

# **PRACTICUM SECCIÓN DERECHO CONSUMO 2018: SITUACIÓN TRAS RECIENTES SSTs SOBRE CLÁUSU- LAS ABUSIVAS: Gastos Hipoteca, IRPH, Intereses Morato- rios, Transacción CL.Suelo. Comisión por concesión de hipo- teca.**

18/04/2018

## **ICALI**

**Carlos J. Zarco Pleguezuelos**

- **Abogado**, Mediador Civil-Mercantil y Adm. Concursal, Presidente Sección Derecho de Consumo ICALI.
- **Master en Banca y Finanzas, UA.** Ex Director Unidad Protección al Consumidor e Innovación Financiera-EBA. Miembro de CFR-Group, FIN-USE y FSUG (EU-COM).
- **Profesor** de Derecho Bancario y de Consumo-(EPJ-ICALI)

# I.- INTRODUCCIÓN

## - 1) MOTIVOS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN:

- ART. 682,2 LEC: Requisitos del título.

- PLUSPETICIÓN.

- PROCESALES: FALTA DE LEGITIMACIÓN:

- ACTIVA (CESIÓN DEL CRÉDITO, DEFECTOS DE INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO, TITULIZACIÓN DEL CRÉDITO),

- PASIVA (DEFENSA DE LOS AVALISTAS-CONSUMIDORES).

- Art. 695,1 4ª **POR EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS SIEMPRE QUE CONSTITUYA EL FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN O QUE HUBIESE DETERMINADO LA CANTIDAD EXIGIBLE.**

- **2) CLÁUSULAS POSIBLEMENTE ABUSIVAS, QUE SON FUNDAMENTO DE LA EJECUCIÓN O BIEN TIENEN CONTENIDO ECONÓMICO:**

**SUELO, REDONDEO AL ALZA, VENCIMIENTO ANTICIPADO, IRPH, INTERÉS DE DEMORA, CLÁUSULA MULTIDIVISA, COMISIONES, ANATOCISMO, AÑO COMERCIAL, PAGARÉ EN BLANCO, RENUNCIA DERECHOS FIADOR, RESPONSABILIDAD PERSONAL ILIMITADA, GASTOS DE FORMALIZACIÓN Y CANCELACIÓN, ETC...**

**3) DECLARATIVO: ACCIONES DE CESACIÓN, NO INCORPORACIÓN Y NULIDAD.**

## - 4) CONSUMIDOR:

### - **CONCEPTO POSITIVO:** Art. 3 RD. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LGDCU):

*“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.*

*(Puede tener ánimo de lucro en esa operación concreta, pero sin habitualidad en ese negocio.)*

*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.”*

**- A SENSU CONTRARIO: Artículo 4. Concepto de empresario.**

*“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona **física o jurídica**, ya sea **privada o pública**, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un **propósito relacionado con SU actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.**”*

\* \* \*

- **5) Supuestos dudosos:**
- 1º) Ampliación del préstamo inicial, para otras finalidades.
- **STS-( Pleno de la Sala de lo Civil), de 03-06-16:**

Ha anulado una cláusula de un préstamo hipotecario que establecía un interés de demora del 19% por abusivo. El crédito hipotecario inicial, firmado en 2004, fue destinado a la adquisición de vivienda habitual y, posteriormente, en el año 2005, fue ampliado para otros usos.

Considera que el hecho de que **el préstamo hipotecario inicial, en el que se incluye la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y posterior ampliación para otras finalidades, no impide que se pueda aplicar la normativa sobre protección de consumidores**, dado que no puede afirmarse que el referido préstamo esté destinado a la actividad empresarial del prestatario.

- 2º) ¿El juez del concurso del consumidor puede examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos concursales de los consumidores?
  - Sí, no sólo puede, sino que debe. Así lo ha declarado **la Sala Tercera del TJUE, en sentencia de 21 de abril de 2016 (C-377/2014)**, añadiendo que el juez debe deducir las consecuencias que se deriven de tal control.
  - En consecuencia, esto significa que el juez debe realizar un examen de oficio de que los créditos de los consumidores concursados, **a fin de determinar si cumplen los requisitos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y de la Directiva 2008/48/CEE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008 (Cto. al Consumo).**

- **6) OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA (FUNDADA EN EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS):**

- **ARTÍCULO 695. LEC. - OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN:**

- *1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo **SÓLO SE ADMITIRÁ** la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:*

- *- **4ª EL CARÁCTER ABUSIVO DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL** que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.*”

- *2. **Formulada la oposición** a la que se refiere el apartado anterior, **el secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia** ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, **comparecencia** en la que el Tribunal **oír a las partes, admitirá los documentos** que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.*



- **3. El auto que estime la oposición basada en las causas 1ª y 3ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreseer la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2ª fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. De estimarse la causa 4ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.**

- Motivo de oposición **introducido** por la Reforma de la LEC-(tras la Sentencia TJUE en el caso Aziz)- a virtud de **la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social**, y de la Ley 8/2013, de 26-06-13.

- Se dio así cumplimiento a lo dispuesto en el apdo. 50 de la **STJUE de 14 de marzo de 2013**, esto es **“ 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)** (Idem: STJUE

26/10/06, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apdo. 24, y STJUE 06/10/2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. p. I-9579, apdo. 38).”

\* \* \*

**7) ¿SE PODRÍA ALEGAR TAMBIÉN LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES, COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA,**

- STJUE 21/03/18 (C-109/17). (Nueva tasación del bien antes de ser vendido en subasta):

*La Directiva europea relativa a las prácticas comerciales desleales-(DIR. 2005/29/CE)- no se opone a la normativa que regula actualmente el procedimiento español de ejecución hipotecaria, que no prevé que los tribunales examinen, de oficio o a instancia de parte, prácticas comerciales desleales, ni reconoce al consumidor una vía de recurso contractual particular en caso de que un comerciante no respete un código de conducta.*

## 8) CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. NO NEGOCIACIÓN, SINO SIMPLE ADHESIÓN:

### - DIRECTIVA 1993/13/CEE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS:

#### ✓ **Exposición de Motivos:**

*“El fin de esta norma es evitar cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional, y que, si a pesar de ello, figuraran tales cláusulas, estas no obligarían al consumidor, y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten su existencia”.*

#### ✓ **STS 1ª Pleno, 22/04/2015:**

*- Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor  pueda considerarse "no negociada"  y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el TRLGDCU),  **basta con que***

*esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».*

- Tanto la Directiva (art. 3.2) como el art. 82.2 del TRLGDCU prevén que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación.

Idem: **STS n.º 265/2015, de 22 de abril**, (rec. n.º 2351/2012): **el carácter impuesto de una cláusula prerredactada** por el empresario no desaparece:

- *“Por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, **sin posibilidad real alguna de negociación** por el consumidor medio”.*

- Tampoco por el hecho de que *“**existan varios empresarios o profesionales que oferten** los servicios o productos demandados por el consumidor”*, sin que pueda confundirse la *“imposición del contenido”* del contrato con la *“imposición del contrato”*, en el sentido de *“obligar a contratar”*.

Sólo puede quedar una cláusula al margen del control de abusividad, cuando quede demostrado que ha sido negociada (STS Pleno, S. Civil, N.º 346/2016, de 03/06/16):

*“Corresponde al profesional que contrata con el consumidor, en este tipo de contratos, acreditar que la cláusula fue negociada, para evitar la aplicación del régimen legal de protección de consumidores”*

**-Y el TJUE (Sentencia de 16/01/14, asunto C-226/12, caso Constructora Principado (párrafo 19) exige que el profesional o empresario:**

- (i) **Explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociar individualmente con ese concreto consumidor; y**
- (ii) **Pruebe cumplidamente la negociación y las contrapartidas que el consumidor obtuvo por la inserción de las cláusulas que favorecen la posición del empresario.**

## 9) CONCEPTO Y CONSECUENCIAS: arts. 80 a 91 TRLGDCU

- ✓ **Art 3.1 DIR 93/13 y 80, C y 82.1 TRLGDCU:** una cláusula será abusiva cuando *“contradiciendo las exigencias de la buena fe cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor.”*
- ✓ **Ley 7/1998, LCGC: Artículo 8.-Nulidad.**
- ✓ **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.**



## **10) CONTROL DE OFICIO SOBRE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: Artículo 6, DIR 93/13/CEE**

- **Momento:** Diversas SSTJUE así lo han declarado, desde su Sentencia, de **27/06/2000 (caso Océano Grupo Editorial):** *recae sobre el juez la carga de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores **tan pronto disponga de elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.***

- **Ley 1/2013:** debe realizarse **en el momento del despacho de ejecución y hasta el mismo momento del lanzamiento.**

### **- Unificación Criterios AP. Alicante, de 17-06-16:**

*“9.- Se considera que el límite temporal es el recogido en la Disposición Transitoria 4ª párrafos 2 y 3 de la Ley 1/2013 y, por tanto, **hasta que no haya culminado el proceso de ejecución con la puesta en posesión del adquirente del bien ejecutado, con la excepción de las cláusulas relativas a abusividad de intereses.**”*

- **STJUE de 26 de enero de 2017:** *“el único límite a la apreciación del juez de oficio de cláusulas abusivas en “cualquier fase del procedimiento” es la existencia de un pronunciamiento anterior del juez competente sobre la legalidad de la cláusula o, en caso contrario, la ejecución del lanzamiento.*

(Entonces los Arts. 1462 cc. y 34 LH desplegarían sus efectos, ya que **con la entrega del decreto de adjudicación** habría transmisión de la propiedad a favor de ese tercero.)

- **Objeto de control:** **STS de 1 de julio de 2010 y STS 09/05/13:** *“el control de oficio de la abusividad no tiene por qué limitarse a las cláusulas accesorias, sino que **puede extenderse, también a las cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la economía del negocio**”.*

## 11) CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD: INEFICACIA DE LA CLÁUSULA.

- **Art. 1.303 del Código Civil:** Si el contrato subsiste, exige **destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido** y evitar así que de los mismos se deriven efectos "**quod nullum est nullum efectum producit**".
- **STJUE de 14 de junio de 2012:** *La consecuencia de la abusividad que aquí se declarará **no puede ser la moderación** que, por lo demás, de modo inconcreto, apuntó el deudor, sino **la absoluta nulidad de la cláusula contractual**, con la consiguiente imposibilidad de reconocer a la acreedora **interés moratorio alguno.***
- **STS nº 364/2016, de 03/06/16:** *La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una **“reducción conservativa”** del incremento del tipo de interés que supone **la cláusula de intereses de demora** considerada abusiva hasta el límite admisible, **sino su eliminación total.***

## 12) ¿PRESCRIBE, O CADUCA LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULA GENERAL?

**NO** (ni prescripción, ni caducidad), cuando en la demanda se solicite la nulidad absoluta de la cláusula suelo fundamentándola en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), en relación con el art. 83 de la LGDCU.

- SSTS 18/10/05, de 04/11/96, 14/03/00, y la SAP Granada, Secc.3ª de 13/07/15):

*“Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción”.*

- STS de 14-7-2009 y 25-11-2015: *“La nulidad es radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva».* (Alegable frente a la reciente STS sobre validez de la posterior transacción sobre CL. Suelo...)

**- NO OBSTANTE, EXISTEN ALGUNAS RESOLUCIONES EN OTROS SENTIDOS: en litigios sobre reclamación de gastos de hipoteca**, basándose en que el actor estaría ejercitando, no una acción de nulidad- (con los efectos inherentes de devolución de las cantidades indebidamente pagadas)-, sino dos acciones acumuladas de forma principal (la de nulidad de la cláusula abusiva, y otra distinta de reclamación de cantidad):

- En todo caso, sería de aplicación **el plazo general de 15 años (cinco tras la reforma del Código Civil, con la aplicación transitoria que proceda)**, desde que la acción pudo ejercitarse (interrumpible mediante reclamaciones previas).

- Incluso hay **otras muy minoritarias, que aplican el plazo de 4 años** de la anulabilidad contractual.



### 13) LA RENEGOCIACIÓN DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA... ¿CONVALIDA- O NO- EL CONTRATO...?

Hasta el pasado 11/04/18 la respuesta era clara:

- **NO LO CONVALIDA**: Las anteriormente mencionadas, y la STS 16/10/17, N.º 558/2017: *Tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios* (Sentencias de 11 de diciembre de 1986, 7 de enero de 1993, 3 de mayo de 1995, 21 de enero y 26 de julio de 2000, 1 de febrero y 21 de diciembre de 2002 y 16 de febrero de 2012, entre otras muchas).

- SI LO CONVALIDA: La recientísima STS, Secc. 1ª, Pleno N.º 205/2018, de 11/04/2018 (Vid. muy interesante voto particular del magistrado, Sr. Orduña):

Ha estimado el segundo motivo de casación de Ibercaja Banco, S.A., en el que se denunciaba la «*infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los arts. 1809 y 1819 del mismo Código Civil que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (art. 1816 CC)*».

- Términos de esa transacción- (**“Contrato de novación modificativa del préstamo en contrato privado de 28/01/14”**):

- *A partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable-(suelo)- será el 2,25% (en lugar del 4.5%).*

- *Las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios.*

- *Los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha»*



- **Puntos de la sentencia:**

- **A fin de razonar la inaplicación de:**

-a) **Tanto el contenido del Art. 1208 CCivil: [ Nulidad de la novación por nulidad de obligación primitiva]:** *“La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen.*

- b) **Como de su anterior aplicación, en la STS N.º 558/2017, de 16 de Octubre, en la que se decía que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.**

**Entra a hacer distinciones sobre las motivaciones:** *“en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción.”*

- Pag.9: “*Ambos contratos (los de la STS 11/04/18) **no son novaciones sino transacciones**, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo”.*
  
- Pag.10: “*Merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo).*”
  
- Pag. 11: *De tal forma que **lo expuesto en aquella sentencia-(de 16/10/17)- no impide que pueda admitirse una transacción**, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.*

- Pag.12: *La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico. Al respecto, resultan muy ilustrativas las reflexiones contenidas en las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre de 2017, en el asunto Gavrilescu (C-627/15). El Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse porque la cuestión prejudicial fue retirada por el juez que la había formulado.*

- Pag.13: *Pero el hecho de que en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba.*

**Crítica:** Se realiza una **derogación del Principio de orden público que rige en la UE en materia de consumidores, mediante la invocación de lo que el propio TS denomina como “reflexiones del Abogado Gral” (sobre el principio de autonomía privada)**, en un caso que nunca llegó a ser emitida sentencia por el TJUE, porque se produjo el allanamiento mientras estaba pendiente la resolución de la cuestión prejudicial....

- Pag.15: ***Ahora bien***, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción ***es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción.*** Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de ***conocer las consecuencias económicas y jurídicas*** de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.

## Crítica:

1º) Por mucho que aparezca manuscrita por el consumidor la expresión: “*Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual*”, “**se olvida**” el **TS** de que **PARA HABLAR CON SENTIDO DE UNA MÍNIMA TRANSPARENCIA, al menos debería haberseles informado de la cantidad total, -(y de forma desglosada y exhaustiva por principal no amortizado, y deuda por principal, intereses, e intereses legales)- que estaban renunciando reclamar en el juzgado, al firmar esa novación (transacción según el TS...), y derivada de la aplicación de la cláusula suelo hasta la fecha...**

**2º) Posiblemente vulnera el Art. 51 de la Constitución**, al terminar remitiendo, en su caso, al consumidor- (después de haber tenido que pasar por los vericuetos del recurso de casación)- **a un nuevo procedimiento, para discutir la eficacia vinculante del acuerdo transaccional:**

*-Pag 17: “Pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y **no queda vedada la posibilidad de discutir en sede***

*judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos.*

**3º) Posiblemente vulnere el Art. 82.2 TRLGDCU 1/2007:** 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.**

**4º) Posiblemente vulnere el Principio de Efectividad del derecho de la UE,** conforme al cual las leyes nacionales no deben hacer imposible en la práctica **o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos** que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión.

Pese a que la sentencia apenas tiene unos días de existencia, ya ha sido admitida una cuestión prejudicial al respecto, por lo que-nuevamente- **habrá que estar pendientes de lo que resuelva el TJUE al respecto.**

## 14) LA SUPUESTA PRECLUSIÓN DE ALEGACIÓN DE HECHOS Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS AL RECLAMAR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE UNA MISMA HIPOTECA, EN DIFERENTES DEMANDAS (Excepción de cosa juzgada desde la perspectiva del principio de preclusión):

- **Art.136 LEC: (Preclusión)** *“Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda”.*

- **Art. 400 de la LEC (Litispendencia / cosa juzgada material):**

*“1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.*

*La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.*

*2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.*

#### **- A) A FAVOR DE LA COSA JUZGADA:**

**- SAP Cádiz, de 26/09/16: Entendió precluido el plazo del demandante para ejercitar la nulidad de una cláusula abusiva cuando ya había reclamado anteriormente la nulidad de otra: “.../...*todos los hechos que pudieron alegarse en el primer proceso quedan comprendidos, de derecho, bajo la cosa juzgada, aunque, de hecho, no fuesen juzgados por haber sido omitidos por el demandante y no pueden aducirse como nuevos en un proceso ulterior.*”**

**“.../ ...*No siendo admisible la reserva de causas de pedir para un ulterior proceso con el consiguiente uso abusivo de las distintas instancias y órganos judiciales para los indicados fines.*”**



- Para llegar a tal razonamiento, tomó estos extractos de la STS 09/05/13: “..../... la jurisprudencia ha aludido en ocasiones **al título jurídico como elemento identificador de la acción**, siempre que sirva de base al derecho reclamado. Este ha sido el criterio seguido por esta Sala, bajo la regulación de la LEC 1881, cuando, adelantándose a la previsión que hoy contiene el artículo 400.2 LEC, **ha rechazado por contravenir el principio de cosa juzgada, el ejercicio de acciones fundadas en hechos o fundamentos jurídicos que hubieran podido ser alegados contra el demandado en un proceso anterior, siempre que los nuevos hechos o fundamentos se alegaran en sustento de una misma acción**”.

## **-B) NO EXISTE COSA JUZGADA:**

- **SSTS N.º 123/2012, de 9 de marzo y de 27/09/17: NO** puede haber cosa juzgada cuando la alegación efectuada en el juicio declarativo posterior-alegación de cláusulas abusivas- **no pudo efectuarse en el ejecutivo previo, al no prever la legislación procesal** (en el caso enjuiciado por dicha resolución, el art. 557 LEC ni tampoco lo preveía el art. 695 LEC, anterior a mayo del 2013) un cauce oportuno para ello.

- **SAP Asturias (Secc. 6<sup>a</sup>), nº 42/2017, de 27/01/17:** Con base en los arts. 400 y 222 LEC, no existe la pretendida preclusión, ya que no existe identidad objetiva al ser distintas las pretensiones ejercitadas en uno y otro procedimiento, y que el citado principio de preclusión no obliga a acumular en un proceso todas las pretensiones que le asisten frente a la demandada, sino que lo que impide es ejercitar en otro proceso ulterior la misma pretensión que en el precedente alegando hechos o fundamentos jurídicos distintos que podían y debían ser invocados en el precedente.

- **STS 19/11 14, y 21/07/16:** *"... no puede apreciarse la existencia de cosa juzgada sobre la pretensión ahora formulada que no lo fue en el anterior proceso ni tenía el demandante la obligación de hacerlo, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 400 LEC, que establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas*

*las posibles «causas de pedir» con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula".*

***" El art. 400 LEC no supone que el litigante tenga obligación de formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado "***

\* \* \*

## 15) CLÁUSULA QUE ESTABLECE UN TIPO DE INTERÉS DE DEMORA ABUSIVO:

1º ANTES DE LA LEY 1/2013: Disparidad de criterio judicial (si bien la mayoría de sentencias lo moderaban).

2º TRAS LA LEY 1/2013- Y HASTA LA STS N.º 364/2016, DE 03/06/16, AUMENTÓ LA DISCREPANCIA DE CRITERIOS:

Motivado por la STJUE de marzo de 2013, (caso Aziz), España aprobó la Ley 1/2013 de medidas para la protección de los deudores hipotecarios:

- **Art. 693,1 y 2 LEC:** Que el vencimiento anticipado se podrá llevar a cabo *“si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor”*.

- **Disposición Transitoria nº2 de la Ley 1/2013, (sobre las cláusulas del interés de demora):** *“no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero”*.

Muchos juzgados advertían que si el juez español pudiera integrar las cláusulas abusivas fijando un nuevo tipo de interés de demora se pondría en peligro el efecto disuasorio que busca la **Directiva 93/13/CEE**:

- **El Juzgado de Primera Instancia N.º 2 de Santander:** en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, **cuando consideraba que el tipo de interés era abusivo, lo anulaba y dejaba en cero.** Este criterio fue confirmado por la Audiencia Provincial de Cantabria en una resolución de la **Secc. Cuarta** que el juez aportó como apoyo a su **cuestión prejudicial (elevada mediante Auto de 19-11-2013): aún está pendiente de resolución.**

El Juez señala que **la Disposición Transitoria nº2 de la Ley 1/2013** trastoca el escenario, al suscitar “un proceso de recalculo” que trata de obligar a estar al tope del interés moratorio, esto es, tres veces el interés legal de dinero. **A su juicio, lo propio sería, sin embargo, que el interés moratorio fuera expulsado totalmente del contrato.**

De ahí surgieron las dos cuestiones prejudiciales- (del J1INST2 de Santander, y del J1INST2 de Marchena)- que piden al TJUE (con relación a la Disposic. Transit. 2ª de la Ley 1/2013):

- 1) Si es conforme a la Directiva al imponer un **proceso de recálculo** de un tipo de interés moratorio abusivo tomando como referencia el triple del interés legal.
- 2) Si supone una **limitación de la tutela del consumidor**, y si es contradictorio con los principios de efectividad y equivalencia.
- 3) Si se pueden moderar los intereses de demora abusivos, **o se deben anular por completo.**

\* \* \*

- **Gran discrepancia de criterios en cuanto a la consecuencia de la nulidad:**

A) Si el tipo de mora es abusivo, debe **dejarse en tres veces el interés legal** del dinero: SAP Madrid, Secc. 28ª de 27-7-2013.

B) Debe ser sustituido por **el del interés del dinero**: AP Oviedo (en unificación de criterios).

C) Debe **desaparecer y pasar a ser el 0 %**: **SAP Barcelona, 15-02-13 y SAP Alicante, Secc 8ª, de 13-09-13, y S JM1 de Bilbao de 19/06/13:**

- **También discrepancias en cuanto al tipo de préstamo:**

A) **En los préstamos con garantía hipotecaria: Dos posturas:**

1º) - **Los intereses de demora desproporcionados (abusivos) pueden moderarse por el Juez (ex artículo 1154 del Código Civil): STS 17/03/98:**

## 2º) - Los intereses de demora abusivos son NULOS de pleno derecho:

- STJUE de 14/06/2012 (partiendo del art. 6,1 Directiva 93/13):

*"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 que, en virtud de las normas de derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible...../ ..., si el juez nacional tuviera la facultad de moderación 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 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 el interés de dichos profesionales..."*

*Por último, se ha de poner de manifiesto que la consecuencia de la abusividad que aquí se declarará no puede ser la moderación que, por lo demás, de modo inconcreto, apuntó el deudor, sino la absoluta nulidad de la cláusula contractual, con la consiguiente imposibilidad de reconocer a la acreedora interés moratorio alguno.*



**3º) RECIENTE DOCTRINA DEL TS: (Y que ha sido incorporada por los Criterios unificados de la AP de Alicante, de 17-06-16, punto 8º):**

- **STS 1ª Pleno, 22/04/2015, Rec. 2351/2012. Ponente: Sarazá Jimena, D. Rafael. (EDJ 2015/69484). Ha fijado la siguiente doctrina en pmos. personales:**
  - *Considera abusiva la cláusula de intereses moratorios, prevista en un contrato de préstamo personal celebrado con consumidor, cuando supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado (FJ 2-4). El préstamo devengará exclusivamente este interés, eliminando el incremento porcentual en que consiste el interés de demora al no ser posible su moderación (FJ 5 y 6).*
- **STS, 18-02-16: nula la cláusula de interés moratorio, y se elimina del préstamo hipotecario. No cabe aplicar el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.**
- **STS-( Pleno de la Sala de lo Civil), de 03-06-16:**

**Ha anulado una cláusula de un préstamo hipotecario que establecía un interés de demora del 19% por abusivo.** El crédito hipotecario inicial, firmado en 2004, fue destinado a la adquisición de vivienda habitual y, posteriormente, en el año 2005, fue ampliado para otros usos. Además, considera que **el hecho de que el préstamo hipotecario inicial, en el que se incluye la cláusula controvertida, fuera destinado a la adquisición de una vivienda habitual y posterior ampliación para otras finalidades, no impide que se pueda aplicar la normativa sobre protección de consumidores**, dado que *no puede afirmarse que el referido préstamo esté destinado a la actividad empresarial del demandante, ahora recurrente.*

- **No puede fijarse un interés de demora que sea superior al remuneratorio más dos puntos.**
- **Si el interés de demora se declarada abusivo, se anula por completo la cláusula (aunque siguen en vigor los intereses remuneratorios del préstamo).**

- **Y Nota Informativa de Sala Civil, de 07-06-16:**

*El pleno de la sala considera que la consecuencia de la declaración de abusividad de la referida cláusula es su eliminación total. Sin que ello suponga la supresión del interés remuneratorio, cuya cláusula no estaba viciada por abusividad y seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.*

**ACTUALMENTE SIGUE PENDIENTE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL-junto con la de Vto. anticipado)- ANTE EL TJUE, ELEVADA POR EL TS.**

\* \* \*

- **16) NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE FIJACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA, EN PRÉSTAMOS MULTIDIVISA:**

- **STS nº 323/2015, de 30 de junio:**

- ✓ La hipoteca multidivisa es un producto complejo cuyas consecuencias económicas son diferentes de las de una hipoteca tradicional.
- ✓ Los jueces están siguiendo esta doctrina para declarar la abusividad de la cláusula **por no superar el control de transparencia.**

- **STJUE 20-09-17 (C-186/16):** HMD es nula, si **SE HAN INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES de informar al consumidor de forma transparente. Y SI se puede realizar CONTROL JUDICIAL DEL CONTENIDO.**

- **STS. Pleno TS 15 Noviembre de 2017:**

- a) La HMD ya no se considera un instrumento financiero o producto de inversión.
- b) El Pmo. HMD. Es un producto complejo, con obligaciones reforzadas de información.
- C) Genera riesgos que deben explicarse.

d) la HMD está sometida a la normativa sobre transparencia bancaria (DIR 93/13, y art. 82 TRLGDCU).

e) Concluye con la nulidad parcial del préstamo, que ha de ser recalculado en euros.

\* \* \*

- 17) LA CLÁUSULA QUE ESTABLECE EL IRPH-“Índice Ibérico”- COMO TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS A INTERÉS VARIABLE:



## EXISTEN DOS TIPOS DE IRPH:

- a) **IRPH entidades:** Sigue vigente como índice oficial.
- b) **IRPH-Cajas y Bancos:** La O.M 2899/2011 los eliminó.

## HASTA EL 14/12/17, EXISTÍAN DIFERENTES CRITERIOS EN LOS JUZGADOS:

### A) Sentencias estimatorias, declarando la nulidad del IRPH:

- **SJMERC1Donostia-San Sebastián, 14-11-14:** El irph es un índice influenciable y que, por tanto, no cumple con las normas de transparencia aplicables a los consumidores y usuarios.

- **S. Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Vitoria-Gasteiz, nº 158/15,** por la que se estimó íntegramente la demanda interpuesta contra Kutxabank. Declara la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes que refiere el mismo **al IRPH entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas** para toda la vida del préstamo.

- **La Secc. 1ª Audiencia Provincial de Álava, en S. nº 85, de 10 de marzo de 2016,** anuló el índice IRPH Entidades, así como el IRPH Cajas previsto como sustitutivo, y condenado a Kutxabank a devolver con retroactividad todos los intereses cobrados



indebidamente.

- **La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en sentencia de 31 de marzo de 2015**, confirma la resolución recurrida por Kutxabank del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián.
- **S. Juzgado de lo Mercantil de Donostia de 9 de febrero de 2015**, declarando la nulidad por lo "influenciable" que resulta el IRPH por las Cajas demandadas.
- **La SJ. Mercantil de Valencia núm. 270/2015 de 15 enero**, determinó que **la ausencia de información precontractual respecto al IRPH Cajas tiene por efecto la sustitución del IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial** comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.

- **S. J. 1ª. Instancia nº 5 de Vitoria-Gasteiz, de 21-06-16:** Ha anulado el índice IRPH de una hipoteca de Kutxabank y condena a la entidad **“por falta de transparencia”** a devolver con retroactividad las cantidades cobradas “indebidamente” a su cliente:

*“.../...la redacción de los índices sobre el interés en la escritura de constitución de la hipoteca es farragoso, **no es perfectamente comprensible**”. Asimismo, añade la resolución, **se encuentra tras una “abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención del consumidor”**”.*

-**SAP Alicante, 11/05/17,** lo anula por falta de transparencia.

B) **Sentencias en favor de la validez del IRPH entidades:** (No han accedido a declarar su nulidad):

- La STS, de 13 de enero de 2015, y la SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2015.
- SAP Alicante, DE 08/06/17, al ser un índice oficial, sin que conste que fue manipulado.

**- La STS, Pleno. N.º 669/2017, de 14-12-17 ha declarado su transparencia, al ser índice oficial.**

- Ha declarado que **esta cláusula no es abusiva**, principalmente porque se trata de un índice oficial, que aparece publicado periódicamente por el B.E. **Cuenta con dos votos particulares**, que fundamentan diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, por la **AP, Palma de Mallorca, J1INST38BCN, Providencia de 29/01/18, y un Juzgado de Granollers.**

**Entendemos que puede ser declarado nulo, por las siguientes razones:**

1º) El propio BdE ha llegado a reconocer la influencia y posible manipulación del citado índice.

2º) En las escrituras que lo tienen, se suele aplicar IRPH entidades + diferencial cuando, en realidad, si vemos la **Circular 5/1994, de 22 de julio del BdE (párrafo 4º), debería aplicarse un DIFERENCIAL NEGATIVO (y no lo hacen).**

3º) Fundada no en que haya un error por consentimiento en la firma de los préstamos hipotecarios IRPH, sino que se produjo una falta de transparencia en la comercialización de este tipo de hipotecas, pues a los clientes se les dijo que el IRPH iba a ser más estable y, por lo tanto, más económico, **pero no se les dijo que, en realidad, el IRPH sumaba el Euribor más los diferenciales, motivo por el cual siempre iba a ser más caro que el Euribor** y que con la crisis, el Euribor bajó y el IRPH no. Lo que provocó que este índice se quedara prácticamente como una cláusula suelo.

**-PESE A LA STS 14/12/17, ALGUNOS JUZGADOS HAN DICTADO YA SENTENCIAS DECLARANDO NULO EL IRPH:**

**-SJ1INST2 Igualada de 01/12/07, SJ1INSTe INSTRUC 2 de Amurrio, de 15/01/18.**

## 18) CLÁUSULA DE GASTOS DE FORMALIZACIÓN HIPOTECA:

- STS 23/12/15: La declaró nula, en el marco de una acción colectiva.

- Unas Audiencias la declaraban nula: SAP Bizkaia, Secc 3ª, 13/07/17.

- Otras la anulaban, pero no concedían el IAJD: SAP Valencia 21/11/17, SAP Alicante 22/09/17.

- Otras la anulan, y conceden (a medias) gastos notario y Registro; y denegaban el IAJD: SAP Alicante, 07/11/17, y de 10/01/18 (con interesante voto particular del Magistrado Sr. Soriano Guzmán, interesante porque condena a la entidad a las costas, pese a su allanamiento en cláusula suelo), SAP Rioja, Secc 1ª de 31/10/17.

**- STS, Pleno, de 15/03/18:**

- **Declara la nulidad por abusiva** de la cláusula que en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria **atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario consumidor.**

- **Consecuencias de la nulidad:** en cuanto al:

- **Impuesto sobre transmisiones patrimoniales**, por remisión a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo-*(Doctrina en interpretación de los arts. 7.1.B LITPAJD, y pese a que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que-en apariencia- pueden resultar **contradictorias**. [...] Sin embargo, dicha aparente antinomia queda **aclarada** por el art. 15.1)-* y del Tribunal Constitucional (citando autos 24/2005, de 18 enero, y 223/2005, de 24 mayo), **el sujeto pasivo es, en el hecho imponible de la constitución del préstamo, el prestatario.**

- **Impuesto actos jurídicos documentados por la documentación del acto** –préstamo con garantía hipotecaria- en escritura pública (arts. 27.3 y 28 LITPAJD y 66.3 y 67 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo): Citando la STS Sala3ª, por todas, de 20 de enero de 2004, que no ha apreciado defecto alguno entre el art. 29 LITPAJD y el art. 68 del RLIT-PYAJD:

a) En cuanto al derecho de cuota **variable** en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), **será sujeto pasivo el prestatario**, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento.

b) Y en cuanto al derecho de cuota **fija**, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

- Respecto de la **matriz**, conforme al art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, corresponde el abono del impuesto al **prestatario**. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto



entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales [no es el caso ya que el pacto de distribución de gastos es abusivo]. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la **matriz** el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una **realidad inescindible**, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo-, como el prestamista –por la hipoteca-, **es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto.**

- **Respecto de las copias**, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento.

- **Los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas** de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.

Podemos estar o no de acuerdo, pero, en cualquier caso, discrepamos en que:

1º) **ELLO NO DEBE APLICARSE A LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA**, como aquí ha hecho el TS.

2º) Una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), hay que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero para eso no puede usarse la ley tributaria, sino que es al tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad., pero [la integración de la cláusula nula por abusiva se sujeta a la STJUE 14 junio 2012 y art. 65 TRLGDCU, si la integración con la ley es a favor del banco, contraviene el mencionado precepto:](#)

***Artículo 65. TRLGDCU de 2007.- Integración del contrato***

***Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.***

***\* \* \****

## - ¿Puede ser la comisión de apertura de la hipoteca una cláusula abusiva?

- La comisión de apertura es un importe que cobran las entidades bancarias en el momento de formalizar el préstamo hipotecario. Habitualmente suele ser un porcentaje del capital prestado.

- Recientemente distintas Audiencias Provinciales (Sentencias de Audiencia Provincial Madrid de 12 de febrero de 2015, de Tenerife de 29 de noviembre de 2013 , de Orense de 18 de mayo de 2015) están declarando nula la comisión de apertura por abusiva en base a lo reseñado en el artículo 82.1 de la Ley General de Consumidores y Usuarios al ser impuesta por la entidad bancaria sin previa negociación con el cliente.

MUCHAS GRACIAS POR SU  
ATENCIÓN

\* \* \*