JUECES para la DEMOCRACIA

Boletín de la Comisión de Privado

Jueces para la Democracia

Número 15 - 2017

CONCLUSIONES DEL IV CONGRESO

Bilbao 23 y 24 de marzo 2017

Los pasados días 23 y 24 de marzo celebramos en Bilbao el IV Congreso de la Comisión de Derecho Privado. La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de Tribunal Supremo en materia de derecho de consumo, especialmente en materia de cláusulas abusivas, comprendió gran parte del programa.

Con este Boletín, pretendemos compartir las ponencias y las cuestiones que fueron debatidas sobre esta materia (cláusula suelo, gastos derivados del préstamo hipotecario y vencimiento anticipado), siendo conscientes de la gran importancia que sigue teniendo y tendrá en la jurisdicción civil. Lejos de resolverse las controversias de estos últimos años, éstas van en aumento sin que la doctrina jurisprudencial acabe de unificarse y con un serio riesgo de colapso de los órganos judiciales de esa jurisdicción que todavía no lo están.

Finalmente, se trataron las últimas reformas en materia de guarda y custodia compartida, régimen cuya importancia va en aumento y que equipara a padres y madres en derechos y obligaciones respecto de hijos e hijas tras la ruptura de la convivencia familiar.

Cada tema tratado cuenta con dos artículos: el elaborado por cada ponente y el de la persona relatora, en el que se plasman las cuestiones debatidas por quienes asistieron al Congreso.

SUMARIO

CLÁUSULAS SUELO

Sentencia del TJUE de 21.12,2016 y su incidencia en los efectos retroactivos de las cláusulas suelo.

Cuestiones tratadas

GASTOS DERIVADOS DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias

Cuestiones tratadas

VENCIMIENTO ANTICIPADO

Pasado, presente y futuro de la Cláusula de vencimiento anticipado

Cuestiones tratadas

CUSTODIA COMPARTIDA

Novedades en materia de custodia compartida

Cuestiones tratadas

COORDINACIÓN:

Juan Vacas Larraz y Edmundo Rodriguez Achutegui

EDICIÓN Y MAQUETACIÓN:

Jueces para la Democracia

SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 Y SU INCIDENCIA EN LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Carlos Martínez de Marigorta. Magistrado

NATURALEZA DE CONDICIÓN GENERAL (CG) DE LA CLÁUSULA SUELO COMO HECHO NOTORIO

Reiteradamente ha manifestado el TS (sentencias de 9-5-13, 25-3-15, 29-4-15 ó 23-12-15) que "es *un hecho notorio*", y (SSTS 29-4-15 y 3-6-16) "*para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor (...) y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas*".

La negociación individual se entiende como "regateo", algo más que la mera selección entre las ofertas existentes en el mercado. La cláusula no solo ha de ser "predispuesta" sino también "impuesta" (art 1 Ley 7/98), en el sentido de que el consumidor no haya podido influir materialmente en su contenido de modo que solo le cupiera "tomarla o dejarla" o buscar otras alternativas en un mercado competente. La intervención y advertencias notariales sobre la existencia de la cláusula no suponen "negociación" (SSTS 8-9-2014 y 24-3-2015 rechazando la relevancia de la intervención notarial).

Estas exigencias hacían prácticamente imposible la consideración de la cláusula como negociada, sin fisuras al menos hasta la STS de 9-3-17 (asunto Caja Teruel) que considera que la prueba de que la entidad aplicó un suelo inferior al tipo usual aplicado habitualmente, con aportación de comunicaciones documentadas entre la sucursal y la entidad matriz al objeto de solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales, junto con la intervención notarial, hubiera permitido cuestionarse la no predisposición, al haber existido negociación, excluyendo la aplicación de normativa y jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, al desaparecer la cualidad de CG.

CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN; LA TRANSPARENCIA GRAMATICAL

La ley 7/98 regula la no incorporación (arts. 5 y 7) y la nulidad (art 8), que tienen en común tanto el régimen aplicable (art 9) a su declaración judicial -las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual-, como (art 10) sus efectos.

El art. 8.1 LCGC habilita una declaración de nulidad de las CCGG por infracción de la propia ley 7/98 o de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva. En particular su inadecuada incorporación conforme a los artículos 5 y 7 de la ley 7/98 podría derivar de ser ilegibles o incomprensibles, o de no haber tenido la oportunidad de conocerlas de modo completo al tiempo de celebración del contrato, por no haber sido firmadas previa información acerca de su existencia y facilitación de un ejemplar de las mismas.

Son requisitos que no garantizan un conocimiento efectivo del contenido de las CCGG sino una simple

cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento de su contenido previamente a la celebración del contrato. Se trata de un control de mera transparencia y comprensibilidad documental o gramatical (STS de 3-6-16) y distinto al de consentimiento propio del error vicio derivado de una insuficiencia de información (STS 15-12-2015: "*una cosa es que la información no sea clara y comprensible, y otra distinta es que sea insuficiente para comprender el riesgo que encierra la cancelación anticipada*").

La falta de expresión en el contrato de la CG (a menudo en las subrogaciones de préstamo promotor), supone una remisión a otros documentos, falta de firma y por ello de superación del control de inclusión.

LA ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES. EL PREVIO CONTROL DE TRANSPARENCIA REFORZADO DE LAS REFERIDAS A LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN EL OBJETO PRINCIPAL

Las CCGG solo pueden ser declaradas nulas por "abusivas" en contratación con consumidores, por la vía del art 8.2 LCGC, que se remite a la LGDCU (arts. 80 y ss.), pero en el caso de referirse la CG a elementos que describen el objeto principal del contrato, solo cabrá examinar la abusividad si no se supera un segundo control de transparencia reforzado o material.

Se trata de evaluar que la cláusula sea clara y comprensible no solo formal y gramaticalmente, sino que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de la operación afectada y su relación con el prescrito en otras cláusulas del contrato, de forma que el consumidor pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles (SSTJUE 30-4-2014, 23-4-2015, 26-2-2015, 21-12-2016), y (STS 24-3-2015) hacerse una idea adecuada de las consecuencias económicas que dicha cláusula puede suponer para él, de modo que pueda hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos teniendo en cuenta no solo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe.

Para llegar a la conclusión de que las "cláusulas suelo" no son cláusulas transparentes el TS ha expuesto un elenco de posibles parámetros (§ 225 del FJ XIII y séptimo del fallo de la STS 9-5-2103). De no ser transparentes, habrá de examinarse la abusividad, que se concreta (art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor. Este desequilibrio no se entiende en términos objetivos o económicos (v.gr. equidistancia entre el suelo y el techo, de existir éste) sino –en el caso de la limitación a la variabilidad del tipo de interés- de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, defraudando la carga económica del contrato tal y como la había percibido el consumidor, mediante la inclusión de esa condición que aun superando los requisitos de incorporación, frustra las expectativas de abaratamiento del crédito y, en suma, desde un punto de vista subjetivo, altera subrepticiamente el equilibrio sobre el precio y el objeto del contrato.

No toda condición no transparente será abusiva (la abusividad es ponderada, no directa). Como indicó la STS de 24-3-2015, citando el § 250 de la STS de 9-5-2013, no se produce una "dilución" del juicio de abusividad en el de transparencia, pero por los motivos expuestos *supra*, la "cláusula suelo" (no toda CG) de no ser transparente siempre será abusiva.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA STS DE 25 DE MARZO DE 2015 SOBRE LA LIMITACIÓN DEL ALCANCE TEMPORAL DE LA RESTITUCIÓN DE INTERESES

La STS de 25-3-15 (y la de 29-4-15) admitiendo la consideración de la regla general de restitución plena del art 1.303 CC, estableció como doctrina jurisprudencial que cuando en aplicación de la doctrina fijada en aquella sentencia [9-5-2013, § 225] se declarase "*abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013*".

De este modo la limitación de la restitución de intereses únicamente operaba, de modo excepcional y por lo tanto sin posible aplicación analógica extensiva, en los supuestos de nulidad derivada de la abusividad por la vía del art 8.2 de la ley 7/98, en aplicación de la doctrina derivada del § 225 de la STS de 9-5-2013, sin posibilidad de alcanzar a los casos de nulidad por infracción legal en general y en particular de los artículos 5 y 7 de la ley 7/98 y del control de incorporación.

LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

Por tanto, es en los supuestos de nulidad por abusividad donde ha impactado la STJUE de 21-12-2016. Confirma que la transparencia de la que habla el art 4.2 Directiva 93/13 no es solo gramatical sino también material en los términos expuestos por el TS, de modo que el examen del carácter abusivo según el art 3.1 de una cláusula que afectase a elementos definitorios del objeto del contrato, se residencia en el ámbito de aplicación del art 6.1: *"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".*

El principio de no vinculación (término con el que se pretenden englobar las distintas categorías de ineficacia contractual en los

Estados Miembros, y recordemos nuestra ley 7/98 nace de la transposición de la Directiva 93/13 y regula como hemos visto distintas figuras que conducen a un mismo efecto de nulidad), es una cuestión de orden público, y por tanto examinable de oficio por el Juez, que debe (en relación con el art 7 de la Directiva) dejar pura y simplemente sin aplicación la cláusula, sin posible moderación o integración para mantener el "efecto disuasorio". La consecuencia será que la cláusula abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, debiendo restablecerse la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula [lo que parece una consecuencia mucho más amplia que la mera "restitución de intereses cobrados de más en virtud de la aplicación del suelo"]. Los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el TS acordó en la sentencia de 9-5-2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.

En todo caso existen límites a esa protección. El derecho de la UE no obliga a dejar de aplicar las normas procesales internas sobre (i) cosa juzgada, aunque esto permitiera subsanar infracción de una disposición de la Directiva 93/13, cualquiera que fuera su naturaleza, y (ii) fijación de plazos razonables para recurrir. Sin embargo TJUE (y no el TS de un Estado Miembro) es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (garantizando la aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión).

VÍAS DE REACCIÓN DESCARTABLES EN LA NUEVA SITUACIÓN

1. Responsabilidad patrimonial del Estado (Ley 40/2015 de 1 de octubre del régimen jurídico del sector público, arts. 32.5 y 32.7, SSTJUE de 30 de septiembre de 2003 y 28 de julio de 2016, asuntos Köbler y Tomasova). No habría violación del derecho de la UE suficientemente caracterizada.

2. Recurso de revisión (art 510 LEC). El Auto del Pleno del TS de 4-4-2017 cerró esta vía.

3. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones. La vía del art. 227 y 228 LEC, debe rechazarse ya que la imposibilidad de limitar los efectos de la "no vinculación" se consagra con posterioridad al procedimiento en que se pretende vulnerado, en una STJUE que expresamente reconoce el respeto a la cosa juzgada como límite. La vulneración no se habría producido durante el procedimiento y antes de la sentencia firme, sino posteriormente, y como consecuencia de la imposibilidad de acceder a un recurso de revisión.

ALCANCE DE LA COSA JUZGADA, PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y ROGATORIO

La STJUE de 21-12-2016 reconoce expresamente como límite a la protección de los consumidores el respeto a la cosa Juzgada. En la misma línea, con cita de la STJUE de 6-10-2009 (caso Asturcom) se pronuncia la STJUE de 26-1-2017 (Banco Primus), recordando que ese límite no es contrario al Derecho de la UE salvo que el Derecho nacional confiera la facultad de dejar de aplicar las normas internas reguladoras de la cosa juzgada en caso de vulneración de normas nacionales de orden público. La norma (art 207 LEC) que impide un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la Directiva 93/13 no se opone a ésta, si bien, "*en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe*

interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas".

Así el resto de normas procesales del ordenamiento interno (más allá de la cosa juzgada y los plazos de recurso) no suponen necesariamente un límite al principio de no vinculación por cláusulas abusivas (Directiva 93/13), o a la protección del consumidor en otros ámbitos (v. gr. Directiva 999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo). Estas normas dictadas en virtud de la autonomía procesal del Estado Miembro, a falta de expresa previsión por el derecho de la UE, deben garantizar los principios de equivalencia y, particularmente, de eficacia de los derechos reconocidos por la norma comunitaria (no estar articuladas tal manera que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión).

La STJUE de 3-10-2013 (asunto Duarte Hueros) ha considerado que los impedimentos que los principios de (i) congruencia y rogación de los arts. 216 y 218 LE), (ii) preclusión del art 400 LEC, e (iii) imposibilidad de modificación del objeto de la demanda ex art 412 LEC, suponen para el Juez nacional (privado de otorgar de oficio algo no expresamente solicitado), y para la parte (privada de la posibilidad de interponer posterior demanda en solicitud de una pretensión distinta de la inicial), son contrarios al derecho de la UE y su eficacia, incumbiendo "*al Juez remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad*".

PREVIA SENTENCIA EN EJERCICIO DE ACCIÓN COLECTIVA

Podrá tener efectos de cosa juzgada sobre ulteriores procedimientos en ejercicio de acciones individuales, respecto de la nulidad de la cláusula, de ser ésta idéntica y empleada por la misma entidad demandada, si así se estableció en la sentencia de la acción colectiva (STS de 25-3-15, citando la de 17-6-10, valorando la cosa juzgada de

la STS de 9-5-13, en doctrina reiterada en la STS de 23-12-15), pero no los tendrá respecto de las pretensiones de restitución de la acción individual, al no haberse acumulado en su día a la acción colectiva de cesación pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución. Véase también STS de 24-2-2017.

Pendencia de procedimiento en que sólo se reclamó la restitución desde 9 de mayo de 2013.

Podrá alegarse como hecho de nueva noticia (286, 400, 426.4 y 460.3), y en todo caso es aplicable de oficio por el Juez nacional la interpretación derivada de la STJUE de 21-12-2016, al tratarse de una cuestión de orden público y no suponer el respeto al principio de congruencia y justicia rogada uno de los límites a la no vinculación ex art 6.1 Directiva 93/13 según la STJUE de 3-10-2013. Se trata únicamente de precisar las consecuencias restitutorias de la acción de nulidad ejercitada (apreciables de oficio sin necesidad de expresa solicitud -SSTS 23-11-11 y 24-3-15-), con lo que la "agresión" al principio de congruencia sería, de admitirse (*quod non*) de escasa entidad (SSAP Badajoz sec. 3 de 17- 2-2017 y Murcia sec. 4 de 2-2 -2017).

PREVIA SENTENCIA FIRME EN EJERCICIO DE ACCIÓN INDIVIDUAL. ¿CABE NUEVA RECLAMACIÓN?

1. **Si se hubiera pedido restitución plena y solo se hubiera concedido desde 9-5-2013**, no parece viable una ulterior demanda (arts. 222, 207 y 400 LEC), al darse la triple identidad de partes, objetiva y de causa petendi propia de la cosa juzgada, expresamente reconocida como límite a la tutela de los derechos del consumidor, cualquiera que fuese la naturaleza la norma infringida.

   En todo caso, cabe recordar que la regulación interna y autónoma de la cosa juzgada debiera siempre respetar los principios de equivalencia y eficacia en la protección de los consumidores, y citando los precedentes de las SSTJUE de 18-12-16 (Finanmadrid), y de 26-1-17 (Banco Primus), se propone también la salida por la vía del Real Decreto 1/2017 de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, como norma interna que habilita la excepción a la cosa Juzgada, con declarado motivo hacer efectiva la adoctrina derivada de la STJUE de 21-12-2016, y de cuyo ámbito no se excluyen las situaciones previamente resueltas en virtud de sentencia firme.

2. Si la **demanda anterior solo fue declarativa de la nulidad**. Sí sería posible reclamar ahora las cantidades, ya que la preclusión del art 400 LEC no obliga a acumular las posibles acciones, ni alcanza a las pretensiones (STS 9-1-13 ó 21-7-16, y STJUE as. Duarte Hueros), sino únicamente a los hechos y fundamentos de derechos que apoyan la acción, respecto de la concreta pretensión formulada, proyectándose la cosa juzgada sobre las "pretensiones" (art 222 LEC).

3. **Si solo se reclamó devolución desde 9-5-2013**. El tramo no reclamado es "otra pretensión", y si no se solicitó no fue por mala fe, ni para provocar un "goteo de pretensiones" o (Exposición de Motivos de la LEC) para someter a unos mismos justiciables a diferentes procesos, multiplicando con ello la actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso pudiera, razonablemente, quedar zanjada en uno sólo, sino por imposición de la doctrina jurisprudencial, sin renuncia a sus derechos, no habiendo recaído pronunciamiento judicial, de modo que podría reclamarse en una nueva demanda.

PREVIA EJECUCIÓN JUDICIAL

Aunque las SSTS de 24-11-2014 y 13-1-2015 indican que la falta de oposición a la ejecución, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución, la STJUE de 26-1-17 permite un examen posterior si de oficio no se examinaron todas las posibles cláusulas abusivas en la previa ejecución.

PACTOS PRIVADOS CON RENUNCIA A EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES POSTERIORES

En abstracto es un pacto válido, como transacción (habrá de ser clara, contundente e inequívoca). La STJUE 14-3-2016 admite la renuncia del consumidor a hacer valer sus derechos siendo consciente y estando informado del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, y el art. 10 TRLGDCU prohíbe la renuncia previa, pero no la posterior a la adquisición del derecho.

La transacción tiene fuerza de cosa juzgada (1816 CC) pero podría ser impugnada por error vicio ex art 1817 CC (i) sobre las premisas tenidas por ciertas por ambas partes (v. gr. desconocimiento por el consumidor de la pendencia de la cuestión ante el TJUE), (ii) debiendo ser el error excusable (se valoraría el asesoramiento, la iniciativa del banco o del consumidor, etc.).

Pese a lo expuesto, considero que el supuesto habitual, de renuncia al ejercicio de acciones en el seno de una novación del préstamo en cuestión, merece un juicio desfavorable con base en los siguientes argumentos:

El art 6.2 CC, resultando que la transacción implicaría vulneración de norma legal (art 83 LGDCU, art 6.1 Directiva) y sería contraria al "orden público" lo que afectaría a la validez de la renuncia a las acciones.

El art 10 del TRLGDCU se refiere a la nulidad de una renuncia "previa" a los derechos que la norma reconoce, pero cabe entender que la STJUE reinterpreta los arts. 80, 82 y 83 LGDCU, convirtiendo la renuncia en "previa".

La nulidad es de pleno derecho, no anulabilidad, de modo que no cabe convalidación o ratificación, por lo que aún realizada novación ante Notario dichos acuerdos serían nulos (artículos 1.208 y 1.310 CC).

En este sentido se viene pronunciando reiteradamente la sec. 5ª de la AP de Zaragoza -por todas, sentencia de 17 de enero de 2017-, concluyendo la imposibilidad de convalidar una cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera a éste corresponder, ya que lo que es radicalmente nulo no puede ser convalidado contractualmente, además de que la libertad contractual en la que pretende ampararse no es tal, sino que aparece constreñida por la vigencia de una cláusula previa no negociada y nula, cuyos efectos tratan de paliarse. En la misma línea la SAP Palencia, secc. 1ª de 14-11-2016, SAP Ciudad Real secc. 1ª de 5-3-2014 y SAP Burgos, secc. 3ª de 17-10-2013.

Cláusulas suelo: CUESTIONES DEBATIDAS

Diego Gutiérrez Alonso. Magistrado

Partiendo del estudio de las últimas resoluciones sobre la cláusula suelo se han suscitado diversas cuestiones:

1 Se ha debatido inicialmente sobre **la relevancia que tiene la declaración del notario a la vista de la STS de 9 de marzo de 2017**. Hay quien entiende que esta resolución puede llevar a que las entidades financieras pidan como testigo al notario porque le atribuye relevancia de cara a valorar si hubo una información transparente. Por otro lado, otra postura defiende que el Tribunal Supremo solo considera que se puede valorar esta testifical pero que no es lo más importante para determinar si se pasa o no el control de transparencia material.

2 **Se discute también sobre un aspecto procesal**. Hay quien considera que el interrogatorio del director es un interrogatorio de parte porque es quien conoce los hechos (art. 309 LEC) por lo que la entidad financiera no puede solicitar este interrogatorio ya que sería el interrogatorio de la propia parte. En su caso, si se admite, habría que valorar la prueba como parte y solo hará prueba lo que le perjudique. Frente a ello, otra postura defiende que si la carga de la prueba sobre la información suministrada la tiene la entidad financiera, no se le puede privar del interrogatorio de sus empleados para ese fin. Además, entienden los defensores de esta postura, que la LEC no establece la imposibilidad de interrogar como testigo a empleados de la entidad sino a su representante legal. El empleado declararía como parte si lo pide la parte actora ya que entonces es cuando la entidad puede identificar a la persona física que tiene conocimiento de los hechos, y si es solo la entidad financiera la que pide la declaración de su empleado, declararía como testigo.

3 **Sobre si la STS de 9 de marzo de 2017 obvia los criterios establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013**, se considera por algún interviniente que ello no es así puesto que esa sentencia establece que si hay negociación individual de la cláusula es porque el cliente conoce el alcance económico de la cláusula y que por ello se superaría el control de transparencia material sin necesidad de valorar dichos criterios. Hay quien duda de que esa negociación individual permita superar el control de transparencia porque en ocasiones se ofrecen varias cláusulas suelo con diferente límite como paquetes de condiciones diferentes. Se indica que en estos casos no hay negociación individual estrictamente porque tan solo se da a elegir al cliente entre diferentes propuestas preestablecidas y sobre las cuales no es posible introducir cambios. Por lo tanto, habría que distinguir entre la negociación clara y concreta del tipo de la cláusula suelo y la simple oferta para elegir entre diversas propuestas preestablecidas y no negociables.

4 **Se afirma que ha de recalcularse el cuadro de amortización al anular el suelo,** puesto que en el sistema francés, si se devuelven intereses es como si no se hubiesen tenido que pagar en su momento en cada cuota por lo que se tendría que haber amortizado más capital cada mensualidad y los

nuevos intereses se calcularían sobre una base menor de capital. Se plantea la duda sobre quién ha de elaborar ese nuevo cuadro ya que si es el cliente, se puede ver obligado a aportar una pericial al respecto. Se considera que podría acudirse al artículo 718 LEC sobre la liquidación de frutos y rentas para que sea el deudor (la entidad financiera demandada) la que liquide las cantidades que ha de devolver y el nuevo cuadro de amortización. Otro problema es si ha de solicitarse expresamente en la demanda la condena a la elaboración del nuevo plan de amortización como obligación de hacer. Se considera mayoritariamente que no sería necesario porque el propio desenvolvimiento del contrato exige que la entidad rehaga el cuadro de amortización por lo que es algo inherente al cumplimiento de las obligaciones del préstamo.

5 En relación con **la posible nueva reclamación cantidades por parte de clientes que ya litigaron previamente y solo se les concedió la devolución de una parte** (desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013). Hay quien considera que no sería de aplicación el artículo 400 LEC si se trata de diferentes pretensiones. Quizá aquí habría que distinguir si en el primer litigio se reclamaron todas las cantidades desde que empezó a operar la cláusula suelo o si solo se reclamaron cantidades desde la publicación de la STS. No obstante, también se plantea la posibilidad de considerar el RDL del 2017 como la concesión de una nueva oportunidad de reclamación con base legal y que excluiría la institución de la cosa juzgada.

No habría cosa jugada si hay una ejecución previa en la que no hubo oposición ya que en la STJUE del Banco Primus se dice que si no se han valorado todas las cláusulas por el juez como abusivas o no, es posible entrar a valorar las restantes de oficio o a instancia de parte.

6 **Las novaciones y las renuncias del cliente no afectarían a la posibilidad de reclamar**. Además, no cabe convalidar un acto nulo de pleno derecho, según algunas resoluciones de audiencias provinciales.

7 **No cabría acudir al proceso de revisión de sentencias firmes** por la existencia de otra nueva STJUE ya que el artículo 510.2 de la LEC solo se refiere a la existencia de una nueva sentencia del TEDH. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo recientemente en el Auto de 4 de abril de 2017

8 Se ha **planteado como duda un supuesto en el que el hipotecante no deudor es consumidor y el deudor es empresario,** de modo que el primero tendría derecho a obtener la anulación de cláusulas abusivas y ello podría generar que se despachase ejecución por diferentes cantidades respecto de cada uno. Un interviniente defiende que se trata de un procedimiento de naturaleza real y que persigue al bien hipotecado por lo que lo más relevante es lo que se decida en relación con el hipotecante no deudor y ello debería extenderse al deudor no consumidor. Además, la existencia de diferentes cantidades en un despacho de ejecución generaría un problema en la subasta, adjudicación e imputación de cantidades a la deuda.

En relación con esta duda se introduce el debate sobre la necesidad de avanzar en la protección del pequeño empresario y profesional. Hay quien entiende que ya es posible dar ese paso equiparando el pequeño empresario y profesional al consumidor puesto que si el Tribunal Supremo y la LCGC se remiten a principios como la buena fe para analizar las relaciones con empresarios, ese concepto jurídico se puede integrar con las cláusulas que se consideran abusivas para el consumidor. Hay quien entiende que con ello desaparece la idea de cláusula abusiva en sí misma ya que siempre ha sido referida a consumidores. Al respecto se contesta que la idea es objetivar el concepto de cláusula abusiva de modo que ya no dependa del sujeto que contrate sino del desequilibrio que supone y partiendo de su falta de negociación.

GASTOS DE DOCUMENTACIÓN, INSCRIPCIÓN Y GESTIÓN DE HIPOTECA Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Edmundo Rodríguez Achútegui. Magistrado

La STS 23-12-15, rec. 2658/2013, ha iniciado una interpretación que favorece la declaración de abusividad, y por tanto nulidad, de la cláusula que desplaza al prestatario en préstamos con garantía hipotecaria muchos de los gastos propios de la formalización, inscripción, gestión y tributación.

El asunto procede de una acción colectiva de la OCU frente a Banco Popular y BBVA. La resolución analiza las previsiones legales o reglamentarias específicas de esta clase de gastos, y concluye que tal y como está redactada, son subsumibles en alguno de los supuestos del art. 89 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), norma que se refiere a las cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Aún no son muchos los asuntos en que se utiliza tal jurisprudencia, pero pueden citarse algunos relevantes que se apoyan en la misma, que cronológicamente son la SAP **Madrid**, Secc. 12ª, 29 febrero 2016, rec. 306/2015, SAP **Valencia**, Secc. 9ª, 27 abril 2016, rec. 1327/2015, SAP **La Rioja**, Secc. 1ª, 16 junio 2016, rec. 227/2015, SAP **Gipuzkoa**, Secc. 2ª, 27 junio 2016, rec. 2055/2016, SJPI 11 **Oviedo**, 9 diciembre 2016, Roj: SJPI 588/2016, AAP **Zaragoza**, Secc. 5ª, 5 enero 2017, rec. 384/2016, SAP **Asturias**, Secc. 5ª, 1 febrero 2017, rec. 525/2016, SJPI 2 **Barakaldo**, 27 marzo 2017, JUR 2017 \73051, SAP **Pontevedra**, Secc. 1ª, 28 marzo 2017, rec. 974/2016, SJPI 1 **Bilbao**, 29 marzo 2017, y SJPI 10 **Bilbao** 5 abril 2017, JUR 2017\96019, entre otros.

1.- RATIO DECIDENDI DE LA STS 23-12-15

Cuando la STS 23-12-15 afronta el análisis de la cláusula controvertida, sostiene en primer lugar que es de una extensión excesiva. Lo hace de modo puramente descriptivo, porque tras constatarlo, no otorga ningún efecto jurídico a esa amplitud. Quizá pueda apreciarse algún implícito reproche por dicha razón, pero no se explicita para apreciar que sea por ello abusiva.

El argumento principal que utiliza la sentencia es que la cláusula que traslada al consumidor todos los gastos es abusiva en atención a lo que dispone el art. 89.3 TRLGDCU, que considera

abusiva "*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*".

La norma luego añade que "*en particular, en la compraventa de viviendas*" son abusivas las cuatro previsiones que desgrana. Como parece claro que esas previsiones se refieren a un contrato distinto, la compraventa, del préstamo con garantía hipotecaria que sirve para financiarla, que es el analizado en el caso, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que "*la financiación es una faceta o fase*" del contrato de compraventa. Logra así validar la aplicación de las diversas letras del art. 89.3 TRLGDCU (referidas a la compraventa), que la sentencia recurrida (SAP Madrid, Secc. 28ª, 26 julio 2013, rec. 161/2012) emplea como justificación para declarar la abusividad de esta cláusula de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Hay que subrayar este argumento porque extender al contrato de préstamo previsiones específicas de la compraventa puede ser cuestionado. Pero en cualquier caso la previsión inicial del art. 89.3 TRLGDCU ("*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*"), puede aplicarse a cualquier contrato.

En esencia lo que sostiene la STS 23-12-15, rec. 2658/2013, es que no cabe endosar todos esos gastos al prestatario, porque quien tiene interés en que conste en escritura pública el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y en asentarlo en el Registro de la Propiedad, es el profesional que concede el préstamo. De este modo obtiene título ejecutivo, conforme al art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de acudir a la ejecución especial de los arts. 681 y ss LEC.

Efectivamente sucede como expone el Tribunal Supremo. El préstamo es un contrato que podría no constar en escritura pública, y tendría validez. Ya se acuda a las previsiones del art. 1280 del Código Civil (CCv), o a los arts. 50, 51 y 314 del Código de Comercio (CCom), sería posible un contrato de préstamo sin la intervención del notario.

Quien necesita que conste en escritura pública, en lugar de en contrato privado, es la entidad prestamista, porque sólo así atiende la exigencia del art. 1280.1 CCv, que obliga a su otorgamiento para poder crear el derecho real de garantía que es la hipoteca. Puede haber préstamo en documento privado, pero como disponen los arts. 145 de la Ley Hipotecaria (LH) y 1875 CCv, no se constituiría válidamente la hipoteca pues esta clase de documentos no son inscribibles.

En definitiva, el interesado en documentar en escritura pública e inscribir el préstamo con garantía hipotecaria es el banco prestamista, no el prestatario que lo recibe, a quien no ocasionaría perjuicio la falta de inscripción o la documentación en documento privado. De ello habría que concluir que resulta un evidente desequilibrio en perjuicio del prestatario que se le endosen en la cláusula controvertida todos los gastos para formalizar lo que sólo interesa al prestamista, para inscribir la hipoteca que sólo favorece al banco que otorga el préstamo, y para tributar la operación.

2.- FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO EN ESCRITURA PÚBLICA

GASTOS DE DOCUMENTACIÓN, INSCRIPCIÓN Y GESTIÓN DE HIPOTECA Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

De los diversos gastos que se analizan por la sentencia citada, el primero que se cuestiona es el notarial. La STS 23-12-15, rec. 2658/2013, sin citar norma alguna, explica que "*tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación*". Luego recuerda que quien tiene interés principal en documentar e inscribir es el banco que obtiene así título ejecutivo y las demás ventajas antes referidas, por lo que la cláusula que dispone que todos los gastos sean para el consumidor "*no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos*", a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una "*distribución equitativa*".

Reconoce el Tribunal Supremo que el beneficiado por el préstamo es el cliente, que dicho préstamo es el negocio principal frente al carácter accesorio de la hipoteca, pero también precisa que "*no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista*". Entiende el máximo órgano judicial que el consumidor, en el marco de una negociación individualizada, no hubiera aceptado razonablemente dichos términos (lo que, sin decirlo expresamente, permite acudir a la previsión general de las cláusulas abusivas del art. 82 TRLGDCU), cita además expresamente el catálogo de previsiones abusivas del art. 89 (mencionando el apartado 2, aunque entiendo que se refiere a todas las del precepto), y finalmente se apoya en la STS 1 junio 2000, rec. 2158/1995.

Ahondando en esa argumentación, el art. 63 del Decreto 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN) dispone que "*la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial…*", arancel que en la actualidad regula el RD 1426/1989, de 17 de noviembre, cuyo anexo II, norma sexta, dispone "*La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*".

Determinar quien ha reclamado los servicios del notario no debiera ser complicado si se atienden las previsiones del art. 147 RN, cuyo párrafo tercero dispone "*En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a*

minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación". Es decir, debería constar en el instrumento público quien ha remitido la minuta, en su caso, lo que tiene relevancia en préstamos con garantía hipotecaria en que es habitual que el banco prestamista la envíe previamente a la notaría.

La normativa específica apunta en esa dirección, porque sólo así se puede hacer efectivo el derecho a examinar previamente el proyecto de escritura en los tres días hábiles anteriores a otorgamiento (art. 7.2 de la Orden Ministerial 5 mayo 1994, BOE 11 mayo 1984, y art. 30.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, BOE 29 octubre 2011).

El cliente bancario, prestatario, solicita un servicio del banco, la concesión del préstamo, a cambio de la remuneración que se pacte, fundamentalmente mediante el abono de interés. Después el banco prestamista requiere el servicio del notario, para documentar la operación de préstamo y garantía hipotecaria accesoria, razón por la que le remite el proyecto de escritura, que queda a disposición del prestatario en los términos expresados. Si no fuera por la cláusula que dispone que el prestatario tiene que afrontar los gastos de formalización, la aplicación de la normativa expuesta conduciría a que el abono correspondiese a quien requirió los servicios de la notaría, es decir, la entidad que otorga el préstamo, y no el cliente que lo recibe.

3.- GASTOS DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Tampoco en este apartado se hace por la STS 23-12-15, rec. 2658/2013 mención legal o reglamentaria directa. La norma que sería de aplicación es el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. Su Anexo II establece como regla quinta, apartado 3, que "*Los registradores entregarán el original de la minuta al interesado y conservarán una copia de la misma*". Y en la regla octava, apartado 1, dispone que "*Los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado*". Estos supuestos del art. 6 LH se refieren a quienes transmitan un derecho (b) y "*quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir*" (c).

Recordemos de nuevo que la STS 23-12-15, rec. 2658/2013 dice en su FJ 5º.g) apartado 2, que "*quien tiene el interés principal en la documentación e*

inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista". Quien tiene el interés es el *interesado*, que es la expresión utilizada por el arancel de los Registradores de la Propiedad, de modo que parece que, de nuevo en este caso, el obligado al abono sería el banco prestamista, que no lo afronta sencillamente porque la cláusula que el Tribunal Supremo ha declarado abusiva prevé que lo pague en su totalidad el prestatario.

4.- TRIBUTOS

También se refiere la STS 23-12-15 a los gastos fiscales que ocasiona el otorgamiento de un préstamo con garantía hipotecaria. Critica que no se haga distinción alguna y recuerda las previsiones sobre quien sea el sujeto pasivo de los arts. 8, 15.1 y 27.1 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP).

Efectivamente el art. 8 del RDL 1/1993 dispone que está obligado al pago del impuesto a título de contribuyente "*y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario* (...) *a) En las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere* (...) *.c) En la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto. d) En la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario*". Estas previsiones se especifican en el art. 15.1 RDL 1/1993 que señala "*La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo*".

Precisa el Tribunal Supremo que el art. 27.1.a) RDL 1/1993 sujeta a Actos Jurídicos Documentados los documentos notariales, y dice que el art. 28 (*rectius* 29) dispone que "*Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*".

Volvemos así a la situación descrita anteriormente. El adquirente del derecho es la entidad prestamista, que pasa a ostentar derecho de hipoteca respecto del inmueble que se grava como garantía. Quien solicita los documentos notariales son las entidades financieras que remiten la minuta al notario, y se benefician con la constitución de la garantía hipotecaria. Argumenta por ello la sentencia que "*la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil".* Al menos en lo que respecta a Actos Jurídicos Documentados es sujeto pasivo *"en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante*".

Por ello considera que la previsión de que el prestatario afronte todo el coste fiscal de la operación contraviene el art. 89.3 TRLGDCU, en tanto considera abusiva la estipulación que impone al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. Finalmente recuerda el Tribunal Supremo que en su STS 25 noviembre 2011, rec. 438/2009, consideró abusiva y por tanto nula, la previsión contractual en una compraventa de repercutir la plusvalía al comprador.

Esta posición del Tribunal Supremo no siempre se ha seguido por los pronunciamientos judiciales adoptados hasta la fecha. Algunas resoluciones judiciales apartan una condena de cantidad a la entidad que predispuso la cláusula calificada como abusiva, atendiendo a que el art. 68 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dispone *"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 constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".*

AGÜERO ORTIZ (Efectos y Alcance de la nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios con consumidores. Especial referencia al IAJD y los gastos de tasación", Revista Aranzadi Doctrinal 2/2017, **BIB 2017\10736)** y CASERO BARRÓN ("Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso 158/2002. Sobre la cuota proporcional de la modalidad de actos jurídicos documentos en los documentos notariales. Especial mención de quien es sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios", Revista Quincena Fiscal, **BIB 2004\1755**) mantienen que esa norma del reglamento contradice los arts. 29 TRLITP y 31.1 CE, y no debiera ser aplicado por los tribunales en aplicación del art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), pues supone una extralimitación respecto de lo que establece una norma de rango legal.

La jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo no lo entiende así desde la STS, Sala 3ª, 19 noviembre 2001, rec. 2196/1996, y las que le siguen, enfrentándose a la de la Sala 1ª, de modo que el conflicto está servido, aunque habrá que subrayar que la unidad de hecho imponible no puede conducir, sin más, a considerar "adquirente" al prestatario. El prestatario recibe el importe del préstamo, pero quien adquiere el único derecho que se constituye, la hipoteca, es el profesional, de modo que parece certero el argumento de la STS 23-12-15, rec. 2658/2013, cuando concluye que "*la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil...*".

5.- CRITERIOS APLICABLES AL ANALIZAR LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA

De todo lo anterior podrían deducirse cuatro argumentos esenciales para sostener la eventual nulidad por abusiva de la cláusula que analiza el Tribunal Supremo:

1º) El general del art. 82 TRLGDCU para cualquier cláusula no negociada individualmente que ocasione en perjuicio del consumidor un desequilibrio en los derechos y obligaciones que derivan del contrato. Es decir, si acredita:

- que la estipulación no se negoció individualmente, teniendo en cuenta que la carga de acreditarlo corresponde al empresario según el segundo párrafo del apartado 2 del precepto.
- que en contra de las exigencias de la buena fe la cláusula causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, lo que la STS 23-12-15, rec. 2658/2013, analiza sistemáticamente concluyendo que es así.

2º) El más concreto de la cláusula negra ("… *en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas*"…) del inciso inicial art. 89.3 TRLGDCU, cuando con carácter general supongan "*La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*". Esta previsión es aplicable a cualquier contrato, y por tanto también a los de préstamo con garantía hipotecaria, si se endosan al consumidor gastos que, de no existir la cláusula, forzosamente no debiera haber atendido.

3º) Las específicas previsiones que desgrana el art. 89.3 TRLDCU, referida al contrato de compraventa de viviendas, que la STS 23-12-15, rec. 2658/2013, extiende al préstamo con garantía hipotecaria que sirve para financiarla, ya que sostiene que "*la financiación es una faceta o fase*" del contrato de compraventa.

4º) La incorporación no transparente, que puede no superar el control documental o formal si no está claramente redactada, y en su caso, el material o de comprensibilidad, si no se pueden conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrían de soportar los adherentes, como ha defendido PERTÍNEZ VÍLCHEZ [Juicio crítico a la declaración carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23-12-15)", Revista Lex Mercatoria nº 1, año 2016, Artículo nº 19].

Así lo ha entendido la SAP Alicante 12 junio 2014, rec. 138/2014, antes de la STS 23-12-15, cuyo FJ 3º explica que "*La cláusula arriba transcrita no supera el control de transparencia porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes*".

6.- LA PRETENSIÓN DECLARATIVA DE ABUSIVIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

La STS 23-12-15 confirma lo acordado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. Aplicando, sin cita expresa en ese fundamento aunque sí en los anteriores, entiende que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria puede subsistir sin la cláusula que imputa

todos los gastos al prestatario, que es meramente instrumental, porque tales gastos han de atenderse, sin que el préstamo padezca porque no exista previsión de quien deba abonarlos.

En consecuencia cuando se declara abusiva una cláusula de imputación de los gastos de constitución, formalización, inscripción y demás de un préstamo con garantía hipotecaria, lo que se produce es la declaración de nulidad de la misma. Siguiendo la expresión legal, tal nulidad supone que se tenga por no puesta. Por tanto, ningún efecto produce. Recuérdese, al respecto, todo el resumen de jurisprudencia sobre cláusulas abusivas que contiene la reciente STJUE 21 diciembre 2016, C-154/15, asunto Gutiérrez Naranjo, en materia de cláusula suelo.

Consecuencia de **la apreciación de la nulidad por ser abusiva** la previsión contractual es que **no puede sanarse**. Como han dicho los tribunales en materia de cláusula suelo, un acuerdo entre las partes respecto a una cláusula luego declarada nulo por el tribunal, carece de eficacia, porque lo que es nulo ningún efecto produce y no puede convalidarse (SAP Ciudad Real, Secc. 1ª, 5 marzo 2014, rec. 333/2013), ser objeto de transacción (SAP Palencia, Secc. 1ª, 14 noviembre 2016, rec. 333/2016), de modo que no es acto propio modificar los términos de la cláusula para disminuir sus efectos (SAP Zaragoza, Secc. 5ª, 17 noviembre 2106, rec. 496/2016), y no convalida la cláusula nula (SAP Jaén, Secc. 1ª, 27 mayo 2016, rec. 1169/2015).

De abonarse gastos que no corresponden al prestatario, como sugiere la explicativa la STS 23-12-15, **la declaración de nulidad supone que hay gastos que no correspondería al prestatario haber atendido**, y que sólo abonó porque así se dispuso en el pacto entre banco prestamista y consumidor prestatario.

Las consecuencias de la nulidad no son el objeto del litigio. Lo que se dilucida es si la cláusula merece la consideración de abusiva. **La condena al pago de cantidad no es petición principal, sino consecuencia de la nulidad**. La cuestión entonces será determinar qué debe hacer un tribunal cuando se declara la nulidad. En situaciones de simple anulabilidad, como las derivadas de vicios del consentimiento, el art. 1303 CCv dispone que la nulidad de una obligación supone que los contratantes ha de restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses. La STS 12 julio 2006, rec. 3639/1999 explica que el fundamento del art. 1303 CCv es lograr que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, de modo que, como dispone la STS 26 julio 2000, rec. 2925/1995, ejecutado en todo o en parte el contrato lo procedente es reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de celebrarse. Pero no lo entienden así la SAP Barcelona, Secc. 15ª, 30 junio 2016, rec. 300/2015, o SAP

En consecuencia cuando se declara abusiva una cláusula de imputación de los gastos de constitución, formalización, inscripción y demás de un préstamo con garantía hipotecaria, lo que se produce es la declaración de nulidad de la misma.

Huelva, Secc. 2ª, 24 febrero 2016, rec. 45/2016, que consideran debió haberse solicitado una concreta condena dineraria.

Cuando las prestaciones se realizan entre las partes, reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de celebrarse supone restituirse recíprocamente las prestaciones. Ese efecto "restitutorio" atañe a los contratantes, pero en este caso no cabría como tal, porque el abono no se ha hecho al banco prestamista, sino que los gastos se abonan al notario, registrador, gestoría o la hacienda respectiva. Se ha pagado a terceros, pero se ha hecho en base a una cláusula predispuesta por el prestamista, que si es declarada abusiva, es nula, y por tanto, además de "*tenerse por no puestas*" como dice el art. 83 TRLGDCU, no debiera producir ningún efecto.

Más factible es sostener que la nulidad comporte una obligación de naturaleza indemnizatoria, como la que acarrea el incumplimiento contractual que describe el art. 1101 CCv. Obviamente no ha habido tal incumplimiento en la prestación, sino que se predispuso una condición por el prestamista en términos que determinan su abusividad y acarrean la nulidad. No hay daño o perjuicio derivado de un comportamiento contractual que suponga incumplimiento o cumplimiento tardío o inexacto de lo pactado, sino de la imposición, porque no hubo negociación, del abono de unos costes en términos tales que se sancionan con la nulidad.

De ahí que, apartada la cláusula nula, la obligación de atender esos pagos desaparezca. Y si no había obligación de que el consumidor atendiera los gastos de formalización, inscripción o tributarios, como dice la STS 23-12 -15, rec. 2658/2013, el pago realizado por el consumidor carece de justificación, y sólo es responsable del perjuicio padecido, que es atender obligaciones que forzosamente no le corresponden, quien predispuso una cláusula en términos tales que se ha calificado de abusiva y declarado nula.

En cualquier caso la responsabilidad del predisponente nace de la declaración de nulidad, es decir, de la ley. Dimana de los arts. 6.3 CCv ("*son nulos de pleno derecho")* y 83 TRLGDCU *("serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*"). Los tribunales podrán medir su extensión, determinando la obligación de pagar la totalidad o parte de lo satisfecho en aplicación de esta cláusula, lo que genera diversa casuística según los casos y las interpretaciones en cada uno. Sin usar la categoría de la restitución, inaplicable a pagos realizados a terceros, la nulidad comporta una obligación de abono al consumidor a quien se impusieron pagos que la jurisprudencia ha considerado improcedente y abusivo que se le endosen en todo caso.

Cuando haya reclamación privada y no se alcance acuerdo, o no se atienda por la entidad prestamista, el planteamiento ante los tribunales de la demanda de nulidad de la cláusula debiera comportar, si se declara abusiva y por tanto nula, una automática condena al pago de todo o parte de la cantidad satisfecha en aplicación de la cláusula predispuesta por el profesional. Incluso sin petición expresa, ésta debiera ser la consecuencia correspondiente, pues para situaciones de menor gravedad, como la anulabilidad del art. 1303 CCv, es lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Las demandas que pretendan la declaración de abusividad supondrían una estimación íntegra de la demanda, porque se declara la nulidad de la cláusula abusiva de atribución de

todos los gastos de formalización, inscripción o tributación del préstamo con garantía hipotecaria, que comportara la devolución total, o cuando menos de una parte, de tales gastos (SJPI 2 Barakaldo, 27 marzo 2017, JUR 2017\73051, SJPI 1 Bilbao, 29 marzo 2017).

7.- EL TÉRMINO PARA RECLAMAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

La consecuencia que el art. 83.1 TRLGDCU anuda a la declaración de abusividad es que la cláusula afectada es nula y no produce efectos. Se trata por tanto de una acción que reclama la nulidad, como recordó la STS 23-12-15. No se aplican otras categorías como la anulabilidad o nulidad relativa, sometida al término del art. 1301 CCv.

Al pretenderse la nulidad absoluta y plena, no hay término para el ejercicio de la acción. La jurisprudencia no ha dudado al considerar que, denunciada la nulidad, si concurre, la acción es imprescriptible (STS 21 enero 2003, rec. 1381/1997, 24 abril 2013, rec. 2108/2010, 6 octubre 2016, rec. 2304/2014).

Gráficamente lo explica la STS 19 noviembre 2015, rec. 1329/2014, cuando indica que *"La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible"*.

No hay, por tanto, plazo alguno que computar, ni desde la STS 23-12-15, rec. 2658/2013, que propicia reclamaciones con su doctrina, ni aunque el contrato de préstamo con garantía hipotecaria esté consumado y agotado, por haber finalizado todas las prestaciones recíprocas de las partes. Es irrelevante escindir el momento de la perfección del contrato, o el de su formalización, inscripción o pago de los tributos, de los pagos a que está obligado el prestatario. Ni siquiera cabe oponer el retraso desleal en la reclamación, por el transcurso de muchos años desde que se aplicó la cláusula, en tanto se reclama a partir de la posibilidad que abre la nueva jurisprudencia que inicia la STS 23-12-15, rec. 2658/2013.

La acción es imprescriptible, y en consecuencia, no se somete a plazo.

Gastos derivados de préstamos hipotecarios: CUESTIONES DEBATIDAS

Ana García Orruño. Magistrada

Se aborda por el ponente la problemática que suscita la conocida como cláusula de gastos (normalmente la cláusula quinta de los préstamos con garantía hipotecaria) a la luz de la conocida Sentencia del Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015.

Se trataron en formato debate las siguientes cuestiones:

1 Se recuerda que en las sentencias en las cuales se declara la nulidad hay que proceder a su **inscripción en el Registro General de Cláusulas Abusivas**. Inscripción que se ha de hacer tanto en acciones individuales como en acciones colectivas al estar previsto así en el artículo 22 de la LCGC. Se debate sobre la distinción entre abusividad y falta de transparencia y se concluye que se trata de una cláusula abusiva objetivamente y por ello inscribible en el referido Registro.

2 Se planteó también, si hay **plazo para el ejercicio de la acción**: se afirma que si se considera nula la cláusula, la acción no estará sujeta a plazo al ser imprescriptible. Se apunta la tesis que defiende que la acción de nulidad es imprescriptible pero no la reclamación de tales gastos ya que, para su recuperación, lo que hay que ejercitar es la acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; esta acción sí está sujeta a plazo en su ejercicio. Sin embargo, puede defenderse que la declaración de nulidad de una cláusula conlleva la restitución de las prestaciones entregadas como consecuencia de la misma; por tanto, los gastos padecidos habrían de restituirse *ope legis* por el mero hecho de la declaración de nulidad.

3 Se analiza someramente que en las demandas **no solo se está pidiendo la nulidad sino que se está reclamando la totalidad de gastos**. En tal sentido se recuerda la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo de 9 de noviembre de 2016 y se apunta la conveniencia de resolver en sentencia sobre el importe de los gastos para evitar incidentes de ejecución farragosos. Se hace referencia también al problema respecto de las facturas de pago de tales gastos y a la ausencia en muchos casos de un debido desglose de los diversos conceptos para poder realizar, sin integrar, un reparto equitativo en función de los intereses de las partes.

4 Otra cuestión abordada es **el papel de los notarios** ya que las facturas se han emitido por ellos frente al consumidor en aplicación de tal cláusula, lo que pudiera dar lugar a un pago a favor de tercero de conformidad con el artículo 1158 del Código Civil. En todo caso, no puede perderse de vista que nos encontramos ante supuestos de nulidad por ser abusiva la cláusula predispuesta y no negociada en perjuicio del consumidor, de modo que debe restituirse lo indebidamente abonado en aplicación de esa cláusula abusiva y por tanto nula.

5 En cuanto a **la repercusión de los tributos** se indica que la sentencia del TS declaró abusiva la repercusión de todos los tributos al prestatario lo cual se fundamenta en el artículo 29 del TRLITP y AJD, que establece como sujeto pasivo del impuesto al adquirente. Sin embargo, el artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD que no es mencionado por la sala civil del TS, los imputa al prestatario, lo que parece contradictorio con la ley. La Sala tercera del TS ya se ha pronunciado sobre dicho precepto y no ha indicado en ningún caso que el referido artículo haya excedido de la habilitación reglamentaria. No obstante, pese a tal jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la cuestión no es pacífica y se ha denunciado el carácter nulo de pleno derecho del art. 68 del Real Decreto 828/1995, así como su carácter inconstitucional.

Por último, se recuerda que el Tribunal Supremo en su Sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, consideró abusiva la cláusula por la cual se repercutía al consumidor el abono del tributo.

En todo caso, es unánime la opinión de que esta cuestión va a suscitar, en breve, elevada litigiosidad.

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Miguel Ángel Larrosa Amante. Magistrado

La cláusula de vencimiento anticipado está de actualidad en virtud de las últimas resoluciones sobre la materia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y la respuesta de nuestro Tribunal Supremo (TS) ante la STJUE de 26 de enero de 2017 que ataca la línea de flotación de la doctrina que la Sala 1ª venía sosteniendo en diversas resoluciones.

Dentro de la vorágine que se está convirtiendo la ejecución hipotecaria y el examen de la abusividad de las diversas cláusulas que integran los contratos de préstamo hipotecario hay que reconocer que, en un primer momento, esta cláusula había pasado relativamente desapercibida al haberse colocado el foco de atención sobre otras cláusulas de mayor incidencia económica como las relativas a los intereses de demora o la cláusula suelo. Sin embargo, la importancia procesal de esta cláusula es indudable pues constituye el fundamento de la ejecución, de tal manera que su nulidad impediría a la entidad de crédito dar por vencido unilateralmente el contrato de préstamo y por ello no podría acudir a la ejecución hipotecaria reclamando todo el crédito pendiente de abono, tanto el vencido como el pendiente de vencimiento en virtud del aplazamiento pactado.

Esta cláusula es, a mi juicio, más importante que aquellas otras de contenido puramente económico, al menos desde un punto de vista estrictamente procesal, y ello justifica un examen de la forma en la que ha evolucionado el examen judicial de la misma.

I.- El pasado, o de dónde venimos

El pasado, por mucho que se trate de un pasado reciente, e incluso muy reciente, nos lleva a la evolución de la redacción del artículo 693 LEC.

La redacción inicial del artículo 693.2 LEC dada por la Ley 13/2009 y que se corresponde con la vigente en la mayor parte de las ejecuciones hipotecarias actualmente en trámite en los tribunales españoles, establecía dos límites para la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado: a) era suficiente el incumplimiento de un plazo de la parte de capital del crédito o intereses y b) dicha cláusula debía de estar debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Si se cumplían estas dos condiciones la entidad de crédito podía reclamar la totalidad del capital pendiente de pago, extinguiendo el aplazamiento. Ello constituía una posición totalmente favorable a la entidad de crédito pues ante un mínimo incumplimiento (una sola cuota) estaba autorizada legalmente para declarar el vencimiento anticipado haciendo prácticamente imposible para el deudor el pago de lo debido por el aplazamiento. Lógicamente tal previsión legal pasó a las hipotecas en los mismos términos del artículo 693.2 LEC e incluso en términos todavía más favorables para el profesional. Se trataba de un privilegio a favor de un determinado acreedor no debidamente justificado y que era contrario al régimen del artículo 1124 CC y la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de un incumplimiento esencial de la

obligación para poder resolver anticipadamente un contrato.

Como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria se reformó entre otros aspectos la redacción del artículo 693.2 LEC, alterando las condiciones para la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, pues se eleva a tres meses el incumplimiento del deudor que permite su uso y se exige que el convenio conste en la escritura de constitución de la hipoteca, eliminando la referencia a la necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Se mantiene el privilegio aunque ampliando levemente el plazo a tres meses, plazo todavía muy favorable para las entidades de crédito en contratos de una duración pactada de 30 ó 40 años.

La interpretación que la jurisprudencia menor vino realizado en las diversas resoluciones del TJUE que abordaban, de forma indirecta, esta cuestión fue contradictoria, organizándose en torno a dos posturas. La primera, minoritaria, consideraba que el control de la cláusula abusiva hay que realizarlo en abstracto y por ello la eliminaban del contrato y procedían a sobreseer la ejecución. La segunda postura, claramente mayoritaria en la jurisprudencia menor, y en la que me alineaba en mis resoluciones, básicamente entendía que no era procedente un control abstracto sino que había que atender a las concretas circunstancias en las que se había producido la declaración unilateral de vencimiento, en especial el número de plazos incumplidos por el deudor y su ajuste al límite legal

marcado por el citado artículo. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2003. Los argumentos de una u otra parte eran jurídicamente defendibles en el ámbito de una materia muy discutible.

Finalmente esta tesis mayoritaria fue respaldada por la STS de 23 de diciembre de 2015 que abiertamente se ajustada a un control concreto y no abstracto de la cláusula de vencimiento anticipado.

2.- El presente, o donde estamos

El presente, que en poco tiempo será pasado, está ligado a la STJUE de 26 de enero de 2017 en relación con los AA TJUE de 17 de marzo de 2016 y 11 de junio de 2015. Dicha resolución del máximo intérprete del derecho comunitario en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander supone un cambio trascendente en materia de vencimiento anticipado. Ciertamente no aporta aspectos esencialmente novedosos pues vuelve a reiterar la ya conocida doctrina sobre la necesidad del control de oficio de las cláusulas abusivas. Pero sí introduce una muy importante novedad dado que exige que dicho control se realice en abstracto, de acuerdo con la redacción de la cláusula en el préstamo hipotecario y no en función del número de incumplimientos del deudor, aspecto éste que no había sido afirmado anteriormente y menos aún de una forma tan tajante cuando señala que "…la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión" (parágrafo 73).

Esta resolución abre un campo nuevo y viene a dar la razón a los tribunales que seguían dicha tesis y que hemos calificado como minoritarios en el conjunto de España. La importancia procesal de esta nueva precisión del TJUE es indudable pues la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

determinaría el sobreseimiento de las ejecuciones hipotecarias, prácticamente de forma masiva, en las que se vea implicado un consumidor. Consciente de la importancia de este efecto, mucho más demoledor que la discusión sobre aspectos económicos que sólo inciden en el importe que se ejecuta pero no en la propia ejecución que se sigue desarrollando, el Tribunal Supremo reaccionó planteando una cuestión prejudicial por auto de fecha 8 de febrero de 2017 en el que solicitaba al TJUE una interpretación sobre la validez y el ajuste al derecho comunitario de su propia doctrina jurisprudencial a la que anteriormente se ha hecho referencia.

Este nuevo paso generó confusión entre los operadores jurídicos, y en especial en los tribunales de justicia, sobre la actuación a seguir por la importancia de los efectos derivados de la decisión sobre el examen de abusividad de esta cláusula de vencimiento anticipado, incluida la posible apreciación de cosa juzgada en aquellas resoluciones que se convirtieran en firmes. Ello llevó de forma casi inmediata a la adopción de diversos acuerdos de plenos de Audiencias Provinciales (Madrid, Murcia, Barcelona, etc.) así como decisiones adoptadas por Juntas de Jueces de toda España en las que ponderando los intereses de ambas partes se adoptó la decisión de suspender el trámite de las apelaciones o de los procedimientos en trámite, hasta la resolución definitiva del TJUE a la cuestión judicial planteada por el TS, en los que se discuta o deba apreciarse de oficio la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y los deudores tengan la condición de consumidores. En todo caso tampoco puede entenderse que sea una decisión unánime pues existen Juzgados y Audiencias Provinciales que han decidido declarar la nulidad y acordar el sobreseimiento de las ejecuciones.

3.- El futuro o que es lo que nos espera

A partir de este momento entramos ya en el examen de una serie de aspectos y soluciones esencialmente especulativos dado que el efecto final sobre las cláusulas de vencimiento anticipado vendrá determinado por el resultado de la resolución que el TJUE dicte ante la cuestión prejudicial planteada por el TS. Podemos encontrarnos en dos escenarios dispares:

A.- El TJUE acepta la jurisprudencia matizada del TS a la que se alude en el auto de planteamiento de la cuestión jurisdiccional, lo que implicaría el reconocimiento de la validez del control concreto en atención al número de cuotas impagadas y la validez de la jurisprudencia de nuestro TS al respecto, lo que nos llevaría a alzar las suspensiones acordadas actualmente y volver a la posición mayoritaria, de manera que sólo se acordaría el sobreseimiento en casos muy determinados y en especial

cuando se declaró tal vencimiento anticipado antes del transcurso del impago de las tres cuotas a las que alude el artículo 693.2 LEC.

En este caso entraría en juego, para aquellas hipotecas que se están ejecutando anteriores a la reforma de la Ley 1/2013, la necesidad de que el pacto de vencimiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad bien entendido que en las mismas no se contiene referencia expresa al incumplimiento de tres cuotas exigido a partir de dicha reforma en el artículo 693.2 LEC, lo que podría abrir una vía, ciertamente discutible y todavía no explorada, para el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria al no cumplirse las exigencias de la ley procesal para la aplicación de dicho pacto en el seno de los procedimientos de ejecución hipotecaria al estar condicionada la posibilidad de la reclamación de la totalidad de lo adeudado al cumplimiento de las exigencias ya señaladas del citado artículo 693.2 LEC.

B.- El TJUE mantiene su posición sobre el control en abstracto de la cláusula de vencimiento anticipado puesta de manifestó en la STJUE de 26 de enero de 2017, lo que sin duda nos abocaría a una situación completamente diferente a la descrita en el apartado anterior. Vaya por delante señalar que, a mi juicio, esta es la situación más probable pues parece difícil que el TJUE cambie su posición sobre el control abstracto de la cláusula, cuando esta es la misma posición que ha mantenido en otras cláusulas de contratos con consumidores y ello a pesar de los argumentos del TS en el auto de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial. El efecto inmediato de esta decisión sería el alzamiento de las suspensiones y un sobreseimiento masivo de las ejecuciones hipotecarias pendientes de resolver en atención al carácter esencial de la cláusula en cuanto fundamento de la ejecución por el importe total de lo debido, lo que afectaría igualmente a cualquier otro tipo de ejecución dineraria al amparo del artículo 517 LEC o incluso a las que pudiesen traer causa de procedimientos monitorios y sin duda con una menor incidencia en los juicios declarativos que hayan podido plantearse en reclamación del importe de un préstamo concedido a un consumidor dadas las mayores posibilidades de defensa del consumidor en estos procesos, no limitadas a las causas tasadas de oposición de la ejecución hipotecaria y a la aplicación de los criterios clásico, y más estrictos, de la resolución de las obligaciones recíprocas fijados en el artículo 1124 CC.

4.- La cosa juzgada y el control judicial de oficio de la cláusula del vencimiento anticipado

Y es en este momento cuando surgen múltiples dudas, si bien nos vamos a centrar especialmente en las posibilidades de apreciar la cosa juzgada. En tal sentido podemos plantearnos varias hipótesis: a) que el juez examine de oficio la cláusula y la considere válida; b) que la parte ejecutada se oponga expresamente la abusividad de la cláusula y exista un pronunciamiento, favorable o no a dicha parte; c) que no haya existido examen de dicha cláusula, ni de oficio ni por vía de oposición del ejecutado; y d) qué ocurre con las ejecuciones anteriores a la reforma de la Ley 1/2013 en las que no era posible plantearse la abusividad de las cláusulas contractuales como causas de oposición. Hay que añadir que estas hipótesis deben ser igualmente puestas en relación con otras variables que inciden sobre las mismas, tales como si la vivienda hipotecada es o no vivienda habitual del ejecutado, el estado del procedimiento (fase de subasta, fase de adjudicación o fase de lanzamiento), etc.

La solución no es fácil en general pues no cabe duda que la institución de la cosa juzgada puede entrar en directa colisión con el control de las

cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Hay que destacar, no obstante, que la STJUE de 26 de enero de 2017 parte de dos premisas concretas: a) la vigencia del principio de cosa juzgada (parágrafo 46) y b) que la protección del consumidor no es absoluta, poniéndolo en relación con la cosa juzgada (parágrafo 47), y conjugando ambas premisas concluye en el parágrafo 49 que "…la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada…".

Partiendo de estos parámetros la solución pasa por la distinción según los supuestos a los que se ha hecho referencia anteriormente. No obstante hay un primer aspecto, que se deja apuntado pues su resolución exigiría un estudio de mayor profundidad y una difícil respuesta, que habrá que valorar en su momento, y que no es otro sí es posible de hablar de cosa juzgada en sede de ejecuciones dinerarias o hipotecarias, y en qué resoluciones se daría la misma, lo que nos llevaría a la necesidad de concretar cuantas posibilidades tiene el juez nacional de controlar el carácter abusivo de una cláusula y la posible extensión de los efectos de la cosa juzgada a terceros ajenos al contrato de préstamo como serían los adjudicatarios en la subasta de la finca hipotecada.

Dejando un lado estos temas apuntados considero que la STJUE de 26 de enero de 2017 ofrece una clara solución que habrá que aplicar y que básicamente se puede resumir en que sólo operará la cosa juzgada en aquellos casos en los que haya habido un pronunciamiento expreso del tribunal sobre la cláusula de vencimiento anticipado, tanto en sentido estimatorio como desestimatorio de su carácter abusivo y ello impedirá un nuevo examen de la misma por parte del tribunal, ni de oficio, ni a instancia de parte. No obstante la pretendida claridad de esta conclusión, la misma se obscurece en cuanto entramos al examen del caso concreto y de los diferentes supuestos a los que se ha hecho referencia y que a su vez generan nuevas dudas.

A.- En primer supuesto, si el juez ha examinado la cláusula de oficio en el momento previo al despacho de ejecución y la considera válida, no es tan clara la aplicación de la cosa juzgada. Por un lado el auto despachando ejecución dictado tras este control inicial difícilmente puede considerarse como generador de cosa juzgada pues implica un primer control judicial de las formalidades procesales del título. En mi opinión, si en dicho auto no existe un pronunciamiento expreso y motivado sobre el vencimiento anticipado sino una simple remisión general a la validez de las cláusulas del contrato, nada impediría al juez volver a controlar de oficio la abusividad del vencimiento anticipado en un momento posterior del procedimiento y ello sin perjuicio de la posibilidad de alegación por el ejecutado por vía del incidente de oposición y de acuerdo con lo previsto en el artículo 695.1.4º LEC.

B.- En el segundo caso, si la parte ejecutada ha formulado la oposición alegando la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, tanto por la vía del incidente excepcional de oposición como por la vía del incidente ordinario del artículo 695 LEC, la respuesta sí aparece clara, de manera que existiría cosa juzgada y no sería posible un control de oficio en un momento posterior por el tribunal ni se podría permitir reiterar dicha oposición en otras fases de la ejecución (por ejemplo, en la liquidación de intereses).

Esta solución es acorde con lo expresado en la STJUE de 26 de enero de 2017 y el necesario respeto a la cosa juzgada y ello a pesar de que se ha producido, como consecuencia de dicha resolución del tribunal comunitario, un cambio en la jurisprudencia dictada por los tribunales y con apoyo en diversas decisiones de la Sala 1ª. Ciertamente en todos aquellos casos en los que ya se ha resuelto sobre esta cuestión y que, conforme se ha expresado, venían realizando un control concreto de la forma de aplicación de la cláusula y no un control abstracto, se ha declarado la validez de una cláusula que por la actual jurisprudencia comunitaria sería nula, pero este es uno de los efectos propios de la cosa juzgada que no puede verse alterada por cambios en la jurisprudencia o en las leyes.

C.- El tercer supuesto, si no ha sido tratada la cuestión ni de oficio ni por oposición, también presenta una solución en principio clara. Conforme a la jurisprudencia comunitaria el juez podrá controlar de oficio en cualquier momento del proceso que tenga los datos fácticos y jurídicos necesarios la validez de la cláusula de vencimiento anticipado.

El problema en este caso deriva del momento último en el que se puede llevar a cabo dicho control, lo que enlaza con los casos en los que se ha dictado auto de adjudicación o bien se ha producido el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda. La necesidad de fijar un momento preclusivo para dicho control, que no puede ser otro que la conclusión de la ejecución pues en dicho momento termina el proceso y la posibilidad judicial de control de las cláusulas abusivas, me inclina a pensar que el límite se encuentra en el auto/decreto de adjudicación, pues en dicho momento el vencimiento anticipado ya ha producido todos sus efectos y el contrato está totalmente extinguido y agotada la garantía fijada con la hipoteca, de forma que el lanzamiento no es sino una consecuencia propia del cambio de titularidad de la finca por la adjudicación. Antes de este momento procesal es posible el control judicial del vencimiento anticipado y después no cabe.

D.- El problema que surge en este supuesto es que lo que ocurre con todas aquellas ejecuciones anteriores a la Ley 1/2013 en las que legalmente no era posible el control de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias. La respuesta para mí es clara. El juez podrá controlar de oficio la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, incluso en aquellos supuestos en los que el ejecutado no haya hecho uso del incidente excepcional de oposición. No ha habido pronunciamiento alguno ni control de las cláusulas abusivas por el tribunal nacional lo que implica la necesidad de dicho control una vez que tenga los elementos de hecho y de Derecho necesarios para efectuar dicho control en palabras de la propia STJUE de 26 de enero de 2017 (parágrafo 52).

Otro problema de más difícil respuesta es que ocurre en los casos señalados (anteriores a la Ley 1/2013) en los que se ha dictado auto de adjudicación o incluso se ha procedido al lanzamiento de los ejecutados que ocupaban la vivienda. La solución no es tan clara como en el caso anterior pues parece que carece de sentido llevar a cabo el control de cláusulas cuando la ejecución está concluida y la finca adjudicada a un tercero o incluso al propio ejecutante. El control en

este caso iría más allá de lo que es propio del mismo, excluir la cláusula del contrato y determinar sus efectos sobre la ejecución, pues implicaría la declaración de nulidad de las actuaciones de la ejecución conclusa y tal nulidad tiene muy mal encaje en ninguno de los supuestos del artículo 225 LEC. Parece más razonable entender que el consumidor podrá ejercitar sus derechos en vía declarativa bien solicitando la nulidad de la ejecución o la indemnización contra la entidad de crédito por los perjuicios causados por la aplicación de una cláusula nula.

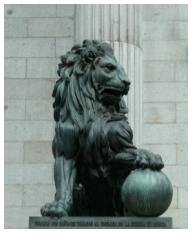
5.- Una necesaria reforma legal

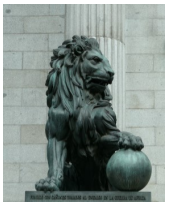
Apuntados los efectos de la STJUE de 26 de enero de 2017 en relación a las ejecuciones hipotecarias en trámite y apuntadas las soluciones que a mi juicio son posibles, soluciones de naturaleza personal que pueden no ser compartidas o incluso sustituidas por otras más meditadas o fundadas, pero que lo único que pretenden es fundar un debate sobre estos efectos para que no nos sorprendan y estemos preparados para cuando el TJUE resuelva la cuestión prejudicial planteada, no puedo terminar estos apuntes sin hacer referencia a la necesidad de que nuestro Legislador se adelante a resolver los problemas que para las ejecuciones hipotecarias se pueden generar por la condición de abusiva de unas cláusulas de vencimiento anticipado que tenían un apoyo legal en las sucesivas redacciones del artículo 693 LEC.

Se hace imprescindible una reforma legal que se oriente hacia soluciones del derecho comparado como la prevista en el artículo 498 BGB alemán que exige un porcentaje de incumplimiento del deudor de las cuotas (2,5% - 5% - 10 % del total de las cuotas en función de la duración de préstamo, si este es inferior o superior a tres años y si cuenta o no con garantía real) lo suficientemente importante como para hacer ver que el incumplimiento no es puramente puntual sino que está justificado en una imposibilidad absoluta para el pago de las cuotas del préstamo y por ello ante un incumplimiento realmente sustancial y no solo tres simples cuotas sea el que justifique el vencimiento anticipado y la reclamación de la totalidad de lo debido. A ello habrá que añadir unas adecuadas disposiciones transitorias que intenten poner coto al desbarajuste procesal en el que nos encontramos y el que puede venir en un futuro más o menos próximo.

También son posibles otras soluciones a corto plazo como es la modificación del artículo 693 LEC, reduciendo el plazo para que los deudores hipotecarios puedan rehabilitar la hipoteca antes situaciones de crisis temporal, pues carece de sentido que no sea posible volver a liberar la hipoteca sobre la vivienda habitual en el plazo de tres años (antes cinco).

En definitiva, se apuntan los problemas principales, dejando fuera otros aspectos muy importantes como la extensión a otros procedimientos de ejecución o declarativos, el análisis del resto de las cláusulas abusivas y no solo la de vencimiento anticipado, la extensión del régimen de protección a las PYMES, etc. Con ello se pretende fomentar el diálogo y la discusión jurídica sobre una cláusula, como es la de vencimiento anticipado, de gran importancia práctica y cuya nulidad puede suponer un cambio trascendente en la forma de enfocar el impago de préstamos hipotecarios.





La cláusula de vencimiento anticipado. CUESTIONES DEBATIDAS

Raquel Blázquez Martín. Magistrada

1. Las especiales dificultades de las cláusulas de vencimiento anticipado en los procesos de ejecución hipotecaria

El análisis de las (muchas) dificultades que suscitan actualmente las cláusulas de vencimiento anticipado se aborda a continuación desde el terreno más espinoso de las ejecuciones hipotecarias. Cuando la nulidad de este tipo de cláusulas se pretende a través de un proceso declarativo, el tratamiento, no siendo sencillo, presenta menos matices. Sin embargo, en las ejecuciones hipotecarias la cuestión se complica, en primer lugar por las peculiaridades del proceso (esencialmente, por las limitadas posibilidades de alegación y de prueba y por las dudas sobre el efecto de la cosa juzgada en un proceso declarativo posterior) y, en segundo lugar, porque el vencimiento anticipado es el fundamento de la ejecución -aunque hay opiniones discrepantes, y de hecho el 693.1 LEC permite seguir la ejecución solo por la cuotas impagadas-, de modo que la abusividad de la cláusula tenderá a provocar el sobreseimiento del proceso.

2. Hitos en el tratamiento de las cláusulas de vencimiento anticipado

La reforma del art. 693 LEC, en cuanto ponía fin al silencio legal sobre la materia, pareció facilitar el tratamiento de las cláusulas de vencimiento anticipado. Pero no fue así. Si la cláusula es abusiva y constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria, la consecuencia de la abusividad parece abocar, ya sin remedio desde la STJUE de 26 de enero de 2017, al sobreseimiento del proceso.

Antes de esta sentencia muchas Audiencias (entre ellas, la de Murcia) consideraban que aunque la cláusula fuera nula, un incumplimiento de la obligación de pago por el deudor hipotecario de una entidad lo suficientemente grave justificaba la prosecución del proceso de ejecución. Se entendía que el vencimiento anticipado, además de estar expresamente admitido en el art. 693 LEC, era considerado tradicionalmente por los usos del comercio como un pacto válido, expresión contractual del art. 1124 CC, si concurría un incumplimiento grave de una obligación esencial. Y

incumplimiento grave de una obligación esencial. Y se interpretaba la doctrina del TJUE (en particular, tras el auto de 11 de junio de 2016 en el asunto C-602/13) en el sentido de que el hecho de que la cláusula tuviera en abstracto carácter abusivo no implicaba automáticamente su nulidad, sino que era preciso un análisis concreto de la aplicación de la misma. Se tenía en cuenta, además, que la mayoría de las cláusulas de este tipo reproducían el tenor del art. 693, en la redacción anterior a la Ley 1/2013, y que el principio de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia comunitaria encontraba cumplimiento en la facultad de enervar la ejecución pagando las cuotas vencidas impagadas.

Aunque era una postura un tanto forzada y sus argumentos ofrecían algunos flancos de debilidad, la STS de 23 de diciembre de 2015 se pronunció en esa línea y se interpretó como un espaldarazo a los Juzgados y Audiencias que no acordaban el sobreseimiento de la ejecución pese a la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Pero, por fin, la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14), aunque no supone un cambio tan radical como algunos han pretendido, introduce el importante matiz de situar el control de abusividad de la cláusula en el análisis abstracto y en cualquier momento del procedimiento, lo que conduciría directamente al sobreseimiento de la ejecución como consecuencia de esa abusividad.

El siguiente hito es el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, ahora por el TS, en el auto de 8 de febrero de 2017.

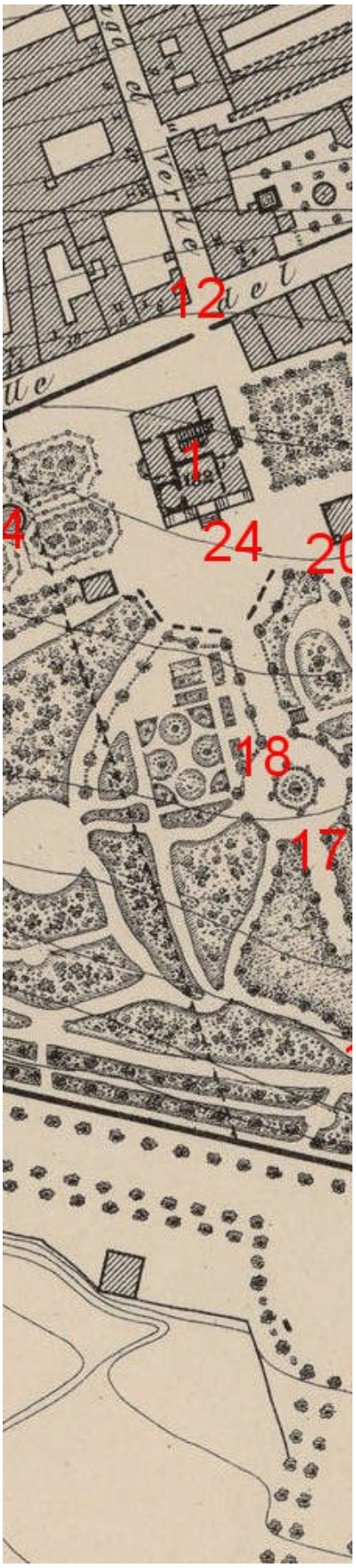
3 La situación generada

La situación que se crea para el resto de los órganos judiciales produce un cierto vértigo. Si se opta por el sobreseimiento, existe el riesgo de que el TJUE acoja todos o algunos de los argumentos del TS y cambie o matice su criterio. La mayoría de los acuerdos de Audiencias o Juntas de Jueces que se han pronunciado sobre la solución a adoptar se sitúan en la línea de la suspensión de las ejecuciones hipotecarias hasta la resolución por el TJUE de esta nueva cuestión (así por ejemplo, Audiencias de Madrid, Barcelona y Asturias y Junta de Jueces de Murcia). En cambio, la AP de Valencia (sección 9, competente en la materia) ha decidido no suspender los procesos pendientes. En el País Vasco las secciones de las distintas Audiencias están divididas.

Podemos hacer un ejercicio de ciencia ficción e intentar situarnos en qué sucederá el día después de la decisión del TJUE

La primera posibilidad, que es por la que apuesta el ponente, es que el TJUE mantenga el mismo criterio de la STJUE de 26 de enero de 2017. Cree que los argumentos del TS no tienen la contundencia necesaria como la para modificar la postura del TJUE. Ello motivaría el sobreseimiento general de todas las ejecuciones hipotecarias en las que existiera cláusula de vencimiento anticipado porque es, como ya se ha indicado, el fundamento de la ejecución.

La segunda posibilidad es que el TJUE modifique o matice su criterio, pero también en ese caso existirá una vía de sobreseimiento por el art. 693.2 LEC: si se exige que la cláusula esté prevista en la escritura de constitución del préstamo e inscrita en el Registro de la Propiedad en los términos de ese artículo y la mayoría de las cláusulas al uso –redactadas conforme al antiguo 693.2 LEC- no cumplen los requisitos de la norma ni tampoco la exigencia de la inscripción registral, no existiría base contractual que justificara el efecto del vencimiento anticipado. No obstante, esto es



discutible y de hecho fue discutido en el debate que siguió a la ponencia, por lo que pudiera suponer de aplicación retroactiva de una norma que no tiene legalmente previsto el grado máximo de retroactividad preciso para llegar a esa solución.

4 La cosa juzgada

El siguiente problema que se analiza es el alcance de la cosa juzgada en el procedimiento declarativo posterior a una ejecución hipotecaria en la que no se declaró la nulidad de la cláusula. Se plantean varias hipótesis: (i) la primera hipótesis es que el juez examine de oficio la cláusula y la considere válida; (ii) la segunda, que la parte ejecutada oponga expresamente la abusividad de la cláusula y así se declare (o no); (iii) la tercera: que no se haya tratado la cuestión, ni en el control de oficio ni como causa de oposición; (iv) y la cuarta y última es la de las ejecuciones hipotecarias anteriores a la reforma de la Ley 1/2013, en las que no podía plantearse la abusividad de la cláusula como causa de oposición

Y en todas estas hipótesis, la respuesta puede verse afectada por otras variables: que la vivienda sea o no habitual, que se haya adjudicado o no, que se haya adjudicado al hipotecante o a un tercero.

A juicio del ponente, después de la STJUE de 26 de enero de 2017 y sus referencias a la cosa juzgada –no tratada en otras sentencias anteriores del mismo tribunal- la posible solución dependería de los siguientes factores:

- Si no hay un pronunciamiento expreso previo –en un sentido o en otro-, la abusividad del vencimiento anticipado se puede controlar en cualquier momento de la ejecución hipotecaria o del declarativo posterior. En el proceso de ejecución hipotecaria, hay dudas sobe el momento final: ¿hasta la subasta? ¿Y si ya se ha adjudicado la vivienda a un tercero? La junta de jueces de Murcia ha situado el momento final en la entrega de la posesión.

- Si hay pronunciamiento expreso previo, produce efecto de

•Si hay pronunciamiento expreso previo, produce efecto de cosa juzgada. Podría entenderse que esta solución es poco respetuosa con el derecho de los consumidores, pero en algún momento hay que situar el límite de la cosa juzgada que el propio TJUE menciona como contrapeso de la protección.

El siguiente problema se plantea en las ejecuciones ordinarias y en los monitorios derivados de préstamos personales con cláusulas de vencimiento anticipado, a los que cabe hacer extensivas todas las consideraciones sobre el control de oficio y la abusividad de este tipo de cláusulas, con la dificultad añadida de que en este tipo de procesos no hay un precepto similar al art. 693 LEC que aporte base legal. Al contrario, si el fundamento es, por ejemplo, el art. 10.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, no hay control judicial posible. A título de ejemplo, la Junta de Jueces de Murcia ha ampliado mucho el ámbito de la suspensión de los procedimientos pendientes, para abarcar, además de las ejecuciones hipotecarias, las ordinarias de título no judicial o derivadas de monitorios y los propios monitorios en los que se plantee, de oficio o a instancia de parte, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Una tercera cuestión: declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado ¿es necesario entrar en el análisis del resto de las cláusulas que pueden ser abusivas? La solución que se ofrezca tiene trascendencia en el plano de la cosa de juzgada y en las posibilidades de acudir a un proceso posterior. En general, no se está entrando en la valoración del resto de las clausulas sospechosas de abusividad, pero es una cuestión polémica. Si se entra a resolver, con las limitaciones de alegaciones, pruebas y recursos –no cabría casación- y se otorga a la resolución fuerza de cosa juzgada se impide la posibilidad de un declarativo posterior, por lo que sería preferible no ir más allá. Pero no todos interpretamos igual las limitaciones de alegación y prueba: se puede sostener que la doctrina del TJUE habilita para la proposición, admisión y práctica de todo tipo de pruebas y la "comparecencia" donde se "admiten los documentos" no excluye expresamente otros medios de prueba, pero lo cierto es tampoco se puede convertir la ejecución hipotecaria en un declarativo.

5 La necesaria reforma legal

La ponencia concluye en la necesidad de una reforma legal, porque el voluntarismo judicial no es una buena solución. La solución puede ir en la línea del art. 498 BGB, que exige –sin necesidad de pacto- que el impago sea del 2,5%-5%-10% de la cantidad total (en función de si la duración del préstamo es superior o inferior a tres años y de si cuenta o no con garantía real), adaptando esos porcentajes a la realidad de la financiación española y ampliando las posibilidades de la rehabilitación del préstamo.

NOVEDADES EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

Fernando Zubiri de Salinas. Magistrado

SUMARIO

- Datos sobre la custodia compartida.
- Regulación en el Código civil y en los derechos civiles propios de las Comunidades autónomas.
  - 2.1. Código civil, artículo 92
  - 2.2. Código de Derecho foral aragonés, art. 80
  - 2.3. Derecho de Navarra, Ley Foral 3/2011, art. 3.
  - 2.4. Código de Derecho Civil de Cataluña, arts. 233 8 y siguientes
  - 2.5. Illes Balears, Ley de Parejas estables, art. 11
  - 2.6. Comunidad Valenciana
- Norma de conflicto. Determinación de la ley aplicable. Aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.
- Plan contradictorio.
- Cuestiones en ejecución de sentencia: dificultades.
- Consideraciones finales.

1. Datos sobre la custodia compartida

Cualquier estudio sobre las novedades acerca de la aplicación de una institución jurídica debe tener presente su aplicación en la práctica. En materia de custodia de hijos en casos de separación o divorcio, que requieren intervención judicial, los datos provienen de estudios sobre las sentencias recaídas en los procesos establecidos al efecto, y en los procedimientos de modificación de medidas previstos en la LEC.

Conforme a tales datos –"El Mundo", septiembre de 2016- la evolución desde el año 2007 ha sido notoria, pues la custodia compartida ha incrementado su aplicación de forma muy relevante, en detrimento de la mono parental, aunque la custodia a favor de la madre siga siendo preponderante.

2. Regulación en el Código civil y en los derechos civiles propios de las Comunidades autónomas

El sistema de guarda y custodia compartida, repartida o alternada, se caracteriza en general –y con independencia de las regulaciones precisas de cada ordenamiento- por un reparto del tiempo de convivencia de los menores con cada uno de sus progenitores, reparto que no ha de ser necesariamente igualitario, y con una igualdad en la asunción de responsabilidades entre quienes constituían el matrimonio o pareja. De forma que ya no existirá un progenitor custodio, que asume todas las tareas de cuidado, alimentación, salud y educación, y otro que se hará cargo del menor en tiempo de ocio, sino que ambos compartirán/ repartirán las funciones de educador con las de juego y entretenimiento.

Como es conocido, la materia de derecho de la persona y de la familia es objeto de regulación por los derechos propios de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, conforme al art. 149.1.8ª de la CE. Por ello examinaré la regulación actual en el Código civil y en los regímenes civiles de Aragón, Navarra, Cataluña y Baleares, con una referencia a las vicisitudes normativas en la Comunidad Valenciana.

2.1. Código civil, artículo 92

El art. 92 del CC, en su redacción vigente dada por Ley 15/2005, previene que:

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

Y en el apartado 8, tras la anulación de la necesidad de informe "favorable" del MF, acordada por STC 185/2012, permite acordar la custodia compartida a petición de uno solo de los progenitores: *8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

La jurisprudencia recaída al respecto ha ido ampliando la posibilidad de la custodia compartida en el régimen del derecho común, hasta el punto de considerarla como "la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea". Tesis que sería reiterada por numerosas sentencias de la Sala Primera» (SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012, y de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012, entre otras). Régimen que pretende aproximar "*al modelo existente antes de la ruptura y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y*

crecimiento de los hijos" (STS de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014).

Conforme a esta jurisprudencia, los parámetros a considerar para establecer la custodia compartida son:

a) sistema "más normal" e incluso deseable"

Con el régimen de guarda y custodia compartida: *"a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia"* (SSTS de 27 de junio de 2016, Rec. 3698/2015, y de 12 de septiembre de 2016, Rec. 3200/2015, entre otras).

b) el interés del menor como interés superior a considerar:

Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que "*si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el Art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad*" (STS de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).

c) el "mutuo respeto" entre los padres como requisito para su adopción:

"La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad" (SSTS de 25 de abril de 2016, Rec. 1980/2015, y de 21 de septiembre de 2016, Rec. 3282/2015, entre otras). Aunque matiza que "*Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes*" (STS de 16 de febrero de 2015, Rec. 890/2014)".

d) no es circunstancia que impida la adopción de la guarda y custodia compartida la "deslocalización" o cambio de domicilio:

En este sentido, las STS de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008, de 7 de julio de 2011, Rec. 1221/2010, y de 30 de diciembre de 2015, Rec. 183/2015; aunque en cada caso se decide en función de las posibilidades reales de compartir esa custodia atendidas las distancias existentes entre ambos domicilios.

e) no impide la adopción de la guarda y custodia compartida que el régimen inicialmente fijado en convenio haya funcionado, evitando que el sistema adoptado se "petrifique":

"... el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio notarial no es especialmente significativo para impedirlo, [el cambio a custodia compartida] lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo del hijo y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual". Y se añade: *"En tercer lugar, la rutina en los hábitos del menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis".* (STS de 18 de noviembre de 2014, Rec. 412/2014, y de 15 de julio de 2015, Rec. 530/2014, entre otras).

f) la petición de al menos uno de los cónyuges como requisito para su adopción:

"requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse". (STS de 15 de junio de 2016, Rec. 1698/2015).

Esta exigencia, derivada del texto de la norma y reiterada en la jurisprudencia, puede impedir la custodia compartida en casos en que cada uno de los progenitores solicita ser el custodio individual, de modo que los tribunales se ven abocados a optar entre una u otra de las custodias unipersonales, desechando de principio la compartida. Podría preguntarse si: 1) quien pide lo más solicita también, subsidiariamente, lo menos, es decir, el reparto de tiempo y responsabilidad en la custodia; 2) dado que el MF tiene intervención necesaria en esta clase de procesos, podría instar la custodia compartida o repartida si los progenitores no alcanzan un acuerdo sobre esta posibilidad, y si esta petición pudiera bastar para una decisión judicial el tal sentido.

g) necesidad de plan contradictorio para la adopción de la guarda y custodia compartida.

" Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores" (STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013). En similar sentido, STS de 20 de septiembre de 2016, Rec. 3217/2015.

h) audiencia al menor:

" La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés

del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada" (STS de 20 de octubre de 2014, Rec. 1229/2013).

2.2. Código de Derecho foral aragonés, art. 80

El legislador aragonés, a partir de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, hoy incluida en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), establece varias posibilidades de custodia, pero con preferencia de la compartida. Ha seguido así el modelo ya instaurado en otras legislaciones, en las que la *"Joint custody*" en alguna de sus formas es la modalidad normal de mantener la educación y desarrollo de los hijos e hijas menores, con intervención de ambos progenitores en la toma de decisiones, en el cuidado de ellos y en el reparto temporal de la convivencia.

El texto legal, hoy vigente, encuadrado en el Código de Derecho Foral de Aragón, propicia la propuesta de los cónyuges o componentes de la pareja que se separan, y previene que "*En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.*

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar" (art.80.1*)*.

Para el caso de falta de acuerdo, en el que el juez ha de decidir, la regulación es la siguiente:

Art. 80.2.- "*El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

a. La edad de los hijos.
b. El arraigo social y familiar de los hijos.
c. La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
d. La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
e. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
f. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia".

La jurisprudencia del TSJ de Aragón al respecto ha recalcado que la custodia compartida es el sistema preferente en derecho aragonés -Sentencia de 7 de septiembre de 2016, nº 20/2016, aunque el reparto de tiempo no ha de ser igualitario -Sentencia de 30 de enero de 2017-.

Respecto a la aplicación en caso de traslado a otros territorios, véase Sentencia de 21-12-2016, sobre ley aplicable, cambio de domicilio de la madre con la hija menor y derecho de visitas del padre.

2.3. Derecho de Navarra, Ley Foral 3/2011, art. 3

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, permite diversas formas de guarda y custodia de los hijos, a criterio del juez, a la vista de los dictámenes y audiencias que estime convenientes, según sea más favorable al interés del menor.

La legislación navarra no otorga una preferencia de la custodia compartida, aunque la contempla como posible, en interés de los hijos.

Sobre la aplicación de esta ley en el tiempo, y su relación con otros ordenamientos jurídicos, véase la STSJ de Navarra, de 23 de octubre de 2012.

2.4. Código de Derecho Civil de Cataluña, arts. 233 8 y siguientes

El Código de Derecho Civil de Cataluña en materia de familia previene (art. 233 8) que

1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9.

3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor.

En el art. 233 10 se parte de la forma acordada:

1. La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.

En su defecto, la autoridad judicial establecerá el sistema de custodia, ajustado a lo prevenido en el 233 8, aunque puede decidir la custodia individual si resulta más conveniente a los menores:

2. La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

…

4. La autoridad judicial, excepcionalmente, puede encomendar la guarda a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas o, en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la potestad parental.

La STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 2015, nº 39/2015**,** destaca la conveniencia de la custodia compartida, y aborda la audiencia de los menores, forma de llevarla a cabo y su relevancia para la decisión.

2.5. Illes Balears, Ley de parejas estables, art. 11

Esta Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, regula una forma de custodia en casos de separación que se atiene, en primer lugar, a la decisión adoptada por los integrantes de la pareja, y en su defecto a la resolución de la autoridad judicial, adoptada en atención a las circunstancias del caso y en beneficio de los hijos.

Artículo 11:

1. En el supuesto de ruptura de la convivencia en vida de ambos miembros de la pareja, éstos pueden acordar lo que consideren oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas, de comunicación y de estancias. No obstante, el juez puede moderar equitativamente lo acordado, cuando lo considere lesivo para uno de los miembros de la pareja o para los hijos.

2. En defecto de pacto, el juez o la jueza debe acordar lo que considere procedente respecto de los hijos, en su beneficio y previa audiencia de éstos si tienen suficiente juicio, y en todo caso, de los mayores de doce años.

2.6. Comunidad Valenciana.

En esta comunidad se promulgó la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que otorgaba preferencia a la compartida –vid. STSJ Comunidad Valenciana, sec. 1ª, S 1-6-2015, nº 16/2015-. Pero dicha Ley fue anulada por la STC Pleno de 16 noviembre 2016, con los efectos previstos en el FJ 5.

3. Norma de conflicto. Determinación de la ley aplicable. Aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.

Es de aplicación general, como norma de conflicto, lo dispuesto en el artículo 9.4 segundo párrafo del Código civil a cuyo tenor " La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños".

El Convenio previene en su art. 15.1 la aplicación de la lex fori: "En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley".

Conforme al apartado 3 del art. 15 del Convenio, " En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación".

Para casos en que un Estado disponga de varios sistemas de derecho de familia, el art. 47 del Convenio dispone: En relación a un Estado en el que dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de reglas relativas a las cuestiones reguladas en el presente Convenio se aplican en unidades territoriales diferentes:

1. Toda referencia a la residencia habitual en este Estado se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial.
2. Toda referencia a la presencia del niño en este Estado se refiere a la presencia del niño en una unidad territorial.
3. Toda referencia a la situación de los bienes del niño en este Estado se refiere a la situación de los bienes del niño en una unidad territorial.
4. Toda referencia al Estado del que el niño posee la nacionalidad se refiere a la unidad territorial designada por la ley de este Estado o, en ausencia de reglas pertinentes, a la unidad territorial con la que el niño presente el vínculo más estrecho.

4. Plan contradictorio.

El plan contradictorio, a que se refiere la regulación del derecho Civil común, similar al plan de parentalidad catalán o al pacto de relaciones familiares de derecho aragonés, es una fórmula que permite hallar una solución convenida de la custodia de la prole, sometido siempre a aprobación judicial con intervención del MF.

El plan ha de considerar, al menos, las siguientes cuestiones:

a) la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, y la distancia entre los domicilios de los progenitores;
b) la toma de decisiones sobre su educación, salud y cuidado;
c) deberes referentes a la guarda y custodia;
d) periodos de convivencia con cada progenitor;
e) relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores;
f) los deseos manifestados por los menores competentes;
g) el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales.

5. Cuestiones en ejecución de sentencia: dificultades.

Mediante información obtenida de los juzgados de primera instancia, especializados en derecho de familia, resulta lo siguiente:

1. Las sentencias firmes son a veces objeto de modificación de medidas, pero en general esgrimiendo razones de modificación de situaciones fácticas –trabajo, situación económica o residencia de los progenitores - y no por causa de inadecuado ejercicio de la custodia compartida.
2. Los planes de relaciones familiares, que las partes han de presentar al juez caso de separación o divorcio, contemplan cada vez más la custodia compartida como una posibilidad real.
3. Se viene acordado en los convenios, cada vez más, un régimen de custodia compartida, mediante reparto de tiempos, generalmente a través de estancias de un periodo temporal breve con cada uno de los progenitores –de semanas o quincenas-.
4. Es habitual derivar a los progenitores a mediación, como forma de evitar el conflicto en vía judicial. El resultado de esta

mediación no es siempre satisfactorio, pero ayuda a encauzar el conflicto y resolverlo conforme a los parámetros legales.

5. En casos de dificultad de relación personal entre los progenitores se viene utilizando el punto de encuentro familiar como lugar en que se producen las entregas –generalmente de niños y niñas de muy corta edad-. La eficacia de estos espacios está contrastada, y sirven no solo para evitar o disminuir las situaciones de tensión, sino que también actúan como asesores y mediadores respecto de los problemas que se plantean.
6. Los informes emitidos en procesos de modificación de medidas, que son los únicos que habitualmente llegan a los tribunales respecto a la evolución de la situación educativa y emocional de los menores, muestran que la guarda compartida viene funcionando con normalidad, una vez salvados los inconvenientes iniciales que para los hijos tiene el cambio de domicilio.
7. No resulta habitual que en un proceso de esta clase se inste –y obtenga- la vuelta de un sistema de guarda compartida a otro de custodia individual.

6. Consideraciones finales.

Me permito plantear, como tesis finales, las siguientes:

- La custodia compartida es una opción contemplada en todos los regímenes jurídicos de separación con hijos/as a cargo.
- Su uso es creciente y se vislumbra como opción general
- Se puede ejercitar en tiempos distintos por cada progenitor
- No hay datos que atestigüen un fracaso del sistema

El Código civil no facilita la opción por la custodia compartida, aunque la jurisprudencia del TS ha aplicado la regulación de modo que propicia esta forma de custodia.

Custodia compartida. CUESTIONES DEBATIDAS

Ana Rincón Varona. Jueza

Tras la ponencia, fueron objeto de análisis las siguientes cuestiones.

1 Desde la STC de 17 de octubre de 2012, donde se estableció que el régimen de guarda y custodia compartida ya no dependía del informe favorable del fiscal sino únicamente de la valoración que merecía al Juez la adecuación de dicha medida atendiendo al interés del menor y, especialmente, tras la STS de 29 de abril de 2013, que fijó doctrina sobre los requisitos a valorar para adoptar, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida, fijando a su vez que la guarda y custodia compartida no debía ser lo excepcional sino la regla general siempre que no resultara perjudicial para el menor, se ha producido un aumento progresivo del uso del régimen de guarda y custodia compartida y no existen datos que atestigüen el fracaso del sistema.

Ello es así pese que, en ocasiones, es cierto que se interponen demandas donde se solicita la modificación del régimen de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre por un sistema de custodia compartida con el único objetivo de presionar a la madre y negociar otros aspectos como son la enajenación de la vivienda familiar, la reducción de la pensión de alimentos o la reducción/supresión de la pensión compensatoria.

Tampoco el hecho de que los progenitores más jóvenes deleguen el cuidado de los/las menores en los abuelos/as supone un fracaso del sistema, puesto que dicha delegación no afecta a la responsabilidad que debe asumir cada uno de ellos en el sistema de custodia compartida.

Y ello, porque hoy en día a la hora de establecer un régimen de custodia compartida resulta prioritario el aspecto cualitativo sobre el cuantitativo, siendo lo relevante las responsabilidades que asume cada progenitor y no el tiempo que el/la menor permanece con cada uno de ellos, que puede ser desigual.

Partimos en esta materia de conceptos jurídicos indeterminados para determinar el régimen de guarda y custodia más adecuado, como el interés superior del menor, lo que nos permite establecer tantos regímenes de custodia compartida como unidades familiares, en función de las circunstancias de cada una de ellas.

2 Y para decidir el/la Juez/a el sistema más idóneo resulta de gran importancia la exploración de los/las menores, aun cuando es dudoso que estos se expresen con total libertad cuando acuden al Juzgado.

El artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que en los procedimientos contenciosos

de oficio o a petición el fiscal, partes, miembros del equipo técnico judicial o del propio menor *"se oirá a los hijos menores o incapacitados, si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años".*

Los convenios internacionales no exigen que el/la niño/a sea oído por el Tribunal sino que sea oído en el proceso por lo que la exploración puede hacerse por un/a psicólogo/a.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su reciente Sentencia de 11/10/2016 (recurso 23298/12) que no se puede denegar su práctica porque el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado ya les haya entrevistado. Esta sentencia declara que los Tribunales españoles vulneraron el derecho de la madre recurrente a un proceso justo en el sentido del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos porque a pesar de haber solicitado la audiencia de las hijas menores de edad en el proceso de divorcio el Tribunal no se pronunció sobre la solicitud. El TEDH también afirma que "no se percibe ninguna razón que justifique que la opinión de la hija de la requirente, una menor que en el momento tenía más de 12 años, no fuera directamente recogida por el juez de primera instancia en el marco del procedimiento de divorcio". Es decir, el TEDH declara que la práctica de los Tribunales españoles que se niegan a realizar la audiencia al menor porque ya se ha hecho en la elaboración del informe pericial, no atiende a ninguna razón que lo justifique. Sin embargo, en el caso concreto declara que se ha vulnerado el derecho porque los Tribunales no dieron respuesta a la solicitud de la parte recurrente de que se oyera a las hijas menores de edad en el proceso de divorcio. Habiéndose solicitado, el/la juez/a hubiera tenido que pronunciarse sobre la necesidad o no de oír a los hijos/as menores de edad y motivar la decisión.

De todo ello puede interpretarse que no se puede argumentar la negativa en que ya se ha dado traslado de la opinión de los hijos menores de edad a través del informe elaborado por los Equipos Técnicos Judiciales.

El artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil añade que "en las exploraciones a los menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario".

Al respecto se ha de indicar que no parece conveniente recoger la exploración de los/las menores en soporte de grabación de la imagen y el sonido, sino que resulta suficiente recoger las manifestaciones en acta levantada por el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, a quien le corresponde el ejercicio de la fe pública judicial en las actuaciones judiciales conforme al art. 145 de la LEC.

Dicho esto, también resalta el valor de los informes elaborados por los Equipos Técnicos adscritos a los Juzgados a la hora de adoptar una decisión en los procesos de familia.

En todo caso, estos informes no deben realizar propuestas de resolución, sino que los/las psicólogos/as han de limitarse a la descripción de la unidad familiar y su entorno.

Viene siendo frecuente que los/las psicólogos/as de los Equipos Técnicos indiquen en sus informes que el/la menor está

bien adaptado al régimen de custodia exclusiva, recomendando en base a ello que se mantenga dicho sistema. Sin embargo, no puede descartarse por ese único motivo el sistema de custodia compartida, puesto que el/la menor también puede adaptarse a éste. Y es que el régimen más cómodo para los progenitores no tiene por qué ser el más idóneo para el/la menor.

3 Por otra parte, **las normativas autonómicas sobre esta materia exigen en general que la petición de un régimen de guarda y custodia compartida vaya acompañado por un plan contradictorio. Sin embargo, el Derecho Común no lo exige.**

Aun así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo que se debe concretar la forma y contenido del ejercicio de la custodia compartida a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, períodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado la Sala de los Civil del Tribunal Supremo sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor" (STS nº 801/2016).

Aun así, no se suele presentar el plan contradictorio ni en el proceso declarativo, ni en proceso de ejecución, ni siquiera en procesos de modificación de medidas posteriores, y se está aceptando por los/las Juez/Juezas el relato genérico que se realiza en los escritos de demanda y contestación, pero en todo caso sería necesario que se presentara, tal y como exigen las últimas sentencias del Tribunal Supremo.

Se percibe, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo a pesar de mantener el régimen de guarda y custodia como el sistema preferente, está exigiendo cada vez más requisitos para su instauración.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 722/2016, de 5 de diciembre, aun cuando refiere que el sistema de custodia compartida es el deseable, indica que se debe concretar su conveniencia a la vista de las circunstancias concretas que concurran.

La referida sentencia declara que la ausencia de elementos probatorios y fundamentadores de la custodia compartida impide que la sala pueda aceptar su instauración. Y ello, porque no se habían practicado pruebas psicosociales y/o exploraciones de los menos, ni se aportaba plan contradictorio.

Lo que resulta contradictorio con algunas normativas autonómicas (como la de Aragón) que

establecen el régimen de guarda y custodia compartida como preferente debiendo acreditarse su inidoneidad y no su idoneidad.

4 También la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene siendo cambiante en cuanto a las exigencias de mínimo dialogo entre los progenitores. Así, antes exigía un mínimo respeto entre ellos, no siendo un obstáculo la existencia de conflicto. Sin embargo, las últimas sentencias indican lo contrario.

En todo caso, es exigible un mutuo respeto entre los progenitores, puesto que la ausencia da lugar a controversias posteriores en forma de procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los que se discuten cuestiones como la guardería, donde se empadronan los menores, etc.

Para evitar estos procedimientos posteriores que denotan que no existe entre los progenitores un mínimo dialogo, resulta de gran relevancia la aportación de plan contradictorio puesto que ello evitaría con seguridad muchos conflictos.

5 Finalmente, establecido un régimen de guarda y custodia compartida, habrá de valorarse caso por caso a que progenitor se le atribuye el uso de la vivienda familiar o en que porcentajes contribuirá cada uno a los alimentos de los hijos, sin que se puedan establecer criterios generales al respecto.

Así, por ejemplo, puede fijarse una aportación para gastos comunes, como el colegio, y modularla en función de los ingresos de cada progenitor. La cuenta bancaria común en todo caso debe ser de carácter mancomunado y por ende ninguno de los progenitores debe disponer de una tarjeta de crédito/debito vinculada a la referida cuenta.

Y en cuanto a la vivienda familiar puede optarse por la atribución a uno de los progenitores a cambio de que el otro abone un importe por el uso, tal y como preveía la normativa autonómica valenciana.

En conclusión, el régimen de guarda y custodia compartida es el deseable y su fijación no debe ser excepcional sino la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor.