este índice no se contempla diferencial a incrementar al mismo.

4.2.- CLÁUSULA REFERENCIADA A LA MEDIA DE LOS TIPOS CONCEDIDOS POR LAS ENTIDADES DE LA ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA.

4.2.1.- INTRODUCCIÓN

Al igual que el mÍbor comentado en el apartado anterior este índice de referencia tampoco se aplica en la actualidad, al considerarse no oficial, por no estar incluido en la relación de tipos de interés oficiales de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Consideramos oportuno su análisis ya que fue el precursor del IRPH Entidades que actualmente se aplica como índice de referencia calificado como oficial por la Orden EHA/2899/2011. En su momento fue considerado representativo de las operaciones del mercado al incluir conjuntamente en su cálculo a bancos y cajas de ahorro y, en este sentido, reflejaba mejor el precio del mercado del mercado hipotecario que los índices que agrupaban los precios de los bancos y las cajas de ahorro por separado. Adicionalmente fue una de las referencias más utilizadas por las entidades financieras junto con el mÍbor y su sustituto el eurÍbor. Por tanto, al ser considerado representativo de las operaciones del mercado al incluir en su cálculo a bancos y cajas de ahorro fue el germen del índice de entidades, no así los llamados IRPH bancos e IRPH cajas que desaparecieron en 2011.

Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en la escritura de préstamo hipotecario de 5 de febrero de 1990 de la Caja "X":

"Tercera: a efectos de la determinación del tipo de interés porcentual aplicable al capital mutuado, el plazo total del préstamo se divide en dos fracciones temporales. Durante la primera fracción el tipo de interés será fijo o invariable. Durante la segunda fracción temporal, el interés aplicable al préstamo será invariable, al alza o a la baja, de conformidad con lo que se establece en este

CAPITULO SEXTO

pacto.

Se estipula seguidamente una primera fracción temporal durante los tres primeros años naturales de vigencia del préstamo. En ella el tipo de interés nominal será del 16,50% invariable.

En cuanto al tipo de interés para la segunda fracción temporal se establece que el tipo de interés nominal anual aplicable será el resultante de añadir el diferencial de un punto al tipo de referencia ordinario constituido por la media simple, minorada en un punto porcentual, de los tipos de interés más practicados en los créditos hipotecarios concedidos por las Entidades de la Asociación Hipotecaria Española, publicados antes del día 30 de Septiembre anterior al inicio de cada uno de los referidos años naturales, determinado de conformidad con lo establecido en la Resolución del 20 de Junio de 1986 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (DGTPF) (BOE de 10 de Julio de 1986).

En el supuesto de que la DGTPF dejara de disponer la publicación trimestral de dicho índice de referencia se tomará como tal el que, aplicando los mismos criterios de determinación, publicase la propia Asociación Hipotecaria Española a través también del Boletín Oficial del Estado.

Se establece un tipo sustitutivo en defecto de los dos anteriores y es el resultante de añadir el diferencial de un punto al tipo activo de referencia del conjunto de Cajas de Ahorros Confederadas correspondiente al mes de septiembre de dicho año, debidamente publicado en el BOE o en el Boletín Oficial de la Bolsa de Barcelona antes del día 30 de noviembre”.

Si analizamos dicha estipulación observamos cómo se establecen dos fracciones temporales con dos tipos de interés diferentes para cada una de ellas. Una primera que comprende un plazo de tres años durante la cual el tipo de interés es fijo. Una segunda fracción en la que el tipo de interés es variable.

Esta previsión contractual de dividir el préstamo en dos períodos diferenciados con un tipo de interés fijo en un primer plazo relativamente largo (3 o 5 años) y posteriormente uno variable es utilizada habitualmente en la actualidad.

La razón habrá que buscarla en la oferta de un tipo de interés atractivo en el primer tramo, en el cual no se produce ninguna variación con la finalidad de captar clientes atraídos de entrada por un interés más bajo que el normal del mercado en el momento de contratación. No es este el caso de la estipulación que estamos analizando con un tipo muy desfasado en relación con los que actualmente se están ofreciendo en el mercado.

Desde la perspectiva de la entidad financiera, esta dualidad de fracciones temporales con diferentes tipos tiene sus ventajas por cuanto el establecer un primer tramo de entre tres y cinco años a interés fijo permite cubrir su balance ante una repentina bajada de los tipos que evidentemente representaría un trastorno significativo en sus previsiones de rentabilidad, y un segundo tramo a tipo variable en el cual ya se ajustaría la operación a un interés acorde con el mercado.

4.2.2.- ANÁLISIS DEL ÍNDICE

Un aspecto importante de este índice de referencia era la remisión a los tipos de interés más practicados por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española,

CAPITULO SEXTO

determinando el índice de conformidad con lo establecido en la Resolución de 20 de junio de 1986 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en adelante DGTPF.

Esta Resolución, citada en numerosas escrituras de préstamo hipotecario, merece ser analizada dada la importancia que tuvo en su momento y la trascendencia que, posteriormente, ha tenido en relación con un tipo de interés hoy considerado oficial, el señalado con la letra a) del artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, es decir, el denominado IRPH.

La Resolución se publicó en el BOE de 10 de Julio de 1984 y preveía la publicación en dicho Boletín de los siguientes índices de referencia:

1.- Con periodicidad trimestral: el tipo de interés medio de las operaciones de crédito hipotecario de acuerdo con las especificaciones y procedimiento que se desarrolla en el Anexo I de la Resolución y al que seguidamente nos vamos a referir.

2.- Con periodicidad mensual, contemplando a su vez dos posibles índices de referencia:

a) tipo de interés medio ponderado de las cédulas hipotecarias emitidas de conformidad con especificaciones y procedimiento que luego se expondrá.

b) tipo de interés medio ponderado de determinados títulos de Deuda Pública con la misma previsión que en el punto anterior¹³⁴.

Centrándonos en el índice trimestral que es el aplicable según recoge la estipulación que hemos recogido, se definía en la Resolución como “la media simple, minorada en un punto porcentual, de los tipos de interés más practicados en los créditos hipotecarios concedidos por las Entidades de la Asociación Hipotecaria Española durante el último mes de cada trimestre natural”. Se concreta a continuación que “los tipos de interés que constituyen la base del cálculo corresponden a las operaciones de crédito hipotecario, para financiación de vivienda libre, realizadas por las Entidades de crédito que en el último mes de cada trimestre natural formen parte de la Junta Directiva de la Asociación Hipotecaria Española,

¹³⁴ Precisamente un índice de los también considerados oficiales por la Orden EHA/2899/2011 en su letra c) es el “tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años”. Para su cálculo existe prácticamente una identidad total tanto en la Resolución de 1.984 como en la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España que regula la forma de cálculo del citado índice de conformidad con el apartado 3 del artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011.

Así en la Resolución se define como “la media móvil semestral del tipo medio ponderado de los títulos de Deuda Pública, interior y amortizable, de plazo entre tres y seis años, emitidos durante los seis meses precedentes a la publicación del índice”. Por su parte la Circular lo define como “la media móvil semestral centrada en el último mes de los rendimientos internos medios ponderados diarios de los valores emitidos por el Estado materializados en anotaciones en cuenta y negociados en operaciones simples al contado del mercado secundario entre titulares de cuentas con vencimiento residual entre dos y seis años”. Únicamente varía el plazo de emisión que en un caso es entre tres y seis años y en el tipo actual entre dos y seis años.

CAPITULO SEXTO

por considerarse que constituyen una muestra suficientemente representativa y aseguran la agilidad informativa necesaria”¹³⁵.

Sí que es importante destacar algunos aspectos concretos en el procedimiento de determinación de este índice de referencia.

En primer lugar, a efectos del cálculo del índice de referencia, el interés de cada entidad será el tipo más practicado en sus créditos hipotecarios para vivienda libre durante el último mes de cada trimestre natural.

En segundo lugar, de los tipos obtenidos se excluirán el más alto y el más bajo, salvo que cualquiera de ambos extremos sea practicado por más de una entidad, en cuyo caso se adoptará dicho tipo. Considerando los tipos no excluidos, se obtiene la media aritmética simple, redondeada por defecto o por exceso a cuartillos.

Finalmente, el índice de referencia resultará de reducir la media anterior en un punto porcentual. El motivo según se indica en la propia Resolución hay que buscarlo en que esta es la diferencia existente entre los tipos preferenciales y los tipos más practicados en operaciones de crédito a tres años.

4.3.- CLÁUSULA REFERENCIADA AL ÍNDICE INTERBANCARIO A UN AÑO: EURIBOR.

4.3.1.- INTRODUCCIÓN.

Sin ninguna duda, el índice euríbor es el más utilizado como referencia en las operaciones hipotecarias a interés variable¹³⁶. Curiosamente en estos últimos años el euríbor a 12 meses que es el utilizado para la revisión de los préstamos a tipo variable encadena más de 36 meses consecutivos con índices negativos, registrando por ejemplo en octubre de 2019 una tasa del -0,281%¹³⁷. Estas referencias negativas

¹³⁵ En la fecha de promulgación de la Resolución comentada formaban parte de dicha Junta Directiva las siguientes entidades que reproducimos como muestra de este carácter representativo al que antes se aludía: Caja de Pensiones, “La Caixa”; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja; Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla; Federación Vasco-Navarra de Cajas de Ahorros; Banco Hipotecario de España; Hispano Hipotecario SCH; Bancaya Hipotecaria SCH; Hipotem e Inversiones (Hinvisa) SCH; Corporación Hipotecaria Bancoboa SCH; SCH Bansander (Hipotebansa) y Citibank Sociedad Anónima.

¹³⁶ Actualmente a nivel estadístico la mayoría de los préstamos hipotecarios se siguen formalizando a tipo de interés variable, por ejemplo con datos al primer trimestre de 2016 se están formalizando a interés variable, un 90,17% y solo un 9,83% a interés fijo. Si bien como apuntamos en la nota siguiente se está observando una tendencia a formalizar operaciones a interés fijo, principalmente en los primeros años del contrato. Dentro del apartado de operaciones a interés variable la mayoría se referencian al euríbor (88,47%) y en menor medida al IRPH Entidades (1,65%). Fuente: Estadística Registral Inmobiliaria, primer trimestre de 2016, publicación del Centro de Procesos Estadísticos del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

¹³⁷ Fuente: Tabla de los tipos de referencia del mercado hipotecario, disponible en Portal del Cliente Bancario del Banco de España (<https://cliente bancario.bde.es> (Última consulta 6 de noviembre de 2019). En el informe de la Asociación Hipotecaria Española, boletín trimestral del tercer trimestre de 2018, podemos constatar la evolución de las operaciones hipotecarias en función de los tipos formalizados (variable, inicial fijo y posterior variable y

CAPITULO SEXTO

tienen su origen principalmente en las políticas monetarias expansivas impulsadas por el Banco Central Europeo¹³⁸. Estos datos, obviamente, no son irrelevantes para los prestatarios, así, a modo de ejemplo, aquellos que contrataron en noviembre de 2007 una hipoteca de 120.000 euros con un diferencial del 1% sobre el euríbor a plazo de 30 años, frente a los que contraten la misma operación diez años después con las mismas variables, el ahorro en cuota representaría aproximadamente la cantidad de 3.800 euros anuales para estos últimos, consecuencia de la importante bajada del índice de referencia.

El euríbor surge a partir de la unificación económica en el ámbito de la Unión Europea y la introducción de la moneda única, el euro. Los bancos europeos consideraron necesaria la implantación de una nueva tasa de referencia interbancaria en la Unión Europea. El 15 de diciembre de 1997 la Federación Bancaria Europea (FBE) y la Asociación Cambista Internacional (ACI) anunciaron los avances en la creación de un nuevo tipo de interés llamado Euríbor (“Euro Interbank Offered Rate”).

Según la definición oficial de euríbor, este es “la tasa a la que los depósitos a plazo interbancarios en euros son ofrecidos por un banco principal a otro principal dentro de la zona de la Unión Económica y Monetaria (UEM), y se calcula a las 11:00

fijo). Así podemos observar como en el año 2012, el 98 % de las hipotecas se formalizaron a tipo de interés variable (es la suma del 77,8% a tipo variable más el 20,2% de las que se contrataron a un tipo inicial fijo de entre 1 y 5 años y posteriormente variable), el 1,1% se contrataron a un tipo inicial fijo entre 5 y 10 años y solo el 0,9% a tipo fijo. En 2015 las operaciones a tipo variable representaron el 91,6 % del total de cartera y ya se observa un notable incremento de las operaciones con un tipo fijo entre 5 y 10 años, el 2,8% y de las de tipo fijo que suponen el 5,7% del total de operaciones. Con los datos de septiembre de 2017 se observa como las operaciones a tipo variable suponen el 69,7 % (40,7% a tipo variable más 29% a tipo inicial fijo entre 1 y 5 años) y las de tipo fijo ya representan el 26,2% del total y las que se contratan con un tipo fijo entre 5 y 10 años el 4,2 %. En la última información consultada con datos a octubre de 2018, las operaciones variables suponen el 37,8% del total, las fijas entre 1 y 5 años el 25,6%, entre 5 y 10 años el 5,1% y las operaciones con un interés fijo a más de 10 años representan el 31,6% del total formalizado. Esta evolución consolida una tendencia iniciada en 2012 y agudizada en los años 2016, 2017 y 2018 como consecuencia principalmente de la caída de los tipos de interés. En dicho informe constatamos igualmente que analizando el peso de las transacciones inmobiliarias atendiendo a su uso y régimen el 95,4% se corresponde a operaciones sobre vivienda libre y solo el 4,6% son de vivienda protegida.

Curiosamente también se observa que la mejora de la economía se refleja en el mercado hipotecario en el que constatamos unas mejores condiciones financieras principalmente en cuanto a tipo de interés y a las buenas tasas de rentabilidad que se están alcanzando en el mercado inmobiliario lo que está justificando el incremento de la demanda inmobiliaria y la consecuente subida de precios. La consecuencia es que la cuota media mensual de las hipotecas (519,9 euros/mes) ha alcanzado en septiembre de 2017 el valor más alto de toda la serie histórica de los últimos años y todo ello pese a que, como hemos puesto de relieve, los tipos medios de las operaciones están alcanzando tasas históricamente bajas y que los plazos medios de financiación se están alargando.

¹³⁸ Boletín Estadístico de la Asociación Hipotecaria de España del último trimestre de 2017, página 3. Destacar que este programa de compra de activos se irá reduciendo una vez que se ha conseguido el objetivo de incentivar la concesión de crédito bancario. De hecho, el BCE ha decidido ajustar algunos parámetros de su programa de compra de activos, principalmente a partir de enero de 2019. La reducción de la liquidez a iniciar en septiembre de 2018 implicará la reducción de compras mensuales de deuda pública y privada por parte del BCE de 60.000 millones de euros a 25.000 millones de euros hasta que a final de 2018 se reduzcan a cero. Se pueden consultar en este sentido las declaraciones de Peter Praet, economista jefe del Banco Central Europeo (6 de junio de 2018), (fuente www.ecb.europa.eu).

CAPITULO SEXTO

a.m., para el valor en contado”¹³⁹. La elección de los bancos que aportan información para determinar el euríbor se basa en criterios de mercado. Estos bancos han sido seleccionados para garantizar que la diversidad del mercado monetario del euro se refleje adecuadamente, lo que, en principio, debería convertir al euríbor en un índice de referencia eficiente y representativo. Por su parte, el Banco de España en la Circular 5/2017, de 22 de Diciembre, por la que se modifica el Anejo 8 de 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, define el euríbor, como índice de referencia oficial para la revisión de los préstamos hipotecarios, como “la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia euríbor que figura en el Anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de Agosto de 2016, por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo. El índice se refiere al euríbor a plazo de doce meses”¹⁴⁰.

En el caso de España, el euríbor sustituyó al míbor (acrónimo de “Madrid InterBank Offered Rate”) el 1 de enero de 2000 a raíz del traspaso de competencias del Banco de España al Banco Central Europeo. De hecho, el artículo 27 de la Orden EHA 2899/2011 señala en su letra f) que el míbor se publicará “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 la introducción del euro”¹⁴¹.

Centrándonos en el euríbor, en cuanto que tipo de interés de referencia, su función real es realizar una aproximación (no siempre coincidente) al tipo de interés realmente utilizado en el mercado interbancario de dinero no garantizado. Su

¹³⁹ Definición de la página oficial del Instituto Europeo de Mercados Monetarios (Emmi, según sus siglas en inglés). (www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org). El Instituto Europeo de Mercados Monetarios (EMMI), antes conocido como Euribor-EBF, es una asociación internacional sin ánimo de lucro de derecho belga fundada en 1999 con el lanzamiento del euro y con sede en Bruselas. Sus miembros son asociaciones bancarias nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. EMMI proporciona los dos índices siguientes: Euribor, la tasa de referencia del mercado interbancario para el euro y Eonia, la tasa de referencia efectiva a un día para el euro. Como se señala en la página oficial de EMMI, antes referenciada, el euríbor como punto de referencia fundamental tiene “una importancia sistémica para la estabilidad financiera. El volumen notional de contratos financieros pendientes indexados a euríbor se estima en más de 180 billones de euros. En particular, aproximadamente el 28% de las hipotecas minoristas en la zona del euro (1,4 billones) están indexadas al euríbor.

¹⁴⁰ Hay que tener en cuenta que el euríbor se calcula diariamente para los depósitos con vencimiento a una semana y entre uno y doce meses, a partir de la media de los tipos de interés de oferta diaria. En nuestro caso nos referimos a la media mensual del euríbor que es el valor determinante en el cálculo de las operaciones hipotecarias.

¹⁴¹ En la Exposición de Motivos de la Ley 46/1998, de introducción del euro se señala que “La Ley faculta al Ministro de Economía y Hacienda, cuando las circunstancias lo exijan, a establecer una nueva fórmula de cálculo o un nuevo tipo de referencia que sustituirá al denominado míbor hipotecario, conforme a las prescripciones vigentes en la materia. Tal facultad, que revela un ejercicio de previsión, debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad que las partes tienen para modificar sus correspondientes contratos buscando fórmulas de determinación del tipo de interés que respondan a la previsible nueva evolución de los mercados”.

CAPITULO SEXTO

relevancia surge de su uso en la valoración de una gran cantidad de activos financieros denominados en euros, como los swaps de tipo de interés y los contratos a plazo, además de servir como índice de referencia para un importante número de préstamos a particulares y empresas¹⁴². La gran cuestión a destacar, y en la que ahora nos centramos, es que el euríbor no es un tipo de interés en el sentido habitual, sino que es un indicador que se calcula a partir de una encuesta diaria, es decir, no tiene porqué corresponder a los tipos realmente aplicados en las transacciones entre las entidades financieras que aportan los datos para su determinación, y ello puede afectar a su integridad y fiabilidad.

Para el tratamiento de estas cuestiones, vamos a analizar a continuación la normativa comunitaria actual relativa al euríbor que ha sufrido importantes modificaciones y ha sido objeto de propuestas como consecuencia de la manipulación de las dos tasas de referencia más utilizadas en el sector financiero a nivel mundial: el líbor (“London Interbank Offered Rate”) y el euríbor, antes definido. Sin entrar en detalles ha de destacarse la manipulación acreditada de ambos¹⁴³, reconocida en el Considerando primero del Reglamento 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de Junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, que señala: “Una serie de casos graves de manipulación de los índices de referencia de tipos de interés, como el líbor y el euríbor, y denuncias sobre la manipulación de índices de referencia en los sectores de la energía, el petróleo y las divisas demuestran que los índices de referencia pueden estar sujetos a conflictos de intereses. El uso de la discrecionalidad, así como ser utilizados por regímenes de gobernanza poco estricta, incrementa la vulnerabilidad de los índices frente a las manipulaciones”¹⁴⁴. Tras el

¹⁴² CHASE SOLÁN, C.D., “Propuesta metodológica para la cuantificación de los daños derivados de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE: aplicación al caso del Euríbor”. Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Sevilla, 2014, página 23.

¹⁴³ Sobre la manipulación del índice euríbor se puede consultar VALLÉS PERELLÓ, A., “Apuntes sobre la integridad y fiabilidad del euríbor: propuestas de mejora ante sus vulnerabilidades”, *Diario La Ley*, número 9386, 28 de marzo de 2019.

¹⁴⁴ Sobre la manipulación de los índices, en especial del líbor, se puede consultar el artículo de ABRANTES-METZ, R., y SOKOL D., “The lessons from líbor for detection and deterrence of cartel wrongdoing”, *Harvard Business Law*, Volumen 3, 2012, páginas 10 a 16. Se incide por ambos autores especialmente en los comportamientos colusorios de las entidades que “marcaron patrones inesperados en la configuración del líbor”, estos patrones implicaban que el líbor no reflejaba las condiciones de mercado principalmente a partir del año 2008 cuando la economía a nivel mundial empezaba a deteriorarse.

Los motivos que condujeron a esta manipulación son diversos y los iremos apuntando durante el artículo: a) reducir los temores sobre problemas de financiación de las entidades, es decir, evitar que se perjudicara la reputación de la entidad al trasladar al mercado posibles problemas financieros; b) los bancos deudores, en supuestos de manipulación a la baja, podrían beneficiarse de bajos tipos de interés y, viceversa, en manipulaciones al alza los bancos prestamistas podrían beneficiarse de tasas más altas en los tipos de interés; c) la manipulación acababa siendo una exigencia para evitar que las entidades al facilitar los datos quedaran en desventaja con el resto del sector; d) favorecer la colocación de emisiones en mercado de deuda privada o la suscripción de bonos hipotecarios.

CAPITULO SEXTO

análisis de la normativa comunitaria concluiremos con unas propuestas tendentes a mejorar la integridad y fiabilidad del euríbor como índice de referencia.

4.3.2.- LA REGULACIÓN DEL EURIBOR COMO ÍNDICE DE REFERENCIA EN LA NORMATIVA COMUNITARIA.

4.3.2.1.- INTRODUCCIÓN

A) NORMATIVA COMUNITARIA: Sin duda alguna, como ya hemos señalado, es en la legislación de la Unión Europea donde encontramos el núcleo más importante de regulación de los índices de referencia de tipos de interés con especial referencia al euríbor. Para valorar la importancia y la sensibilización de las autoridades comunitarias en relación con los índices de referencia valga como ejemplo el Considerando primero de la Exposición de Motivos del Reglamento 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de Junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) nº 596/2014, al señalar expresamente, como ya hemos mencionado, que “una serie de casos graves de manipulación de los índices de referencia de tipos de interés, como el libor y el euríbor,...demuestran que los índices de referencia pueden estar sujetos a conflictos de intereses” .

Es oportuno poner de manifiesto que toda la normativa comunitaria a la que a continuación nos vamos a referir no se aplica a índices como, por ejemplo, el “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedido por el conjunto de entidades de crédito”, el denominado IRPH Entidades. El propio Reglamento 2016/1011, en sus considerandos introductorios excluye de su regulación a los índices de referencia elaborados por los distintos bancos centrales ya que ellos mismos son los responsables de establecer “procedimientos internos adecuados que garanticen la exactitud, integridad, fiabilidad e independencia de esos índices de referencia” (Considerando 14)¹⁴⁵. Se

De hecho, la Comisión Europea el 4 de diciembre de 2013 impuso una sanción record de 1.712 millones de euros a la gran banca por manipular el euríbor, al considerar dicha manipulación contraria al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se puede consultar OROZCO BARQUÍN, C., “*Euribor: la gran estafa europea*”, Escritura Pública, marzo-abril. 2014, páginas 70 y ss. El artículo 101 del TFUE señala: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción...”

¹⁴⁵ El IRPH Entidades es considerado oficial en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011. Su forma de cálculo se regula en la Circular 5/2012 del Banco de España y a los efectos a los que nos referimos en este apartado corresponde al Banco de España, previa comunicación por parte de las entidades, la elaboración de dicho índice. En relación con el mismo se ha dictado por el Tribunal Supremo la Sentencia 4308/2017, el día 14 de diciembre en la que se reconoce la validez del índice y falla que “ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC, ni del TRLGDCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH-Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales”. Abundando en el argumento señalado sostiene su validez basándose en su cálculo en

CAPITULO SEXTO

entiende, pues, que los bancos centrales vigilan expresamente la transparencia tanto en lo que se refiere a la gobernanza de las propias entidades como a la metodología de cálculo para determinar el índice¹⁴⁶.

Iniciando el análisis de la normativa comunitaria, en primer lugar, es importante determinar su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, en especial del Reglamento 2016/1011 y su Reglamento de Ejecución 2016/1368 de la Comisión por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros¹⁴⁷. Por lo que interesa a efectos de esta tesis, el artículo 1 del Reglamento 2016/1011 establece como objeto principal definir un “marco común a efectos de garantizar la exactitud e integridad de los índices utilizados como índices de referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros”. Conforme al artículo 3.18, son contratos financieros:

1º.- los contratos de crédito al consumo tal como aparecen definidos en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008,

referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España y, señalando que, “gramaticalmente la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España”, aludiendo al control de incorporación. Más complejo es el tema del control de transparencia de la estipulación que incorpora el IRPH-Entidades. En relación con el mismo nuestro alto Tribunal zanja la cuestión en parecidos términos aplicando el mismo criterio al “tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades en sus ofertas comerciales”, y, por tanto, “fácilmente accesible para el consumidor medio...”. En consonancia con el voto particular emitido en la propia sentencia consideramos que no debería bastar la remisión a un índice considerado oficial, sino que el control de transparencia debería permitir valorar las consecuencias económicas derivadas de la peculiaridad del propio índice y que no debería ser suficiente la remisión a una disposición administrativa relativa al mismo para superponerlo al plano sustantivo del control de transparencia que a la postre tiene como consecuencia “integrarlo o subsumirlo”, es decir, dejarlo sin ningún contenido (Considerando Primero, apartado 2 del voto particular).

¹⁴⁶ Concretamente, el artículo 2, apartado 2, letra a), en relación con el ámbito de aplicación del Reglamento excluye del mismo a los bancos centrales y en el Considerando 48 señala que “determinados administradores deben ser autorizados y supervisados por la autoridad competente del Estado miembro en que radique el administrador en cuestión. Las entidades ya sujetas a supervisión que elaboren índices de referencia financieros que no sean cruciales deben ser registradas y supervisadas por la autoridad competente a efectos del presente Reglamento. Las entidades que elaboren únicamente índices que se consideren no significativos también deben ser registradas por la autoridad competente...”. En el Anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016 se recoge únicamente como índice de referencia crucial el “tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro (euribor), administrado por el European Money Markets Institute (EMMI), Bruselas, Bélgica”.

¹⁴⁷ El Reglamento 2016/1011 se debe completar con los Reglamentos Delegados siguientes: Reglamento Delegado (UE) 2018/64 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2017, en lo que respecta a especificar cómo deben aplicarse los criterios del artículo 20, apartado 1, letra c), inciso iii), para evaluar si determinados eventos tendrían consecuencias significativas y adversas para la integridad del mercado, la estabilidad financiera, los consumidores, la economía real o la financiación de los hogares y las empresas de uno o varios Estados miembros; Reglamento Delegado (UE) 2018/65 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2017, a fin de especificar determinados elementos técnicos de las definiciones establecidas en el artículo 3, apartado 1, de ese Reglamento; Reglamento Delegado (UE) 2018/66 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2017, a fin de especificar cómo debe calcularse el importe nominal de los instrumentos financieros distintos de los derivados, el importe nominal de los derivados y el valor neto de los activos de los fondos de inversión; Reglamento Delegado (UE) 2018/67 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 en lo que respecta al establecimiento de las condiciones para evaluar las consecuencias de la cesación o modificación de índices de referencia ya existentes.

CAPITULO SEXTO

relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. Se aplicará esta Directiva a los “contratos de crédito” en los que intervenga un consumidor (artículos 2 y 3). Define ambos en el propio artículo 3.

En cuanto al ámbito subjetivo el concepto determinante es el de consumidor, “persona física que, en las operaciones reguladas en la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”. La otra contraparte será el prestamista, entendiendo por tal la “persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional”.

Por su parte, se define el “contrato de crédito”, como el “contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar, exceptuados los contratos para la prestación continuada de servicios o para el suministro de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios de manera escalonada mientras dura la prestación”¹⁴⁸.

2º.- los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. Son los contemplados en 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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE), nº 1093/2010¹⁴⁹.

En el ámbito objetivo, se regulan los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial. Así el artículo 3 que regula el ámbito de aplicación señala que la Directiva se aplicará a: “a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir”.

Consideramos importante destacar que la Directiva realiza una interpretación

¹⁴⁸ Expresamente en el artículo 2.2 se excluye la aplicación de la Directiva a “los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble”.

¹⁴⁹ Esta Directiva surgió como consecuencia de la crisis financiera que “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 de los consumidores...numerosos consumidores han perdido la confianza en el sector financiero y los prestatarios han experimentado cada vez más dificultades para hacer frente a sus préstamos, provocando un aumento de los impagos y las ventas forzosas” (Exposición de motivos, Considerando 3).

CAPITULO SEXTO

extensiva de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación y sin entrar en consideraciones sobre la finalidad del préstamo determina que se aplique “a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles”¹⁵⁰. Es decir, es completamente irrelevante la finalidad del préstamo en un claro intento de que todos los consumidores se beneficien del ámbito de protección de la Directiva.

En cuanto al ámbito subjetivo, remite a la noción recogida en la Directiva 2008/48/UE relativa a los créditos al consumo, es decir, las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. Así en el artículo 4 se limita a indicar que se considera consumidor “según se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/48/CE”. En la Exposición de Motivos se fundamenta que en dicha noción de consumidor se incluya a las personas que formalicen contratos con doble finalidad, es decir, aquellos celebrados “con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor” (Exposición de Motivos, Considerando 12)¹⁵¹.

Una vez delimitados sus ámbitos subjetivo y objetivo, que, de manera resumida, se centran en contratos de crédito tanto con una finalidad de consumo como los que están garantizados con hipotecas y siempre y cuando sean formalizados por un consumidor, el Reglamento 2016/1011 aborda de forma integral los índices de referencia en los contratos financieros. Remarcamos de manera integral ya que sí existían anteriormente distintas normas comunitarias que regulaban ya

¹⁵⁰ Incidir que en relación con el ámbito objetivo en el Considerando 15 y, en aras a garantizar que todos los consumidores que formalicen contratos de crédito para bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, interpretan de manera amplia los contratos incluidos en su ámbito de aplicación y así “procede, por tanto, que se aplique a los créditos garantizados mediante bienes inmuebles, con independencia de la finalidad del crédito, a los contratos de refinanciación u otros contratos de crédito que ayuden al propietario de la totalidad o parte de un inmueble a conservar derechos sobre bienes inmuebles o fincas, y a los créditos utilizados para adquirir bienes inmuebles en algunos Estados miembros, incluidos los que no requieren el reembolso del capital, o, salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado, a los que tiene como finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro, así como a los créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial” (Exposición de motivos, Considerando 15). Expresamente quedan fuera del ámbito regulado por la Directiva: “los productos de pensión hipotecaria u otros productos especializados equivalentes. Se trata de contratos de crédito con características específicas...resulta superfluo, por ejemplo, evaluar la solvencia del consumidor, dado que es el prestamista quien efectúa los pagos al consumidor, y no a la inversa. Las operaciones de este tipo requieren, entre otras cosas, una información precontractual sustancialmente diferente. Por lo demás, otros productos, tales como la vivienda-pensión, que funcionan de manera análoga a las hipotecas inversas o hipotecas vitalicias, no comportan la concesión de crédito, por lo que siguen fuera del ámbito regulado por la presente Directiva”.

¹⁵¹ En relación con esta cuestión el Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de abril de 2017 ha tenido ocasión de pronunciarse en el supuesto de que no resulte acreditado claramente cuando predominan los propósitos profesionales o no profesionales: “el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato...” (Fundamento de Derecho Cuarto).

CAPITULO SEXTO

determinados aspectos de algunos índices de referencia, pero no se abordaban “todas las vulnerabilidades de la elaboración de todos los índices de referencia” ni se abarcaban “todos los usos de los índices de referencia financieros en el sector financiero” (Exposición de Motivos del Reglamento 2016/1011, Considerando 2).

A continuación, enumeramos resumidamente tales normas, todas ellas anteriores a la aprobación del Reglamento 2016/1011 y que continúan vigentes en sus respectivos ámbitos de aplicación:

1ª.- Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 211/61/UE.

Esta Directiva se aplica principalmente a las empresas de servicios de inversión, a los organismos rectores del mercado, a los proveedores de servicios de suministro de datos y a las empresas de terceros países que presten servicios de inversión y/o actividades de inversión mediante el establecimiento de una sucursal en la Unión” (artículo 1).

En la misma se distingue dentro del concepto de cliente a los que califica como “cliente profesional”, “cliente minorista” y “pequeñas y medianas empresas”. Así entiende por cliente profesional a todo aquél que “posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones”. En el Anexo II además de la definición reproducida se enumeran categorías de clientes que en todo caso se considerarán profesionales (entidades de crédito, operadores que contratan en nombre propio, grandes empresas, inversores institucionales, entre otros). Se consideran grandes empresas las que a escala individual cumplan dos de los siguientes requisitos de tamaño de la empresa: “total del balance: 20.000.000 eur; volumen de negocios neto: 40.000.000 eur; fondos propios: 2.000.000 eur”.

2ª.- Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.

Dictada para asegurar la protección de los inversores en relación con los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Entre dichos valores se incluyen los determinados por referencia a otros instrumentos sobre todo valores transmisibles, divisas, tipos de interés o rendimientos, títulos sobre materias primas u otros índices o medidas.

Se reconoce que la inversión en valores conlleva un riesgo y por ello se requiere la información precisa para que el inversor pueda evaluar los riesgos y tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Toda información sobre las circunstancias financieras del emisor y los derechos inherentes a los valores, “que

CAPITULO SEXTO

tiene que ser tan suficiente y objetiva como sea posible, debe facilitarse de modo fácilmente analizable y comprensible” (Exposición de motivos, Considerando 20).

3ª.- Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). En ella se establecen una serie de requisitos en orden a la utilización de índices de referencia por los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

En esta Directiva se delimitan los criterios para valorar la vinculación entre dos o más personas físicas o jurídicas. Se definen los conceptos de “participación” - cuando una o más personas tienen la propiedad, directa o por control, del 20% o más de los derechos de voto o del capital de una empresa - ; “control” - la relación entre una empresa matriz y una filial, según se definen en los artículos 1 y 2 de la Directiva 83/349/CEE del Consejo de 13 de junio de 1.983; y “participación cualificada” - toda participación directa o indirecta en una sociedad de gestión que represente un 10% o un porcentaje mayor del capital o de los derechos de voto o que permita ejercer una influencia significativa en la administración de la sociedad de gestión en la que posea tal participación.

En el artículo 50 se reconoce la posibilidad de que tanto los depósitos como los instrumentos financieros derivados puedan ser objeto de inversión por parte de la OICVM. Así señala que “las inversiones estarán constituidas por uno o varios de los siguientes elementos: ...f) depósitos en entidades de crédito que sean a la vista o puedan ser retirados, con vencimiento no superior a 12 meses...a condición de que éste sujeta a unas normas prudenciales que las autoridades competentes del Estado miembro de origen de la OICVM consideren equivalentes a las que establece el Derecho comunitario. g) instrumentos financieros derivados...a condición de que: i) el activo subyacente del derivado consista en instrumentos de los mencionados en el presente apartado, índices financieros, tipos de interés, tipos de cambio o divisas,...”. Por su parte el artículo 51 se refiere expresamente a los procedimientos de gestión de riesgos para poder controlar y medir en todo momento el riesgo asociado a cada una de las posiciones. En el apartado 3 se señala que “el riesgo se calculará teniendo en cuenta el valor actual de los activos subyacentes, el riesgo de contraparte, los futuros movimientos del mercado y el tiempo disponible para la liquidación de las posiciones...”.

4ª.- Reglamento 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía. En él se contienen toda una serie de disposiciones que prohíben la manipulación de los índices de referencia en relación con los productos energéticos al por mayor.

En el Considerando primero de dicho reglamento, se señala que “es

CAPITULO SEXTO

importante garantizar que los consumidores y otros participantes en el mercado puedan confiar en la integridad de los mercados de la electricidad y el gas, que los precios fijados en los mercados mayoristas de la energía reflejen una interacción equitativa y competitiva entre la oferta y la demanda, y que no se puedan obtener beneficios procedentes de prácticas de abuso del mercado”. Merece la pena referirse a lo expuesto en el Considerando 13 en cuanto a la manipulación de los mercados mayoristas que implican que los precios se concreten en niveles que no se justifican por las fuerzas del mercado de la oferta y la demanda. De las distintas formas de manipulación recogemos:” la emisión y retirada de órdenes falsas; la propagación de información o rumores falsos o engañosos a través de los medios de comunicación, incluida internet, o a través de cualquier otro medio; la transmisión deliberada de información falsa a empresas que realizan estimaciones de precios o informes sobre el mercado que inducen a error a los participantes en el mercado que actúan apoyándose en estas estimaciones de precios o en estos informes sobre el mercado,...”. En el Considerando 14 se citan una serie de ejemplos de manipulación de mercado: “la conducta de una o varias personas que actúen de forma concertada con el objetivo de asegurarse una posición decisiva sobre la oferta o la demanda de un producto energético al por mayor, que tiene, o podría tener, el efecto de fijar, directa o indirectamente, los precios o de crear otras condiciones comerciales no equitativas; y la oferta, compra o venta de productos energéticos al por mayor con el propósito, la intención o el efecto de engañar a los participantes en el mercado que actúan sobre la base de los precios de referencia...”. Añade el Considerando 16 que “los conceptos de abuso del mercado que se aplican a dichos mercados se adaptarán al tiempo que evolucionan los mercados financieros”.

B) INFORME DE LA OICV: No forma parte de la normativa comunitaria antes expuesta, pero sí debemos referirnos por su trascendencia e influencia sobre la misma al informe sobre los índices de referencia formulados por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV), o también por sus siglas en inglés, IOSCO, en el que se aprueban un conjunto de principios sobre dichos índices de referencia. Estos se centran en cuatro grandes bloques relativos a la gobernanza por parte del administrador del índice, en la calidad del índice, en la calidad de la metodología y en la rendición de cuentas¹⁵². De forma resumida de los 19 principios de la IOSCO sobre índices de referencia consideramos oportuno referirnos, en el ámbito de este apartado, a los enumerados bajo los ordinales 6 a 15 que se recogen bajo los epígrafes de calidad del índice y calidad de la metodología.

a) Dentro de la calidad del índice:

¹⁵² Se puede consultar el texto íntegro en www.iosco.org, International Organization of Securities Commissions (IOSCO). Un resumen y comentario de estos principios se puede consultar también en www.bde.es y en el comentario de GÓMEZ YUBERO, M^a J., “La regulación de los índices de referencia y la reforma del euribor”, año 2016, disponible en la web del Banco de España.

CAPITULO SEXTO

6.- Diseño del índice: El índice debe estar diseñado de forma que represente de manera fiable la realidad económica que pretende medir y elimine factores que pueden dar lugar a una alteración del precio, tipo, clase o valor del índice.

7.- Suficiencia de datos: Los datos utilizados deben estar basados en precios, tipos, índices o valores que se conformen por las fuerzas de la oferta y la demanda en condiciones de competencia. Se tratará normalmente de utilizar datos de transacciones reales.

8.- Orden y jerarquía de los datos recibidos: El administrador establecerá y publicará guías sobre la jerarquía de datos y el uso de valoraciones de expertos.

9.- Transparencia: El administrador publicará, para la fijación de cada índice, una explicación concisa y suficiente sobre el proceso de determinación y sobre la utilización de valoraciones de expertos.

10.- Revisión periódica: El administrador revisará periódicamente las condiciones del interés subyacente que el índice mide para determinar si ha sufrido cambios estructurales que pueden requerir el cambio de la metodología.

b) En cuanto a la calidad de la metodología:

11.- Contenido de la metodología: El administrador documentará y publicará la metodología, cuyo contenido mínimo abarca la forma de cálculo, representatividad, relevancia sectorial y adecuación como referencia para instrumentos financieros.

12.- Cambios en la metodología: El administrador publicará la razón de cualquier cambio material en su metodología y los procedimientos para hacer dichos cambios.

13.- Transformación: El administrador contará con políticas y procedimientos escritos para el caso de una posible desaparición del índice debido a cambios en la estructura de mercado, cambios en la definición del producto o en cualquier otra condición por la que el índice ya no sea representativo.

14.- Código de conducta de los contribuidores: El administrador redactará un código de conducta para los contribuidores de datos, vigilará la adhesión a él y supervisará su cumplimiento.

15.- Controles internos sobre recopilación de datos: El administrador que recopile datos de una fuente externa debe contar con los apropiados controles internos sobre la recopilación de información (selección de la fuente) y el proceso de transmisión de datos.

Todos estos principios ya se refieren a la calidad del índice o a la metodología son esenciales a la hora de poder calificar un índice como objetivo y válido para constituir la referencia de las operaciones hipotecarias y del mercado que quiere medir. No olvidemos, así lo hemos señalado en distintos capítulos de esta tesis, que la

CAPITULO SEXTO

finalidad última de una operación a interés variable es que en todo momento el prestatario satisfaga el préstamo a un tipo de interés de mercado. Al final la síntesis se resume en el artículo 21 de la Ley 5/2019 al exigir como condiciones para que un índice sea utilizado como referencia en las operaciones a interés variable: “ser claro, accesible, objetivo y verificable”; “calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista” y que los datos que sirvan de base al índice “sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Incide además en aspectos de gran relevancia y que han supuesto que, por ejemplo, los dos índices más utilizados en nuestro mercado hipotecario como son el euríbor y el IRPH Entidades, sean cuestionados por adolecer de suficiencia de datos o que estos no se correspondan con transacciones reales, además la falta de transparencia en la determinación del índice que debería servir al prestatario para tomar una decisión con pleno conocimiento de causa en lo referente al método de cálculo del mismo. También la metodología que además debería incidir en cuestiones de gran relevancia como la representatividad del índice o la relevancia sectorial de las entidades que aportan los datos. A todo ello se añaden cuestiones relativas a la adaptación del índice a las circunstancias cambiantes del mercado para conseguir que, en todo momento, el mismo sea representativo de la realidad que quiere medir.

4.3.2.2.- PRINCIPIOS DERIVADOS DEL REGLAMENTO 2016/1011 Y DEL INFORME DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE COMISIONES DE VALORES (OICV)

Como habíamos indicado, todos estos actos legislativos al regular solo determinados aspectos eran insuficientes para conseguir que los índices de referencia financieros fueran un pilar en el funcionamiento del mercado único en relación con los servicios financieros. Por ello se promulgó el Reglamento 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión. Ha de destacarse que el marco normativo adopta la forma de Reglamento ya que con dicha figura se intenta garantizar que “se apliquen uniformemente en toda la Unión normas que impongan obligaciones directas a quienes intervengan en la elaboración, la aportación y la utilización de índices de referencia” (Considerando 7 del Reglamento 2016/1011).

A grandes rasgos los principios que podemos extraer de la Exposición de Motivos del Reglamento, extrapolables al índice euríbor y que recogen en lo esencial los principios aprobados el 17 de Julio de 2013 por la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV) a los que anteriormente hemos hecho referencia son:

a) entran en el ámbito de aplicación del Reglamento todos aquellos índices que respondan a la característica de discrecionalidad en su elaboración. Desde el momento en que se calcula aplicando una fórmula a partir de valores subyacentes se entiende que existe un grado de discrecionalidad en la elaboración de la fórmula, la

CAPITULO SEXTO

realización del cálculo necesario y la determinación de los datos de cálculo, lo que conlleva un riesgo de manipulación. En sentido contrario los referidos a un solo precio o valor al no haber lugar a realizar ningún cálculo no son considerados índices de referencia a efectos del Reglamento (Considerandos 17 y 18 del Reglamento 2016/1011). En consecuencia, el euríbor entra de lleno en esta discrecionalidad en la medida que los datos de cálculo son facilitados por múltiples contribuidores con tendencia a practicar la discrecionalidad ya que, no olvidemos, el índice va a ser la referencia que determinará el importe a pagar por los contratos en vigor de los clientes. Es importante en relación con el euríbor velar por la fiabilidad tanto en la elaboración del índice como en la aportación de datos para su cálculo.

b) admitido que la discrecionalidad a la hora de suministrar los datos genera la posibilidad de manipulación del índice, solo en aquellos supuestos en que los datos de cálculo se basen en operaciones reales existirá menos margen discrecional y consecuentemente menos posibilidades de manipulación. Por tanto, “los administradores de índices de referencia deben utilizar los datos de cálculo de operaciones reales siempre que sea posible, pero cabe recurrir a datos adicionales cuando los datos de operaciones no basten, o resulten inadecuados, para garantizar la integridad y exactitud de los índices” (Considerando 26).

Recordemos que el euríbor se calcula a partir de la respuesta a la pregunta: *¿A qué tipo de interés crees que un banco principal está dispuesto a prestar fondos a otro en el mercado interbancario de la zona euro?*¹⁵³. En el apartado siguiente se desarrolla este tema con más profundidad, haciendo hincapié en aquellos supuestos en que no participan una cantidad representativa de entidades tanto numéricamente como a nivel de los distintos países lo que entendemos ocasiona una falta de representatividad del índice y para aquellos supuestos en que se ha acreditado la formación de cárteles, en todo caso, sería menor el impacto que tendría sobre esta representatividad. Además, la falta de entidades suficientes es un obstáculo, para poder considerar que el índice recoge realmente el precio de mercado de las operaciones activas.

c) tanto el método como los datos de cálculo son los que determinan la exactitud y fiabilidad de un índice de referencia que mida la realidad económica. Es preciso, pues, adoptar un método transparente que garantice ambas. Esta transparencia no debe entenderse únicamente como la publicación de la fórmula aplicada para determinar el índice de referencia, sino también “como la comunicación de los elementos necesarios para que los interesados puedan entender cómo se ha llegado a dicho índice de referencia y evaluar su representatividad, pertinencia e idoneidad para la utilización prevista” (Considerando 27).

d) la integridad y la exactitud de los índices de referencia dependen de la integridad y exactitud de los datos de cálculo aportados por los contribuidores

¹⁵³ Literalmente “that each panel bank believes one prime bank is quoting to another prime bank for interbank term deposits within the euro zone”.

CAPITULO SEXTO

(Considerando 30).

e) se establecen tres tipos de índices de referencia: los cruciales, los significativos y los no significativos, prestando especial atención a los primeros ya que pueden repercutir en la integridad del mercado, la estabilidad financiera, los consumidores, la economía real o la financiación de los hogares y las empresas en los Estados miembros. En los Capítulos 3, 5 y 6 del Reglamento se regulan los distintos tipos de índices, estableciendo las condiciones para calificar cada uno de ellos en uno u otro grupo. En una primera aproximación al tema la magnitud a considerar principalmente es el valor total de la gama de plazos de vencimiento del índice de referencia. Así, por ejemplo, serán calificados como cruciales los que representen como mínimo 500.000 millones de euros del valor total de la gama de plazos de vencimiento, se calificarán como significativos los que representen como mínimo 50.000 millones de euros y el resto se calificarán como no significativos.

f) en relación con los índices calificados como cruciales precisamente por su especial vulnerabilidad y posibilidad de manipulación se establece la obligación, exigible por la autoridad competente, de aportación de datos para preservar la credibilidad del índice ya que su finalidad última es medir el mercado o la realidad económica subyacente. Se confía como organismo en la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), creada en 2011 y que tiene como función básica mejorar la protección de los inversores y promover mercados financieros estables y ordenados.

4.3.2.3.- INTEGRIDAD Y FIABILIDAD DE LOS ÍNDICES DE REFERENCIA: DATOS DE CÁLCULO Y METODOLOGÍA

Conforme al artículo 3.1.14 del Reglamento 2016/1011, los datos de cálculo son los “correspondientes al valor de uno o varios activos subyacentes o precios, inclusive precios estimados, cotizaciones, cotizaciones firmes u otros valores, utilizados por el administrador para determinar el índice de referencia”. La expresa mención a los “precios estimados” intenta dar valor a la encuesta que, como hemos explicado, sirve para conformar el índice euríbor, no en vano el resto de las menciones se refieren a valoraciones reales que, como hemos venido señalando, deberían ser los subyacentes que deberían determinar en mayor medida el índice.

Centrándonos concretamente en los datos de cálculo y la metodología necesarios para poder elaborar un índice de referencia podemos distinguir los siguientes requisitos de cada uno de los apartados.

A) DATOS DE CÁLCULO (Artículo 11 Reglamento. Como hemos indicado vienen definidos en el artículo 3.1.14 antes señalado y de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento estos datos de cálculo utilizados para determinar el índice de referencia:

1º.- deben ser suficientes para poder reflejar con exactitud y fiabilidad el

CAPITULO SEXTO

mercado o la realidad económica a cuya medición se destina el índice de referencia.

2º.- siempre y cuando estén disponibles y resulten adecuados serán datos de operaciones que en todo caso deberán ser verificables.

3º.- para el caso de que los datos de operaciones no bastaran o no resultaran apropiados para reflejar con exactitud y fiabilidad el mercado se podrá recurrir a datos de cálculo distintos de los datos de operaciones, como estimaciones de precios o cotizaciones. En estos casos el administrador obtendrá los datos de un panel o una muestra fiable y representativa de contribuidores con la finalidad de que el índice resulte fiable y representativo.

4º.- en base a unos elementos de un código de conducta elaborado por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM), el administrador no utilizará datos de cálculo de contribuidores cuando tenga constancia de que no respetan el código de conducta del artículo 15 del Reglamento y, por tanto, será necesario recabar datos “públicos y representativos” para elaborar el índice de referencia (artículo 11.1, letra e). Y en todo caso, según la letra a) del artículo 11, se exige la suficiencia de los datos para que puedan “reflejar con exactitud y fiabilidad el mercado o la realidad económica a cuya medición se destina el índice de referencia”, en todo caso, en el citado artículo 15 exige la elaboración de un código de conducta para cada índice, en nuestro caso, el euríbor y responsabiliza al administrador de que los contribuidores respetan “de manera continuada” dicho código¹⁵⁴. La finalidad es garantizar la integridad y exactitud del índice. En todo caso se conceden facultades al administrador para variar los datos de cálculo, los contribuidores o la metodología cuando considere que los datos suministrados no son representativos del mercado o

¹⁵⁴ El código de conducta aparece regulado en el artículo 15 del Reglamento donde se concretan las obligaciones tanto del administrador del índice – persona física o jurídica bajo cuyo control se elabora el índice de referencia- como de los contribuidores – personas físicas o jurídicas que aportan datos de cálculo para la elaboración del índice-. Los elementos que, como mínimo, deberá incluir el código de conducta de cada índice de referencia son según el citado artículo 15:

a) una descripción clara de los datos de cálculo que deban aportarse y los requisitos para garantizar que dichos datos se ajusten a las exigencias de suficiencia, exactitud, verificabilidad y representatividad de conformidad con el artículo 11.

b) identificación de las personas habilitadas para aportar datos de cálculo al administrador y los procedimientos para verificar la identidad de los contribuidores y los transmitentes.

c) políticas para garantizar que los contribuidores aporten todos los datos de cálculo pertinentes.

d) sistemas y controles que el contribuidor, es decir, la entidad que aporta datos para la elaboración del índice está obligado a establecer. En especial: - procedimientos para la aportación de datos de cálculo, especialmente la exigencia de especificar si dichos datos son datos de operaciones y si se ajustan a los requisitos del administrador; - las políticas sobre la práctica de discrecionalidad en la aportación de datos de cálculo; - obligaciones de validación de los datos antes de aportarlos al administrador; - las políticas de mantenimiento de registros; - los requisitos en materia de información sobre los datos de cálculo sospechosos; - los requisitos en materia de gestión de conflictos de intereses.

CAPITULO SEXTO

de la realidad económica a cuya medición se destina el índice de referencia (artículo 11.4). La situación actual, como veremos posteriormente, es de falta de representatividad tanto por el escaso número de entidades que conforman el panel de contribuidores como por la falta de representatividad geográfica de las mismas al no estar representados todos los países en una proporción que garantice esta fiabilidad del mercado.

5º.- cuando los datos sean aportados por un departamento, división o empleado del contribuidor que realice actividades de fijación, negociación o intermediación de precios el administrador, en primer lugar, obtendrá datos de otras fuentes que corroboren los datos de cálculo aportados, y, en segundo lugar, garantizará que los contribuidores disponen de procedimientos internos de vigilancia y verificación adecuados (artículo 11.3).

B) METODOLOGÍA Y TRANSPARENCIA (Artículos 12 y 13). Tras el artículo 11 que hemos visto regula los datos de cálculo, los artículos 12 y 13 del Reglamento 2016/1011, establecen la metodología y transparencia del índice de referencia.

Conforme al artículo 12.1, el administrador deberá emplear una metodología para el cálculo del índice de referencia que:

- a) sea sólida y fiable.
- b) en los supuestos en que exista discrecionalidad en la determinación del índice, deberá responder a normas claras que especifiquen el cómo y el cuándo de la misma.
- c) sea rigurosa, continua y susceptible de validación a través de un método retrospectivo de análisis de los datos de las operaciones disponibles.
- d) tenga resiliencia y garantice que el índice de referencia pueda calcularse en el mayor número posible de circunstancias, sin comprometer su integridad. De las distintas acepciones de resiliencia en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua entendemos que, en el ámbito jurídico, la más adecuada es la que define dicho concepto como “capacidad de un sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que había estado sometido”. Consideramos que la resiliencia, en el punto que analizamos, debería suponer que el índice de referencia pudiera afrontar situaciones desfavorables principalmente en orden a su manipulación y falta de representatividad.

Habrá que poner en relación este apartado con la previsión de los Considerandos del Reglamento 2016/1011 al reconocer expresamente “una serie de casos graves de manipulación de los índices de referencia de tipos de interés, como el libor y el euríbor”...”La elaboración de índices de referencia comporta una valoración discrecional y está intrínsecamente sujeta a determinados tipos de

CAPITULO SEXTO

conflictos de intereses, lo que implica la posibilidad de manipular los índices, así como la existencia de incentivos para hacerlo” (Considerando 1); ”Dada la urgencia de la necesidad de restaurar la confianza en los índices de referencia y promover mercados financieros justos y transparentes, el presente Reglamento debe entrar en vigor al día siguiente al de su publicación” (Considerando 70).

e) pueda identificarse y verificarse.

Conforme al artículo 12, apartado 2º, al desarrollar la metodología del índice de referencia, el administrador deberá atender a distintos factores todos ellos relacionados con el mercado: la transparencia de la negociación y las posiciones de los participantes en el mercado, la concentración y la dinámica del mercado y la adecuación de toda muestra a efectos de la realidad económica que el índice está destinado a medir.

En relación con la transparencia se señala en el artículo 13 que corresponde al administrador desarrollar, utilizar y administrar tanto los datos como el método de cálculo del índice de referencia de forma transparente.

Para que el método tenga éxito es preciso, si consideramos necesario que refleje la realidad económica que va a medir, que participen un número de bancos considerable y que además sean activos en los mercados monetarios de la zona euro para garantizar tanto la suficiencia de datos de transacciones como la representatividad de los mismos.

Entendemos que en la configuración del índice deberían participar un número relevante de entidades. Esta cuestión es de gran importancia máxime si tenemos en cuenta que actualmente no más de 20/24 entidades aportan datos para el índice euríbor, cuestión que tiene su origen, en la decreciente actividad en los mercados interbancarios sin garantía “motivada en parte por las exigencias de capital y de cobertura de riesgo de liquidez de la nueva normativa prudencial adoptada tras la crisis, que incentivan a los bancos a operar en mercados con garantía”¹⁵⁵. Este hecho de que se defiendan un número relevante de entidades entendemos que es de gran importancia ya que el euríbor no es un tipo de interés en el sentido habitual, ya hemos señalado que es un indicador que se calcula a partir de una encuesta diaria y que no se corresponde o no tiene porqué corresponderse con los tipos de interés realmente aplicados en las transacciones entre instituciones financieras. Por tanto, atendiendo a la naturaleza del euríbor, a pesar de cumplir la función de ser un tipo de interés, en realidad no es más que un indicador que atiende a valores económicos (inflación, producción, estabilidad de precios,...) en virtud de los cuales las entidades financieras que conforman el panel trasladan un determinado valor que tiene más relación con la percepción de la economía que con un indicador exacto de tipo de

¹⁵⁵ GÓMEZ YUBERO, M^a.J., ob.cit. página 24, defiende esta autora que como mínimo debería participar 40 entidades a la hora de aportar datos para determinar el índice.

CAPITULO SEXTO

interés de transacciones reales.

Esta cuestión es la que en octubre de 2015 motivó que el European Money Markets Institut (EMMI) – administrador del euríbor-, pusiera en marcha planes para reformar la metodología de cálculo del índice para que se basara en transacciones reales y no solo en encuestas.

Esta reforma, sin embargo, de momento no ha prosperado. En mayo de 2017 el EMMI determinó que principalmente unas condiciones del mercado con unos tipos de interés en tasas negativas no permitían la adopción de una nueva metodología para calcular el euríbor¹⁵⁶. En el resumen de prensa del día 5 de mayo de 2017 de la Asociación Hipotecaria Española se recogen unas declaraciones del Secretario General del EMMI en las que reconoce la inviabilidad del nuevo euríbor y señala que “siguen comprometidos con la reforma del índice para hacer que se ajuste a la operativa real en la medida de lo posible, en línea con la regulación europea sobre índices”. Añade la nota que “se centrarán en desarrollar una metodología híbrida capaz de adaptarse a las condiciones de mercado”. El planteamiento sería que este “euríbor híbrido” se basara en operaciones reales siempre que fuera posible¹⁵⁷, reconociendo expresamente que el mercado subyacente no permite el uso exclusivo de operaciones reales para el cálculo del índice. Como hemos indicado el EMMI comenzó el trabajo de desarrollo de esta metodología híbrida contemplando datos de operaciones si estuvieran disponibles y usando otras fuentes cuando tales datos faltasen. A grandes rasgos, esta metodología desarrollada a partir del 2017, sigue una jerarquía de cálculo que consta de tres niveles. Para cada día en que el índice es calculado, los bancos contribuidores han de basar sus envíos para cada plazo de vencimiento del euríbor en uno de los niveles siguientes y en orden prioritario:

- en un primer nivel, se contribuirá a partir de los datos de operativa del día anterior a la publicación del índice que reflejen la realidad económica.

- en un segundo nivel, la contribución se basará igualmente en operaciones que reflejen la realidad económica, pero con plazos de vencimiento no estándar, principalmente ajustados a partir de indicadores de mercado.

- en un tercer nivel, la contribución se determinará a partir de datos de mercado que no satisfagan los criterios de los dos niveles anteriores, combinando con técnicas que recojan el juicio del contribuidor al índice.

Los resultados deberían permitir implantar la reforma del euríbor antes del uno de enero de 2020.

¹⁵⁶ El dictamen se encuentra disponible en la página www.emmi-benchmarks.eu/euribor-org/about-euribor.html (nota del día 4 de mayo de 2017).

¹⁵⁷ Página 3 de la nota de prensa de la Asociación Hipotecaria Española (AHE), disponible en www.ahe.es (Resumen de prensa del día 5 de mayo de 2017).

CAPITULO SEXTO

Directamente relacionada con esta cuestión de la representatividad del índice de referencia, debemos referirnos al anuncio realizado por el Banco Central Europeo en septiembre de 2017 al considerar la implementación de un nuevo índice de referencia, complementando los actualmente existentes, basado en transacciones cuyo lanzamiento debería producirse antes de 2020. Será concretamente el Euro Short Term Rate (ESTER), de publicación diaria, cuyas características principales, deberán ser de forma resumida: en primer lugar, representativo del área euro, en segundo lugar, reflejará el coste para los bancos de tomar fondos en el mercado mayorista, en tercer lugar, indicativo de operaciones a muy corto plazo y finalmente, importante a nuestros efectos, no sesgado, es decir, en condiciones de mercado. A grandes rasgos, se basará en transacciones reportadas por 52 entidades a través del Money Market Statistical Reporting (MMSR), en un intento de demostrar que es viable una metodología basada constantemente en transacciones reales de mercado.

4.3.2.4- MÉTODO DE CÁLCULO DEL EURÍBOR.

Recordemos que la elección de los bancos que forman parte del euríbor se basa en criterios de mercado de tal manera que el índice se configura por aquellas entidades con un mayor volumen de negocio dentro de los mercados monetarios de la Unión Europea, en otras palabras, en todo caso conformarán el índice los bancos que ocupen las primeras posiciones según las agencias de calificación. En un primer momento el grupo estaba compuesto por un total de 47 entidades que iban variando¹⁵⁸, hasta llegar a menos de la mitad de los bancos que facilitan datos en el año 2018. Hay que tener en cuenta que en sus orígenes se determinaba por bancos que en un principio no participaban en el euro como Barclays Capital, Den Danske, UBS y Svenska Handelsbanken, y por entidades de países no pertenecientes a la Unión Europea como, por ejemplo, JP Morgan y Bank of Tokyo -Mitsubishi, incluidas por su importancia en el volumen de operaciones de la economía europea (en abril y diciembre de 2018 únicamente Barclays es la entidad que no pertenece a la zona euro que participa en el panel y JP Morgan como entidad internacional).

Como ya hemos señalado, los bancos que conforman el panel de las entidades con mayor volumen de negocio envían al agente de cálculo sus tipos ofertados para los distintos vencimientos del euríbor¹⁵⁹. El tipo de interés que las entidades entregan

¹⁵⁸ Se puede consultar el histórico del panel de bancos desde 2004 hasta la fecha en www.emmi-benchmarks.eu. En la consulta realizada el día 6 de abril de 2018 constatamos como únicamente 21 entidades financieras conforman el panel para determinar el índice. De nuestro país aportan datos Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Banco Santander, CECABANK y CaixaBank SA. Todos ellos con idénticas observaciones en los ocho índices que integran el Euríbor. A destacar la horquilla en el euríbor 12 meses entre entidades como, por ejemplo, Deutsche Bank con un tipo del -0,11% a Societé Générale con un tipo al - 0,27. En la consulta realizada en diciembre de 2018 igualmente 21 entidades conforman el panel perteneciente a Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España y de fuera de la Unión Europea, Barclays Capital y como banco internacional JP Morgan Chase&Co.

¹⁵⁹ El agente de cálculo o entidad que calcula el euríbor es actualmente Global Rate Set Systems LTD que reemplazó a Thomson Reuters.

CAPITULO SEXTO

es la respuesta a la pregunta: *¿A qué tipo de interés crees que un banco principal está dispuesto a prestar fondos a otro banco principal en el mercado interbancario de la Zona Euro?*¹⁶⁰. Los tipos ofertados han de entregarse antes de las 10:45 AM. De estos se eliminan el 15 % de los tipos más altos y más bajos con la finalidad de evitar la dispersión en las cuotas. Con los datos restantes se calcula una media aritmética simple, redondeando hasta tres decimales¹⁶¹. Esta media es publicada diariamente a las 11:00 AM por Global Rate Set Systems LTD y es relevante señalar que no es necesario que todos los bancos que conforman el panel oferten diariamente un tipo de interés, pueden abstenerse de ofertar hasta un 50% de las entidades.

Cuando se abstienen de comunicar los datos hasta un 50% de los bancos del panel existe la opción de retrasar el plazo para que los que no han ofertado en el día entreguen su tipo de interés. Si en este tiempo aún no se ha conseguido una participación suficiente existen dos opciones. Una primera es que, si al menos doce bancos de tres países distintos han comunicado el tipo de interés, el euríbor se calcula a partir de estos datos, si no, se retrasa la publicación del euríbor hasta que se cumpla este requisito señalado de que contesten doce bancos de tres países distintos. Con los datos obtenidos se obtiene una media simple ya que todos los tipos de interés comunicados reciben la misma ponderación.

Este sistema de cálculo ha sido cuestionado principalmente por la falta de transparencia y, sobre todo, a raíz del escándalo de la manipulación del euríbor que supuso que en diciembre de 2013 la Comisión Europea impusiera una sanción de 1.712 millones de euros a ocho bancos que habían participado en cárteles para manipular los tipos de interés de líbor y euríbor¹⁶². La manipulación consistía básicamente en que los empleados encargados de elaborar las ofertas tanto de Libor como de Euríbor estaban en contacto y coordinaban las ofertas de los tipos de

¹⁶⁰ Literalmente: “that each panel bank believes one prime bank is quoting to another prime bank for interbank term deposits within the euro zone”.

¹⁶¹ Una información más detallada tanto del cálculo como de las distintas opciones en función de los datos recibidos se puede consultar en www.emmi-benchmarks.eu/euribor.org/about-euribor. En esta dirección electrónica además se puede acceder al panel diario de bancos y se puede enlazar con la página de www.globalrateset.com, que como hemos indicado es la entidad encargada actualmente del cálculo del euríbor (última consulta 11.04.2018).

¹⁶² El documento completo sobre las dos decisiones por las que se imponía a ocho entidades esta sanción puede consultarse en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1208_en.htm. A modo de resumen recogemos la respuesta del Sr. Almunia el 24 de Enero de 2014 en nombre de la Comisión a una pregunta parlamentaria sobre esta cuestión: “La Comisión Europea adoptó, el 4 de diciembre de 2013, dos decisiones por las que se imponía a ocho entidades financieras internacionales multas por un total de 1.712.468.000 euros por su participación en cárteles ilegales activos en los mercados de derivados financieros del Espacio Económico Europeo (EEE). Cuatro de estas entidades – Barclays, Deutsche Bank, Société Générale y The Royal Bank of Scotland – participaban en un cartel relacionado con los derivados sobre tipos de interés denominados en euros. Seis de ellas participaban en uno o varios cárteles bilaterales relacionados con derivados sobre tipos de interés denominados en yenes japoneses. Ambas decisiones se adoptaron mediante el procedimiento de transacción de la Comisión. En el caso de los derivados sobre tipos de interés en euros, tres bancos – JP Morgan Chase & Co, Crédit Agricole y HSBC – decidieron no aceptar la transacción con la Comisión Europea.....” (el texto completo se puede consultar en www.europarl.europa.eu, referencia E-012687/2013).

CAPITULO SEXTO

referencia. Los beneficios de esta actividad de forma resumida y centrándonos en el tema de los tipos de interés en relación con los préstamos a terceros eran sencillos, una alteración de los tipos de interés de referencia al alza generaba mayores ingresos de su actividad de prestamista, aplicándolo no solo a la actividad hipotecaria sino a cualquier tipo de operación activa de la entidad. Esta manipulación también tenía como finalidad en los años de la crisis financiera posteriores a la caída de Lehman Brothers (15 de septiembre de 2008) generar confianza en los mercados. Al ser una encuesta, los tipos comunicados eran percibidos por el mercado como indicadores de la solvencia de las entidades. Así, cuanto más alto fuese el tipo comunicado más peligroso podía ser realizar cualquier transacción con la misma. Esto implicó en determinados momentos tipos de interés más bajos con el fin de generar confianza¹⁶³.

4.3.2.5.- PROPUESTAS DE MEJORA Y VALORACIÓN

Vista la posibilidad de manipulación del índice, a raíz de los hechos que hemos indicado, se han apuntado diversas medidas con la finalidad de introducir mayor transparencia en el proceso de fijación del Euribor. De forma resumida recogemos las que a nuestro entender son las más relevantes en orden a la fijación del tipo de referencia aplicable a los préstamos hipotecarios, manifestando nuestra opinión en relación con las mismas¹⁶⁴:

1º.- En primer lugar, como actuación se apunta por parte del EMMI la medida de repetir el proceso de fijación, dentro del mismo día, si se detectan anomalías o errores.

2º.- También se apunta dentro de las medidas la de reducir el tamaño del panel de entidades que facilitan los datos ya que no es posible confeccionar el índice a partir de un panel representativo de más de 40 entidades. Es ciertamente una medida difícil de compartir por nuestra parte, ya que parece que cuantas más entidades participen en la determinación del índice, más representativo será este y menos se podrá facilitar la formación de cárteles y, en todo caso, menor sería el impacto de un cártel si se formara¹⁶⁵. En defensa de este argumento podemos señalar el próximo lanzamiento del nuevo índice de referencia por parte del Banco Central Europeo denominado ESTER (Euro Short Term Rate), que se basará en transacciones reportadas por 52 entidades financieras, con la finalidad principal de demostrar que es viable una metodología basada en operaciones reales de mercado. Precisamente

¹⁶³ Es la denominada “reputation-driven manipulation”, término acuñado por HUIZING, P., en “*Parallel enforcement of rate rigging: lessons to be learned from Libor*”, publicado en Journal of Antitrust Enforcement Advance published November 3, 2014 de Orford University, página 4.

¹⁶⁴ La lista completa de medidas puede consultarse en www.emmi-bechmarks.eu/Euribor-org/Euribor-reform.html. También los artículos de DIEZ GIBSON, J.L., “Reforma de las referencias financieras”, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, número 3045, del 1 al 30 de noviembre de 2013, páginas 35 a 50. CHASE SOLÁN, C.D., ob.cit. páginas 24 y siguientes.

¹⁶⁵ CHASE SOLÁN, C.D., ob.cit., página 25.

CAPITULO SEXTO

uno de los grandes problemas que existe en estos momentos en el mercado financiero es la concentración del negocio en pocas entidades como consecuencia de la reconversión que se ha producido en el mismo¹⁶⁶.

3º.- Entendemos que las cotizaciones o comunicaciones de las entidades deberían basarse en transacciones reales y no en transacciones hipotéticas ya que la encuesta a la que responden no deja de ser una pregunta en abstracto como hemos señalado (*¿A qué tipo de interés crees que un banco principal está dispuesto a prestar fondos a otro en el mercado interbancario de la Zona Euro?*). Evidentemente remitirnos a datos de mercado nos parece lo más lógico ya que al ser una referencia ampliamente utilizada en las operaciones activas sería representativa de las operaciones que se vayan formalizando y, además, supondría actualizar a precio de mercado las operaciones en vigor. Atendemos una vez más al dato que consideramos esencial en las hipotecas a interés variable, que el prestatario satisfaga en todo momento un tipo de interés acorde con las condiciones a las que está contratando en cada momento el mercado hipotecario.

En defensa de que fueran las transacciones reales las que configuraran mayoritariamente el índice podemos invocar el Reglamento de Ejecución 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016 por el que determina que el índice euríbor es, de momento, el único considerado crucial en el mercado financiero. En los Considerandos del propio Reglamento se señala que, para desempeñar su función económica, los índices de referencia deben ser representativos de la realidad económica que reflejan y los riesgos tanto para los usuarios como para los mercados aumentan cuando el volumen de contratos referenciados en concreto al euríbor son elevados cuantitativamente¹⁶⁷. Los riesgos a que se refiere son consecuencia de los fallos que se habían detectado como consecuencia de la manipulación de los índices de referencia de tipos de interés, principalmente líbor y euríbor, y que están en el origen del Reglamento 2016/1011 precisamente por ser conscientes las autoridades europeas de la vulnerabilidad de dichos índices frente a dichas manipulaciones.

Un argumento a favor tanto de aumentar el número de entidades como de aportar datos de mercado, es decir, basados en transacciones reales lo podemos encontrar en el Reglamento 1333/2014 del Banco Central Europeo, de 26 de noviembre de 2014, relativo a las estadísticas de los mercados monetarios. En este Reglamento se establecen los parámetros para la recopilación de datos estadísticos que, entre otras, las instituciones financieras monetarias (IFM) deben suministrar al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). La finalidad apuntada en el

¹⁶⁶ Fuente diario Expansión de 23 de Julio de 2018 que recoge un informe de Citi en el que se señala que actualmente cinco entidades concentran el 70 % del negocio en España, concentración que llegará al 85% de los activos totales en el año 2020.

¹⁶⁷ En el Considerando 5 señala que se estima en más 180 billones de euros el importe de los contratos que se basan en dicho índice. Y solo en el epígrafe de créditos hipotecarios minoristas la cifra supera un billón de euros. Se supera, en consecuencia, el umbral de los 500.000 millones de euros para considerar a un índice como crucial.

CAPITULO SEXTO

Considerando 7 del Reglamento es la disponibilidad de estadísticas puntuales y de gran calidad y para ello se requiere información basada en datos objetivos como, por ejemplo, el tamaño de los activos totales de su balance. Además, y reafirmando la argumentación que sostenemos, el Banco Central Europeo “velará por que haya al menos tres IFM informadoras por Estado miembro... para garantizar un nivel mínimo de representación geográfica” (Considerando 6)¹⁶⁸.

Son hechos constatables en la actualidad tanto la integración de las entidades como la interrelación de los operadores que actúan en el mercado financiero (bancos, compañías de seguros, entidades de valores,...) a lo que se añade mayor complejidad tanto al mercado como a la labor supervisora de los órganos de cada país¹⁶⁹. Precisamente por esta cuestión son importantes tanto la diversidad de las entidades que facilitan datos como la necesidad de que se basen en operaciones reales, como mínimo, en un porcentaje lo más elevado posible. Solo así podremos considerar que el índice es representativo del mercado que quiere reflejar y, por ende, transparente y en la medida de lo posible no manipulado.

Ciertamente un euríbor basado en transacciones reales no debería resultar extraño si tenemos en cuenta que existe el Euro Over Night Index Average (Eonia) como tasa de referencia en el mercado interbancario en la Unión Europea y en los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). El eonia es también un índice de referencia en el mercado monetario de los países del euro, en concreto recoge la media ponderada de las transacciones de crédito a un día en el mercado interbancario. Según la página oficial del eonia “representa la tasa a la que los bancos de sólida posición financiera en la Unión Europea y el Área de Libre Comercio de Europa prestan fondos en los mercados monetarios interbancarios a un día en euros”¹⁷⁰. A destacar, pues, que esta referencia representa el tipo de interés de más corto plazo en el mercado interbancario, el resto de las referencias que van desde una semana hasta un año son las diferentes observaciones del euríbor. Las particularidades del eonia que consideramos afianzan el argumento que defendemos de la determinación del euríbor en base a transacciones reales son¹⁷¹:

¹⁶⁸ El Reglamento pone especial énfasis en identificar los conceptos de “grupo” y “operación intragrupo” a los efectos de determinar y por tanto excluir las instituciones financieras que deban suministrar la información. Así define “grupo” como un grupo de empresas que se compone de una empresa matriz y sus filiales y cuyos estados financieros se consolidan a efectos de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 1, apartado 15); y define “operación intragrupo” como la operación con instrumentos del mercado monetario concluida entre un agente informador y otras empresas y que se incluye en el mismo estado financiero consolidado de forma completa (artículo 1, apartado 19).

¹⁶⁹ Es interesante consultar el llamado Informe Larosière sobre la supervisión financiera en la Unión Europea. Este informe publicado el 25 de febrero de 2009 fue encargado por la Comisión Europea a un grupo de expertos de alto nivel y estudia el marco regulatorio y supervisor existente en la Unión Europea.

¹⁷⁰ Página oficial del Eonia (www.emmi-benchmarks.eu/assets/files/D0039B-2017 – Eonia Governance).

¹⁷¹ Disponibles en la página oficial del eonia, en concreto en la Declaración Conjunta sobre algunas características técnicas de la tasa de referencia efectiva de la noche.

CAPITULO SEXTO

a) el panel de bancos declarantes será el mismo que el del euríbor. Se atiende en este punto tanto al número de entidades como a la necesidad de mantener su diversidad geográfica. En este apartado la problemática sobre la disminución del panel de contribuyentes es la misma que la que habíamos señalado en relación con el euríbor (se ha pasado de 43 entidades a finales de 2011 a 21 en diciembre de 2018)¹⁷².

b) el eonia como índice es una referencia totalmente basada en transacciones. Los envíos de los paneles se calculan a partir de las transacciones crediticias interbancarias diarias. Además, se trata de un promedio ponderado de todos los préstamos sin garantía a un día. Precisamente por estar basado en transacciones reales es “sensible y reactivo a los cambios en la tasa de política y otros factores de mercado”¹⁷³. En relación con el eonia también se plantean dudas sobre su representatividad si tenemos en cuenta que además de participar relativamente pocas entidades se constata que los cinco mayores bancos de crédito de la Unión Europea constituyen aproximadamente el 80% del volumen total de transacciones del índice. Los volúmenes subyacentes han caído desde aproximadamente los 35.000 millones de euros por día antes del inicio de la crisis financiera (año 2007) hasta los 5.000 millones de euros por día durante 2018 y con transacciones por debajo de los 1.000 millones en cinco ocasiones durante este año.

Hay que tener en cuenta que el eonia únicamente refleja las transacciones diarias y el euríbor contempla cinco referencias, hecho que dificulta el que se base en transacciones, con lo que se vulnera el principal objetivo de dicho índice de referencia, ser garantía de la representatividad de los precios. Se pone de relieve este problema en el segundo documento de consulta sobre una metodología híbrida para el euríbor de octubre de 2018 del EMMI¹⁷⁴, al haberse intentado infructuosamente fijar un umbral mínimo de transacciones elegibles en base al primer nivel que, como hemos indicado previamente, atiende únicamente transacciones reales. Esta insuficiencia provocó que se tuviera que confeccionar el índice en base a datos que estaban situados en el tercer nivel, es decir, no basados en transacciones, sino apoyándose en la decisión de cada uno de los bancos que conforman el panel.

En todo caso y ya en lo que se refiere a la normativa interna de nuestro país hay que tener en cuenta que el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, exige que en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable los índices o tipos de referencia solo serán válidos si se han “calculado a coste de mercado”, extremo que nos reafirma en la necesidad de basar el índice en datos basados en operaciones reales. Solo en este caso podríamos hablar de un índice ajustado al mercado y menos

¹⁷² Fuente: Informe del grupo de trabajo sobre tasas sin riesgo del euro. Junio de 2018, punto 3.1. Disponible en www.ecb.europa.eu/paym/cons/euro_risk-free_rates/consultation.

¹⁷³ Punto 4.1 del Informe del grupo de trabajo.

¹⁷⁴ Publicado el 18 de octubre de 2018, disponible en www.emmi.eu.

CAPITULO SEXTO

manipulable¹⁷⁵. En parecidos términos la Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 16 de marzo de 2018, al regular en su artículo 19 el tema de las variaciones en el tipo de interés establece expresamente en su primer apartado que “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”. Para añadir, a continuación, que “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”. En el apartado segundo del mismo artículo señala las condiciones en orden a considerar como objetivo el índice de referencia: “a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable...; 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 serán agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo”.

Esta exigencia de objetividad del índice de referencia, de la que es un presupuesto básico el que se calcule a precio de mercado sin ser objeto de manipulación, la encontramos igualmente en nuestro Código Civil que en el artículo 1256, en sede de disposiciones generales de los contratos, establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. La objetividad impide dejar al arbitrio de la entidad financiera cualquier modificación del tipo de interés, constituyéndose, por tanto, en pieza fundamental en la determinación de los elementos de la relación contractual de préstamo hipotecario.

Ciertamente se impone la necesidad de recuperar la confianza en los mercados, principalmente en el mercado minorista de hipotecas sobre inmuebles residenciales en el que el euríbor es la referencia empleada de forma casi generalizada en España. Sin ninguna duda es necesaria la continuidad del euríbor como índice de referencia, el gran escándalo que estalló en 2013 y que ha motivado todas las actuaciones que hemos venido comentando en este artículo debe conducir a una referencia que sea representativa. Para ello deberían concurrir tres factores, todos ellos de gran importancia y situados a un mismo nivel: en primer lugar, la determinación del coste del índice debería fundamentarse en la medida de lo posible en el mayor número de transacciones reales y no en estimaciones; en segundo lugar, debería procurarse que las entidades que contribuyen con sus datos a conformar el índice sean representativas de todos o de la mayoría de países de la Unión Europea; y

¹⁷⁵ El Reglamento de Ejecución 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016 al que nos hemos referido y que establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en el mercado financiero, considera en su Anexo al Euribor como índice crucial de conformidad con el artículo 20, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/1011.

CAPITULO SEXTO

, finalmente, también debería determinarse con un elevado número de entidades que conformen el panel de contribuidores, 21 entidades de las 5.000 existentes en estos momentos en la Federación Bancaria Europea (EBF) no pueden ser garantes de esta representatividad del índice que defendemos.

4.4.- CLÁUSULA REFERENCIADA AL TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN ESPAÑA (IRPH).

4.4.1.- INTRODUCCIÓN.

El ya citado artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios enumera los seis tipos de interés considerados oficiales. En la letra a) se considera oficial el denominado IRPH Entidades que es definido como “el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”.

El índice IPPH Entidades hoy vigente, junto con los llamados IRPH bancos e IRPH Cajas que han sido oficialmente anulados por la Orden EHA/2899/2011, fue introducido como tipo de referencia oficial del mercado hipotecario por la Circular, hoy derogada, del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela¹⁷⁶. Se definió en ambas circulares como “la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con la norma segunda” (Anexo VIII)¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Las Circulares 8/1990, de 7 de septiembre, que fue modificada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, sobre modificación de la Circular 8/1990 fueron derogadas por 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, con la excepción de la norma octava y el Anexo_VIII de ambas circulares respectivamente, que mantendrán su vigencia a los solos efectos del cálculo de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones realizadas en España con el sector privado residente contempladas en el apartado 4 de la norma decimosexta y en el Anejo VIII de la Circular, sin perjuicio de los dispuesto en sus disposiciones transitorias primera y segunda.

¹⁷⁷ Las referencias a las sociedades de crédito hipotecarias contenidas en el texto y en la fórmula de cálculo fueron suprimidas por la disposición adicional de la Circular 4/2002, de 25 de junio, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras. Por su parte la norma segunda señala que “todos los bancos, las cajas de ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de Entidades de Crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los primeros quince días de cada mes (o en el primer día hábil en Madrid posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese festivo en dicha localidad), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco

CAPITULO SEXTO

Como hemos señalado, el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 señala cuáles son los tipos considerados oficiales y por su importancia en relación con el IRPH Entidades nos hemos de referir, al considerarlo, en ausencia de tipo sustitutivo previsto en el contrato, como índice a aplicar a la concreta operación, a la Disposición Transitoria Única de esta Orden que regula el régimen transitorio de índices o tipos de referencia que han dejado de ser oficiales, recordemos: a) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos; b) tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, y c) tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. Estos tres índices continuaron siendo considerados aptos en los préstamos a interés variable hasta su desaparición completa que se preveía en el plazo de un año y que no se produjo hasta la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que, en su Disposición Adicional decimoquinta, estableció que las referencias a los tipos de los que se había previsto su desaparición “serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato” y “en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado <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 que efectivamente se produce la sustitución del tipo”. Es decir, el llamado IRPH entidades es un índice oficial y además se ha convertido en el índice de sustitución para los préstamos hipotecarios en los que se pactó el IRPH bancos o cajas¹⁷⁸.

de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario. Esta información se declarará en el formato incluido en el anejo II, con arreglo a las indicaciones contenidas en él”.

¹⁷⁸ Según datos del año 2015 hay un total de un millón de hipotecas que están referenciadas al IRPH entidades (fuente Informe del Síndic de Greuges de Catalunya de septiembre de 2015: “*La protección de los afectados por el índice de referencia de préstamos hipotecarios*”. Destacar que la desaparición ex lege de determinados índices de referencia y la aplicación sustitutiva del IRPH han generado múltiples reclamaciones ante el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR) del Banco de España. Se puede consultar cualquiera de las memorias de los últimos años (disponibles en www.bde.es, última consultada Memoria de Reclamaciones año 2017). En la mayoría de las reclamaciones de clientes se solicita aplicar un índice diferente del establecido por ley, es decir, el IRPH. En el fondo subyace la diferencia del valor del índice de referencia entre el IRPH y el Euríbor, hecho que además se ha visto acrecentado con las múltiples reclamaciones judiciales solicitando la nulidad del IRPH (declarado válido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017). El Banco de España, en relación con la aplicación a una concreta operación de un determinado índice de referencia, siempre ha resuelto que las entidades financieras “gozan de libertad para negociar y pactar con sus clientes la aplicación de un concreto índice de referencia, al tratarse de una materia perteneciente al ámbito de su política comercial” (página 80 Memoria de Reclamaciones año 2016). Como hemos señalado está la cuestión de la diferencia existente entre los dos índices de referencia más utilizados: el euríbor y el IRPH. En diciembre de 2017 el Euríbor cerró con un nivel de -0,19 y el IRPH con un valor de 1,90. Diferencia que se mantiene en marzo de 2018 (-0,19 y 1,89, respectivamente). Se puede consultar la evolución de los índices de referencia oficiales en la página de la Asociación Hipotecaria Española, disponible en www.ahe.es (última consulta mayo de 2018).

CAPITULO SEXTO

4.4.2.- MÉTODO DE CÁLCULO DEL IRPH ENTIDADES.

Como ya hemos señalado, para el cálculo del índice nos hemos de remitir a la Circular 5/1994, de 22 de Julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, en concreto a la norma octava. Estas Circulares están derogadas de conformidad con la disposición derogatoria de 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, con la excepción del Anexo VIII, vigente a los solos efectos del cálculo de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones realizadas en España con el sector privado residente.

La norma octava de la Circular 5/1994 es la que regula el llamado “coste y rendimiento efectivo de las operaciones”. En primer lugar, se establece la obligatoriedad de que los documentos contractuales recojan el tipo de interés, coste o rendimiento efectivo que, evidentemente, comprende tanto las operaciones activas como pasivas que formalicen las entidades financieras con sus clientes. El apartado 1 de la norma octava se aplica a las siguientes operaciones:

- a) tipos de interés preferencial y de descubiertos en cuenta de crédito y excedidos en cuenta de crédito.
- b) tipos de interés de referencia.
- c) publicidad en que se haga referencia implícita o explícita a costes o rendimientos de operaciones bancarias.
- d) documentos de liquidación de operaciones activas o pasivas.
- e) oferta vinculante de préstamos hipotecarios.

Centrándonos en las operaciones activas y concretamente en los préstamos hipotecarios, la información sobre el coste efectivo de la operación se ajustará a las siguientes reglas:

1º.- en el cálculo del coste efectivo se incluirán las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo (párrafo 4, letra a).

Hay que tener en cuenta que el llamado “coste efectivo”, conforme al párrafo segundo de la norma octava de esta Circular, deberá expresarse en tasas porcentuales anuales pagaderas a término vencido equivalentes y que esta llamada “tasa porcentual equivalente”, término idéntico a la llamada tasa anual equivalente o TAE que analizamos en distintos apartados de la tesis es según la letra b) de este párrafo segundo “aquella que iguala en cualquier fecha el valor actual de los efectivos recibidos y entregados a lo largo de la operación, por todos los conceptos, incluido el

CAPITULO SEXTO

saldo remanente a su término”¹⁷⁹.

No se incluirán en dicho coste, y expresamente así se debe reflejar, que la TAE no lo recoge: los gastos que el cliente pueda evitar en uso de las facultades que le concede el contrato, todos aquellos gastos que se deben abonar a terceros como consecuencia de la operación (corretajes, gastos notariales e impuestos) y los gastos por seguros o garantías¹⁸⁰.

2º.- las liquidaciones correspondientes a cualquier clase de morosidad (ya sean de cuotas de interés o de principal) se tratarán de forma independiente a las liquidaciones por intereses remuneratorios, con indicación de las variables a que se refiere la liquidación.

3º.- para el caso de liquidaciones de cuentas de crédito, asimilamos a dichos supuestos aquellos préstamos hipotecarios con finalidad adquisición de vivienda que permiten volver a disponer de las cantidades ya amortizadas, se establece que las comisiones de apertura y otros gastos iniciales deberán distribuirse durante toda la vida contractual del crédito y su integración como componente del coste efectivo anual se deberá calcular sobre el límite del crédito, aunque no haya sido totalmente dispuesto.

4.4.3.- REFERENCIA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE SI ES POSIBLE EXTENDER EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL AL ÍNDICE IRPH.

¹⁷⁹ Habitualmente en las operaciones de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda la cantidad entregada en el momento de la formalización es la que se corresponde con el importe de la operación firmada. Sí que en los denominados préstamos autopromotor, cuya finalidad es la construcción de la vivienda propia por parte del prestatario, existirán disposiciones posteriores o incluso puede darse el caso de que una parte del importe del préstamo quede sin disponer lo que implicará la reducción del importe de la operación.

¹⁸⁰ Deberán incluirse, según dicha letra a), las primas de los seguros que tengan por objeto garantizar a la entidad el reembolso del crédito en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo de la persona física que haya recibido el crédito, siempre que dicho seguro venga impuesto por la entidad como condición para conceder dicho crédito.

En este punto se plantea la cuestión, habitual en la práctica, de no incluir dicho seguro a efectos de cálculo de la TAE al no formalizarse con la llamada “cláusula de cesión de derechos” a favor de la entidad para amortizar el préstamo para el caso de que ocurra cualquiera de las contingencias previstas. Hay que considerar que, si se firma esta cláusula de cesión de derechos al constar como beneficiaria la propia entidad de crédito solo ésta, en los términos de los artículos 84 y 88 de la Ley de Contrato de Seguro, puede reclamar a la entidad aseguradora el pago de la indemnización. Si se contrata, por imposición de la entidad financiera el seguro sin dicha cláusula igualmente debería constar a efectos de calcular la TAE dado que en general suelen ser primas elevadas que al fin y al cabo encarecen el coste de la operación al prestatario.

Artículo 84 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: “El tomador de seguro podrá designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad de consentimiento del asegurador. La designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento.”; artículo 88: “La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro...”.

CAPITULO SEXTO

A) ANTECEDENTES DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Como hemos señalado, en torno al IRPH se está desarrollando una batalla judicial que actualmente está pendiente de la decisión que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a determinar su posible nulidad por falta de transparencia. Consideramos oportuno para centrar, en sus justos términos, la cuestión referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que falló a favor de la no abusividad y, por tanto, dictaminó que el índice IRPH superaba el control de transparencia. Los argumentos en que se fundamentó el fallo de dicha sentencia fueron, de forma resumida, los siguientes:

1º.- La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige ofrecer al prestatario distintos tipos de referencia, siendo suficiente para considerar superado dicho control que “el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente” (Fundamento de Derecho 9, in fine).

2º.- El control de transparencia debe referirse al momento de celebración del contrato atendiendo a todas las circunstancias que concurran en su celebración. En tal sentido, en la referenciación a un índice concreto se debe atender a datos contractuales como puedan ser la vinculación del cliente manifestada mediante la contratación de determinados productos (Fundamento de Derecho 10).

3º.- El estándar de validez de una estipulación referenciada a un tipo oficial como es el IRPH viene determinado por las normas que regulan el mismo (Fundamento de Derecho 11).

4º.- “No debe confundirse 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” (Fundamento de Derecho 12).

En contra del fallo de la sentencia se formularon dos votos particulares que, discrepando de la decisión de la mayoría de los magistrados de la sala del Tribunal Supremo, consideraron que sí debía ser objeto de control de transparencia el índice IRPH. Realizamos un breve resumen de los argumentos de estos votos por su importancia en el planteamiento de la cuestión prejudicial que ha supuesto, de momento a expensas de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la publicación el día 10 de septiembre de 2019 de las conclusiones del Abogado General del TJUE. De forma resumida los Magistrados del Tribunal Supremo favorables a someter el IRPH a control de transparencia sostenían:

a) No es suficiente que la entidad financiera que utiliza el IRPH se refiera simplemente al índice sino que, de forma extensiva, debe “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

CAPITULO SEXTO

inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación” (Apartado primero, 2 del voto particular).

b) Directamente relacionado con el sistema de cálculo del índice se critica que la sentencia que ha fallado a favor del mismo no cuestione la complejidad que presenta el mismo. A tal efecto se destacan aspectos como el hecho de que incluya las comisiones y demás gastos que los clientes pagan a la entidad, además que al ser una media simple, no ponderada, de los tipos de interés medios suministrados no existan mecanismos de corrección. Igualmente, valorando la normativa que regula dicho índice, que no se especifique si estos tipos de interés medios se refieren a los intereses realmente aplicados por la entidad, a los intereses inicialmente contratados, o a los intereses actualizados tras la revisión contractual. En consecuencia, se señala “la fórmula de cálculo que se aplica al IRPH-Entidades es un elemento complejo a los efectos del control de transparencia” (Apartado segundo, 1 del voto particular).

c) Se considera que el IRPH era uno más de los índices de referencia y, en tal sentido, su aplicación no resultaba imperativa para la entidad prestamista.

d) Dicho índice presenta una dificultad de comprensión para el consumidor medio que “lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado” (Apartado segundo, 1 in fine del voto particular). Precisamente por dicha caracterización se debe exigir a la entidad financiera un plus de información o de exigencia de transparencia.

e) No es suficiente, sin exigir una información adicional al predisponente para superar el control de transparencia, la remisión a un tipo de referencia oficial. Lo contrario supondría que la simple remisión a un índice regulado en una disposición administrativa superpondría dicha disposición al plano sustantivo del control de transparencia.

Esta sentencia del Tribunal Supremo no zanjó la cuestión de la validez del índice IRPH hasta el punto de que el 16 de febrero de 2018 se planteó por parte del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona una cuestión prejudicial que básicamente solicitó si es posible extender el control de transparencia al índice IRPH Cajas, actualmente IRPH Entidades.

B) CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS EN RELACIÓN CON EL IRPH

Por parte del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona se planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una decisión prejudicial en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula de un préstamo

CAPITULO SEXTO

hipotecario suscrito el 19 de julio de 2001. La cláusula en cuestión, que se reproduce en el auto de dicho Juzgado, es la que regula el interés variable y remuneratorio y, en concreto, referencia el préstamo con garantía hipotecaria el IRPH Cajas más un diferencial de 0,25:

“Cláusula tercera bis.- Tipo de interés variable:

Primero.- El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando (sic) por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales.

Se determina con carácter supletorio, el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia anterior (TIPO CECA)”.

De forma resumida las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con dicha estipulación son las siguientes:

1ª) Se pregunta si el índice IRPH Cajas puede ser objeto de tutela por el juzgador, valorando su comprensibilidad por parte del consumidor, “sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas” al considerar que no es este un supuesto previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, al tratarse de un índice pactado y que, por tanto, no se ha incorporado al contrato como consecuencia de una disposición imperativa¹⁸¹.

2ª) Al no haberse transpuesto a nuestro ordenamiento interno por voluntad del legislador el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, se pregunta si resulta contrario a la Directiva, y a su artículo 8¹⁸², que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2, “respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible”.

Adicionalmente se pregunta si, en relación a la cláusula que referencia el

¹⁸¹ Señala el artículo 1.2 de la Directiva 93/13: “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”.

¹⁸² Artículo 4.2 Directiva 93/13: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Artículo 8 Directiva 93/13: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

CAPITULO SEXTO

préstamo al IRPH, es necesario para su comprensión transmitir información sobre los siguientes datos:

a) Explicar cómo se configuraba el índice de referencia, en concreto, informar al prestatario que el IRPH “incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que se debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor”.

b) Explicar la evolución del índice en el pasado y cómo “podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual en los préstamos con garantía hipotecaria”.

3ª) En el supuesto de que se declare la nulidad del índice IRPH Cajas, se pregunta cuál de las dos consecuencias siguientes se deberían considerar: bien integrar el contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, ya que se entiende que el préstamo hipotecario es un contrato vinculado a un interés productivo, o, por el contrario, dejar de aplicar el interés con la única obligación de devolver el capital prestado en el plazo estipulado en el contrato.

De las distintas cuestiones prejudiciales planteadas, sin ninguna duda, el tema esencial es la posibilidad de someter a control de transparencia del índice IRPH, es decir, valorar el nivel de información que se debe facilitar al adherente, entendiéndolo de una manera extensiva, con la finalidad de que comprenda con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica que representa el contrato y no solo reduciendo su comprensibilidad al plano formal y gramatical. La idea que subyace en el sistema de protección establecido por la Directiva es que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto a la entidad financiera; este hecho implica que no tenga otra opción que adherirse a las condiciones redactadas por el profesional si quiere obtener, en nuestro caso, el capital necesario para adquirir y financiar la vivienda. Por tanto, así lo hemos puesto de manifiesto en distintos capítulos de esta tesis, se debe exigir a la entidad prestamista que facilite toda la información pertinente para que el prestatario pueda valorar las consecuencias económicas que se derivan de la cláusula que regula el precio del contrato de préstamo.

Además, en relación con el IRPH habrá que resolver la cuestión de si, al ser un índice regulado en una disposición administrativa, puede ser objeto de control de transparencia material.

C) CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL IRPH.

El 19 de septiembre de 2019 se presentó el escrito del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea proponiendo diversas conclusiones al

CAPITULO SEXTO

Tribunal de Justicia con relación a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.

A modo de resumen realiza dos propuestas que en este momento simplemente enumeramos para posteriormente analizar en profundidad tanto en este apartado como en el siguiente al abordar el análisis crítico del índice IRPH:

1ª) En primer lugar, considera que la cláusula que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales, es decir, los enumerados en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta conclusión supone que, pese a reconocer que el IRPH está regulado por una disposición administrativa, se incorpora al contrato de préstamo hipotecario como una cláusula contractual, es decir, se incluye opcionalmente como índice de referencia pudiendo haber optado por otro cualquiera de los previstos en el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011 o, incluso distinto, siempre y cuando cumpla las exigencias señaladas en las letras a y b del artículo 26 de la propia Orden y 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

2ª) En segundo lugar, basándose en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que, recordemos, faculta a los Estados miembros para adoptar disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, defiende que un órgano jurisdiccional nacional puede aplicar el artículo 4.2 de dicha Directiva “para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal”, incluso, como es el caso de España, cuando dicho artículo 4.2 no ha sido transpuesto al ordenamiento interno.

Es decir, sí debe ser sometida al control de transparencia material la cláusula que referencia la operación de préstamo hipotecario al índice IRPH Cajas, actualmente IRPH Entidades, aunque sea un índice legal¹⁸³.

En la misma conclusión señala que es un índice que se determina mediante

¹⁸³ Es importante precisar que el IRPH Cajas junto con el IRPH Bancos y el índice CECA, dejaron de ser índices oficiales con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011. Mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización se estableció en su disposición adicional decimoquinta un régimen de transición para los préstamos hipotecarios que utilizaban estos índices. A tal efecto, en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional decimoquinta se establece que las referencias contractuales a los índices que desaparecen son sustituidas por el “tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato” y que, en defecto de previsión contractual o si el índice sustitutivo fuera uno de los que desaparecen, el índice será sustituido por el IRPH Entidades, “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”. Además, es importante señalar que, la sustitución del índice implicaba la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita (Apartado 3 disposición adicional decimoquinta). En consecuencia, el índice por el que se revisa una hipoteca referenciada al IRPH Cajas es el IRPH Entidades.

CAPITULO SEXTO

“una fórmula matemática de cálculo compleja y poco transparente para un consumidor medio”, de tal forma que la entidad financiera debería facilitar, para cumplir la exigencia de transparencia material de conformidad con los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, información suficiente para que, en primer lugar, el consumidor pudiera “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” y, en segundo lugar, información sobre la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

Del análisis que se realiza sobre el IRPH en los distintos apartados de los hechos objeto de cuestión prejudicial en el informe de conclusiones del Abogado General del TJUE, podemos destacar los siguientes datos relativos todos ellos a la configuración y forma de cálculo del índice:

a) El IRPH Cajas, hoy IRPH Entidades, se calculaba a partir de los datos facilitados mensualmente por las cajas de ahorro al Banco de España como media simple, es decir, reconociendo a todas las entidades la misma importancia en su configuración, independientemente de su cuota de mercado. Este hecho cobra importancia desde el momento en que, como consecuencia de la reestructuración del mapa bancario español, desaparecen entidades con lo que las supervivientes incrementan su influencia a la hora de calcular el índice. Incluso, una entidad que quisiera influir en el mismo lo podía hacer incrementando los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en que se comunicaban los datos.

b) La información suministrada al Banco de España para calcular el índice incluía la TAE, es decir, el tipo nominal más los gastos y las comisiones, con lo cual, la diferencia entre el dato suministrado y el interés nominal era de más de un cuarto de punto. Además, se excluían del cálculo del IRPH todos aquellos contratos con tipos de interés rebajados (por ejemplo, préstamos para empleados o aquellos que recibían subvenciones del tipo de interés) con lo cual, no existía ningún factor que permitiera rebajar el valor del índice.

c) Directamente relacionado con el punto anterior, el propio Banco de España había expuesto, para que el IRPH reflejase los intereses medios aplicados en el mercado, la necesidad que al índice se le aplicase un diferencial negativo:

“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, TAE. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. *Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas*”,¹⁸⁴ (Exposición de Motivos de la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las

¹⁸⁴ La cursiva es nuestra.

CAPITULO SEXTO

operaciones y protección de la clientela)¹⁸⁵.

Todas estas consideraciones implican para el Abogado General que la entidad prestamista, para considerar cumplida la exigencia de transparencia de conformidad con los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 en relación con 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 resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio”, debería haber facilitado al consumidor:

1º.- La información suficiente 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, siendo insuficiente la definición completa del índice de referencia. En tal sentido, considera que se deberían haber especificado las disposiciones de la normativa nacional que permiten determinar el IRPH.

Entendemos que la información que se debería haber trasladado al prestatario sería la que hemos identificado con las letras b y c relativas al método de cálculo y los datos a la hora de determinar el índice, es decir, que se calculaba a partir de la TAE comunicada por las entidades, que, en todo caso, era un dato superior al interés nominal, que no se recogían aquellas operaciones que hubieran supuesto una corrección del índice y, que debería haberse aplicado un diferencial negativo para que el tipo no fuera superior al practicado por el mercado. Valora, en resumen, la finalidad que subyace en cualquier préstamo a interés variable, que el prestatario debe satisfacer en todo momento un tipo de interés acorde con las condiciones que está aplicando el mercado. Es la previsión del artículo 21.2 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al señalar que, cuando el contrato de préstamo sea a tipo de interés variable, una de las condiciones que debe cumplir el índice es que se haya calculado “a coste de mercado”. Incluso consideramos que debería haberse comunicado que al ser una media simple, no ponderada, todas las entidades tenían el mismo peso a la hora de configurar el índice.

2ª.- Información sobre la evolución que hasta la fecha había tenido el índice de referencia.

Dicha información era, en su momento, una obligación que venía impuesta en el Anexo VII de la Circular 8/1990, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela al exigir como elemento mínimo que debía figurar en los folletos sobre préstamos hipotecarios a interés variable el índice de referencia, en particular su “último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales”.

¹⁸⁵ Recordemos que el IRPH (bancos, cajas y entidades) como índice oficial fue introducido por la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

CAPITULO SEXTO

Además, se constata que se publicitaba el índice IRPH, en comparación por ejemplo con el euríbor, como “menos volátil, más seguro y más estable”¹⁸⁶.

4.4.4.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL ÍNDICE IRPH ENTIDADES.

Encontramos múltiples sentencias de Audiencias Provinciales y Juzgados Mercantiles fallando en contra de la aplicación del índice IRPH Entidades en las operaciones de préstamo hipotecario¹⁸⁷. Como ya hemos señalado, no ha sido hasta la

¹⁸⁶ Cita el documento del Abogado General (página 16) tanto el Informe del Síndic de Greuges al que ya nos hemos referido y la publicidad que en la guía hipotecaria del año 2013 realizaba la entidad Bankia.

¹⁸⁷ De las sentencias más relevantes destacamos: a) Sentencia de 30 de septiembre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Donostia. De forma resumida se formalizó una novación en la que se sustituyó el IRPH Cajas por el IRPH Entidades alegando el prestatario que la decisión de la entidad no fue neutra ya que se tenía que haber informado que este índice siempre ha sido notablemente superior al euríbor y al no haberse facilitado este dato se incurre en una omisión grave al impedir al cliente representarse las verdaderas consecuencias de la novación. Por el Juzgado se falla declarando la nulidad de la escritura de novación que referenciaba el préstamo al IRPH Entidades y se condena a Kutxabank a “restituir a los demandantes las cantidades indebidamente cobradas en la aplicación de la escritura de novación de 15 de julio de 2012, debiendo reducirse al Euríbor + 1 %, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de los demandantes...”.

b) Sentencia 170/2014 de 3 de octubre de 2014 del Juzgado de lo Mercantil número 12 de Madrid, que en parecidos términos condena a Unión de Créditos Inmobiliarios a calcular los intereses previstos en la cláusula que referenciaba la operación al IRPH Cajas al euríbor sin diferencial. La parte actora aduce la nulidad del índice IRPH Cajas por carecer de objetividad al ser influenciado por las propias entidades y aunque sí estaban previstos índices sustitutivos y no haberlos aplicados la entidad pese a la reclamación de la parte prestataria se solicita la aplicación del Euríbor. En el fallo de esta Sentencia se señala en relación con la desaparición del índice de referencia que, si bien esta ha operado, “lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar...”

c) Sentencia 66/2015 de 16 de marzo de 2015 del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona que condena a BBVA a liquidar el préstamo a Euríbor más un punto, declarando nula por abusiva la condición general de la contratación contenida en la cláusula de préstamo hipotecario que establecía como índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y además se falla la inaplicación del IRPH Entidades. En el Fundamento Jurídico Sexto se señala que “la referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el artículo 1.256 del Código Civil, el artículo 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada...”.

d) Sentencia de Apelación 214/2017 de 4 de mayo de 2017 de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial Civil de Madrid en la que se resuelve el recurso contra la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 71 de Madrid que había fallado contra Bankia declarando la nulidad del índice IRPH Entidades en una escritura de préstamo hipotecario de 30 de Diciembre de 2005 y condenando a recalcular la cuota al índice Euríbor más el diferencial pactado del 0,50 %. A grandes rasgos la Sentencia falla que “la existencia de una normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no excluye...que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia..., ...la referencia del tipo de interés variable al IRPH, puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable lo sea a un tipo superior que si lo hubiera hecho al Euríbor”(Fundamento de Derecho Quinto).

CAPITULO SEXTO

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que se ha resuelto la validez del IRPH Entidades como índice de referencia dando carta de validez a la utilización de este índice en las operaciones de préstamo hipotecario a interés variable. Con todo, como hemos expuesto en el apartado anterior, esta cuestión no está definitivamente cerrada ya que habrá que esperar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la validez de este índice, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona. Dicha cuestión, cuya vista pública se celebró el día 25 de febrero de 2019, deberá resolver sobre su validez dando respuesta a una serie de cuestiones que brevemente reproducimos ya que anteriormente ya nos hemos referido a ellas con motivo de las conclusiones del Abogado General del TJUE publicadas el 10 de septiembre de 2019. Reproducimos las más relevantes a nuestros efectos, con algunas consideraciones adicionales, para proceder a su análisis crítico.

a) En primer lugar, examinar la posibilidad de que el índice IRPH sea objeto de control sin que sea impedimento para ello que el índice esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas. Se argumenta que la inclusión del índice IRPH Entidades se realiza opcionalmente y, por tanto voluntariamente, por la entidad financiera y, en consecuencia, no es posible subsumir este supuesto en la previsión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que señala: “las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los Convenios Internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva”.

b) En segundo lugar, resolver si es posible invocar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, recordemos no transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico, para controlar aquellas cláusulas que atañen al objeto principal del contrato, aun cuando estuvieran redactadas de manera clara y comprensible. En concreto, en relación con el índice IRPH Entidades, se pregunta el Tribunal en la cuestión prejudicial planteada al TJUE si debería haberse informado sobre una serie de extremos del índice IRPH Entidades, en especial: “ (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor”; (ii) explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución del este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria” (segunda cuestión, apartado 2.2). En relación con estas cuestiones consideramos oportuno realizar una serie de matizaciones. Es más razonable introducir mejoras en

CAPITULO SEXTO

la elaboración del índice, las expondremos más adelante, que aplicar un diferencial negativo para intentar igualarlo con el euríbor con un proceso de elaboración muy diferente y con unas variables que lo diferencian del IRPH Entidades. A nuestro entender el diferencial negativo no es una solución correcta, como tampoco lo es realizar el análisis con la comparación al índice euríbor cuya evolución ha tenido relación con factores ajenos al mercado inmobiliario. En parecidos términos, es igualmente complejo intentar explicar cómo va a evolucionar el índice en el futuro. Sin ninguna duda, lo razonable es dar la información de la evolución de los últimos años y que sea el propio prestatario quien valore la conveniencia de uno u otro índice. En este sentido, las tasas negativas del euríbor desaparecerán en el momento en que se produzca la ansiada, por la banca, subida de tipos de interés. Un ejemplo lo encontramos en las declaraciones del presidente de la Asociación Española de la Banca (AEB) que, discrepando de la política del Banco Central Europeo, defiende una subida de tipos de interés: “subir los tipos de interés aportaría higiene a la economía”¹⁸⁸.

c) Finalmente, se pregunta si se declarase la nulidad del índice IRPH, cuál debería ser la consecuencia: integrar el contrato aplicando un índice sustitutorio habitual, en este caso el euríbor o, por el contrario, dejar de aplicar un interés remuneratorio con la única obligación de devolver el capital prestado. Sobre esta cuestión de la posibilidad de integrar el contrato para el supuesto de que una cláusula contractual sea considerada abusiva, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en distintas sentencias que, de manera clara, han resuelto que el órgano jurisdiccional únicamente puede dejar sin aplicar la estipulación abusiva sin que esté facultado para variar su contenido¹⁸⁹.

A la espera de la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exponemos y analizamos los argumentos más relevantes que cuestionan la validez del índice IRPH Entidades, al tiempo que valoramos aspectos que podrían mejorar el índice en orden a su pervivencia como referencia en el mercado hipotecario a interés variable:

1º.- En primer lugar, sin duda una de las cuestiones que subyacen en todas las reclamaciones planteadas sobre el índice es que la información ofrecida por las entidades al comercializar la operación referenciada a dicho índice era engañosa ya que, en general, el IRPH era ofrecido como un índice con un precio más estable que

¹⁸⁸ Revista Actualidad Económica de 18 de marzo de 2019, página 9.

¹⁸⁹ La sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 Banco Primus señala en su considerando 71: “en efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia sea jurídicamente posible” (en el mismo sentido sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 Banco Español de Crédito, 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 Asbeek Brusse y de Man Garabito y 21 de enero de 2015, asunto C-482/13 Unicaja Banco y Caixabank).

CAPITULO SEXTO

otros, en concreto el euríbor, sujetos a variaciones más bruscas¹⁹⁰. Este punto es recogido en los hechos (apartado 49) del informe del Abogado General del TJUE. En concreto, se señala que se publicitaba como un índice “menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor”.

En relación con esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo citada anteriormente que resuelve su validez, se refiere a esta cuestión de la diferencia de valores entre los dos índices más utilizados en el mercado hipotecario: euríbor e IRPH. No comparte la argumentación del prestatario en el sentido de que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH. En este sentido señala que “lo único de lo que podría haberse informado... era que, si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euríbor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo” (Considerando 13).

El Abogado General del TJUE en sus conclusiones coincide con lo afirmado por el Tribunal Supremo, en el sentido de que al ser las previsiones económicas inciertas y “determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto” (apartado 125).

Entendemos que, en este caso, los deberes de información que incumben a la entidad financiera como profesional exigirían no la proyección futura de un índice de referencia, evidentemente circunstancia imposible de cuantificar a futuro, sino facilitar en sede de información precontractual los datos de su evolución a la fecha de solicitud y que, con toda la información, el adherente-prestatario pudiera tomar la decisión relativa al alcance y funcionamiento de este índice de referencia, pudiendo establecer la comparación con otros existentes en el mercado. Debería destacarse en la información previa a la formalización del préstamo el diferencial a adicionar al índice de referencia. Si el histórico demuestra que el comportamiento de un índice

¹⁹⁰ Por ejemplo, en la llamada “Guía práctica para elegir casa e hipoteca” de la entidad La Caixa de febrero de 2003, en relación con el índice IRPH se indica: “Índice de referencia: IRPH cajas (Índice de referencia de préstamos hipotecarios del conjunto de las cajas de ahorros). Es un índice reconocido y publicado por el Banco de España y uno de los índices históricamente menos oscilantes del mercado. Atendiendo a estas ventajas, “La Caixa” le recomienda indexar su hipoteca al IRPH Cajas (página 20). “Sea cual sea la modalidad que usted elija, en “La Caixa” le recomendamos: 1.- Indexar su hipoteca al IRPH Cajas, ya que: Es un índice recomendado por el Banco de España; es uno de los más estables y representativos del mercado hipotecario y le proporciona garantía y estabilidad (página 41)”.

CAPITULO SEXTO

es peor para el prestatario, este debería tener la información y la capacidad de decisión de contratar uno u otro índice con un diferencial que, en todo caso, pudiera corregir estas diferencias.

Sobre esta cuestión de la futura evolución del índice, el Tribunal Supremo en la sentencia citada, señala expresamente que “por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al euríbor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor”.

Consideramos que, efectivamente, subyace como argumento a la hora de cuestionar el IRPH que su comportamiento, analizando la evolución del valor de referencia, ha sido muy superior al euríbor. Es un hecho constatable que adquiere mayor significación si tenemos en cuenta que el euríbor refleja desde hace dos años valores negativos y, en cambio, el IRPH se sitúa en el entorno del 2%. Sin ninguna duda, si a la hora de determinar el valor del índice se hubiera considerado reflejar el valor del índice Tipo Efectivo de Definición Restringida (TEDR), es decir, no recogiendo las comisiones y demás gastos y, adicionalmente, el diferencial aplicable tuviese un valor negativo seguramente se habría producido una corrección en el valor del índice. Con las medias mensuales aún existiría diferencia a la hora de compararlo con el euríbor, pero se hubiera reducido en aproximadamente 0,55 puntos.

Este argumento nos conduce, inevitablemente a la información que debería haberse facilitado al prestatario sobre dos hechos de gran relevancia a la hora de decantarse sobre un concreto índice: en primer lugar, que en la determinación de su valor se incluyen comisiones y gastos y, en segundo lugar, que para ajustarlo al valor del mercado el diferencial debería haber sido negativo.

2º.- En segundo lugar, se argumenta igualmente, que el cálculo no es transparente y en todo caso no es auditable. Recordemos la definición de IRPH Entidades que aparece en el Anexo VIII de la Circular 5/1994, de 22 de julio del Banco de España, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela: “se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorro y las sociedades de crédito hipotecario. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorro, de acuerdo con la norma segunda”¹⁹¹.

¹⁹¹ La fórmula de cálculo determina que la media de los tipos de interés del conjunto de entidades es igual a los tipos de interés medios ponderados de cada banco y caja de ahorros, respectivamente, dividido por el número de bancos y cajas de ahorros declarantes (Anexo VIII Circular 8/1990 del Banco de España).

CAPITULO SEXTO

Se critica que dicho cálculo no es auditable por el consumidor en la medida que los datos aportados por las entidades no son públicos¹⁹².

Entendemos que sí es cierto que la fórmula matemática de cálculo es compleja y poco transparente para un consumidor medio. La aparente simplicidad de la definición del IRPH Entidades del artículo 27.1 a) al señalar que se entiende como “el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, se complica al recurrir a las Circulares del Banco de España 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y 5/1994 que, recordemos, modifica la primera. Cabe mencionar dos referencias de dichas circulares al sistema de cálculo del IRPH (Cajas, bancos y entidades):

a) En el anexo VIII de la Circular 8/1990 se señala en relación al IRPH Cajas que el índice se define como “la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro”.

Se indica, a continuación, que se entienden por “tipos de interés medios ponderados”, “los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas”.

b) La fórmula de cálculo se determina dividiendo el tipo medio ponderado de los préstamos de cada caja por el número de cajas declarantes. La referencia a las cajas se entiende realizada, en relación con el IRPH, a las entidades de crédito que operan en España. Es importante señalar que al referirse la circular al término ponderado no lo hace atendiendo al volumen de negocio de cada entidad, sino que dentro de cada entidad se refiere a la más cercana a la media aritmética.

Adicionalmente, el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994, en vigor a los solos efectos de determinar el modo de cálculo del índice, señala, en relación a los tipos de referencia, que son TAE, es decir, incorporando el efecto de las comisiones y demás gastos y no solo el tipo de interés efectivo pactado en el contrato. Para, a continuación, añadir que “su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas”.

De estas normas, citadas todas ellas en las conclusiones del Abogado General

¹⁹² Argumento defendido en “Análisis crítico del procedimiento de cálculo de los índices IRPH, o por qué decimos que el IRPH es manipulable y falta de transparencia”, publicado por Plataforma de afectados por el IRPH de Gipuzkoa (disponible en www.irphstop.plazan.net), página 4.

CAPITULO SEXTO

del TJUE, no podemos sino afirmar que, efectivamente, la fórmula de cálculo es compleja y difícilmente comprensible para un consumidor medio. Además, hay que señalar que la cláusula que regula el tipo de interés se limita a señalar que el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios, vigente el momento de la revisión que “el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda”. Sería exigible, en todo caso, que se desglosaran todos aquellos elementos que componen el método de cálculo y, además, reproducir íntegramente las normas antes señaladas relativas al índice.

Para un consumidor medio resultaría difícil, dado que únicamente se publica el índice, determinar qué bancos y cajas han suministrado datos y qué valor ha facilitado cada una de ellas. Las obligaciones de información en relación con las operaciones ya sean activas o pasivas están reguladas en el artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012, anejos 1 y 2. La información que debe trasladar cada entidad, disponible en sus páginas electrónicas, comprende la TAE cuando se trata de operaciones de crédito o préstamo, así como las comisiones percibidas que, recordemos, son las que se fijan libremente entre las entidades y sus clientes. En la medida que el propio Banco de España no publica todas las TAE que han permitido calcular la media ni el número de entidades que en cada observación constituyen el denominador de la fórmula es difícil no calificar al índice como poco transparente.

3º.- En tercer lugar, se señala que el resultado publicado, en la medida que no incluye ponderación en atención al volumen de negocio de cada entidad, no es una media representativa del mercado hipotecario.

Habría que poner en relación esta cuestión con la exigencia del artículo 26.1, letra a) de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y artículo 21 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que impone para su utilización en las operaciones a tipo de interés variable que el tipo de referencia se calcule a coste de mercado. Se vulneraría tal previsión en el sentido de que aquellas entidades con un volumen de negocio y una cartera hipotecaria reducida tendrían el mismo peso a la hora de configurar el índice que las entidades con importantes volúmenes de negocio en el mercado. Es este sin duda un argumento de peso a la hora de criticar la determinación del índice IRPH Entidades. La configuración del mapa bancario en España ha cambiado en las últimas décadas y sobre todo en los últimos años con una importante reducción en el número de entidades¹⁹³. Por consiguiente, lo lógico para

¹⁹³ A nivel estadístico podemos constatar que desde 1990 hasta 2016 el número de entidades nacionales se ha reducido a menos de la mitad, pasando de 105 en el año 1990, a 88 en el año 2000, a 64 en 2010 y 48 en el año 2016. En parecidos términos se ha producido una importante reducción de la red de oficinas que han pasado de más de 15.000 en la década de 1990 al año 2000 (15.997 en el año 1992, 15.500 en 1996 y 14.791 en 1999) a 10.083 en el año 2016. Igualmente llama la atención, principalmente desde el año 2000, la gran cantidad de absorciones de bancos que a la postre han venido a configurar el actual mapa financiero con únicamente 48 entidades. La información completa se puede consultar en Anuario Estadístico de la Banca en España, publicado

CAPITULO SEXTO

que el índice fuera representativo del mercado, sería que en vez de realizar una media simple se calculara atendiendo al volumen de negocio de la entidad en el mercado hipotecario; en este sentido, es muy explicativo que las cinco grandes entidades de nuestro país prácticamente sumen el 76% de la cuota de mercado en términos del negocio activo o de préstamos y créditos¹⁹⁴.

Adicionalmente esta afirmación que realizamos de que este índice esté alejado de los precios de mercado se puede agravar por el hecho de que pueda haber entidades que por estar más volcadas a nivel de negocio en segmentos que no sean el residencial adquisición de vivienda libre, no tengan interés en este negocio y, en consecuencia, para formalizar operaciones alejadas de la tónica general del mercado y a la postre, al no existir ponderación por cuota en la configuración del índice, lo que único que hagan sea encarecer dicho tipo de referencia.

Habría que valorar si esta falta de representatividad podría suponer que el índice IRPH fuera manipulable y por tanto careciera de la necesaria objetividad que postula el artículo 1256 del Código Civil al exigir que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Dos hechos son incuestionables: en primer lugar, el índice se determina a partir de los datos que facilitan las entidades respecto a los préstamos que formaliza, por tanto, el precio a la hora de conceder las operaciones sí influye en el índice y, en segundo lugar, con la reordenación del mapa bancario de nuestro país los datos facilitados por las entidades cada vez tienen mayor peso en la configuración del índice. En este sentido, debemos concluir, que el índice es fácilmente influenciado por las políticas

en 2016 por la Asociación Española de Banca. Los datos sobre evolución histórica y número de entidades se pueden consultar en las páginas 219 y siguientes. En dicho informe se recogen datos desde el año 1960 hasta el año 2016, incluso se recogen datos estadísticos desde el año 1948. Ciertamente los cambios importantes tanto en lo referente a número de entidades como a red de oficinas se han producido en los últimos 10 años como consecuencia de la grave crisis del sistema financiero del año 2008 a raíz de la caída de Lehman Brothers que trascendió a todo el sistema financiero mundial. De hecho, la evolución del mercado hipotecario en nuestro país muestra un importante crecimiento durante los años 2003 a 2007 con formalizaciones de 1.400.000 contratos durante el año 2007 partiendo de prácticamente 1.000.000 de contratos en 2003, con caídas muy severas tanto en importes como en número de contratos que no han superado la cifra de 300.000 contratos durante los años 2013 a 2015. A nivel de oferta crediticia también los datos muestran este cambio de tendencia hasta el punto de que en los años previos a la crisis de 2008 las operaciones hipotecarias representaban un 70% del volumen de crédito de la banca comercial, durante los años posteriores dichas operaciones representaron porcentajes cercanos al 20% ya que las entidades se centraron más en la recapitalización y en la reestructuración de los costes. Datos extraídos del informe “Perspectivas para el mercado hipotecario en España a 2020”, Julio de 2016 publicación de Oliver Wyman y Asociación Hipotecaria Española (Disponible en www.asociacionaev.org).

¹⁹⁴ De hecho, por ejemplo, solo el Banco de Santander tiene una cuota del 27% del activo total del negocio en España (fuente El País – Negocios, “El nuevo mapa y la competencia”, artículo de MAUDOS, J., publicado el día 11 de junio de 2017). Este dato supone que el nivel de concentración del sector bancario español es muy alto con la trascendencia que esto supone en relación con la intensidad de la competencia y, en nuestro caso concreto, la importante distorsión que supone que una entidad con una cuota de mercado como el Banco de Santander tenga la misma participación en la configuración del índice de referencia que, por ejemplo, Banca March o Ibercaja con cuotas de mercado muy reducidas.

CAPITULO SEXTO

comerciales de las entidades. Nos remitimos a los capítulos anteriores donde analizamos la objetividad del índice de referencia y aquellas exigencias que consideramos para calificarlo como objetivo.

4º.- Finalmente, como hemos señalado anteriormente de la definición que del IRPH Entidades se realiza en el Anexo VIII de la Circular 5/1994, de 22 de Julio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, el índice se configura a partir de los tipos medios ponderados que, recordemos, son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España. Como antes habíamos apuntado, la norma Octava de la Circular 5/1994 en relación con las operaciones activas señala que en el coste efectivo de la operación se incluirán “las comisiones y demás gastos que el cliente esté obligado a pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo” (párrafo 4, letra a).

En nuestra opinión, ya lo hemos puesto de relieve, el índice se debería configurar no a partir de la comunicación de la Tasa Anual Equivalente, sino teniendo en consideración el llamado “tipo efectivo de definición restringida” o TEDR que es el equivalente a la TAE pero sin incluir comisiones. Este tipo fue introducido por la Circular 1/2010, de 27 de Enero, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras y se define en la Norma Tercera, apartado 2 como “el componente de tipo de interés de la TAE, según se define en la norma octava de la Circular 8/1990, de 7 de Septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Por tanto, el TEDR de una operación será igual al tipo de interés anualizado que iguale en cualquier fecha el valor actual de los efectivos, excluidos los gastos, recibidos, o a recibir, con el de los entregados, o a entregar, a lo largo de la operación, y se calculará como la TAE excluyendo los gastos conexos, tales como las primas por seguros de amortización, y las comisiones que compensen costes directos relacionados, según se definen en el apartado 3 de la norma trigésima octava de la Circular 4/2004”. Al incluir tanto las comisiones como los llamados “gastos conexos” que son costes adicionales al coste real de la operación para el cliente y en el reverso al valor de los efectivos entregados por la entidad financiera, la TAE siempre será superior al TEDR que es la compensación, en forma de porcentaje, que recibe la prestamista por ceder el capital al prestatario¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Una muestra de la diferencia entre ambos tipos la podemos constatar en la publicación de los tipos de interés en la página del Banco de España. Si, por ejemplo, comparamos los tipos publicados TAE en junio de 2019 para operaciones de vivienda, la media es de 2,26, en cambio el tipo publicado TEDR para la misma fecha es el 2,07 (Fuente: Banco de España, tablas de tipos de interés – última consulta septiembre de 2019). Si consideramos las medias de los años 2015, la TAE recoge un valor de 2,31 y la TEDR 1,98; 2016, 2,18 vs 1,91; 2017, 2,05 vs 1,83 y 2018, 2,24 vs 1,99.

Un ejemplo de la incidencia de la comisión de apertura sobre la TAE: para un hipoteca de 100.000 euros a plazo de 20 años, con un tipo de interés variable euríbor + 0,99 y un tipo inicial del 2,50. La TAE con la comisión de

CAPITULO SEXTO

Esta argumentación de que tenga que ser la compensación o interés se deriva además del tenor del artículo 1740 de nuestro Código Civil al señalar que “por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”¹⁹⁶. En rigor pues, solo debería considerarse el tipo de interés es, sin duda, el elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario ya que es la remuneración que recibe la entidad financiera por el capital que cede al prestatario. Los restantes conceptos ya sean comisiones o productos que obligatoriamente debe suscribir el prestatario no constituyen, en rigor, interés y, por tanto, son elementos accesorios a diferencia de la cláusula de intereses variables que sí podemos incluir dentro del concepto de “objeto principal del contrato” (artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE)¹⁹⁷.

apertura del 1% es del 2,64%, con comisión del 0,50 es del 2,58 y, sin comisión de apertura es del 2,52. Si calculamos la TAE con la comisión de apertura del 1% más un seguro de amortización de prima única a la firma de 3.000 (operación habitual en la práctica y que muchas veces se incluye en el mismo capital del préstamo) el resultado es del 2,98%, es decir, prácticamente medio punto porcentual adicional en la TAE que sin considerar ambos gastos (Datos calculados mediante el simulador del Portal del Cliente Bancario del Banco de España, disponible en www.clientebancario.bde.es).

¹⁹⁶ No debemos olvidar que en realidad la hipoteca, como derecho real de garantía, es accesorio de la obligación principal, el contrato de préstamo, y que la hipoteca “no tiene más virtualidad que la constitución del derecho real, y surgido éste, sirva de garantía al crédito principal, que es para lo que nació”, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Editorial Aranzadi, Pamplona, año 1993, página 388. Remarca dicho autor que mediante la hipoteca se crea un patrimonio específico adscrito al cumplimiento de la obligación de que se trate (página 389). Refiriéndose expresamente a la hipoteca señala que la garantía crediticia que consiste en la responsabilidad personal y universal del deudor deducida del artículo 1911 del Código Civil, es un instrumento útil en las operaciones a corto plazo, habituales en la práctica bancaria, como por ejemplo, los préstamos de consumo o las operaciones de financiación empresarial de inversión en maquinaria o circulante, en las cuales la entidad financiera puede prever la situación económica del prestatario durante el desarrollo del contrato. En cambio, en las operaciones hipotecarias, y máxime en la actualidad con plazos que incluso llegan a los 40 años, este cálculo de probabilidades es difícil ya que existe un plazo demasiado largo entre el nacimiento de la obligación y su vencimiento. En consecuencia, se impone para la seguridad de los acreedores que éstos pudieran tener hasta el vencimiento del crédito, un bien que llegado el caso pudiera cubrir la deuda. Se forma así con la hipoteca “una simbiosis entre un crédito y una masa de bienes o derechos, que no impidiendo el uso pleno de éstos permite el que estén siempre, y hasta el vencimiento del crédito, en situación de garantía directa de él” (página 390).

ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, Editorial Bosch, Barcelona, año 1968, señala que “la hipoteca es fundamentalmente una institución del Derecho Civil, que aun vista en su primera fase “nunca puede faltar”, inversamente al posible aspecto procesal de la hipoteca que solo es “eventual o potencial”, ya que puede no darse y en realidad frecuentemente así es, pues relativamente son pocas las hipotecas que alcanzan la vía procesal o ejecutiva” (Volumen IV, página 133). Así define CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., el derecho real de hipoteca como “la adscripción registral de unos bienes a un crédito, hasta la extinción de aquéllos o de éste, y cuya afección no se altera por las incidencias jurídicas que ocurran en uno u otro” (ob.cit., página 391).

¹⁹⁷ Se puede constatar consultando la oferta hipotecaria de la mayoría de las entidades que comercializan productos sin comisión de apertura, prueba de que es una condición de carácter accesorio (consultadas las hipotecas de Openbank, Bankia, ING y Evobanco – fecha de la consulta 20 de enero de 2019).

CAPITULO SEXTO

Consideramos que el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería determinar que la cláusula que recoge el IRPH Entidades como índice de referencia sí puede ser objeto de control de transparencia material ya que, por los motivos que anteriormente se han expuesto, el adherente, atendiendo a la figura del consumidor medio, es decir, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no podía valorar “basándose en criterios precios e inteligibles”¹⁹⁸, las consecuencias económicas del contrato. Además, en nuestra opinión, como consecuencia de la información a la que se ven obligadas las entidades financieras en relación, en este caso, con el IRPH (se debería haber mencionado expresamente que se elabora a partir de la TAE que incluye comisiones y gastos, que no existe ponderación del índice, y, la necesidad de un diferencial corrector para adecuarlo al mercado que, no olvidemos, pretende medir) se ha vulnerado, aunque no se mencione en el escrito de conclusiones del Abogado General del TJUE, un precepto que en distintos apartados de esta tesis hemos considerado capital en el iter precontractual, nos referimos al artículo 60 del TRLGDCU que, al regular la información previa al contrato, señala:

“Antes que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle 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”.

En este artículo se impone, en nuestro caso a las entidades financieras, un deber general de informar en todos los momentos previos a la formalización del contrato de las principales características del préstamo, en especial, sobre el precio total del producto, refiriéndose expresamente en la letra c) del propio artículo 60 a los gastos de financiación al señalar que se deberá poner a disposición del consumidor y usuario “el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas (...) se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutirán al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pago similares”. Toda esta información deberá facilitarse de forma clara y comprensible, exigiendo además que sea veraz y suficiente, con la finalidad que el adherente pueda conocer en toda su extensión tanto la carga económica como jurídica a la que se obliga.

5.- CONCLUSIONES DE ESTE CAPÍTULO:

1) En la práctica bancaria actual, en especial en el mercado de operaciones hipotecarias minoristas, no se utiliza de forma directa el preferencial de la propia entidad o de otras relacionadas institucionalmente con la prestamista para determinar el índice de referencia a la hora de revisar la concreta operación. Esta infracción de la objetividad deducida del artículo 1256 del Código Civil, al dejar al arbitrio de uno de los contratantes “la validez y el cumplimiento” del contrato,

¹⁹⁸ Conclusión 2 in fine del informe del Abogado General del TJUE

CAPITULO SEXTO

también supuso la supresión de determinados índices de referencia que fueron considerados manipulables.

2) La objetividad tal como la consideramos comprende tres elementos, el primero en cuanto que requisito de carácter positivo, un procedimiento para el cálculo de la configuración del índice que necesariamente deberá ser matemático y verificable tanto por las autoridades encargadas de su supervisión como por el propio prestatario, el segundo, en sentido negativo, determinado por la ausencia de influencia en el índice por parte de la entidad prestamista en virtud de prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, y, finalmente solo si el índice se configura mediante datos que reflejen el coste de captación en el mercado de los fondos necesarios para que las entidades financieras desarrollen su actividad crediticia lo podremos considerar objetivo.

3) Considerando la estructura de la cláusula de interés variable (el tipo de interés inicial, el índice de referencia, tanto el principal como el sustitutivo, y el diferencial), es imprescindible en el apartado de cláusulas financieras fijar de manera clara los derechos que correspondan a ambas partes en orden a la modificación del coste del crédito. Junto al índice de referencia el diferencial que, en rigor, debería constituir el margen de la entidad financiera tendría que ser una magnitud fija e invariable durante toda la duración del contrato. Tal como funciona el mercado financiero español el margen de las entidades en el mercado hipotecario minorista se configura por el diferencial y adicionalmente por la diferencia de margen entre activo y pasivo, dado que ninguno de los índices de referencia utilizados habitualmente representa el coste de captación de los recursos de las entidades financieras.

4) Los dos índices de referencia más utilizados en el mercado hipotecario español son el IRPH Entidades y el euríbor. Sin ninguna duda, el más cuestionado es el IRPH Entidades básicamente porque las operaciones referenciadas al mismo están sustancialmente en valores más altos que las indicadas al euríbor. La mayoría de las entidades han sido reacias a sustituir el índice IRPH por el euríbor dado que ello afectaría de manera sustancial a su margen y por tanto a la cuenta de resultados. Sí que hemos constatado la voluntad de, en aquellas operaciones referenciadas al IRPH, suprimir el diferencial.

5) Consideramos razonable mantener el IRPH Entidades si bien mejorando su proceso de determinación. Las medidas propuestas serían, en primer lugar, en la configuración del índice atender a la representatividad a la hora de su determinación considerando a tal efecto la cuota de mercado de cada entidad en el mercado hipotecario, en segundo lugar, no se debería determinar a partir de la Tasa Anual Equivalente ya que la misma incluye las comisiones que, en sentido estricto, no contemplan el coste de los recursos necesarios para poder desarrollar la actividad crediticia, se debería configurar a partir del “tipo efectivo de definición restringida” (TEDR) regulado mediante Circular del Banco de España, idéntico a la TAE sin

CAPITULO SEXTO

comisiones, además de conformidad con la previsión de la Exposición de Motivos de la Circular 8/1990 debería aplicarse un diferencial negativo para no situar el índice por encima del tipo practicado por el mercado y, finalmente, se debería dotar de transparencia a los datos que se utilizan para la confección del índice, es decir, debería ser fácilmente auditable lo que redundaría en una transparencia de la que carece en estos momentos.

6) En España el euríbor, el índice más utilizado en la revisión de las operaciones hipotecarias, ha sido menos cuestionado básicamente porque en estos últimos años ha estado en valores muy bajos, incluso negativos, y sobre todo porque en comparación con el IRPH Entidades se ha situado en varios puntos menos. Siendo esto cierto también se está cuestionando dicho índice ya que se han acreditado casos de manipulación y, en parecidos términos al IRPH, también ha sido criticada la representatividad del mercado que quiere medir. Considerando que el índice se determina con los datos obtenidos por la encuesta que se realiza a un conjunto de entidades europeas se cuestiona que no se base en transacciones reales y que no haya una diversidad geográfica de las entidades que conforman el panel que sirve para su configuración. En parecidos términos al IRPH defendemos como mejora que el índice se configure a partir del eonia que sí recoge las transacciones reales del mercado interbancario a un día. Obviamente deberían introducirse correcciones dado que la referencia utilizada para el mercado hipotecario es a más largo plazo e igual que ocurre con el euríbor pocas entidades participan en su determinación, pero sin ninguna duda, se cumpliría con el requisito de que se basara en transacciones reales y que el prestatario satisfaga en cada momento un tipo de interés acorde con las condiciones a las que está contratando el mercado hipotecario. Igualmente debería existir un panel lo suficientemente amplio y representativo de entidades de la mayoría de los países que forman parte de la Unión Europea, sostenemos un mínimo de 50 entidades que operen en el mayor número posible de países.

7) Debería pactarse como garantía de objetividad de la cláusula de interés variable un tipo de referencia alternativo que igualmente pueda ser calificado como objetivo. Al margen de operar como elemento de cierre de la estipulación permitiría salvar la situación que, en muchos casos se ha planteado, de convertir el préstamo a tipo de interés fijo. La intención del prestatario que contrata una operación a tipo variable es acogerse durante todo el contrato a un interés acorde a las condiciones del mercado hipotecario. La variabilidad del tipo de interés es una finalidad esencial perseguida por el prestatario y en buena medida la conversión a un tipo fijo supondría vulnerar esta intención que es la determinante a la hora de decantarse por la variabilidad de la operación. Solo en el contexto actual de tipos de interés con los valores más bajos jamás considerados se entiende la propensión de las entidades financieras a convertir las operaciones a tipo de interés fijo. De hecho, las prestamistas han favorecido los tipos de interés variables ya que suponen que el deudor asuma la totalidad del riesgo de tipo de interés.

8) Debe pactarse en los préstamos hipotecarios a interés variable una cláusula

CAPITULO SEXTO

de desistimiento que permita al prestatario poner fin a una situación que, en un momento dado, consecuencia de la propia evolución de los tipos de interés, le coloque en una situación económica complicada. El argumento es la inferioridad en la posición contractual del deudor en relación con la entidad financiera. Esta cláusula no debe estar sometida a condicionantes o autorizaciones previas y debe pactarse un plazo de preaviso razonable para que pueda liquidarse el préstamo al tipo de interés antiguo.

9) Admitida la posibilidad de revisar la operación a un índice distinto de los considerados oficiales este para considerar su admisibilidad deberá concretar exactamente las entidades que lo van a conformar, además será necesario pactar contractualmente el procedimiento y fórmula matemática para su cálculo. En parecidos términos a lo defendido en los dos índices más utilizados, IRPH Entidades y euríbor, exigimos que sea representativo del precio de mercado de los tipos de interés de las operaciones hipotecarias y adicionalmente deben excluirse aquellas entidades que mantengan una relación de operatividad institucional con la prestamista.

CONCLUSIONES FINALES

CONCLUSIONES FINALES

1) En nuestro país la mayoría de los saldos vivos de la cartera hipotecaria está a interés variable, si bien es cierto que en estos últimos años como consecuencia de la bajada de tipos de interés se están formalizando más operaciones a tipo fijo. Defendemos, y en tal sentido, esta circunstancia debería reflejarse en la información a facilitar al futuro prestatario, que solo aquellas operaciones con un tramo inicial a interés fijo superior a 10 años merecen tal calificación. El resto, con plazos medios de duración de los préstamos de aproximadamente 25 años, difícilmente merecen ser calificadas como operaciones a interés fijo, ni siquiera operaciones a interés mixto cuando se pacta un primer tramo fijo breve (por ejemplo 5 años). Consideramos que la información que están transmitiendo las entidades a la hora de comercializar este tipo de operaciones no es correcta ya que el prestatario puede pasar por alto la verdadera naturaleza del préstamo que está contratando, es decir, un préstamo hipotecario a tipo de interés variable, ya que, no olvidemos, el tramo a tipo variable será el que regirá la mayor parte de la operación. Este hecho de la gran proporción de operaciones a interés variable es diferenciador en relación con el resto de los países de la Unión Europea, lo que nos lleva a la conclusión de que los mercados hipotecarios europeos tienen un carácter acusadamente local.

2) En las operaciones hipotecarias a tipo variable únicamente es el prestatario quien sufre el riesgo de las fluctuaciones al alza en el tipo de interés. De ahí la inclinación por parte de las entidades financieras en formalizar los préstamos a tipo variable. Únicamente el hecho excepcional de que el índice euríbor esté desde 2017 en tasas negativas ha favorecido que se estén firmando más operaciones a interés fijo por conveniencia de las entidades financieras en un intento de garantizarse un margen en los créditos, mayor que en las referenciadas a un tipo variable, de hecho, no se debe

CONCLUSIONES FINALES

obviar el hecho de que la materia prima de la banca es el dinero y su negocio consiste en captar recursos y prestarlos a un precio mayor. La situación inevitablemente cambiará en el momento en que se produzca una subida de los índices de referencia. También es cierto que las operaciones a tipo de interés fijo están muy condicionadas por los requisitos de vinculación de los intervinientes en forma de productos contratados por todos o cada uno de los prestatarios, y, en cierta manera, un análisis de la estipulación que regula el tipo de interés fijo tiene similitud con las operaciones a tipo variable, dado que el tipo fijo contratado estará sometido a variación en función del devenir de estas vinculaciones durante toda la vida del préstamo. Y, en tal sentido, aun no siendo este tipo de préstamo el eje central de estudio de esta tesis consideramos que las exigencias de información, claridad, concreción y transparencia que defendemos en las operaciones a interés variable son perfectamente extrapolables a las de interés fijo, principalmente en las cláusulas que recogen la influencia de los productos vinculados sobre el tipo de interés.

3) Existe una pluralidad de índices de referencia, lo que representa un hecho diferencial importante en comparación con el resto de los países de la Unión Europea. Del total de índices dos son los mayoritariamente utilizados: IRPH Entidades y euríbor. Hemos expuesto en nuestro trabajo múltiples factores que ponen de manifiesto que la fijación de los tipos de interés, es decir, el precio de las operaciones hipotecarias es una decisión de los órganos de dirección de las entidades financieras. En nuestro país, con un importante crecimiento del crédito hipotecario a partir de los años 80, concurren dos factores: el primero, ya apuntado, de que la mayoría de la cartera hipotecaria es a interés variable y, el segundo, que, como consecuencia, de la “guerra hipotecaria” de los años 1997 a 2008 con una importante bajada de los diferenciales (factor determinante de la rentabilidad de la operación), se creció de forma más rápida en el volumen formalizado de préstamos hipotecarios para poder mantener tasas de negocio y rentabilidad. Por tanto, en el momento en que se produjo la explosión de la burbuja inmobiliaria nuestras entidades financieras sufrieron, en comparación con el resto de las entidades de la Unión Europea, un importante deterioro de sus balances lo que desembocó en la reestructuración bancaria que ha dibujado el actual mapa financiero español. En España, como hemos demostrado, rara vez las entidades financieras acuden al mercado interbancario para tomar los fondos para las operaciones activas; en consecuencia, el IRPH Entidades y el euríbor son estrictamente índices de referencia y no representan el coste de financiación de las operaciones activas. Por tanto, sería deseable que ambos se determinaran mayoritariamente en base a transacciones reales.

CONCLUSIONES FINALES

4) Las previsiones de inestabilidad de tipos deberían incorporarse en el análisis de riesgo de las operaciones hipotecarias, y, en todo caso, deberían ser conocidas por el prestatario a efectos de poder tomar una decisión fundada atendiendo, en tal sentido, a la mayor información posible que debería ser facilitada por la entidad financiera. Es un hecho constatable, si atendemos a la larga duración de las operaciones hipotecarias y al cuadro de amortización del préstamo, que, a mayor duración, más sensibilidad a las variaciones de tipo de interés, al igual que a mayor frecuencia de variación (trimestral, semestral o anual), mayor sensibilidad de la cuota de préstamo.

5) Considerando que el contrato bancario, en cuanto que contrato atípico, aparece configurado por diversas cláusulas, todas ellas calificadas como condiciones generales de la contratación, de entre las que destaca la cláusula de interés variable determinante del precio de la operación, se impone la búsqueda de sistemas de control en orden a intentar restablecer el equilibrio contractual. A tal efecto defendemos un conjunto de controles. En primer lugar, ha de señalarse que la obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro: el primero, aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que el adherente sea o no consumidor, es el llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula en el contrato, deducido del artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. El segundo control, limitado al caso de contratación con personas físicas (sean o no consumidores), se articula a través del control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, siempre que se proyecte sobre los elementos esenciales del contrato y tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado. Por tanto, este segundo control atiende a la comprensibilidad real, que no formal o meramente gramatical, de los aspectos básicos del contrato. En este sentido, el control de transparencia material tiene en cuenta aquellos elementos que definen el objeto principal del contrato, en nuestro caso el precio, es decir, la cláusula de interés variable cuyos elementos esenciales son el índice de referencia y el diferencial. Además de estos dos controles está el llamado control de contenido o abusividad que considera abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato” (artículo 82 TRLGDCU).

CONCLUSIONES FINALES

Finalmente, junto a estos controles específicos, hallamos la regla según la cual “el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes” (artículo 1256 del Código Civil). Dentro de estos remedios generales deducidos del Código Civil destinado a proteger a la persona en las relaciones jurídicas generales situamos un requisito básico en la configuración de la cláusula de intereses variables: la objetividad del índice de referencia en cuanto que pieza fundamental en la determinación de los elementos de la relación contractual.

6) El que hemos enumerado, en primer lugar, como control de incorporación o inclusión (también denominado de transparencia formal), cobra todo su sentido como instrumento de defensa del adherente ante el mayor poder económico de la entidad financiera. La expresión “lo tomas o lo dejas” debe tener en el lado opuesto unas exigencias de transparencia gramatical para que el prestatario pueda adoptar una decisión racional a la hora de contratar y, al mismo tiempo, intentar equilibrar la desventaja informativa, fomentando esta transparencia en todo el iter precontractual. La principal manifestación del control de incorporación es la exigencia de “claridad, concreción y sencillez” en la redacción de las cláusulas. El principal problema que se plantea es que, siendo una exigencia que se debe poner en relación con la figura de un adherente medio, no existe un parámetro objetivo para su delimitación. En cuanto a la comercialización de préstamos hipotecarios a interés variable, aun no siendo aplicable la normativa MiFID, si sería razonable extrapolar sus criterios. La extraordinaria similitud de los contratos referenciados a un índice variable con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa europea y estatal MiFID, así como la clasificación de clientes con su consecuente nivel de información y transparencia, aconsejan una normativa que aproxime la información a facilitar en función de la segmentación de los clientes, hecho que posibilitaría que las pequeñas empresas pudieran entrar en el ámbito de protección de normas que únicamente se refieren al consumidor o a la persona física.

7) Con la promulgación de la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) constituye el elemento fundamental y, a nuestro entender, debería ser el único en la información precontractual de los préstamos hipotecarios. Considerando que la FEIN sustituye a los documentos que hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2019 constituían las obligaciones de información precontractual (Ficha de Información Personalizada (FIPER) y Oferta Vinculante), ya que, aunque se mantiene la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) es solo con carácter orientativo, el plazo de diez días fijado por la Ley para

CONCLUSIONES FINALES

considerar a la FEIN como oferta vinculante entendemos que es escaso para que el prestatario pueda valorar en toda su extensión las implicaciones jurídicas y económicas de un contrato de larga duración con importantes vicisitudes, principalmente en las operaciones a tipo de interés variable. El plazo, dada la supresión de los documentos anteriores (FIPER y oferta vinculante) debería ser como mínimo de catorce días (afortunadamente se ha ampliado en relación con los siete días que se había previsto en el Proyecto de Ley publicado el 17 de noviembre de 2017). Al entender que la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) debería constituir el elemento único que recogiera la información precontractual y sobre el cual tendrían que articularse las obligaciones de transparencia en los préstamos hipotecarios, cuestionamos la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la llamada Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) no contemplada en la Directiva 2014/17 que se transpone. Los hechos relevantes que debe incluir la FiAE ya están, evidentemente, recogidos en la FEIN que además exige que se resalten ya sea en negrita, sombreado o caracteres tipográficos claramente legibles. Es un documento que no aporta ninguna información adicional y que, en un momento dado, considerando las obligaciones de asesoramiento por parte del notario puede ocasionar distorsiones ya que dicha labor debería centrarse en un único documento sin que existieran duplicidades de información.

8) Es positiva la regulación de la Tasa Anual Equivalente (TAE) que se establece en la Ley 5/2019 y cuya finalidad última debe ser doble: garantizar la protección de los consumidores y favorecer la comparación de las distintas ofertas de las entidades financieras. Es positiva también su inclusión como un elemento de la FEIN y que realmente se configure como indicador para cuantificar el coste de la operación para el prestatario y no como valor que recoja la rentabilidad de la operación para la entidad financiera. Igualmente defendemos que en los préstamos a interés variable la TAE refleje el tipo de referencia del momento en que se formaliza la operación y no el tipo de interés durante el primer plazo del contrato. Sin ningún tipo de duda dicha exigencia debería representar una llamada de atención al prestatario para aquellos supuestos de tipos de interés nominal (TIN) más bajos, fruto de una política comercial de captación de clientes, que los que se aplicarían si se considerara el índice de referencia más el diferencial.

9) La creación de este mercado más transparente y eficiente que se persigue, tanto con la normativa europea que hemos señalado, como con las normas de nuestro

CONCLUSIONES FINALES

ordenamiento interno, y en las que encuadramos los dos elementos centrales de información precontractual (la FEIN y la TAE), debe ir acompañada de concretas exigencias a las entidades financieras. Defendemos, entre otros requisitos, criterios de valoración correctos en la concesión de préstamos. En tal sentido consideramos de vital importancia atender a una serie de binomios que deberían ser tenidos en cuenta en la concesión de operaciones: importe del préstamo y valor del activo; importe del préstamo e importe de la compraventa; importe del préstamo e ingresos del prestatario; compromisos de pago e ingresos del prestatario. Son factores que deberían ser valorados para no considerar un irresponsable el comportamiento de las entidades financieras en el mercado de activo y, en especial, en el segmento minorista de adquisición de vivienda libre. Las advertencias expuestas en las leyes, sin unas concretas exigencias de responsabilidad por parte de los operadores financieros, supondrían volver a incurrir en los errores que socavaron los fundamentos del sistema financiero. En parecidos términos, consideramos que estas exigencias deberían trascender a la relación contractual en aquellos supuestos en que o bien no se evalúa la solvencia o, evaluándose negativamente, la entidad concede la operación. De forma similar a los establecido en otros ordenamientos como el francés o el belga donde su incumplimiento produce efectos concretos en el ámbito contractual de la operación de préstamo. En nuestra opinión, actualmente, tras la crisis del mercado hipotecario del año 2008, se vuelven a repetir factores en nuestro sistema de financiación inmobiliaria que deberían ser corregidos y, sin duda, la aprobación de la Ley 5/2019 habría sido una buena oportunidad para poner coto a prácticas que, inevitablemente, volverán a desembocar en una nueva crisis que habría que valorar si deberá ser soportada nuevamente por los contribuyentes. Al igual que con la evaluación de la solvencia o la incorporación de parámetros objetivos en la concesión de préstamos hipotecarios, también nos referimos a riesgos como la sobretasación, el traslado de riesgos a los clientes, el excesivo recurso a la venta cruzada para recuperar la rentabilidad en un entorno de bajos tipos de interés y el hecho de que los actores del sistema financiero vuelvan a creer que será difícil una caída del precio de la vivienda. Hubiera sido deseable que las normas prudenciales existentes no quedaran relegadas al ámbito puramente administrativo, de supervisión bancaria, y tuvieran efectos contractuales de cara a disuadir a las entidades financieras de prácticas irresponsables.

10) Igualmente consideramos que el prestatario debe observar una conducta diligente en orden a la comprensibilidad de las cláusulas de la concreta operación de préstamo hipotecario. Esta diligencia vendrá determinada por la necesaria búsqueda de

CONCLUSIONES FINALES

la claridad de las estipulaciones, en especial, de aquellas que constituyen el precio de la operación. En tal sentido es positiva la obligación de la Ley 5/2019 de exigir al prestatario la comparecencia ante notario para obtener el asesoramiento sobre las cláusulas específicas de la Ficha Europea de Información Normalizada. Consideramos criticable el plazo del acta, “como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública”, ya que en este momento es difícil que el prestatario pueda desistir de formalizar la operación, máxime cuando la misma va vinculada a una compraventa de vivienda. No existe un margen de plazo suficiente para poder plantear una modificación de condiciones ni siquiera con la propia entidad prestamista y menos con otra entidad financiera distinta.

11) Considerando la importancia de la intervención del notario en orden a compensar el desequilibrio entre ambas partes contratantes en los préstamos hipotecarios (que, no olvidemos, cada día son más complejos), se ha de superar el concepto de notario como mero fedatario público y se le ha de considerar como operador jurídico con una importante función de asesoramiento para hacer comprender al prestatario el alcance y consecuencias del negocio jurídico. Un aspecto determinante dentro de esta función es la libre elección de notario, reconocida por ley y en la práctica no ejercida por el adherente tanto por el desconocimiento de este derecho como por el interés de la entidad financiera de encauzar la operación a notarías de su confianza. Entendemos que es preceptivo que en aquellos casos en que el prestatario no se decante por un notario determinado, la elección del mismo no debería dejarse en manos de la entidad financiera sino que debería concretarse mediante un sistema de reparto que debería realizar, por ejemplo, el colegio notarial de cada Comunidad Autónoma. Solo de esta manera se conseguiría una finalidad esencial de toda la normativa expuesta, el asesoramiento independiente e imparcial por parte del fedatario autorizante de la operación de préstamo. La práctica nos muestra, sin ningún tipo de duda, que el notario propuesto en la inmensa mayoría de ocasiones por la entidad financiera puede carecer de esta imparcialidad que se supone del servicio notarial.

12) El control de transparencia material o segundo control de transparencia (distinto del de inclusión o incorporación, en el sentido que se extiende más allá del plano formal y gramatical), solo se aplica a aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que inciden o pueden incidir en el contenido de la obligación de pago del deudor y su finalidad básica es que el prestatario pueda tener un conocimiento

CONCLUSIONES FINALES

real y completo de cómo juega esta cláusula en la economía del contrato. La cláusula de intereses variables es el elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario a interés variable ya que, según señala la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el elemento esencial del contrato de préstamo bancario es la estipulación mediante la cual el prestamista se compromete a poner a disposición del prestatario una suma de dinero y, este último, se compromete, a su vez, a reembolsar, normalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. En la cláusula de interés variable se exige, en aplicación de este principio, que el contrato exponga de manera transparente cómo funciona el mecanismo de la variación de intereses y cómo se relaciona la cláusula de intereses con el resto de las estipulaciones, de tal forma que el adherente pueda valorar en base a criterios precisos e inteligibles las consecuencias económicas que se derivan del contrato. En concreto, los elementos que, en relación con la cláusula de interés variable consideramos deben configurar esencialmente dicho control de transparencia son: el consumidor debe percibir por la información suministrada que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato; debe definir el objeto principal del contrato siempre que afecte a su obligación de pago; la información suministrada debe contemplar todos los aspectos y funcionamiento de la cláusula en la economía del contrato, solo así el prestatario podrá comprender su sacrificio patrimonial; esta relevancia de la cláusula debe ser percibida con total nitidez por el prestatario y solo se considerará cumplido el principio si la información se ha facilitado antes de la formalización del contrato (importancia de la oferta comercial y de las negociaciones antes de su celebración). Con todo, defendemos, que no exista una cantidad excesiva de información que acabe diluyendo la información verdaderamente relevante. Lo determinante para considerar cumplido el principio de transparencia material es el resultado: un consumidor perfectamente informado para que con pleno conocimiento de las cláusulas predispuestas pueda valorar la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato.

13) De ninguna manera se puede aceptar el cumplimiento de los deberes de información con la simple constatación de las distintas exigencias impuestas por la normativa sectorial o administrativa. La regulación sectorial o administrativa no debe impedir la aplicación de la legislación sustantiva, desnaturalizando el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia. En consecuencia, el control de transparencia no puede limitarse al cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa sectorial o administrativa sobre transparencia bancaria. La finalidad última de

CONCLUSIONES FINALES

que solo se pueda someter al control de transparencia material el objeto principal del contrato es que el prestatario pueda elegir de manera adecuada en el mercado entre las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. El argumento que defendemos es que los adherentes dirigen toda su atención en el momento de contratar hacia estos elementos que determinan el precio y la prestación del préstamo hipotecario; en consecuencia, esta equivalencia debe ser verdaderamente transparente en el sentido de que debe ser conocida y comprendida en toda su extensión por el prestatario en el momento de emitir su consentimiento negocial. Los elementos esenciales de la cláusula de interés variable son el índice de referencia más el diferencial.

14) Con la promulgación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se ha reconocido a nivel normativo este principio de transparencia material, en sus orígenes de naturaleza jurisprudencial, ampliándolo además a todas las personas físicas, sin ningún tipo de matices y sin consideración a su actividad, siempre y cuando la hipoteca inmobiliaria recaiga sobre un inmueble de uso residencial que, además, en atención a la finalidad tuitiva de la norma debemos interpretar en un sentido amplio. Más complicado es concretar los ámbitos subjetivos y objetivos en aquellos préstamos donde es irrelevante la garantía hipotecaria para aquellas operaciones con finalidad inmobiliaria en las que se exige que el prestatario, fiador o garante sea consumidor. Consideramos que se incluyen todas aquellas operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda formalizadas por consumidores, con y sin garantía hipotecaria, con finalidad inmobiliaria para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. Este principio o control de transparencia material se basa en la Ley en la entrega por parte del prestamista de una serie de documentación cuya finalidad es reforzar, en fase precontractual, la comprensión de la carga jurídica y económica del préstamo. Estos documentos son: la Ficha Europea de Información Normalizada que ha sustituido a las existentes hasta ahora, la Ficha de Advertencias Estandarizadas, en operaciones a tipo variable, un documento que haga referencia a las cuotas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de tipos de interés y una copia del contrato cuyo contenido se debe ajustar a los documentos antes señalados. Esta documentación se debe entregar con una antelación mínima de diez días naturales antes de la firma del contrato. Considerando la supresión de todos los documentos que antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019 garantizaban la información al futuro prestatario, criticamos la drástica reducción tanto del plazo como de los tres documentos

CONCLUSIONES FINALES

existentes hasta la fecha (guía del préstamo hipotecario, FIPER y oferta vinculante). Prácticamente toda la información se va a contener en la FEIN ya que el resto de los documentos no aportan nada nuevo y simplemente se limitan a resaltar determinados aspectos. La combinación de ambos factores (plazo y documentación) nos parece poco acertada y no va a contribuir a que el principio de transparencia material se cumpla con la efectividad requerida.

15) Conforme a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario recae de forma prioritaria en el notario autorizante de la operación de préstamo hipotecario la comprobación del principio de transparencia material. Consideramos que el personal al servicio de la entidad financiera debería tener un mayor peso específico en el cumplimiento de este control de transparencia. La Directiva 2014/17/UE que se transpone con dicha Ley hace recaer en los empleados de las entidades financieras el grueso de las obligaciones de información basándose en requisitos de conocimiento y competencia. Por tanto, deberían ser las entidades quienes soportaran la mayoría de las obligaciones de información en aras a cumplir el principio de transparencia. Con la Ley 5/2019, los notarios son el elemento clave en la verificación y asesoramiento personal para conseguir los objetivos del principio de transparencia material. Cabe señalar tres exigencias en el desarrollo y cumplimiento de esta función notarial: en primer lugar, verificar la recepción de toda la documentación, en segundo lugar, resolver las dudas y prestar el asesoramiento necesario y, finalmente, redactar un acta acreditando expresamente que el prestatario comprende, acepta y entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación. Consideramos que esta acta no va a garantizar el cumplimiento de la transparencia requerida. En palabras del Tribunal Supremo: “la información notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor” (Sentencia de 8 de junio de 2017). Es decir, acabar de cumplir las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia (Sentencia de 15 de noviembre de 2017). Y mucho menos se va a dar el cumplimiento del principio de transparencia material por el plazo mínimo legalmente fijado, un día antes de la firma de la escritura cuando la decisión de contratar está ya tomada con todas las consecuencias y difícilmente el prestatario valorará no formalizar la operación de préstamo. Igualmente entendemos que la firma ante notario del contrato de préstamo hipotecario debería realizarse por parte de un empleado de la entidad financiera, normalmente el director de la oficina, para poder clarificar aquellas cuestiones que se planteen en el momento importante de la formalización del préstamo y que no son sino

CONCLUSIONES FINALES

la culminación de un iter precontractual. Las entidades, alegando ahorros de costes, delegan en empleados de gestorías dicha firma, desconociendo los mismos cualquier cuestión que se pueda plantear más allá de la literalidad del texto facilitado por los servicios jurídicos de la entidad financiera. Difícilmente el notario, garante del principio de transparencia material, puede valorar aquellas dudas concretas que se planteen si no está presente con pleno conocimiento de causa la parte prestamista que ha sido quien ha transmitido toda la información durante la fase precontractual. En parecidos términos en la notaría no deberían firmarse los contratos de los productos “combinados”, determinantes para la concesión del préstamo, máxime cuando no está presente el empleado de la entidad. Sin ningún tipo de duda, las prácticas de ventas vinculadas y combinadas son una de las grandes debilidades de la Ley 5/2019.

16) Cabe plantear la posibilidad de aplicar el principio de transparencia material en los contratos celebrados entre empresarios personas jurídicas. En base al principio de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, enlazando con la doctrina de las cláusulas sorprendentes (gemelas de las intransparentes), defendemos la nulidad de determinadas estipulaciones que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato, pudo tener el adherente. Del mismo modo, solo tendrá aplicación frente a las condiciones generales relativas al objeto principal o parte económica del contrato. La diferencia en estos casos, en relación con todo lo expuesto anteriormente sobre el control de transparencia en supuestos de adherente persona física según la Ley 5/2019, estará en el ámbito procesal. El adherente persona jurídica deberá soportar la carga de la prueba de acreditar la inexistencia o insuficiencia de la información. Curiosamente, con la redacción del apartado 6 del artículo 15 de la Ley 5/2019, al señalar que el contenido del acta notarial, donde se hará constar el asesoramiento del notario, “hará prueba” del asesoramiento y de “la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos”, también la carga de la prueba sobre la insuficiencia de la información y su comprensión, recaerá sobre el prestatario que deberá acreditar, en parecidos términos a las personas jurídicas, el incumplimiento del principio de transparencia en su vertiente material. Reiteramos, al hilo de lo expuesto que, a nuestro entender, el principio de transparencia material se basa principalmente en la información precontractual, por tanto, anterior a la formalización ante notario de la escritura de hipoteca. Sin ningún tipo de duda, el Tribunal Supremo configuró este principio determinando que la comprensibilidad era diferente de la cognoscibilidad y que, por tanto, la información que debía suministrar la

CONCLUSIONES FINALES

entidad financiera era previa y necesaria al momento de lectura y firma de las estipulaciones del contrato en el momento de firma de la escritura. En tal sentido, reiteramos, que los deberes de información deben recaer de manera preponderante en la entidad financiera predisponente del clausulado del contrato de préstamo hipotecario.

17) El control de contenido o abusividad, diferente del de incorporación y del de transparencia material, se realiza sobre las condiciones generales una vez ya se han incluido en un contrato de préstamo hipotecario. Es un control que solamente se podrá aplicar cuando el adherente merezca la calificación de consumidor y sobre aquellas condiciones generales que merezcan ser calificadas como abusivas, aunando para dicha consideración los dos conceptos clásicos en materia de protección de los consumidores y usuarios: ausencia de buena fe y desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Este control intenta restablecer el desequilibrio entre las posiciones de ambos contratantes. La abusividad de una estipulación podrá ser apreciada de oficio por el juez y de este modo restablecer el equilibrio entre ambas partes. Para apreciar esta abusividad será determinante valorar si el consumidor y la entidad financiera, atendiendo al clausulado contractual y considerando un comportamiento leal y razonable, hubieran incluido en dicho contrato una estipulación de la que cuestionamos su carácter abusivo. En parecidos términos, los criterios para valorar esta abusividad vendrán determinados, en primer lugar, por las normas dispositivas de nuestro ordenamiento jurídico de forma tal que si la estipulación deja al consumidor en una posición menos favorable que la prevista por el derecho positivo habrá que concluir que dicha estipulación merece ser calificada como abusiva, y, en segundo lugar, por la valoración atendiendo al caso concreto de si el profesional podría estimar que el consumidor aceptaría la concreta estipulación en el marco de una negociación individual, y no con un clausulado con condiciones generales.

18) Cuando una condición general define el objeto principal del contrato, en nuestro caso la cláusula de interés variable, cuya composición nuclear es el índice de referencia y el diferencial, no es posible analizar la abusividad de su contenido. En consecuencia, el núcleo de la cláusula de interés variable solo podrá ser objeto de control de transparencia material, todo ello en base al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE al señalar que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato...”. Consideramos que se debería haber transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico dicho artículo 4.2., y que con

CONCLUSIONES FINALES

la aprobación de la Ley 5/2019, se ha perdido la oportunidad de hacerlo.

19) En las relaciones entre profesionales se puede dar exactamente esta misma posición de desigualdad que en los contratos con consumidores. En estos supuestos en los que el adherente no tiene la calificación de consumidor se puede instar igualmente la nulidad de la cláusula que siendo condición general sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, pero el concepto de cláusula contractual abusiva deberá valorarse en tal caso atendiendo a las normas generales sobre nulidad contractual contenidas en el Código Civil. En ningún caso, por tanto, se podrá considerar el elenco de cláusulas consideradas abusivas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

20) Las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y, además, se tendrán por no puestas, por tanto, pueden ser examinadas de oficio y, en todo caso, esta nulidad implica que no será posible integrar el contrato cuando exista una laguna contractual siempre que dicho contrato pueda subsistir con las cláusulas que hayan superado el control de contenido. El sentido de esta imposibilidad de modificación judicial del contenido de las cláusulas abusivas es disuasorio para evitar que los predisponentes incorporen cláusulas abusivas al tener la certeza de que el juez integraría el contrato en lo que fuera necesario. La mayor protección que se puede garantizar al consumidor es la no aplicación de las cláusulas abusivas. En aquellos supuestos en que se anula el índice de referencia del préstamo hipotecario que, no olvidemos, regula los intereses remuneratorios del contrato, debería aplicarse el diferencial que operaría en última instancia como remuneración del préstamo. De ninguna manera consideramos posible que en el supuesto de que se declare la nulidad del índice de referencia se convierta el préstamo en una operación a interés fijo al tipo inicialmente pactado en el momento de la formalización. El motivo es que el prestatario al pactar una operación a interés variable desea contratar un préstamo a interés de mercado durante toda su duración. En todo caso se debería exigir a la entidad financiera que se ofreciera al prestatario, acogiéndose a la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de los préstamos hipotecario, un nuevo índice de referencia que fuera utilizado en la actualidad por la prestamista en la mayoría de sus operaciones.

21) En la práctica bancaria actual, en especial en el mercado de operaciones hipotecarias minoristas, no se utiliza de forma directa el preferencial de la propia

CONCLUSIONES FINALES

entidad o de otras relacionadas institucionalmente con la prestamista para determinar el índice de referencia a la hora de revisar la concreta operación. Esta infracción de la objetividad deducida del artículo 1256 del Código Civil, al dejar al arbitrio de uno de los contratantes “la validez y el cumplimiento” del contrato, también supuso la supresión de determinados índices de referencia que fueron considerados manipulables. La objetividad, tal como la consideramos, comprende tres elementos, el primero en cuanto que requisito de carácter positivo, un procedimiento para el cálculo de la configuración del índice que necesariamente deberá ser matemático y verificable tanto por las autoridades encargadas de su supervisión como por el propio prestatario; el segundo, en sentido negativo, determinado por la ausencia de influencia en el índice por parte de la entidad prestamista en virtud de prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; y, finalmente solo si el índice se configura mediante datos que reflejen el coste de captación en el mercado de los fondos necesarios para que las entidades financieras desarrollen su actividad crediticia lo podremos considerar objetivo.

22) Considerando la estructura de la cláusula de interés variable (el tipo de interés inicial, el índice de referencia, tanto el principal como el sustitutivo, y el diferencial), es imprescindible en el apartado de cláusulas financieras fijar de manera clara los derechos que correspondan a ambas partes en orden a la modificación del coste del crédito. Junto al índice de referencia el diferencial que, en rigor, debería constituir el margen de la entidad financiera tendría que ser una magnitud fija e invariable durante toda la duración del contrato. Tal como funciona el mercado financiero español el margen de las entidades en el mercado hipotecario minorista se configura por el diferencial y adicionalmente por la diferencia de margen entre activo y pasivo, dado que ninguno de los índices de referencia utilizados habitualmente representa el coste de captación de los recursos de las entidades financieras.

23) Los dos índices de referencia más utilizados en el mercado hipotecario español son el IRPH Entidades y el euríbor. Sin ninguna duda, el más cuestionado es el IRPH Entidades básicamente porque las operaciones referenciadas al mismo están sustancialmente en valores más altos que las indiciadas al euríbor. La mayoría de entidades han sido reacias a sustituir el índice IRPH por el euríbor dado que ello afectaría de manera sustancial a su margen y, por tanto, a la cuenta de resultados. Sí que hemos constatado la voluntad de, en aquellas operaciones referenciadas al IRPH, suprimir el diferencial. Consideramos razonable mantener el IRPH Entidades si bien mejorando su proceso de determinación. Las medidas propuestas serían, en primer

CONCLUSIONES FINALES

lugar, en la configuración del índice atender a la representatividad a la hora de su determinación considerando a tal efecto la cuota de mercado de cada entidad en el mercado hipotecario; en segundo lugar, no se debería determinar a partir de la Tasa Anual Equivalente ya que la misma incluye las comisiones que, en sentido estricto, no contemplan el coste de los recursos necesarios para poder desarrollar la actividad crediticia, se debería configurar a partir del “tipo efectivo de definición restringida” (TEDR) regulado mediante Circular del Banco de España, idéntico a la TAE pero sin comisiones; y, finalmente, se debería dotar de transparencia a los datos que se utilizan para la confección del índice, es decir, debería ser fácilmente auditable lo que redundaría en una transparencia de la que carece en estos momentos.

24) En España el euríbor, el índice más utilizado en la revisión de las operaciones hipotecarias, ha sido menos cuestionado básicamente porque en estos últimos años ha estado en valores muy bajos, incluso negativos, y, sobre todo, porque en comparación con el IRPH Entidades se ha situado en varios puntos menos. Siendo esto cierto también se está cuestionando dicho índice ya que se han acreditado casos de manipulación y, en parecidos términos al IRPH, también ha sido criticada la representatividad del mercado que quiere medir. Considerando que el índice se determina con los datos obtenidos por la encuesta que se realiza a un conjunto de entidades europeas se cuestiona que no se base en transacciones reales y que no haya una diversidad geográfica de las entidades que conforman el panel que sirve para su configuración. En parecidos términos al IRPH, defendemos como mejora que el índice se configure a partir de la referencia eonia que sí recoge las transacciones reales del mercado interbancario a un día. Obviamente deberían introducirse correcciones dado que la referencia utilizada para el mercado hipotecario es a más largo plazo e igual que ocurre con el euríbor pocas entidades participan en su determinación, pero sin ninguna duda, se cumpliría con el requisito de que se basara en transacciones reales y que el prestatario satisfaga en cada momento un tipo de interés acorde con las condiciones a las que está contratando el mercado hipotecario. Igualmente debería existir un panel lo suficientemente amplio y representativo de entidades de la mayoría de los países que forman parte de la Unión Europea, en este sentido, sostenemos un mínimo de 50 entidades que operen en el mayor número posible de países.

25) Debería pactarse como garantía de objetividad de la cláusula de interés variable un tipo de referencia alternativo que igualmente pueda ser calificado como objetivo. Al margen de operar como elemento de cierre de la estipulación permitiría

CONCLUSIONES FINALES

salvar la situación que, en muchos casos se ha planteado, de convertir el préstamo a tipo de interés fijo. La intención del prestatario que contrata una operación a tipo variable es acogerse durante todo el contrato a un interés acorde a las condiciones del mercado hipotecario. La variabilidad del tipo de interés es una finalidad esencial perseguida por el prestatario y en buena medida la conversión a un tipo fijo supondría vulnerar esta intención que es la determinante a la hora de decantarse por la variabilidad de la operación. Solo en el contexto actual de tipos de interés con los valores más bajos jamás considerados se entiende la propensión de las entidades financieras a convertir las operaciones a tipo de interés fijo. De hecho, las entidades prestamistas han favorecido los tipos de interés variables ya que suponen que el deudor asuma la totalidad del riesgo de tipo de interés.

26) La última conclusión de esta tesis nos remite al inicio, al título de la misma, “Sistemas de control de la cláusula de interés variable en los préstamos hipotecarios”. Nuestro objetivo ha sido poner de manifiesto que todos los controles, en los contratos a tipo variable, tienen como objetivo común facilitar al adherente toda la información necesaria para que sea consciente de la posición jurídica que asume en un contrato de larga duración y, adicionalmente, puede valorar la carga económica a la que se obliga. La cláusula de interés variable es la estipulación esencial del contrato y supone la constatación de una circunstancia que no debemos olvidar: en las operaciones a interés variable es el prestatario quien soporta el riesgo de las variaciones del tipo de interés. Por tanto, es preceptiva una información que compete de manera relevante a las entidades financieras y, en menor medida, al resto de operadores que intervienen en la contratación hipotecaria. En esta tesis hemos constatado la vulnerabilidad del mercado hipotecario, la crisis del año 2008 fue el hito que destapó comportamientos irresponsables de sus participantes. Solo será posible recuperar la confianza de aquellos que requieran de la financiación hipotecaria si los contratos son verdaderamente objetivos y representativos del mercado que quieren medir ya que, no debemos olvidar, la finalidad última del prestatario que formaliza una operación a interés variable no es otra que satisfacer un tipo de interés acorde con las condiciones que en cada momento refleja el mercado. Los índices más utilizados en las operaciones a interés variable son cuestionados precisamente por entender que no son representativos y por el hecho de su posibilidad de manipulación. La objetividad en la determinación y configuración de los índices es, sin duda, la exigencia que debería presidir el desarrollo de la actividad crediticia.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABRANTES-METZ, R. y SOKOL D., “The lessons from líbor for detection and deterrence of cartel wrongdoing”, *Harvard Business Law*, Volumen 3, 2012.

ADELL, R. y ROMEO, R., “Los contratos de futuros y opciones financieras “, *La Gaceta de los Negocios*, Madrid, 1995.

ALBADALEJO, M., *Derecho Civil*, tomo II, Derecho de obligaciones, Madrid, año 2004.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “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*, número 2 (abril-junio, 2015).

AULETTA, T.A., “Las cláusulas vejatorias en la jurisprudencia”. *Las condiciones generales del contrato* (dirigido por BIANCA, C.M.), Volumen I, Milán, 1979.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Ámbito subjetivo de aplicación: la noción de consumidor”, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALFARO AGUILA REAL, J., “El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de

BIBLIOGRAFÍA

la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 67, 1997.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “*Cuando los años tienen 360 días*”, Blog Almacén de Derecho, 26 de enero de 2017, disponible en <https://almacenederecho.org>.

ALFARO AGUILA-REAL, J., “Cámara en Indret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo”, Blog Almacén de Derecho, 30 de enero de 2017.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Informe económico de la Asamblea general de junio de 2016*, disponible en www.ahe.es

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Boletín Trimestral 1T-2017*, disponible en www.ahe.es

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA DE ESPAÑA, *Informe del primer trimestre de 2018*, julio de 2018, disponible en www.ahe.es

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Análisis de la cartera hipotecaria española*, primer trimestre de 2018, disponible en www.ahe.es

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Boletín Estadístico Trimestral*, julio de 2018, disponible en www.ahe.es

ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España”, *Instituciones del Mercado Financiero*. Volumen I (Fuentes, Protección de los Consumidores, Responsabilidad y Nuevos sistemas de Contratación) (dirección Alonso Ureba, A. y Martínez Simancas, J.), Madrid, 1997.

ARCE, O., GARCÍA-POSADA, M., y MAYORDOMO, S., “Ajustes de las políticas crediticias en un contexto de tipos de interés negativos”, *Boletín Económico 1/2019* del Banco de España, 12 de marzo de 2019.

ARGELICH COMELLES, C., “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 771, 2019.

ARTIGOT GOLOBARDES, M., “La relación entre costes y precios en los contratos de hipoteca y su relevancia en el análisis de abusividad: la comisión de apertura”, Blog *Almacén de Derecho*, 6 de octubre de 2018, disponible en <https://almacenederecho.org>.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ALVAREZ, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Madrid, 1990.
- ÁVILA ALVAREZ, P., *Derecho notarial*, Barcelona, 1990.
- BADENAS CARPIO, J.M. “Artículo 2. Ámbito subjetivo”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), 1999.
- BANCO CENTRAL EUROPEO, *Informe de actualización sobre la evolución económica y monetaria*, septiembre de 2018, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/html/eb201807>.
- BANCO DE ESPAÑA, *Boletín Económico*, enero de 2006.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2007.
- BANCO DE ESPAÑA, *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, disponible en *Boletín Oficial de la Cortes Generales de 7 de mayo de 2010*.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2012.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, 2013.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2015 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones*, disponible en www.bde.es
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2016 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones*, disponible en www.bde.es
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones 2017 del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones*, disponible en www.bde.es
- BERKOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales. Artículo 8. Nulidad”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “La infracción de Circulares del Banco de España no es motivo en que pueda fundarse el recurso de casación. Crítica a la negativa a reconocerles el carácter de norma jurídica sustantiva”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 58, 1995.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2000.

BUSTOS LAGO, J. M., *La protección del deudor en los créditos hipotecarios: cláusulas de variabilidad del tipo de interés, redondeo, comisiones y gastos. Cobertura del riesgo del tipo de interés, El consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y consumo*, La Coruña, 2010.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, 2006.

CAMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de Mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, Blog de CESCO (Centro de Estudios de Consumo), disponible en [Http://blog.uclm.es/cesco/files](http://blog.uclm.es/cesco/files).

CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S., “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016”, *Indret*, enero 2017.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la Hipoteca*, Pamplona, 1993.

CAÑIZARES LASO, A., “Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2017.

CARRASCO PERERA, Á., “El notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario”, *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo*, 16 de diciembre de 2017.

CARRASCO PERERA, Á., “Cinco años de acoso y derribo de la hipoteca española”, *Notario del Siglo XXI*, número 87, 2019.

CASADO NAVARRO, A., “El control de transparencia como <llave> del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas”, *La Ley Mercantil*, número 11, febrero de 2015.

CATARINEU, E., y PÉREZ, D., “La titulación de activos por parte de las Entidades

BIBLIOGRAFÍA

de Crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial”, *Informe de Estabilidad Financiera, número 14, Banco de España, 2008.*

CHASE SOLÁN, C.D., *Propuesta metodológica para la cuantificación de los daños derivados de infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE: aplicación al caso del Euribor*, Sevilla, 2014.

CLAVERÍA GOSALBEZ, L., “El control de las condiciones generales de los contratos”, *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, 1990.

CLAVERÍA GOSALBEZ, L., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (dirigido por Bercovitz R. y Salas J.), Madrid, 1992.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008.

COCA PAYERAS, M., “Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” (coordinado por Berkovitz R. y Salas J.), Madrid, 1992.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, BIENES MUEBLES Y MERCANTILES DE ESPAÑA, Centro de Procesos Estadísticos, *Estadística Registral Inmobiliaria*, primer trimestre de 2016.

COLINA GAREA, R., “El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (a propósito de la SAP de Madrid de 28 de febrero de 1995)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, julio-septiembre 1996.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe 27 abril 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

COMISIÓN EUROPEA, *Informe 31 mayo 2018 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una serie de observaciones en relación a la utilización del índice IRPH Cajas dando respuesta a una cuestión prejudicial del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.*

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS, *Principios de Derecho Europeo de los contratos*, “Comisión Lando” (traducción de dichos principios por parte del Profesor Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, disponible en www.campus.usal.es).

BIBLIOGRAFÍA

CORRAL DELGADO, S., DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M y LÓPEZ DEL PASO, R., “El nuevo mapa del sistema financiero español”, *Revista Extoikos*, número 3, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.F., “Los contratos bancarios”, *Lecciones de derecho Mercantil (Volumen II)*, Madrid, 2018, (coordinado por Aparicio González M.L., Menéndez Menéndez, A. (Director), Rojo Fernández Río Á. J. (Director).

CUENA CASAS, M., “La insolvencia de la persona física: prevención y solución”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número 55, 2015.

CUENA CASAS, M., “Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 764, 2017.

CUENA CASAS, M., “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito”, *Revista para el análisis del Derecho – Indret-*, julio de 2017.

CUENA CASAS, M., “La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario”, *El Notario del siglo XXI*, número 84, marzo/abril 2019.

CUÑAT EDO, V., “El sistema de fuentes en el Derecho contractual bancario”, *Protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias*, número 55, Valencia, 2005.

DE ANDRES SANCHEZ, J., “Evaluación de la sensibilidad de la cuota de los préstamos a interés variable a la variación del índice de referencia. Evidencia empírica en el mercado hipotecario español en el período 2009-2013”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Madrid, 2015.

DE BLAS JAVALOYAS, J.R., “Las acciones judiciales de reclamación en la contratación bancaria con consumidores y el control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato”, *Revista jurídica sobre consumidores y usuarios*, número 1, marzo 2018.

DE CASTRO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, 1961.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.

DE LOS MOZOS TOUYA, J.I., “Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1991.

BIBLIOGRAFÍA

DE PRADA, J.M., “Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios”, *La Ley*, número 2, 1989.

DÍAZ FRAILE, J.M., “La ejecución hipotecaria y el mercado secundario”, *Cuadernos de Derecho Registral*, 2008.

DIAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (dirigido por Berkovitz, R. y Salas, J.), Madrid, 1992.

DIAZ RUIZ, E., “Crédito bancario responsable“, Madrid, 2011.

DIEZ GIBSON, J.L., “Reforma de las referencias financieras”, *Boletín Económico del ICE*, número 3045, 1 al 30 de noviembre 2013.

DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I*, Madrid, 1983.

DOMINGUEZ ROMERO, J., “Inaplicación del tipo de interés negativo. La cláusula cero en préstamos hipotecarios “. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2016.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M^a.I., “La aparente corrección parcial del control de transparencia: a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, volumen I, marzo 2017.

DURANY PICH, S., “Artículos 5 y 7”, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (coordinado por Alfaro Águila-Real, J.), Madrid, 2002.

DURÁN RIVACOBA, R., “Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 706, 2008.

EMPARANZA, A., “La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 231, 1999.

FELIX IZQUIERDO, J., “Determinantes de los tipos de interés hipotecarios en la eurozona”, *Observatorio Económico*, enero 2016.

FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, A., “Documento notarial y condiciones generales de la contratación”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXIV, Madrid, 1994.

FREIXAS, X., “*El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma*“, Fedea (Fundación de Estudios de Economía Aplicada), Madrid, 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCIA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., “Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 143, 2016.
- GARCÍA GARCÍA, J.M., “El registrador de la propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº 560-562, 1984.
- GARCÍA MONTALVO, J., “Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico”, enero 2018, disponible en www.upf.edu .
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª Edición, Madrid, 1969.
- GÓMEZ YUBERO, Mª.J., “La regulación de los índices de referencia y la reforma del euríbor”, 2016, disponible en www.bde.es
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, 2013.
- GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 2000.
- GONZALEZ PACANOWSKA, I., “Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 24, 1990.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., “Una carrera hasta el fondo de la degradación jurídica en materia de cláusulas abusivas hipotecarias: Juzgado 7 Collado Villalba”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7, 2013.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE TASAS SIN RIESGO DEL EURO, *Informe junio 2018*, disponible en www.ecb.europa.eu/paym/cons/euro_risk-free_rates/consultation
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?”, *Revista Almacén del Derecho*, 19 diciembre 2018.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M., “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 622, mayo-Junio 1994.

BIBLIOGRAFÍA

HONDIUS, X., “Unfair contracts terms: new control systems”, *American Journal of Comparative Law*, 1978.

HUIZING, P., “Parallel enforcement of rate rigging: lessons to be learned from Libor”, *Journal of Antitrust Enforcement (Oxford University)*, november 3, 2014.

ILLESCAS ORTÍZ, R., “Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 34, abril-junio 1989.

JIMENEZ ORGAZ, C., “El exceso de liquidez explica el interés negativo de los activos”, *Revista Inversión*, número 946, 2014.

JOCHEN ALBIEZ, K., “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Septiembre-Octubre 1993.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II-2*, Madrid, 1987.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA J., *Elementos de Derecho Civil II-2*, Derecho de obligaciones, volumen primero, parte general, Teoría general del contrato, Madrid, 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2012.

LÓPEZ ANTÓN, F., *Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Madrid, 1985.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., “Nuevo marco jurídico para la protección de los consumidores en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y en la intermediación de préstamos y créditos”, *Diario La Ley*, número 7.204, 2009.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., “Las condiciones generales de los contratos en el Derecho Español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 4, 1987.

MACDONALD, E., “The Duty to give Notice of Unusual Contract Terms”, *Journal of Business Law*, 1988.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Contenido y efectos del contrato”, *Derecho Privado Europeo*, (coordinado por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2003.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Abusividad de la cláusula de redondeo al alza en hipotecas

BIBLIOGRAFÍA

(A propósito de la STS num 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 de marzo”, *Cesco, Centro de Estudios de Consumo, notas jurisprudenciales* (www.uclm.es/centro/cesco).

MARTÍNEZ PAGÉS, J., “El margen de intereses de las entidades de depósito españolas y los bajos tipos de interés” , *Boletín Económico 3/2017- Artículos Analíticos*, Publicación del Banco de España, 4 julio 2017.

MELERO BOSCH, L.V., “El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 155, 2019.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española”, *Revista Española de Seguros*, 2004.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 82 TR-LGDCU”, *Comentarios a las normas de protección de consumidores* (dirigido Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 27, 2013-I.

MIRANDA SERRANO, L.M., “Título III, Contratos celebrados a distancia”, *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Izquierdo Carrasco, M. y Rebollo Puig, M.), Madrid, 2011.

MIRANDA SERRANO, L.M., “Operaciones y contratos bancarios. La contratación bancaria”, *Derecho Mercantil (Volumen 7)* (coordinado Jiménez Sánchez, G., y Díaz Moreno, A.), 2013.

MIRANDA SERRANO, L.M., Y SERRANO CAÑAS, J.M., “Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, número 18, 2016.

MIRANDA SERRANO, L.M., “La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización”, *Revista de Derecho Mercantil*, número 304, 2017.

MIRANDA SERRANO, L.M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Revista para el análisis del*

BIBLIOGRAFÍA

Derecho, abril 2018.

NAREDO, J.M., CARPINTERO, O. y MARCOS, C., “Información patrimonial complementaria y comparaciones internacionales”, *Patrimonio Inmobiliario y Balance Nacional de la Economía Española (1995-2007)*.

NASARRE AZNAR, S., “Malas prácticas en la actividad hipotecaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 727, 2011.

NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Pamplona, 2016.

NÚÑEZ, P.L., “Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones”, *Derecho de los Negocios*, número 9, 1988.

PAGADOR LÓPEZ, J., “Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas”, *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU*, Madrid, 2011.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Pamplona, 2017.

PÉREZ ESCOBAR, M., “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015.

PÉREZ GUERRA, C., “Hipotecas multidivisa, tutela de los consumidores y desequilibrio contractual”, *Ley Mercantil*, número 36, mayo 2017.

PERTÍÑEZ, VÍLCHEZ, F. “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 17/2003.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 85 del TRLGDCU”, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, (director Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “La falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 3, 2013.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ.F., “Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas

BIBLIOGRAFÍA

suelo sorpresivas en contratos con adherentes empresarios”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, número 4, 2016.

PETIT LAVALL, M^a V., *La protección del consumidor a crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996.

PLATAFORMA DE AFECTADOS POR EL IRPH DE GIPUZKOA, *Análisis crítico del procedimiento de cálculo de los índices IRPH, o por qué decimos que el IRPH es manipulable y falta de transparencia*, disponible en www.irphstop.plazan.net.

OLIVENCIA RUIZ, M., “Las cláusulas suelo en los contratos de préstamos bancarios con consumidores”, *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, (dirigido Miranda Serrano, L.) , 2015.

OLIVER WYMAN y ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, Informe “Perspectivas para el mercado hipotecario en España a 2020”, julio de 2016, disponible en www.asociacionaev.org.

ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y crédito*, Barcelona, 2014.

OROZCO BARQUÍN, C., “Euribor: la gran estafa europea”, *Escritura Pública*, marzo-abril, 2014.

POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990.

PRETEL SERRANO, J. J., “La calificación registral y su alcance”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 712, 2009.

RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, *Revista La Ley*, número 4.169, 19 de Noviembre de 1996.

RAKOFF, T., “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, *Harvard Law Review*, 1983.

RIPOLL, A., “euríbor negativo y suelo hipotecario”, *El blog del Notario*, 2015.

ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968.

ROCA TRÍAS, E., “Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantías”, *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil* (coordinado por Nieto Carol, U., y Bonet Sánchez, J.I.) Tomo I, Madrid, 1996.

BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ FUENTES, C., FARIA SILVA, F. Y PADRÓN MARRERO, D., “La política monetaria única y sus efectos regionales”, *Revista Ekonomiaz*, número 84, tercer trimestre de 2013, disponible www.researchgate.net/259481136.

RODILES, P., “Hipoteca de máximo”, *Revista Crítica del Sector inmobiliario*, nº 181, 2018.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Contratos bancarios*, Madrid, 1992.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe”, *Revista de Derecho Civil*, número 4, octubre-diciembre 2016.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “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*, número 65, 2018.

SANZ, F., “Informe sobre la cláusula que incluye el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores “. *Informe del Departamento de Estudios de ADICAE*, Zaragoza, 6 de julio de 2016, disponible en www.publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/informe_IRPH_junio_2016.

SALINAS, C., “La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios”, *Revista General del Derecho*, número 601-602, 1994.

SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La responsabilidad derivada del folleto informativo en la Jurisprudencia alemana”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 53, enero-marzo 1994.

SECRETARÍA DE ESTADO DE COMERCIO, *Boletín Económico de Información Comercial Española*, número 3045, 1 al 30 noviembre 2013.

SEGURA ZAMBRANO, J.M., “Los préstamos a interés variable”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIX, 1990.

SERRANO DE NICOLÁS, Á., “Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”, *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Madrid, 2016.

SIERRA PÁRRAGA, D., “El control de transparencia de clausulados predispuestos en el sector bancario”, *Revista La Ley*, número 9265, 24 septiembre 2018.

BIBLIOGRAFÍA

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, Informe “*La protección de los afectados por el índice de referencia de préstamos hipotecarios*”, septiembre de 2015.

TRUCHARTE ARTIGAS, C., “Nuevos requerimientos sobre el mercado hipotecario: un análisis del Loan To Value”, *Boletín de Estabilidad Financiera*, número 19, noviembre 2010.

VALERO FERNANDEZ REYES, Á., “Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008”, en *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, CER-Decanato Autonómico de Madrid, número 19.

VALLÉS PERELLÓ, A., “Apuntes sobre la integridad y fiabilidad del euríbor: propuestas de mejora ante sus vulnerabilidades”, *Diario La Ley*, número 9386, 28 marzo 2019.

YSAS SOLANES, M., *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994.

ZUNZUNEGUI, F., “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, número 2/2015.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1944.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1986.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7ª) de 17 de octubre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) de 12 de marzo de 1991.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de enero de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de noviembre de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 1 de diciembre de 1992.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de 4 de febrero de 1993,

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 21 de marzo de 1994

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, asunto Océano/Salvat Editores.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2001,

BIBLIOGRAFÍA

asunto C-144/99, asunto Cabletron Systems LTD.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99 Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, caso Pannon.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, asunto Caja Madrid.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2012, caso Domínguez, C-282/10.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, caso Banesto.

Sentencia Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito – Calderón Camino, C-618/10.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, caso Aziz (Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa – CatalunyaCaixa-)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso Vertrieb.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de mayo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Donostia de 29 de abril de 2014.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 26/13 TJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Rabai.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia de 30 de septiembre de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid de 3 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 16 de marzo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, asunto C-348/14, caso Bucura.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015, caso Costea/Volsbank.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 18 de noviembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017.

Sentencia de Apelación de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial (sala Civil) de Madrid de 4 de mayo de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 y 7 de julio de 2017.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 31 de enero de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2019.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 1987.

Resolución de la DGRN de 23 de octubre de 1987.

Resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988.

Resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1990.

Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1992.

Resoluciones de la DGRN de 8 y 9 de febrero de 2001.

Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007.

Resolución de la DGRN de 28 de junio de 2012.

Resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 2013.

Resolución de la DGRN de 11 de noviembre de 2013.

Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2014.

Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2014.

Resolución de la DGRN de 23 de julio de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2014.

Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2015.

Resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2015.

Resolución de la DGRN de 30 de marzo de 2015.

Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015.

Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2015.

Resolución de la DGRN de 21 de marzo de 2017.