

BOLETÍN

COMISIÓN DE
DERECHO
PRIVADO
VOLUMEN II

Nº 25

abril 2020

Juezas y Jueces
para la Democracia

ARTÍCULOS

EL CONTRATO DE
PRÉSTAMO HIPOTECARIO
SURGIDO DE LA LEY 5/2019
Miguel Angel Larrosa Amante

EL IRPH TRAS LA STJUE DE
3 MARZO 2020
Edmundo Rodríguez Achútegui

CUSTODIA COMPARTIDA:
USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR Y ALIMENTOS DE
LOS HIJOS
Esther González González

DERECHO FORAL
NAVARRO:
DE TUTELA SOCIAL Y
PATRIOTISMO
CONSTITUCIONAL
Edorta J. Echarandio Herrera

Dirección y coordinación
Juan Vacas y Edmundo
Rodríguez

Edición
Juezas y Jueces para la
Democracia





El contrato de préstamo hipotecario surgido de la ley 5/2019

Miguel Ángel Larrosa Amante

Presidente de la Audiencia Provincial de Murcia

I.-INTRODUCCIÓN

1.-¿Qué se pretende con la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario?

Dentro de poco hará un año de la publicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI en adelante). El fundamento inicial de dicha norma era el necesario cumplimiento de la obligación legal de transcripción al derecho interno de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/E y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. Así se indica en el apartado II del Preámbulo.

Para poder entender el tipo de contrato de crédito inmobiliario diseñado en la Ley 5/2019, así como las características del mismo y la limitación que contiene a la autonomía de la voluntad, transformándose en un contrato de contenido marcadamente imperativo, es preciso preguntarnos si esta finalidad confesada en el Preámbulo es la única, o incluso si es el principal objetivo de la ley. Y en respuesta a esta cuestión, desde un principio, debe adelantarse que la transposición de la Directiva comunitaria es la excusa necesaria para dar una vuelta de tuerca al régimen jurídico del crédito hipotecario en España.

La propia LCCI no oculta que es algo más que una simple transposición de la Directiva cuando, en el apartado II de su Preámbulo, después de recordar la necesidad de la transposición de la

norma comunitaria, señala que *“Además, vista la experiencia hasta la fecha, y al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes”*. Y lo vuelve a reiterar en el apartado III del Preámbulo de la ley cuando se recuerda que *“Además, se introducen a lo largo del articulado una serie de disposiciones que regulan aspectos que no están específicamente previstos en la normativa europea o que van más allá de su contenido, y cuya finalidad es reforzar determinados aspectos del régimen jurídico de contratación hipotecaria...El objetivo último es reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación...”*.

Lo importante para el legislador español, aparte de evitar la sanción derivada del retraso en la transposición de la Directiva, es la consideración general de los contratos de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria como esenciales para la estabilidad económica de nuestro país y elemento clave para la cohesión social derivada del acceso a la propiedad de viviendas de una parte importante de la sociedad española. El crédito hipotecario siempre había sido en nuestro Derecho un baluarte de seguridad jurídica. Sin embargo, el mismo ha venido siendo socavado de forma reiterada por un elemento incorporado desde el Derecho Comunitario, como es el necesario control de la existencia de cláusulas abusivas en tales contratos, desde la Directiva 93/13 y las reformas internas de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en las que se fueron incorporando sucesivamente, hasta llegar a los actuales artículos 82 a 91 del RD Legislativo 1/2007, completado con la reforma procesal operada por la Ley 1/2013 y la importante modificación de los motivos de oposición en sede de ejecución hipotecaria, con la introducción del apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante). Y también ha ayudado a hacer temblar este baluarte la jurisprudencia, incuestionable en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante), aunque más vacilante, sobre todo al

principio, la jurisprudencia española, sin perjuicio de que ya se haya abrazado, con mayor o menor ilusión o convencimiento, el criterio básico del TJUE y de la legislación comunitaria, del control de oficio por los tribunales de la abusividad de las cláusulas contractuales en los contratos celebrados con consumidores, incluyendo los otrora intocables préstamos hipotecarios.

Por ello, el legislador español, antes de que se caiga todo el entramado del crédito inmobiliario, ha decidido intentar reforzar el mismo intentando cumplir dos objetivos básicos: a) garantizar la seguridad jurídica y b) frenar la amplia litigiosidad generada en los tribunales españoles derivada tanto del control de oficio por los tribunales o las masivas oposiciones de los deudores en las ejecuciones hipotecarias, como de las demandas sobre condiciones generales de contratación en préstamos hipotecarios, y que están cerca de colapsar nuestro sistema judicial civil. Y para ello ha acudido a la Ley 5/2019.

Para lograr este objetivo, se ha aprovechado que la Directiva transpuesta cambia el criterio general de las últimas Directivas en materia de protección del consumidor de armonización máxima por un criterio mixto en el que se reflejan algunos aspectos de total armonización (art. 2.2 Directiva 2014/17), como son la información precontractual a través de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN, en adelante), prevista en el artículo 14.2 y en el anexo II, parte A) de la Directiva 2014/17 y el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE, en adelante), regulado en el artículo 17 y anexo I de la norma comunitaria, junto con una armonización mínima en la que se autoriza a los Estados Miembros, en su artículo 2.1, a adoptar un régimen de protección superior al fijado por la propia norma comunitaria, en lo que es una expresión del principio de armonización mínima propio de las iniciales Directivas en materia de consumo, en virtud del cual cada país puede adoptar las medidas que considere más adecuadas en relación con su propia configuración legal del objeto de la Directiva en cuestión.

En atención a ello, el legislador español va más allá de la transposición del texto de la Directiva y adapta la materia relativa a la contratación de inmuebles para uso residencial a las peculiaridades de nuestro propio sistema. Se ha afirmado que es una Directiva superflua para España. Sin llegar a aceptar plenamente dicha afirmación, pues en definitiva el principio de supremacía del Derecho de la Unión Europea impide poder valorar la bondad o no de la norma comunitaria e implica la necesaria incorporación a nuestro Derecho, lo cierto es que ni se transpone toda la Directiva ni todo lo que se incorpora a la Ley 5/2019 está incluido dentro del objeto de la propia norma comunitaria. Así lo declara expresamente en la Disposición Final 14ª y en la Disposición Final 15ª.3 se fija un plazo de seis meses para la completa integración de la Directiva, teniendo en cuenta la doble previsión establecida en la citada Disposición Final 15ª para su desarrollo por medio de Real Decreto (apartado 1) y por medio de Orden Ministerial del Ministerio de Economía (apartado 2). Dicho desarrollo legal se ha producido finalmente con la publicación del RD 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera y Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en ambos casos publicadas en el BOE de 29 de abril de 2019).

2.- La forma del contrato en la Directiva 2014/17.

Se puede afirmar que son muy pocos aspectos de la Directiva los que inciden sobre la forma del contrato de crédito inmobiliario. Pero, es más, la Directiva 2014/17 no es, ni pretende, ser una norma que imponga un contenido o forma contractual concreta, sino que, al contrario, la mayor parte de los aspectos introducidos en nuestra norma, no están referidos en el texto comunitario ni se desprende de su contenido la posibilidad de aplicación. Sin duda alguna, el legislador español ha aprovechado la amplia libertad de la Directiva para ajustar el contrato a nuestra particular situación hipotecaria.

Ninguno de los dos aspectos de armonización máxima, previstos en el artículo 2.2 de la Directiva (cálculo del TAE e información precontractual), afecta a la forma. El cálculo del TAE (art. 17 Directiva) determina los mecanismos de cálculo unificado del mismo y los elementos que deben integrarlo; sí lo configura como un elemento de necesaria inclusión en el contrato, pero lo que se regula específicamente, el cálculo, no deja de ser nada más que información al prestatario sobre el coste real que el contrato le va a suponer. La información a través de la FEIN (art. 14.2 y Anexo II de la Directiva) es una información precontractual de las condiciones del contrato, especialmente sobre las condiciones esenciales que enumera, pero no regula de forma específica el contenido de las cláusulas sobre las que se informa. Estos aspectos sí se transponen literalmente, pero no tienen incidencia en la forma del contrato.

A lo largo de todo el texto de la Directiva 2014/17, existen una serie de previsiones que tienen incidencia sobre la forma y contenido del contrato, pero que, en ningún caso, configuran un clausulado imperativo que afecte, como ocurre en la LCCI, a la fijación del contenido exacto de las cláusulas contractuales más importantes del crédito inmobiliario. En tal sentido se pueden señalar:

- a. Las previsiones del artículo 23 de la Directiva, relativa al préstamo en moneda extranjera, en el que se impone un contenido obligatorio en dos aspectos: a) reconocimiento del derecho a convertir el préstamo en una moneda alternativa y b) la fijación de limitaciones del riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor (art. 23.1 Directiva). Más que contenido imperativo, se trata de previsiones encaminadas a proteger al consumidor en un tipo de préstamo de alto nivel de riesgo por la volatilidad de los tipos de cambio empleados.

- b. En segundo lugar, también incide en el contenido del contrato la prohibición de ventas vinculadas establecida en el artículo 12.1 Directiva 2014/17, sin perjuicio de que el amplio abanico de excepciones contenidas en el citado artículo desvirtúe en gran medida la prohibición señalada.
- c. De nuevo, en la misma línea proteccionista para el consumidor señalada en relación a los préstamos en moneda extranjera, el artículo 25 Directiva regula el derecho del prestatario al reembolso anticipado antes del vencimiento ordinario del contrato de crédito inmobiliario. Dicho derecho se configura como un principio general que debe de ser respetado, sin perjuicio de dejar a los Estados Miembros la forma concreta en la que se refleja dicho derecho y la regulación de la compensación de la entidad prestamista por dicho reembolso anticipado, que pretende limitar acudiendo a un concepto jurídico indeterminado como es el de “perdida financiera”, que tampoco aparece definido en el artículo 4 de la Directiva 2014/17.
- d. Por último, en el artículo 24 de la Directiva se limita a señalar, en relación a los tipos de préstamos con interés variable, las características que deben de tener los índices de referencia que se utilicen en dichos contratos (claros, accesibles, objetivos y verificables).

No hay más referencias en la Directiva a aspectos que puedan afectar a la forma del contrato. Toda la regulación de la LCCI sobre gastos, forma, vencimiento anticipado o intereses de demora nace del legislador español y de la jurisprudencia de los últimos años. Se da una regulación imperativa a estos aspectos y ello condiciona el propio contenido del contrato al que se extiende la imperatividad señalada.

II.- UN MODELO DE CONTRATO IMPERATIVO

Entrando ya en el examen de los contratos de crédito inmobiliario definidos en la Ley 5/2019,

hay que partir de que estamos ante un modelo, como señala Vicente Guilarte, “...*que salvo lo que atañe al interés, fijo o variable –único aspecto que queda para el juego de la competencia, aunque los índices de referencia también están predeterminados—está predefinido por normas imperativas: vencimiento anticipado, interés moratorio, comisiones, gastos, ventas vinculadas y combinadas, etc. Nada queda al libre albedrío del predisponente...*”. Ello hace necesario diferenciar entre la forma y el contenido del contrato, sin perjuicio de que ambos se ven afectados de igual manera por la imperatividad señalada.

La Ley 5/19 parte de una declaración general del carácter imperativo de sus previsiones, excluyéndolas de la autonomía de la voluntad. Así se establece en el párrafo primero del artículo 3 LCCI cuando señala que “*Las disposiciones de esta ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario*”. Esta imperatividad se concreta en el carácter marcadamente intervencionista en la forma y el contenido del contrato, lo que se desarrolla a lo largo de todo el capítulo II, en el que se van fijando su contenido hasta convertir los préstamos hipotecarios que se integran en su ámbito objetivo en un contrato normado y con escaso margen para la autonomía de la voluntad, la cual desaparece totalmente en aquellos aspectos que más jurisprudencia se han generado en los años anteriores, como los relativos a la distribución de gastos, vencimiento anticipado, cláusulas suelo o intereses de demora. En este tipo de contratos prevalece el texto de la ley sobre la voluntad negocial de las partes que queda limitada y constreñida solo a aquellos aspectos en los que expresamente la ley abra tal posibilidad de negociación, como, por ejemplo, la posibilidad de pactar la dación en pago (art. 9) o la fijación de una comisión de apertura (art. 14.4).

El principal efecto de este contenido imperativo en el contrato es la imposibilidad de aplicar el control de cláusulas abusivas, derivado de la Directiva 93/13, dado que su artículo 1.2 excluye del control de abusividad todas aquellas cláusulas que sean una transcripción de una norma legal imperativa. Así



lo ha recordado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y nuestros tribunales. El posible control de cláusulas abusivas, que sigue vigente dado que no se ha derogado la causa de oposición del artículo 695.1.4 LEC, por parte del juez, de oficio o a instancia de parte, queda muy limitado para todos los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se vayan concertando a partir de la entrada en vigor de la ley que comentamos.

Como contrapartida a esta limitación, desde un punto de vista positivo, esta imperatividad permite eludir la discusión sobre la validez o abusividad de la cláusula, pues si las entidades prestamistas no se ajustan a las previsiones legales, tales cláusulas serán nulas de pleno derecho por ser contrarias a una norma imperativa, por aplicación del artículo 6.3 CC al que se remite el segundo párrafo del artículo 3 LCCI. Ello implica adelantar que la función del juez cambia radicalmente tras la entrada en vigor de la ley, de manera que se pasa de un control de abusividad a un control de estricta legalidad.

Partiendo de las premisas anteriores, debemos de comenzar por el examen separado de los aspectos relativos a la forma del contrato, aspecto al que se refiere el artículo 22.1 LCCI, del contenido imperativo de dicho contrato, que se encuentra disperso, con una criticable técnica legislativa, a lo largo del texto legal (artículos 8, 17, 20, 21, 23, 24 y 25 LCCI).

III.- FORMA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

1.-El artículo 22.1 LCCI.

Comenzando por el examen de la forma de los contratos, la única referencia expresa a la misma que se contiene en la ley 5/2019 es la prevista en el artículo 22.1 LCCI, según el cual: *“1. Los contratos de préstamo regulados en esta Ley se formalizarán en papel o en otro soporte duradero. En caso de que estén garantizados con hipoteca constituida sobre un inmueble de uso residencial situado en territorio nacional, deberán formalizarse en escritura pública, pudiendo adoptar el formato electrónico conforme a la legislación notarial. En ellos se harán constar, además de los elementos esenciales del contrato, los datos y los elementos que se determinen por el Gobierno mediante real decreto”*.

Lo primero que es preciso señalar es que, al momento actual, todavía no se ha determinado por el Gobierno otros elementos diferentes que deban de hacerse constar de forma expresa en el contrato. El RD 309/2019, de 26 de abril no cumple dicha función. Como se indica en su preámbulo se limita a desarrollar algunos aspectos necesarios para garantizar los derechos reconocidos a los prestatarios en la Ley 5/2019, en concreto, la regulación de los medios telemáticos para la remisión de la documentación del prestatario al notario (artículos 11 y 12 de

dicha norma). Ello implica que el análisis de forma debe de quedar limitado a las previsiones de la Ley 5/2019, sin perjuicio de que, en un futuro, sean posibles nuevas exigencias de forma o contenido derivadas del desarrollo reglamentario autorizado en el citado artículo 22.1 LCCI.

Es más, este desarrollo reglamentario puede llevar incluso a la creación de un modelo de contrato de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria en relación a los contratos sometidos al ámbito objetivo y subjetivo de esta ley. La Disposición Final 15ª LCCI, en su apartado a) autoriza al Gobierno para el desarrollo por Real Decreto, entre otros aspectos, y en particular, “...a fijar las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o de prever de forma expresa...”. Ello supone la fijación de un contenido mínimo imperativo que deberá de ser cumplido en cualquier contrato sometido al ámbito objetivo de esta ley. De hecho, en el apartado d) DF 15ª se autoriza, incluso “al establecimiento de un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria”, aunque destaca que su uso será voluntario para las partes. Esto supone que el Gobierno podrá imponer el contenido de aquellas cláusulas que considere necesarias, incluso sobre cláusulas que no estén expresamente reguladas en la ley, y ofertar el uso voluntario de un modelo de contrato, en términos semejantes a los contratos de crédito al consumo o los de compraventa de bienes muebles a plazos.

2.- Imperatividad de la forma escrita en estos contratos.

De acuerdo con lo que se ha venido razonando anteriormente, ya debe adelantarse que el contrato de crédito inmobiliario regulado por la Ley 5/2019 siempre será un contrato escrito, con independencia de que exista o no garantía hipotecaria, lo que supone una limitación al principio de libertad de forma que se reconoce en el artículo 1278 CC.

El efecto de la ausencia de forma escrita en estos contratos, esto es, un contrato verbal o que no cumplan las exigencias de forma del artículo 22.1 LCCI en función del tipo de

negocio, es la nulidad del negocio jurídico al estar realizado en fraude de ley, de acuerdo con las previsiones del artículo 3 LCCI. La forma en estos contratos no se configura sólo como la exteriorización del negocio jurídico o con una finalidad puramente probatoria, sino esencialmente es una forma garantista en beneficio del prestatario.

La existencia de dos formas diferenciadas dentro del mismo artículo debe ponerse en relación con el contenido del artículo 2 LCCI. Así, se exigirá siempre escritura pública en los contratos a los que se refiere el apartado a) del artículo 2.1, esto es, siempre que se constituya una hipoteca u otro tipo de garantía real sobre inmuebles de uso residencial. Bastará la forma escrita privada para los contratos a los que se refiere el apartado b) del citado artículo 2.1 LCCI, esto es, préstamos a consumidores sin garantía real para la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles. La justificación del diferente trato no es otra que la necesidad de acceso al Registro de la Propiedad de las garantías reales constituidas que no existe en el otro tipo de contrato incluido en el ámbito objetivo de la Ley 5/2019.

3.- Soporte papel.

El artículo 22.1 LCCI comienza por la declaración de que estos contratos deben de formalizarse en papel o en soporte duradero. Por tanto, y en principio, cabe la celebración de contratos sometidos a la Ley 5/2019, en soporte papel o su equivalente en el tráfico jurídico, en un documento privado. Sin embargo, esta afirmación debe de ser doblemente matizada, matices que prácticamente dejan sin contenido la afirmación anterior.

En primer lugar, ya se ha señalado que no sería suficiente dicha forma en aquellos contratos en los que exista una garantía de naturaleza real para los que se exigiría el otorgamiento de un documento público, como es la escritura.

En segundo lugar, hay que partir de que los contratos sometidos la Ley 5/2019 no pueden ser celebrados entre particulares, ni siquiera

los referidos al apartado b) del artículo 2.1 LCCI. Este propio artículo lo deja claro cuando señala que *“Esta ley será de aplicación a los contratos de préstamos concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional...”*. Y, como demuestra la realidad diaria, los prestamistas profesionales no suelen conceder este tipo de préstamos (habitualmente de larga duración y por elevados importes) sin otorgar algún tipo de documento público, fundamentalmente a los efectos de tener en su poder un título de naturaleza ejecutiva (art. 517.2. 4º y 5º LEC).

4.- Soporte duradero

Pero no sólo es posible la celebración de este contrato de acuerdo con un documento escrito. Al anterior hay que añadir la propia previsión legal de forma en soporte duradero, que lógicamente debe entenderse como un soporte físico diferente al escrito, dada la conjunción disyuntiva “o” del texto legal. Qué debemos entender por soporte duradero no está expresamente definido en el texto legal, sino que se define por remisión a otra norma. Dentro del conjunto de definiciones del artículo 4 LCCI, en el apartado 17) se señala que se considerará como soporte duradero aquel que cumpla las condiciones establecidas en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (LCCC en adelante). Y dicha definición se encuentra dentro del artículo 7 LCCC, relativo a los requisitos de la información cuando señala que *“Por soporte duradero se entiende todo instrumento que permita al consumidor conservar la información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada”*. Es una definición idéntica a la establecida en el artículo 4.18 de la Directiva 2008/48/CE a la que se remite igualmente la Directiva 2014/17.

No obstante, la inicial claridad de la definición, el alcance de la misma es un aspecto discutido y sujeto a interpretación. Claramente viene referido a contratos remitidos por medios electrónicos al prestatario. Es una definición abierta que ha generado diversas resoluciones del TJUE a los efectos de interpretar dicha definición. En tal sentido, STJUE de 5 de julio de 2012 (caso Content Services contra Bundesarbeitskmmmer) señaló que el acceso a la información a través de un hipervínculo en un sitio de Internet de la empresa no cumplía con el concepto de soporte duradero dado que la información no era ni facilitada ni recibida por el consumidor. En la posterior STJUE de 25 de enero de 2017 (caso BAWAG PSK Bank contra Verein), estima como soporte duradero aquellos casos en los que la información está ubicada en un buzón de correo electrónico de la entidad financiera, pudiendo acceder el consumidor tras conectarse con sus claves al sitio de Internet de banca electrónica, lo que considera admisible dado que *“permite al usuario de servicios almacenar la información que se le envía personalmente de tal manera que esa información pueda ser consultada posteriormente durante un periodo de tiempo adecuado a su finalidad y reproducida sin cambios”*. Lo fundamental, por tanto, para que podamos hablar de soporte duradero es que el consumidor tenga la posibilidad de almacenar la información que se le haya dirigido personalmente, con la garantía de que no se ha alterado su contenido y su accesibilidad durante un periodo adecuado, así como la posibilidad de reproducción de modo idéntico.

5.- Escritura pública.

La última exigencia de forma concreta de este tipo de contratos es el otorgamiento de escritura pública. La misma puede ser otorgada en todos los contratos sometidos a la ley, pero es imperativa, y por tanto debe calificarse como una forma *ad solemnitatem*, para los contratos a los que se refiere el apartado a) del artículo 2.1 LCCI, que, por otro lado, son aquellos negocios jurídicos que van a ser más usuales en este tipo de contratación. Por tanto, todo préstamo con garantía hipotecario sobre un inmueble de uso residencial concertado por una persona física deberá de ser otorgado en escritura pública. La ley, en este punto, no hace nada más que reiterar las exigencias de los artículos 145 y 159 LH y del artículo 1875 CC.

En relación a la exigencia de escritura pública, el artículo 22.2 LCCI, incorpora un condicionante formal que afecta al otorgamiento de la escritura pública, esto es, la previa realización del acta al que se refiere el artículo 15.3 LCCI, sin cuyo otorgamiento no será posible otorgar la escritura de préstamo con garantía hipotecaria ni inscribir la escritura en el Registro de la Propiedad si no consta la reseña de dicha acta en los términos exigidos en el artículo 15.7 LCCI. Es preciso realizar algunas precisiones.

En primer lugar, estas exigencias sólo afectarán a las escrituras de constitución de hipoteca sobre garantía de un inmueble de uso residencial que estén sujetas al ámbito objetivo y subjetivo de la Ley 5/2019. En el resto de hipotecas o garantías legales que no afecten a bienes de uso residencial o sean otorgadas por personas jurídicas, no será exigible el acta del artículo 15 LCCI, salvo que concurren a su otorgamiento personas físicas como avalistas o como hipotecante no deudor, en cuyo caso sí será preciso otorgar dicha acta.

En segundo lugar, la citada acta no será exigible tampoco a los contratos a los que se refiere el artículo 2.1.b) cuando no se documenten en escritura pública, o cuando sí se otorguen con esta forma, pero el prestatario, el fiador o el garante, aunque sean personas físicas, no tengan la condición de consumidores. Para ello habrá que acudir al criterio de vinculación con la mercantil desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En tercer lugar, en los supuestos de novación o subrogación de préstamos hipotecarios preexistentes que se produzcan después de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera LCCI, las escrituras públicas que se otorguen deberán de contener las referencias señaladas en los apartados 3 y 7 del artículo 15 LCCI, por lo que también deberá de otorgarse el correspondiente acta notarial previa a la escritura de novación o subrogación.

6.- Momento de perfección del contrato.

La imperatividad de la forma contractual nos lleva a preguntarnos cuando se entiende perfeccionado el contrato de crédito inmobiliario, en especial en atención al conjunto de información facilitada, así como la propia intervención notarial previa al otorgamiento de la escritura pública. Así podrían pensarse diversos momentos para dicha perfección: una vez transcurridos diez días desde que se ofrezca la información precontractual dado el carácter de oferta vinculante de la misma para el prestamista; cuando se acude al notario y se levanta el acta del artículo 15.3 LCCI; o bien cuando se otorgue la escritura pública.

En el derecho español se ha simplificado este aspecto dado que no se ha introducido ningún tipo de derecho de desistimiento en favor del prestatario, a pesar de que dicha posibilidad quedaba abierta en la Directiva 2014/17. En efecto, en el artículo 14.6 de la Directiva, permite a los Estados Miembros elegir entre un periodo de reflexión o un periodo para el ejercicio del derecho de desistimiento, o una combinación de ambas figuras. La diferencia entre ambas no es baladí en modo alguno. Si se acepta un periodo de reflexión, el mismo siempre tendrá carácter precontractual y su función es la de permitir la comparación con otras ofertas o meditar sobre la conveniencia de la oferta realizada por el concreto prestamista. Por el contrario, si se opta por un derecho de desistimiento, tal como el mismo viene configurado en el derecho comunitario, estaríamos ante un contrato perfecto en el que se reconoce un periodo posterior a la firma del contrato durante el cual el prestatario puede libremente y sin expresión de causa dejar sin efecto de forma unilateral el contrato de crédito inmobiliario concretado.

El legislador español opta por fijar un periodo de reflexión precontractual en un doble momento. En primer lugar, no puede firmarse el contrato hasta pasados, como mínimo, diez días desde la entrega de la documentación exigida por la ley (art. 14.1 LCCI). Y, en segundo lugar, la escritura pública sólo puede otorgarse una vez transcurrido un día desde la

realización del acta notarial de verificación del cumplimiento de los requisitos de transparencia material (art. 17.3 LCCI).

En mi opinión, creo que estamos ante una buena opción legislativa. Es cierto que el derecho de desistimiento se configura como uno de los pilares básicos de la normativa comunitaria de protección a los consumidores y usuarios, hasta el punto de ser considerado como una de las tres patas del banco en el que se apoya todo el entramado consumerista, junto con la información y las cláusulas abusivas. Sin embargo, en atención a las condiciones de este contrato, no parece apropiado fijar un derecho de desistimiento. Este tiene su fundamento, entre otros motivos, en permitir que el consumidor pueda valorar la conveniencia de lo adquirido y suele darse dentro del ámbito de la contratación a distancia o no presencial en la que suele haber importantes déficits de información al consumidor. Sin embargo, los contratos sometidos a la Ley 5/2019, en primer lugar, no son contratos propiamente de consumo, por lo que conceder un derecho de desistimiento sería tanto como extender a un no consumidor (la persona física que celebre este contrato, aunque no tenga tal condición) un mecanismo de protección netamente de consumo. En segundo lugar, si algo no falta en los contratos sometidos a esta ley es precisamente información, que se facilita de forma múltiples y a través de diversas vías, incluida la notarial. Por ello, la contratación se basa en la existencia de una información cierta y efectivamente facilitada, que se presume comprendida en virtud del resultado del test notarial, por lo que es suficiente un periodo de reflexión y no es preciso un derecho de desistimiento expreso.

Por tanto, debemos considerar que el contrato se perfecciona sólo cuando se firma la escritura pública, física o electrónica, o el documento privado, en los casos que ello sea posible.

IV.- CONTENIDO DEL CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO

1.- Elementos esenciales del contrato.

El artículo 22.1 LCCI establece que en cualquiera de las formas señaladas para que se documenten estos contratos sometidos a la Ley 5/2019, en los mismos deberán necesariamente de hacerse constar: a) los elementos esenciales del contrato y b) los elementos adicionales que se determinen por la futura normativa de desarrollo.

Comenzando por los elementos esenciales, hay que partir de que la ley no establece un catálogo expreso de cuál es el contenido del contrato que debe de ser calificado como esencial a los efectos de su necesaria inclusión en el contrato, cualquier que sea la forma que tenga. Tampoco la Directiva 2014/17 contiene referencia alguna a los aspectos imprescindibles en los contratos de crédito inmobiliario. Ello implica que tales elementos esenciales deben de ser deducidos tanto de la propia ley o Directiva, como de otras fuentes legales que puedan ser aplicables, o incluso desde la propia teoría general del negocio jurídico y, en especial, en relación a los contratos de préstamo y de hipoteca.

Comenzando por estas últimas fuentes generales, y en relación con el ámbito del préstamo hipotecario, habría que tomar en consideración las previsiones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación por los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios o servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o de crédito; la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; o la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. También es posible acudir a las previsiones, todavía más generales de los artículos 1261, 1740,

1753, 1755, 1874 a 1880, todos ellos del Código Civil, así como las previsiones de la Ley Hipotecaria.

Dentro de la propia Ley 5/2019, aunque no se identifican de forma expresa qué elementos esenciales deben ser objeto de expresa mención en el contrato, sí se puede acudir al contenido de la FEIN (anexo I, apartado a) LCCI) y a la FiAE (anexo II de la Orden EHA/2899/2011, introducida por la Orden ECE/482/2019).

Finalmente, la propia jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, a la vista de la necesidad de interpretar qué cláusulas contractuales pueden ser examinadas como abusivas en los contratos celebrados con consumidores, también ha venido llevando a cabo una labor de delimitación de las cláusulas esenciales de estos contratos que, precisamente por dicho carácter, no pueden quedar sometidas al control de abusividad derivado de la Directiva 93/13.

En definitiva, a la vista de todo este material de interpretación, debemos considerar como esenciales todos aquellos elementos que sirvan para delimitar las características propias tanto del préstamo o crédito como de la hipoteca. En atención a ello, podemos considerar como elementos esenciales de obligada mención en todo contrato sometido a la Ley 5/2019 los siguientes:

- La identidad del prestatario y del prestamista.
- El objeto del contrato:
 - El importe del principal del préstamo, con expresa referencia a la entrega del mismo por el prestamista.
 - La obligación del prestatario de restituir el capital prestado.
 - El interés remuneratorio que debe abonar el prestatario.
 - TAE
 - El plazo de duración del préstamo.
- La descripción del inmueble de uso residencial sobre el que se constituye la hipoteca o la garantía real.
- La responsabilidad hipotecaria de la que responde la finca hipotecada.
- El valor de tasación a efectos de subasta.
- La fijación de un domicilio del deudor hipotecario para que se lleven a cabo las notificaciones.
- El otorgamiento del acta del artículo 15.3 LCCI.

2.- Elementos adicionales del contrato.

Junto con los elementos esenciales existen una serie de elementos adicionales que vienen a configurar la regulación contractual completa del contrato, sin que puedan considerarse como imprescindibles para la validez del negocio jurídico. Para elementos tan importantes para el prestatario como los relativos a la periodicidad del reembolso, el número total de pagos, el importe de cada cuota, cláusulas como las de gastos, comisiones, vencimiento anticipado o interés de demora, el reembolso anticipado, el índice o tipo oficial de referencia, etc., no existe una expresa exigencia de mención en el instrumento en el que se documente el contrato concertado. Por ello, y en pura teoría, tales elementos podrían ser suprimidos del documento que se firme, y el contrato de crédito inmobiliario sería válido con los elementos esenciales a los que se ha hecho referencia anteriormente, más aquellos que en un futuro pueda fijar el Gobierno en virtud de la habilitación concedida.

Sin embargo, esta conclusión inicial no puede ser compartida. Sea o no obligatorio la mención de estos elementos, del texto de la propia ley se puede fácilmente deducir que todo contrato debe de contar con estos elementos, bien directamente integrados en el documento público o privado, o bien por las remisiones que se contiene a la información precontractual que se ha debido de facilitar, incluyendo el contenido de la FEIN, de la FiAE y del proyecto de contrato que operan, como ya se ha señalado, como oferta vinculante.

Para determinar estos elementos accesorios de obligada mención en el contrato, y con el fin de no cansar excesivamente con tediosas enumeraciones o listados, basta remitirnos al contenido de la FEIN (anexo II Ley 5/2019), en relación a aquellos elementos que deben incluirse, según las características del contrato que se celebre, pues no todas las menciones de la FEIN deben de reflejarse necesariamente (así, por ejemplo, un contrato con interés remuneratorio fijo, no tendría que incluir las previsiones de la FEIN en atención a los intereses variables). Los datos a los que se refiere la FiAE no son nada más que mera repetición de materias ya contenidas en la FEIN, y opera como un mero refuerzo sobre aquellas cláusulas contractuales especialmente sensibles para el prestatario.

V.- ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS IMPERATIVAS

Después de un análisis general de la forma y del principal contenido, resta por examinar, más en concreto, algunas de las cláusulas de contenido imperativo establecidas en la Ley 5/2019. La base del mismo ha sido, en muchas ocasiones, la jurisprudencia que se ha dictado en los últimos años en atención al control de cláusulas abusivas por los tribunales españoles. Pero, aceptando las premisas de base de dicha jurisprudencia, ha alterado su contenido para adaptarlo a aquellos criterios que el legislador ha considerado oportunos.

Este contenido imperativo de las cláusulas afecta a aquellas que principalmente han sido objeto de impugnación masiva por parte de los consumidores o aquellas otras que han venido siendo reiteradamente declaradas nulas por parte de los tribunales. El efecto principal de la nueva redacción del contenido del contrato no es otro que el futuro cese de la litigiosidad en masa sobre préstamos hipotecarios al fijarse unos criterios claros que generarán seguridad jurídica tanto a las entidades de crédito como a los prestatarios. Mejoran las condiciones de estos últimos en régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, pero a la vez limitan el control de abusividad por parte de los

tribunales, con el efecto añadido de que están ya sirviendo de parámetro para el control de abusividad en préstamos hipotecarios no sometidos a la LCCI, tal como está ocurriendo en relación a la cláusula de vencimiento anticipado tras la STS de 11 de septiembre de 2019.

1.- Distribución de gastos.

Una de las materias que más litigiosidad está dando en este momento en nuestro país es la relativa a las cláusulas de gastos integradas en los contratos de préstamos hipotecarios anteriormente concertados, hasta el punto de haber dado lugar a la creación de juzgados especializados que están soportando una avalancha de reclamaciones. La jurisprudencia ha ido fijando criterios y recientemente el Tribunal Supremo ha dictado una serie de importantes sentencias en la que fijan los criterios de interpretación, no tanto sobre la validez de estas cláusulas contractuales, de cuya nulidad no hay duda ni discusión, sino del régimen de distribución de dichos gastos entre prestatario y prestamista. Y ello es lo que resuelve la Ley 5/2019 al fijar una serie de criterios sobre el abono de tales gastos que tienen el mismo carácter imperativo, adoptando en las soluciones alcanzadas en el texto legal criterios autónomos con respecto a lo establecido por el Tribunal Supremo.

Con escasa sistemática, la regulación de los gastos se incluye en el artículo 14 LCCI relativo a las normas de transparencia en los contratos de préstamos inmobiliarios. Hay que señalar que el citado artículo 14 LCCI hace referencia, en una innecesaria repetición, en tres ocasiones a la distribución de los gastos. Así se hace referencia a los mismos en el apartado e) del artículo 14.1, pero también en el apartado b) como contenido obligatorio de la FiAE (*“la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo”*) y en el apartado d) dentro del proyecto de contrato que debe entregarse al prestatario (*“incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato”*). En el citado artículo se regula el contenido de la documentación precontractual que debe entregarse a los potenciales prestatarios, incluida la información sobre los



gastos derivados del préstamo hipotecario. Pero incluye una distribución de gastos que quizás debería de haber tenido una regulación propia, como el vencimiento anticipado o los intereses de demora, y que distorsiona, en cierto sentido, el contenido del artículo al incluir entre las reglas de transparencia una regulación concreta de los contratos en materia de gastos. En todo caso, son los criterios que deben fijarse y que constituyen la base de la distribución de los gastos.

La ley impone como obligación a cargo del prestamista el pago de los siguientes gastos: a) gestoría; b) aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y de las copias que pueda solicitar; c) inscripción en el Registro de la Propiedad de las garantías; y d) el pago del impuesto de actos jurídicos documentados, de acuerdo con la vigente normativa fiscal en relación a este impuesto tras la reforma del artículo 29 del RD Legislativo 1/1993 llevada a cabo por el RD Ley 17/18, de 8 de noviembre.

Por su parte el prestatario estará obligado al pago de los siguientes gastos: a) tasación del inmueble; b) aranceles notariales de las copias de las escrituras del préstamo que solicite.

Como puede apreciarse el régimen de gastos queda en una posición más favorable al prestatario que la establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tendía a una distribución por mitad de tales gastos entre prestatario y prestamista e imponía al prestatario el pago íntegro del impuesto de actos jurídicos documentados tras las

polémicas sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Una especialidad que se contiene en el artículo 14.1.e) LCCI es la relativa a la distribución de los gastos en el caso de cambio de prestamista por subrogación de acuerdo con lo previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Con el fin de evitar la competencia desleal que supondría que el subrogante no deba de abonar parte de los gastos asumidos por el prestamista principal, se reconoce en los párrafos segundo y tercero del citado artículo 14.1.e) LCCI, una suerte de derecho de crédito a favor del prestamista inicial y que debe asumir el nuevo prestamista. En tal sentido se le reconoce un derecho de compensación “...en la parte proporcional del impuesto y de los gastos que le correspondieron en el momento de la constitución del préstamo al subrogado conforme a los apartados anteriores”, fijándose posteriormente dos reglas para el cálculo de dicha compensación, una referida al impuesto de actos jurídicos documentados (diferencia entre lo pagado y una nueva liquidación del impuesto sobre la cantidad pendiente de amortización) y otra al resto de los gastos (parte proporcional de la parte abonada en relación al capital pendiente de amortización a la fecha de la subrogación).

Es de destacar que estamos ante un crédito entre entidades prestamistas y que en nada afecta al prestatario, quien es libre de cambiar de acreedor, sin que guarde relación con los gastos de reembolso anticipado que pueda tener que abonar, conforme examinaremos posteriormente. Ello implica que la subrogación no queda condicionada por el pago por la entidad subrogante de dicha compensación a

El contrato de préstamo hipotecario surgido de la ley 5/2019

la entidad subrogada, de forma que se haya hecho o no dicho abono, la subrogación será válida y eficaz para el prestatario.

2.- Comisiones.

A.- Principio general en materia de comisiones.

El principio general que se deriva de la Ley 5/2019 es el relativo a la limitación en la fijación de comisiones. No se prohíben las mismas, pero sí se condicionan fuertemente, de manera que su establecimiento deberá de ajustarse a las concretas exigencias legales.

En tal sentido, se establecen en el texto legal dos condiciones que deben ser respetadas, de tal manera que permite entender la desaparición de algunas de las comisiones más discutidas y habituales en la práctica anterior. En el artículo 14.3 LCCI se fija un doble criterio para su inclusión en el contrato, partiendo del hecho de que es posible percibir comisiones, pero las mismas deben de cumplir una doble exigencia para poder ser reclamada al prestatario: a) que el servicio haya sido solicitado en firme por el prestatario y b) que la comisión corresponda a un servicio efectivamente prestado o a un gasto que pueda acreditarse por el prestamista. Los dos requisitos citados tienen un carácter jerárquico, de tal manera que la exigencia principal es que el servicio haya sido solicitado por el prestatario, y sólo cuando se haya producido tal solicitud en firme es posible reclamar una comisión, siempre que haya sido efectivamente ejecutado el servicio por la entidad de crédito. En el caso de que se fijen comisiones, la carga de la prueba del cumplimiento de ambas exigencias legales corresponderá al prestamista, de forma que, si no es posible dicha prueba, no podrá obligarse al prestatario al abono de estas comisiones o gastos por ser nulas de pleno derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 LCCI.

B.- Comisiones legalmente previstas.

La primera comisión que expresamente se regula en la Ley 5/2019, es la comisión de apertura, configurándose como uno de los escasos elementos que pueden ser pactados entre las partes, al autorizarse dicho acuerdo en el artículo 14.4 LCCI, si bien fijando claras condiciones para su aplicación y cálculo. Para poder incluirse la misma en el contrato, y como primer elemento para su exigencia, es preciso el acuerdo entre ambas partes. Pero la ley no deja libertad de pacto absoluta, sino que impone una serie de límites, de manera que dicha comisión de apertura: a) solo se devengará por una vez y b) englobará todos los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo, incluyendo la comisión por cambio de moneda en préstamos en moneda extranjera. Lo que queda abierto al pacto es, por un lado la propia fijación de la comisión de apertura, que no es obligatoria en caso alguno, y en segundo lugar el criterio económico de aplicación de esta comisión, de manera que podrá ser un porcentaje sobre el capital prestado, una cantidad fija o cualquier otro sistema mixto que pueda ser pactado. Lo que no se exige en la ley es la necesidad de que la entidad de crédito tenga que justificar qué tipo de gastos ha incluido dentro de esta comisión de apertura ni la necesidad de cuantificar los mismos de forma desglosada.

La segunda, y última, comisión a la que se refiere el texto legal está prevista en el artículo 23 LCCI, en el que se permite que se pacte una comisión por reembolso anticipado en atención al tipo de interés (fijo o variable), el periodo de duración del contrato transcurrido cuando se

lleva a cabo el reembolso, o la novación o subrogación en el préstamo. Se examinará con mayor detalle cuando se entre en la regulación del reembolso anticipado.

3.- Intereses.

La oferta del tipo de interés remuneratorio del contrato es libre y no existe limitación alguna en la ley 5/2019, por lo que será uno de los aspectos negociados en la contratación de préstamos hipotecarios cubiertos por esta ley. Lo único que se impone a la entidad de crédito es la necesidad de facilitar al potencial prestatario una información exacta, clara y comprensible sobre el tipo de interés aplicado (fijo o variable) y el porcentaje del mismo, datos que se incorporan dentro de la FEIN (anexo II de la ley), todo ello junto con ejemplos representativos de una posible evolución de los tipos de interés en el caso de intereses variables.

No obstante, lo anterior, la ley establece, de forma dispersa, una serie de previsiones que afectan a los intereses y que suponen auténticas limitaciones en relación con el principio general de libertad de interés y que condicionan el contenido del mismo:

A.- Intereses remuneratorios.

a. Invariabilidad del tipo de interés. Así se establece en el artículo 21.1 LCCI, el cual impone la imposibilidad de variación del tipo de interés, en perjuicio del prestatario, durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo formalizado por escrito entre las partes. En todo caso, dicho acuerdo debe ajustarse a un índice de referencia objetivo. A sensu contrario, debe considerarse como válido la posibilidad de pactar variaciones del tipo de interés aplicado que puedan resultar beneficiosas para el prestatario.

b. Condiciones de los índices de referencia objetivos empleados en los préstamos hipotecarios. Ante las dudas surgidas por el empleo de ciertos índices como el IRPH, la ley corta de raíz dicha polémica al imponer en los casos de intereses variables, el empleo de índices de

referencia que deben de cumplir las exigencias previstas en el artículo 21.2 LCCI: a) claro, objetivo y verificable; b) calculado a precio de mercado sin posibilidad de influencia del prestamista por sí sólo o en prácticas comunes con otros prestamistas; y c) que su cálculo se lleve a cabo a través de procedimientos matemáticos objetivos.

c. Prohibición de las cláusulas suelo. En el artículo 21.3 LCCI se señala expresamente, y con carácter imperativo, que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés, lo que supone una expresa prohibición de las cláusulas suelo, sin perjuicio de que serían admisibles cláusulas techo en este mismo tipo de contratos al operar las mismas en beneficio del prestatario.

d. Prohibición de remuneración bancaria en los intereses variables. El artículo 21.4 LCCI establece que el interés remuneratorio en estas operaciones no podrá ser negativo, lo que implica que en un escenario de evolución a la baja de los tipos de interés según el índice de referencia aplicado, si el interés aplicable no fuese positivo, el préstamo no tendrá interés remuneratorio alguno (equivaldría al 0 %, de ahí que se suele denominar como cláusula de interés 0) pero el prestatario no percibiría la diferencia a su favor que resultaría de un índice negativo para la entidad de crédito.

B.- Intereses de demora.

En relación a los intereses de demora, la redacción del actual artículo 25 LCCI tiene su apoyo en la previsión del artículo 28 de la Directiva 2014/17, en la que se fijan dos alternativas, en los apartados 2 y 3 de dicho artículo, en orden a la regulación por parte de los Estados miembros de los recargos o demoras a favor del prestamista en caso de impago del deudor, estando amparadas ambas tanto en el principio de libertad de pactos (*podrán autorizar a los prestamistas a imponer recargos adicionales al deudor en caso de impago*) como en el proteccionismo tuitivo de los derechos de los consumidores (*Los*

Estados miembros que acojan esta posibilidad determinarán el valor máximo de estos recargos).

El legislador español ha optado por el régimen de máxima protección al prestatario vedando cualquier facultad de disposición del prestamista en relación a los intereses de demora, dotando a tan sensible tema de la máxima seguridad jurídica, al optarse por establecer un régimen de carácter totalmente imperativo, sin margen de discrecionalidad alguno para las partes, lo que ha acarreado igualmente la necesaria reforma del artículo 114 LH, cuyo párrafo tercero fue modificado por la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2019 para adaptarlo al contenido del artículo 25 LCCI, siempre dentro del ámbito objetivo y subjetivo de esta ley.

Ahora bien, la redacción del citado artículo 25 LCCI deja una duda interpretativa importante, dado que parece limitar el tipo de interés imperativo sólo a los contratos concluidos por una persona física que estén garantizados por hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, esto es los contratos a los que se hace referencia en el apartado a) del artículo 2.1 LCCI, por lo que en principio, para los otros contratos referidos en el apartado b) no sería aplicable la norma imperativa citada, y ello a pesar de que en este caso el prestatario siempre tiene que ser un consumidor. La solución no es clara, pues pasaría desde la aplicación analógica del citado artículo 25 al mantenimiento para estos contratos celebrados con consumidores de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la nulidad de las cláusulas de intereses moratorios en contratos celebrados con consumidores que superen en dos puntos el interés remuneratorio, con la consecuencia añadida de aplicar en estos casos sólo el interés ordinario pactado en el contrato vigente a la fecha de cada uno de los incumplimientos. Ante el silencio legal, parece esta segunda opción la más acertada y más garantista para el consumidor.

a. Limitación de los intereses de demora. El artículo 25 LCCI regula el régimen de los intereses de demora, fijando imperativamente su contenido (art. 25.2 LCCI) que, por ello, queda fuera de la negociación previa al contrato, de forma que éste debe de fijar este interés de demora legal. En este punto la ley sigue el criterio establecido por el Tribunal Supremo de fijar un incremento de puntos sobre el interés remuneratorio vigente en el momento en el que se produce la demora por parte del prestatario, si bien lo incrementa ligeramente. Dicho interés será el interés remuneratorio incrementado en tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. Ello implica que se aplica este interés en atención al remuneratorio vigente cuando se produce la mora del deudor, pudiendo variar el mismo a lo largo de toda la vida del préstamo siguiendo las variaciones del tipo de interés ordinario. En caso de vencimiento anticipado, el interés de demora será aquel que incremente tres puntos el interés vigente a la fecha en la que se declaró vencido el préstamo para el principal vencido a partir de dicho momento.



b. Prohibición del anatocismo. El artículo 25.1 LCCI establece una expresa prohibición de anatocismo en este tipo de contratos al señalar que el interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.- Reembolso anticipado.

El siguiente aspecto que comentaremos en relación al contenido del contrato es la regulación que se establece en el artículo 23 LCCI sobre el reembolso anticipado. Parte del contenido del artículo es trasposición parcial del artículo 25 de la Directiva 2014/17/UE, al que se introducen algunas modificaciones por parte del legislador español.

Lo primero que es preciso destacar es que estamos ante un derecho del prestatario fijado legalmente y que, por ello, no forma parte del contenido pactado del contrato de préstamo sino del contenido normado o imperativo del mismo, de manera que no será válida ninguna cláusula que eliminase esta posibilidad de reembolso anticipado, la condicionase en cualquier sentido o fijase unas comisiones diferentes de las previstas en el citado artículo 23 LCCI.

Como tal derecho podrá ser o no ejercitado por el prestatario, reconociéndose la posibilidad de un reembolso total o parcial del capital adeudado en el momento en el que ejercite dicha opción (art. 23.1 LCCI), si bien se imponen unas condiciones previas a su ejercicio:

-En primer lugar, se reconoce imperativamente este derecho al prestatario, en cualquier momento anterior a la expiración del término pactado.

-El prestatario deberá de comunicar al prestamista previamente al reembolso su voluntad de anticipar el pago total o parcial de préstamo, con un plazo máximo de un mes anterior al reembolso.

-En segundo lugar, al prestamista se le impone una obligación adicional de información en el artículo 23.2 LCCI, pues en un plazo máximo de tres días después de la comunicación estará obligado a facilitar al prestatario, en soporte duradero, la información necesaria para evaluar esta opción, cuantificando las consecuencias económicas que para el prestatario tendrá la anticipación en el pago de sus obligaciones.

-En tercer lugar, en el artículo 23.3 LCCI, se reconoce al prestatario un derecho a la reducción del coste total del préstamo.

Ejercitada dicha opción y facilitada esta información, el prestatario podrá efectuar el pago anticipado, para el que no existe ninguna posibilidad de rechazo por parte de la entidad de crédito. Entiendo que esta no podrá incluir entre sus cláusulas limitaciones del tipo de pago anticipado de un porcentaje mínimo del capital adeudado, pues la ley no establece distinción alguna en este aspecto y no cabe la limitación de este derecho por vía contractual. Dicho pago supondrá, conforme señala el artículo 25.3 LCCI, la reducción de: a) los intereses; b) los costes correspondientes al plazo que quedare por cumplir hasta su extinción; y c) la extinción del seguro de amortización, salvo expresa solicitud del prestatario a la compañía de seguros, con derecho al extorno de la parte de la prima no consumida.

Señalado el régimen general, es preciso hacer dos matizaciones. En primer lugar, la legitimación para el ejercicio del derecho de reembolso anticipado corresponderá en exclusiva al prestatario, sin que pueda extenderse a los fiadores o garantes a pesar de la dicción del artículo 2.2 LCCI. Es un derecho que se reconoce al prestatario, y por ello, si un garante hace frente anticipadamente al pago de todo o parte del préstamo con garantía hipotecaria, lo que está llevando a cabo es un pago a favor de tercero.

En segundo lugar, aunque ello es obvio, no está de más recordar que el reembolso anticipado parcial afecta al contrato de crédito o préstamo, pero no al contrato de garantía, sin que tenga incidencia alguna sobre la hipoteca o derecho real que garantiza el pago de la deuda. Sólo en el caso del pago anticipado total del préstamo implicaría la extinción de las garantías accesorias (arts. 1824 y 1857 CC) previstas en el contrato.

Lo más importante de este artículo, pues el reembolso o cancelación anticipada del préstamo era una cláusula habitual en los préstamos en nuestro Derecho, aparte de la imperatividad de este artículo 23 LCCI, es la fijación de un criterio claro sobre las comisiones derivadas del uso por parte del prestatario de este derecho. Es de destacar que, conforme se deduce de la lectura de dicho artículo, la fijación de esta comisión no viene impuesta por la ley sino que forma parte del contenido pactado del contrato, por lo que sólo se dará en los casos en los que así se pacte expresamente por las partes.

La regla general en materia de comisiones se establece en el artículo 23.4 LCCI cuando señala que *“El prestamista no podrá cobrar compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada total o parcial en los préstamos en supuestos distintos de los previstos en los tres apartados siguientes”*. Por tanto las conocidas comisiones por cancelación anticipada ya no pueden ser incluidas en el contrato, salvo en aquellos concretos y limitados casos previstos en el propio artículo 23 LCCI. Para ello la ley establece un régimen diferente en relación al tipo interés fijado en el préstamo hipotecario.

a.- En los casos de préstamos a interés variable (art. 23.5), se puede pactar una comisión a favor del prestamista en dos supuestos excluyentes entre sí:

- durante los cinco primeros años, que se corresponderá con la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.8 LCCI, con el límite del 0.15 % del capital reembolsado anticipadamente.
- durante los tres primeros años, en el equivalente a la pérdida financiera, con el límite del 0,25 % del capital reembolsado anticipadamente.

b.- En los casos de novación o subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que suponga el pase de un interés variable a otro fijo, de nuevo distingue la ley entre:

- Durante los tres primeros años de duración del contrato, una comisión por el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,15 % del capital reembolsado anticipadamente.
- Transcurridos los tres primeros años no se podrá exigir compensación alguna.

c.- En los contratos de préstamo a tipo fijo, en el artículo 23.7 LCCI, se puede pactar una comisión a favor del prestamista con los siguientes límites:

- Durante los 10 primeros años de vigencia del contrato o desde que resulte aplicable el tipo fijo, por el importe de la pérdida financiera con el límite del 2 % del capital reembolsado anticipadamente.
- Desde el año décimo primero hasta el final de la vida del préstamo, la comisión tendrá por límite la pérdida financiera con el límite del 1,5 % del capital reembolsado anticipadamente.

Debe señalarse que este régimen sólo es aplicable cuando efectivamente se ha llevado a cabo un reembolso anticipado, pues el régimen previo de los apartados 1 a 3 del artículo 23 LCCI está regido por el principio de absoluta gratuidad para el prestatario, sin que el alcance de las

comisiones que puedan pactarse pueda alcanzar a incluir costes para la fase inicial obligatoria del reembolso anticipado, cualquiera que sea la denominación que pueda incluirse en la escritura de préstamo hipotecario, gratuidad que igualmente debe de extenderse a la extinción de los contratos de seguro accesorios, si ésta lleva a producirse.

5.- Vencimiento anticipado.

El mismo aparece regulado en el artículo 24 LCCI. Al igual que ocurre con los intereses de demora, es una norma imperativa que no admite pacto en contrario (art. 24.2 LCCI). Pero incluso este aspecto es discutible. Lo cierto es que nos enfrentamos, no solo en esta materia sino también en otras, como los intereses de demora, a una lucha entre la literalidad del artículo 24.2 LCCI y los criterios habitualmente seguidos, en relación con la excepción habitual en materia de consumo a las normas más beneficiosas para el consumidor, a pesar de la siempre imperativa regulación. Quizás la repuesta puede venir dada por el hecho de que no estamos ante una norma de consumo, de manera que podrían establecerse límites inferiores a los legales cuando el prestatario sea un consumidor y exigirse los límites legales siempre que el deudor sea una persona física que no pueda ser calificado como consumidor.

Su fundamento, aparte de la gran litigiosidad que ha venido generando y con la que se quiere terminar, deriva de la propia Directiva 2014/17 que, en su considerando 27 y en el artículo 28.1, se autoriza a los Estados miembros a *“adoptar las medidas necesarias para garantizar que los prestatarios se muestren razonablemente tolerantes y hagan todos los esfuerzos razonables para resolver la situación antes de iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria”*. El legislador español ha entendido que es mejor imponer criterios de razonable tolerancia a los prestamistas, en lugar de dejarlo a su arbitrio y voluntad (el fracaso del Código de Buenas Prácticas bancarias es un ejemplo), dado que con ello se gana en seguridad jurídica y objetividad, así como, de paso, se elimina la posibilidad de control judicial de esta cláusula del contrato y se

evitan efectos indeseables como es el sobreseimiento o no admisión de ejecuciones hipotecarias.

Tras fijar los contratos a los que resulta aplicable en el artículo 24.1, y que no son nada más que un resumen de lo previsto en el artículo 2 LCCI en relación al ámbito objetivo de aplicación de esta ley, autoriza la pérdida del plazo para el prestatario y el vencimiento anticipado del préstamo siempre que concurren conjuntamente tres requisitos. El texto legal deja claro que estas condiciones deben de concurrir siempre, de manera que la ausencia de una de ellas impedirá considerar como válido el vencimiento anticipado declarado por la entidad de crédito. Tales requisitos son:


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

Es un criterio general propio de la mora, y la referencia a los intereses debe de entenderse en relación a los contratos de préstamos en los que existe un periodo de carencia sin amortización de capital.

b.- Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

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

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



El legislador ha optado por un criterio conocido en el derecho comparado más que acudir a criterios subjetivos, como ocurre en el artículo 1124 CC, en relación a la valoración de la gravedad del incumplimiento como causa de resolución del contrato, basándose en criterios objetivos derivados de un incumplimiento reiterado de las obligaciones de pago que puedan dar lugar a considerar una imposibilidad del deudor a cumplir con sus obligaciones, fijando un porcentaje en función del tiempo de duración del contrato o su equivalente en un número de cuotas suficientemente amplio como para justificar la pérdida del plazo.

El criterio principal de aplicación es el relativo al porcentaje de capital concedido (el 3 o el 7 %, según primera o segunda mitad de la duración del contrato), de forma que cuando se llegue a un impago que cubra estos porcentajes podrá acudirse al vencimiento anticipado con independencia del número de cuotas que hayan resultado impagadas por el deudor.

El segundo criterio, el relativo al impago de doce o quince plazos mensuales (según se esté en la primera o segunda parte de la duración del contrato respectivamente) es subsidiario del anterior, aunque es fácil entender, sobre todo el préstamo de larga duración temporal, que será el criterio que prevalecerá en la mayor parte de las ocasiones, de manera que la excepción se convertirá en regla general. La concurrencia de este número de cuotas impagadas permite el vencimiento anticipado y ello con independencia del porcentaje que las mismas supongan sobre el capital concedido.

Por último, debe señalarse que el capital sobre el que debe realizarse la comparación a los efectos del vencimiento anticipado es el capital total concedido en el préstamo y no el capital que pudiese estar pendiente de abono en el momento en el que se produce el primer incumplimiento o se declara el vencimiento anticipado.

Esta regulación del vencimiento del contrato se completa con lo previsto en la Disposición Final 5ª de la Ley 5/2019 que modifica la redacción del artículo 693.2 LEC para adaptarla a lo previsto en esta Ley.

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

Se trata de una reclamación extrajudicial previa obligatoria que no puede confundirse con la exigencia de notificación del saldo deudor al ejecutado previsto en el artículo 685.2 LEC, en sede de ejecución hipotecaria, en relación con el artículo 573.3 LEC al que expresamente se remite. En este caso estamos ante una exigencia de naturaleza procesal que además se suple, en la ejecución hipotecaria, por el requerimiento judicial de pago previsto en el artículo 686.1 LEC y que se constituye como un requisito de admisibilidad de la demanda ejecutiva. Por el contrario, lo previsto en el artículo 24 LCCI es un requerimiento para comunicar al prestatario el vencimiento anticipado declarado por la entidad de crédito y, por ello, no necesariamente anudado a una futura demanda de ejecución hipotecaria.

Varios son los problemas de interpretación que derivan de la deficiente técnica legislativa que ha permitido la existencia de importantes diferencias en la redacción de los artículos 2 y 24 LCCI así como la nueva redacción del artículo 693.2 LEC dada por la propia Ley 5/2019. En principio, parece que el ámbito del vencimiento anticipado no coincide con el general de la ley, pues no coincide en parte ni el ámbito ni el subjetivo. En el objetivo porque se hace referencia a terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, limitación que no se da en el apartado b) del artículo 2.1 LCCI. En el subjetivo, porque en el artículo 24 LCCI se hace una referencia genérica a persona física y no se limita en el segundo tipo de contratos a

consumidores como sí hace en el artículo 2. A la vista de ello, ¿debemos considerar que el régimen del vencimiento anticipado es especial en relación al régimen general? La respuesta admite todo tipo de matices y argumentos. No obstante, entiendo que no debemos caer en un exceso de interpretación pensando que el legislador ha hecho voluntariamente lo que se refleja en el texto legal. No es una ley de gran calidad técnico jurídica, y son múltiples las contradicciones, errores de concepto y disfunciones que nos encontramos en su texto. Por eso, propongo una interpretación simple. La diferencia de redacción del artículo 24 LCCI con respecto al artículo 2 del mismo texto legal no justifica, por sí sola, la existencia de un régimen jurídico diferente para el vencimiento anticipado. Las dudas interpretativas deben de ser resueltas en atención a las previsiones generales dado que no ha existido ninguna explicación ni justificación, ni en el preámbulo ni en los trabajos parlamentarios, sobre el régimen diferente del vencimiento anticipado.

Lo mismo debemos pensar de la diferencia de redacción en relación con el artículo 693.2 LEC. El primer inciso debe de entenderse referido exclusivamente a los contratos garantizados con hipoteca que no estén comprendidos dentro el ámbito objetivo del artículo 2 LCCI. El segundo inciso, que es el que más nos interesa en este momento, viene referido a los contratos sometidos al ámbito objetivo de la Ley 5/2019, sin que sea entendible un régimen diferente que permita proteger con alguna cláusula imperativa como es la de vencimiento anticipado a contratos en los que no participe un consumidor en el segundo tipo de contratos a los que se hace referencia, sin que tampoco tenga sentido condicionar el vencimiento anticipado a una finalidad de uso residencial tampoco exigida. La ley ha pretendido imponer un contenido imperativo de los contratos sometidos a la misma, finalidad que sin duda se complica si tomamos al pie de la letra los errores o disfunciones derivados de la literalidad de la norma. Hay que destacar que el examen del preámbulo de la ley, en la parte que afecta al vencimiento anticipado no hay referencia alguna a especialidad en esta materia.

VI.- CONCLUSIONES

Como puede apreciarse a lo largo del texto de la ponencia, la Ley 5/2019 ha tenido una especial incidencia sobre el contrato de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria, si bien limitada al ámbito objetivo y subjetivo de dicha norma. Del examen de la forma y del contenido del contrato en dicha ley se pueden entresacar las siguientes conclusiones:

- a. Este contrato queda constreñido a una forma imperativa.
- b. La autonomía de la voluntad queda limitada, reduciéndose las posibilidades de pacto entre las partes a aquellos aspectos no regulados por la ley o expresamente autorizados en la misma, tanto con relación al contrato de préstamo como a la garantía hipotecaria.
- c. Cambia el papel del juez en el control de estos contratos, de manera que se pasa de un control de abusividad a un control de legalidad dado que se fijan una serie de cláusulas de contenido imperativo que no admiten modificación alguna por voluntad de las partes.
- d. Por ello, el control de abusividad se ve reducido a todas aquellas cláusulas contractuales que no tengan forma imperativa en la Ley 5/2019.
- e. Es presumible una importante reducción de la litigiosidad en relación a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria sometidos al ámbito de la Ley 5/2019 concertados a partir de la entrada en vigor de esta norma.

El IRPH tras la STJUE de 3 marzo 2020

Edmundo Rodríguez Achútegui

Magistrado Audiencia Provincial de Bizkaia



La reciente STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, asunto Gómez del Moral, resuelve la cuestión prejudicial que discutía la imposibilidad del juez español de analizar una cláusula de un préstamo con garantía hipotecaria que prevenga la remuneración de un interés variable referenciado a un índice oficial, el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios, conocido por su acrónimo IRPH. Quizá lo esencial de su decisión es que entrega a los jueces nacionales la función de analizar si tal índice se incorpora mediante una condición general de la contratación de forma transparente. Los litigios de esta materia, por tanto, vuelven a cobrar sentido y habrá que analizar, en cada caso concreto, las circunstancias concurrentes, que son variables y pueden acarrear decisiones de signo distinto.

Caso de que se entendiera que la incorporación al contrato no fue transparente, la otra cuestión fundamental que la sentencia europea deja

abierta son las consecuencias de tal constatación, que son distintas según se entienda que el contrato puede subsistir o no sin tal condición, y de entenderse que no es factible, la eventual previsión que sustituya a la anulada, si es que es procedente adoptarla.

1.- La posibilidad del control de incorporación del objeto del contrato

Sabido es que la STS 669/2018, de 14 de diciembre, rec. 1394/2016, consideró que “*ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH- Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales*”. Tal decisión motivó que los jueces nacionales dejaran de realizar, en España, la función de control de incorporación de la cláusula que referenciaba al IRPH el interés variable, de modo

que sencillamente había que desestimar las demandas que tuvieran tal finalidad. La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona, en un procedimiento instado por D. Marc Gómez del Moral Guasch, afronta en primer lugar esta limitación a la posibilidad de control de transparencia. La STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, despeja esta dificultad, propiciando el resto de pronunciamientos que incorpora.

Recuerda la sentencia en §29 que el art. 1.2 de la Directiva 93/13 establece que no están sometidas a sus previsiones las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. El control de estas disposiciones imperativas es de legalidad, no de transparencia, y por tanto el mecanismo para discutir las excede del ámbito tuitivo de la Directiva. No obstante, afirma el §30 de la sentencia que tal exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva es de "interpretación estricta", lo que en nuestro derecho denominamos *interpretación restrictiva*. Podemos afirmar, por tanto, que sólo si la cláusula recoge una disposición legal o reglamentaria, que además tenga naturaleza imperativa, de modo que las partes no puedan disponer de sus previsiones, queda excluida del ámbito de aplicación de la Directiva.

El TJUE considera en §33 que ante "*la descripción que hace el juzgado remitente de la normativa nacional aplicable al litigio principal*", lo que se desprende es "*que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre...*". Tal Circular sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, BOE nº 226, de 20 septiembre 1990¹, ofrecía a las entidades bancarias hasta seis índices a los que referenciar los préstamos con garantía hipotecaria de interés variable, pero no imponía ninguna de manera imperativa. El art. 1.3 *in fine* de tal circular disponía sobre la información de los índices de referencia que podrían utilizarse para financiar la adquisición de vivienda, que debían ser publicados por las entidades bancarias, que "*Esta información tendrá carácter orientativo para los clientes, y no limitará la libertad de contratación de las partes reconocida en el número primero de la Orden*". El sistema que regulaba la disciplina del Banco de España se basa, por tanto, en el principio de libertad contractual que consagra el art. 1255 del Código Civil (CCv), de modo que no cabe hablar de norma imperativa.

Teniendo en cuenta esa previsión, el §36 de la sentencia del TJUE mantiene que la referencia al IRPH "*... no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa...*". De ahí que entiende el tribunal que "*... sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13*". En definitiva, que las previsiones de la derogada Circular 8/1990 y la vigente 5/2012 no son norma imperativa, puesto que no obligan a adoptar esos índices, lo que propicia la posibilidad de control.

La sentencia también descarta analizar la vieja polémica respecto a si el ordenamiento jurídico español incorporó el art. 4.2 de la Directiva 93/13, como defendían Bankia y el Gobierno español, o no lo hizo, como parece sostener la STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid. Entiende, como ya anticipó la STJUE 30 abril 2014, C-26/2013, asunto Árpád Kásler, que el art. 5 de la

¹ En la actualidad la norma vigente es la Circular 5/2012, de 27 junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE nº 161, 6 julio 2012, pp. 48855 y ss).

Directiva exige redacción clara y comprensible, y subraya en §46 que tal norma *“prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla <<siempre>>”*, por lo que *“... la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aún cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición”*. Por todo ello concluye en §47 que *“los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro”*. Parece, por tanto, que la sentencia obliga al control del objeto principal del contrato. Dicho control se refiere a que la redacción sea clara y comprensible, como exige el art. 5 de la Directiva 93/13, tal y como subraya el §46 de la sentencia. Pero además, el mismo apartado de la sentencia del TJUE añade que tal exigencia *“no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical”*, sino entrar al cumplimiento de los demás requisitos de transparencia.

2.- Criterios para apreciar la incorporación transparente

A continuación, el juzgado plantea si las obligaciones que supone la incorporación transparente obligan al profesional a informar al cliente sobre el método de cálculo del índice y su evolución en el pasado, y la manera en que podría evolucionar en el futuro. La sentencia parte de que la exigencia de transparencia tiene una importancia fundamental para el consumidor, debiendo disponer *“antes de la celebración de un contrato, de información sobre condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato”* (§49). La razón es

que es función de dicha información que el consumidor decide si desea quedar vinculado y adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.

Por ello afirma en §50 que *“la exigencia de transparencia... no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en plano formal o gramatical”*. Recordemos que la STS 669/2018, de 14 de diciembre, rec. 1394/2016, había establecido que *“analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida”*.

Sin embargo para el TJUE (§51) la cláusula que *“estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender [...] que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, está en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras”*. Esa comprobación corresponde exclusivamente al juez nacional.

Los criterios que dice la sentencia en §51 hay que tener en cuenta son: i) si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permiten evaluar el coste; ii) la falta de mención en el contrato

El IRPH tras la STJUE de 3 marzo 2020

de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o servicio que son objeto del contrato. Para ponderarlo en §51 se entiende por el TJUE que es pertinente tener en cuenta *“la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades...”*.

De esa afirmación se constata que un elemento a ponderar por el juez nacional es si se ha recogido en la cláusula la remisión al índice IRPH, lo que tiene relevancia porque la amplitud de algunas cláusulas que se discuten en los tribunales es tal que pueden confundir e incluso ser tan evanescentes que no haya forma, siquiera, de apreciar que efectivamente se remite la cláusula a un índice oficial que pueda ser reconocible. Si la cláusula es clara, hay un dato para ponderar que *“el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”* podía haber conocido el coste financiero. Pero si no lo es, será difícilmente ponderable tal circunstancia, de modo que la **información precontractual** que se haya facilitado será decisiva, porque sólo así podrá comprenderse que el Euribor se calcula con los datos de los préstamos facilitados a un año por las entidades bancarias

europas que contribuyen a conformarlo, mientras que el IRPH, que sólo lo toma de las entidades españolas, suma para su determinación los diferenciales que habitualmente se añaden a tales índices, y además, los gastos aplicados para concederlos, como la comisión de apertura, por lo que forzosamente será superior.

Ello determina al TJUE a insistir en que dos elementos fundamentales para determinar si se facilitó información sobre la carga financiera que se asumía, son la **evolución del índice y su comparación con otros**. Así se dice en §54 que resulta pertinente para evaluar la transparencia que *“... las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamos y del último valor disponible”*. La razón es que tal evolución puede dar al consumidor una indicación objetiva de las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación del citado índice.

Pero además añade el §54 que facilitar datos de esa **evolución en los dos años anteriores** constituye *“un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorro y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés”*. Como se aprecia, la información precontractual en estos términos garantiza que el consumidor se percate cómo han evolucionado otros índices habituales, muy particularmente el Euribor, de modo que cuente con información precisa que le facilite el entendimiento de cómo operan ambos. Y lógicamente, contando con el criterio que otorga tal conocimiento para la elección de uno u otro.

Tales afirmaciones son relevantes pues plantean una visión bien distinta de lo que dijo la STS 669/2018, de 14 de diciembre, rec. 1394/2016, cuando argumentaba que “... *no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa*”. Si se repasan las exigencias que aparecen en §54 y §56 de la STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, parece que habrá de darse información sobre el “último valor disponible” del IRPH, su evolución “durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo”, pues de ese modo se facilita un “término útil de comparación” entre ese índice “y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés”.

Además, como dice el §55, el juzgado “deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato” se “cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas en la normativa nacional”. Lo que esquematizando lo dicho por la sentencia del TJUE supone:

- 1.- Analizar si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan evaluar el coste del préstamo (§56).
- 2.- Comprobar si se menciona en el contrato de préstamo información esencial en un préstamo, como es la clara referencia en la cláusula de que el índice usado es el IRPH, cuyo alcance se publica periódicamente a través de un medio que resulte fácilmente asequible a cualquier persona (§56).
- 3.- Asegurarse de que, en el contexto de la celebración del contrato, se cumplen con todas las obligaciones de información establecidas en la legislación nacional (§55).
- 4.- Constatar si se informó a la parte prestataria de la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la celebración del contrato (§54 y §56).
- 5.- Al tiempo, corroborar si se facilitó la misma información del Euribor u otros índices de referencia, en los dos últimos años, para que pueda compararse con la del IRPH (§54).
- 6.- Confirmar si la parte prestataria informó del último valor disponible del IRPH al tiempo de suscribir el contrato (§54).
- 7.- Y en consecuencia, testar si se informó del último valor de “otras fórmulas de cálculo del tipo de interés” entre las que evidentemente destaca el Euribor, para permitir la misma comparación con el IRPH (§54).

La prueba sobre el particular permitirá apreciar si la incorporación de la condición general que remite al índice de referencia IRPH, se produjo de forma transparente o no. Usando los criterios que propone la STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, podrá alcanzarse una conclusión fáctica esencial para resolver: si hubo o no incorporación transparente.

3.- Sobre las consecuencias de la nulidad

Al abordar la tercera cuestión prejudicial se analizan las consecuencias que pudieran determinar la declaración de nulidad. Lo que hace es recordar una consolidada jurisprudencia que mantiene, en primer lugar, que si se declara la nulidad de una cláusula, tiene que asegurarse que no produzca efectos vinculantes para el consumidor. El principio de “no vinculación”, proclamado en el art. 6.1 de la Directiva, obliga al juez a asegurar que la cláusula anulada no producirá, para el consumidor, efecto alguno (salvo que el consumidor se oponga).

Partiendo de tal premisa, tampoco podrá el juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula, citando diversas sentencias, entre las que destacan aquellas que apartaron la doctrina del *blue pencil test* o *Teilbarkeit der Klausel*, con la argumentación que recoge la STJUE 26 marzo 2019, C-70/17 y C 179/17, caso Abanca, en §55². Recuerda la sentencia, como tantas veces antes ha dicho el TJUE, que si se permitiera tal integración resultaría ineficaz el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, pues los profesionales se verían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aún cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría integrarse por el juez nacional, garantizando así el interés de tales profesionales (§60), en lugar del que ha de protegerse, que es el del consumidor.

Esta reiterada doctrina no impide, sin embargo, que en determinadas situaciones

pueda acudir a una disposición supletoria de derecho nacional para evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, como ocurriría si supusiera hacer exigible el pago del importe pendiente de devolución al prestatario, en cuantía que exceda de la capacidad económica del consumidor. Esto penalizaría más al consumidor que al profesional. En caso como el expuesto, estaría así justificada la sustitución a la luz de la finalidad de la citada directiva.

De hecho, el TJUE se refiere en el §65 a que la documentación aportada “*resulta que este índice legal, previsto en la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de <<supletorio>>*”, afirmación que entiende habrá de comprobar el juzgado.

Partiendo de esas circunstancias, para responder a la cuestión prejudicial los apartados §66 y §67 concluyen, de forma escalonada que: i) Habrá que comprobar el carácter abusivo de la cláusula controvertida; ii) si se constatará, habrá que verificar si el contrato de préstamo hipotecario podría sobrevivir sin tal cláusula; y iii) si fuera así, y si como consecuencia de la anulación de la condición general controvertida el consumidor quedara expuesto “a consecuencias especialmente perjudiciales”, podría reemplazarse la cláusula controvertida, a falta de acuerdo en contrario, por otro índice sustitutivo.

² Dice tal §55 de la STJUE 26 marzo 2019, C-70/17 y C 179/17, caso Abanca: “*En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia*”. Así lo acoge después en el FJ 8º.1.i la STS 463/2019, de 11 septiembre, rec. 1752/2014, ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761, afirmando que “*La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido*”.

Es decir, que la STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, caso Gómez del Moral, obliga al juez nacional a adoptar ciertas decisiones seguramente controvertidas, que se basan, en cualquier caso, en que se declare abusiva la cláusula que contiene una condición general de la contratación que remite como índice variable al IRPH. La forma de proceder, en mi opinión, obligaría a los siguientes pasos.

4.- La subsistencia del préstamo si se anula el tipo de interés

Para el caso de que se entienda que una cláusula que recoge una condición general de la contratación bancaria es abusiva, la STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, caso Gómez del Moral, dispone que habrá analizarse si el contrato de préstamo hipotecario podría sobrevivir sin tal cláusula. Dice el §66 *“...en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula”*. La declaración judicial coincide con lo que ordena el art. 10.1 LCGG, al disponer que *“la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia”*. Por ello parece más adecuado utilizar la expresión de nuestro ordenamiento jurídico, subsistencia, en



lugar de la *supervivencia* a que alude la sentencia.

Una sentencia nacional que declare la eventual abusividad o incorporación no transparente de la cláusula que se remite al índice IRPH habrá de establecer, por tanto, si el contrato de préstamo con garantía hipotecaria puede subsistir sin previsión de tipo de interés remuneratorio. Si no es posible, se permitirá acudir a un interés sustitutivo. En caso de que sea posible la subsistencia sin tipo de interés que remunere el préstamo, bastará con no aplicar la cláusula abusiva, lo que en definitiva supone que la obligación del prestatario quedaría reducida a devolver el principal en los pactos estipulados.

En esta materia nuestro ordenamiento jurídico históricamente considera el contrato de préstamo como naturalmente gratuito. El Código Civil dispone en el art. 1755 CCv que *“No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiese pactado”*. Aunque no haya pacto de abono de interés, hay contrato de préstamo, situación en la que sería exigible exclusivamente el *tantundem*, otro tanto de la misma especie y calidad, que en el caso del préstamo de dinero equivale al capital entregado. Para el préstamo con garantía hipotecaria no hay norma especial que arrumbe la previsión general.

Suele considerarse que estos contratos merecen la consideración de mercantiles. La cuestión es discutible porque, aunque interviene un profesional o comerciante, el banco prestamista, con mucha frecuencia el contrato sirve para financiar una operación que no lo es, la compraventa de una vivienda destinada a domicilio familiar. Sea como fuere, si se entiende que el contrato es mercantil habrá que acudir a las normas del Código de Comercio (CCom). La entidad bancaria es un prestamista “comerciante”, como dice el art. 311-1º CCom, de modo que, si fuera aplicable

esta norma, habrá que estar a lo que dispone el art. 314 CCom, que afirma “*Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito*”. Para que devengue interés, el préstamo mercantil tendrá que recoger un pacto en tal sentido, formalizándose por escrito. Si no hay pacto por escrito, hay préstamo, pero no resulta exigible interés. Luego la norma admite que un contrato mercantil de préstamo sea gratuito. Además, el art. 315 CCom establece que “*podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie*”. Se dispone así una facultad, la de establecer o no interés para el préstamo, ya que utiliza la expresión “podrá”.

De esas previsiones puede deducirse que nuestro ordenamiento jurídico, sea el préstamo civil o mercantil, reconoce el contrato de préstamo sin pacto de abono de interés, ya que las partes pueden acordarlo sin infringir normas imperativas. Si no hay pacto, ni el préstamo civil ni el mercantil devengan interés. Con o sin interés, el contrato es válido y eficaz, y sea civil o mercantil, puede exigirse la restitución de lo entregado, en el modo que se pactara³.

No obstante, la STS 463/2019, de 11 septiembre, rec. 1752/2014, ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761, mantiene con cita de la STJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/2010, asunto Perenicová⁴, que subjetivamente para el banco prestamista, no podría subsistir el préstamo si no hay pacto de abonar interés. Atendiendo las conclusiones del

Abogado General en el citado caso Perenicová, que cita el Tribunal Supremo, se argumenta que si un préstamo se concede por una entidad bancaria, pero no puede percibir interés por haberse anulado por abusiva la condición general de la contratación que lo contenía, habría “*desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes [...] cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas*”. Como dice el FJ 8.9 de la STS 463/2019, de 11 septiembre, rec. 1752/2014, ROJ: STS 2761/2019 - ECLI: ES: TS: 2019:2761 “*Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas*”.

Tal presupuesto, es decir que sin interés el préstamo no se habría concluido el préstamo, quizá no concorra. En primer lugar, porque **en la actualidad muchos préstamos están referenciados al Euribor, que lleva largo tiempo en tipos negativos**, por lo que incluso con diferenciales añadidos en muchos casos no se percibe interés. Tan habitual es tal circunstancia que **las entidades prestamistas**

³Esta es la postura que defendió el Gobierno español en el litigio, como se recoge en §68 in fine: “*Ha de precisarse que la petición del Gobierno español se basa en la premisa de que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas contractuales como la controvertida, el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses*”.

⁴Dice el FJ 8º.3 de la STS 463/2019, de 11 septiembre, rec. 1752/2014, ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761 <<La STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová, a la que, como hemos visto se remiten expresamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio siguiente, hacía suyas expresamente las conclusiones de la Abogada General en dicho asunto, cuyos apartados 67 y 68 decían: [...] 68. “[.] la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando **pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas** conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición”>>.

han introducido las denominadas “cláusulas cero”⁵, que pretenden evitar la interpretación de que el banco habría de abonar interés a la parte prestataria si el índice escogido es negativo. Si fuera subjetivamente imprescindible para la entidad bancaria percibir interés para otorgar un préstamo, no se incluirían previsiones que se basan en que nada ha de percibir el prestamista, mediante la salvaguarda de una *cláusula cero*. Es decir, el banco se representa, cuando la introduce, que es posible que no haya interés que remunerar por ser el tipo negativo. En definitiva, que cabe un préstamo sin obligación de pagar interés.

Pero hay otras razones que cada día corrobora la práctica bancaria. **Los préstamos con garantía hipotecaria** no contienen tipos muy elevados, pese a lo cual **se conceden porque permiten una duradera vinculación del cliente bancario con la entidad prestamista**. La vinculación se logra bonificando el interés variable mediante la reducción del diferencial si se trasladan las nóminas a percibir por el prestatario a la entidad prestamista, se suscriben seguros de vida, se constituyen depósitos, se solicitan tarjetas de crédito y débito por las que se perciben comisiones diversas, se facilitan anticipos de nómina, descubiertos o créditos al consumo, o se conviene cualquier otro tipo de relaciones contractuales con la entidad prestamista. De este modo el banco se asegura una amplia y duradera relación con la parte prestataria, dada la extensa duración del préstamo con garantía hipotecaria⁶.

Casi nadie desconoce, porque el uso de cuentas bancarias está generalizado, que **hoy se ofrecen préstamos de todo tipo a un atractivo 0 % de interés**. Se pueden financiar electrodomésticos, smartphones, viajes, seguros y productos de índole diversa, sin abonar interés alguno. El banco consigue que el cliente se mantenga en la entidad porque adeuda el pago de todos esos productos, y para ello no duda en ofrecer préstamos con nulo interés. **No parece, por tanto, que subjetivamente para el banco sea necesario percibir una remuneración por conceder crédito o préstamos**. De ahí que en un

Samsung Galaxy S20+ 5G | S20 Ultra 5G

0% TAE Financiación al 0% TAE
Sin intereses ni comisiones

Entrega a domicilio gratuita



SAMSUNG Galaxy S20+ | S20 Ultra 5G

Precómpralo ya y llévate los nuevos Galaxy Buds+ de regalo

Disponible con el Galaxy S20+ 5G o el Galaxy S20 Ultra 5G del 12-2-20 al 8-3-20

FINANCIACIÓN

Por partes y a tu ritmo
SMART TV LED ULTRA HD
49" SAMSUNG UE49MU6205
49 pulgadas, ULTRA HD, curv. 4K

58,90€ IVA INCL. POR 100€ TOTAL

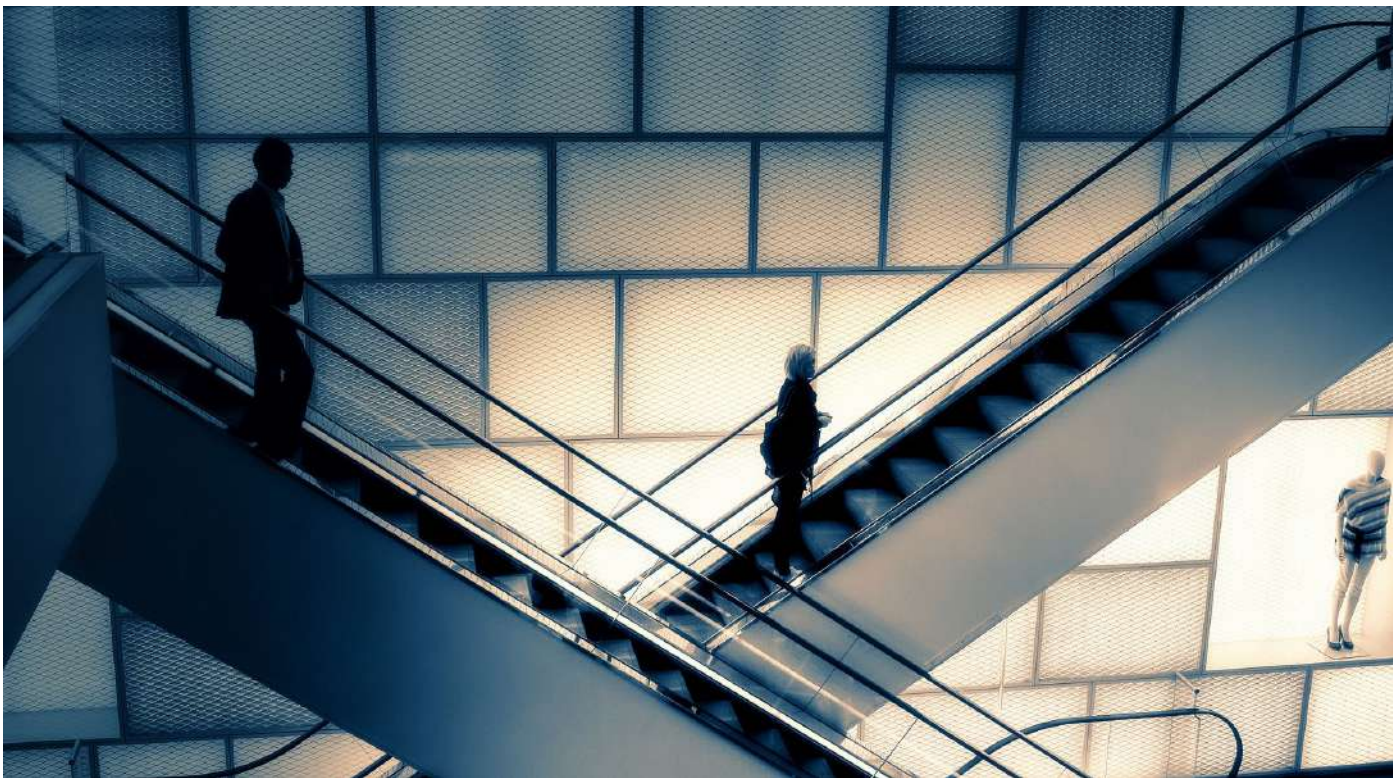
SAMSUNG UHDTV

VER MÁS

Los bancos ofrecen préstamos al 0 % de interés

⁵ En la actualidad la llamada “cláusula cero” está prevista en el art. 24.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario, que dispone: “El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo”.

⁶ Esta prolongada duración de algunos contratos de préstamo hipotecario podría calificarse de “prácticas de vinculación” o Tying practices, criticadas en el apartado 3.4 del Libro Blanco de la Comisión, de 18 de diciembre de 2007, sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario.



procedimiento de esta clase no sería extraordinario que el cliente bancario que reclama la supresión del IRPH por adoptarse en una condición general de contratación que estima incorporada de forma no transparente, se aporte la publicidad que el propio banco ofrece para adquirir productos de toda índole al 0 % de interés, lo que contribuiría acreditar que subjetivamente para el banco en absoluto es imprescindible la remuneración de algún interés para conseguir la extensa vinculación temporal que todo préstamo con garantía hipotecaria supone, con la ventaja que ello reporta al negocio bancario.

Por estas razones no resulta extravagante económicamente, ni extraordinario jurídicamente, entender que el contrato de préstamo puede subsistir perfectamente sin una cláusula que disponga que haya algún tipo de interés que satisfacer por el mismo. Es, por el contrario, habitual en el mercado y ha sido tradicional en nuestro ordenamiento jurídico admitir que el préstamo puede ser gratuito. La consecuencia, tras declarar la nulidad de una cláusula que recoja este índice, es que dejará de operar, y que, en definitiva, habrá de restituirse lo indebidamente percibido en aplicación de la misma, reintegrando el importe percibido como interés.

5.- La eventual aplicación de un interés sustitutivo previamente pactado

Caso de que, no obstante lo expuesto, se concluya que el contrato no puede sobrevivir sin la cláusula anulada, la STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, asunto Gómez del Moral, parece remitir a lo que las propias partes hubieran establecido en la escritura que documenta el préstamo con garantía hipotecaria. Esto supone estar a lo convenido en virtud del principio de libertad contractual que garantiza el art. 1255 CCv. En el §65 la sentencia del TJUE hace referencia a la cuestión del índice sustitutorio, afirmando que se aplica “*en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato*”, fórmula que reitera en §67 y §70. Este acuerdo puede estar adoptado en el contrato de préstamo, o puede convenirse después entre las partes, incluso presentada la demanda reclamando la nulidad de la condición general que contiene una remisión a cualquier índice IRPH.

Al margen de pactos sobrevenidos, que las partes pueden libremente comunicar al juzgado durante el litigio, es posible que en el préstamo con garantía hipotecaria se haya recogido una previsión para el caso de que desaparezca el índice escogido. Este pacto ha sido frecuente, aunque está previsto para el caso de supresión del índice, que no para la situación de nulidad de la cláusula que contiene la remisión a los mismos. También lo previene la DA 15ª.2 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que para el caso de desaparición del índice usado remite, con carácter preferente, a lo pactado por las partes, puesto que dice *“Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato”*.

La desaparición del índice IRPH ya se ha producido en el caso del IRPH Cajas y el IRPH Bancos. Si hay una previsión en la escritura de aplicar otro índice, y no le alcanza la declaración de nulidad que contenga la sentencia, conforme al art. 9.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) podrá aclararse en tal resolución *“... la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10...”*. Puede suceder, por tanto, que la sentencia anule la condición general de la contratación que remite al IRPH, pero por no verse afectada por la nulidad, utilice la previsión supletoria establecida para la desaparición del índice para otro fin, suplir la desaparición del índice como consecuencia de la nulidad de la cláusula que contenía la remisión al mismo, que normalmente suele ser el índice más extendido, Euribor⁷.

6.- La remisión al índice sustitutivo legal

De no haber pacto, subraya la a STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, asunto Gómez del Moral, en los apartados §65 y §66, que de la información que dispone el índice IRPH, adoptado en la Circular 8/1990 del Banco de España, fue sustituida en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por un índice que el gobierno español en el litigio europeo califica de “supletorio”. Añade el TJUE que compete al juez nacional comprobar lo alegado al respecto, y ratifica que, en su opinión, tal disposición adicional *“establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato”*.

El TJUE establece en §66 que, si se constatará el carácter abusivo de la cláusula, que el préstamo no puede subsistir sin el índice al que se remite, y que el cliente quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, *“podría reemplazarse la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013”*, aunque con la condición de que *“pueda considerarse que con arreglo al Derecho Nacional el referido índice tiene carácter supletorio”*.

Este carácter supletorio se dispuso para el caso de que desapareciera el índice, que es situación distinta de la anulación de la cláusula que lo contiene. La finalidad de la DA 15ª.3 de la Ley 14/2013 es disponer, tras la desaparición de los tipos IRPH Bancos e IRPH Cajas, que serán

⁷ Así sucedió en el caso resuelto por la primera sentencia que anula un IRPH, la SJM 1 Donostia - San Sebastián 156/2014, de 29 abril, Roj: SJM SS 71/2014 - ECLI:ES:JMSS:2014:71, o en la SJM 1 Donostia - San Sebastián 328/2014, de 30 septiembre, Roj: SJM SS 191/2014 - ECLI:ES:JMSS:2014:191.

sustituidos por el “*tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo*”. Este tipo “IRPH entidades” sustitutivo implica la novación automática del contrato sin suponer alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, evitando perjudicar la garantía previa si luego se inscriben otras posteriores.

La desaparición de las Cajas y la nueva regulación bancaria comporta la supresión de los índices IRPH Cajas e IRPH Bancos, que se sustituyen por el nuevo “IRPH entidades”, por medio de esta previsión legal, que resulta inatacable en tanto que la DA 15ª.4 de Ley 14/2013 dispone con toda claridad que “*Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición*”. No aclara la norma que clase de “contrapartida” justifica la inatacabilidad del cambio de índice. Lo único que al respecto se indica en el preámbulo, cuando se refiere a las Disposiciones Adicionales de la Ley 14/2013, es que “*se regula el régimen de transición para la completa desaparición de determinados índices o tipos de referencia privados de carácter oficial por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario*”.

Las partes, en conclusión, nada tienen que acordar si habían fijado en un préstamo con garantía hipotecaria el IRPH Cajas o Bancos, porque pasará a ser *ex lege*, el IRPH Entidades. Ni tienen que documentar la novación o inscribirla en el Registro de la Propiedad. Pero la norma no impide acudir a los tribunales a cuestionar la forma en que se incorporó, en su día, el índice IRPH en una condición general de la contratación que se denuncia como no transparente, puesto que no se ejercita “*acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo*”, sino la nulidad de la cláusula previa, que operó antes de la desaparición del índice.



7.- La fijación en sentencia de un índice diverso al anulado

La STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, asunto Gómez del Moral, abre otra posibilidad al resolver la penúltima y última cuestiones prejudiciales. Así dice en §67 que el art. 6.1 de la Directiva 93/13, que establece el principio de no vinculación, no se opone a que *“... en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato...”*. En el mismo sentido dice el §70 que *“... resulta que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas como la controvertida, el juez nacional quedará facultado [...] para sustituir el índice adoptado en la cláusula en cuestión por un índice legal que sea aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato”*.

Parece habilitarse, con los requisitos que señala la sentencia, es decir, si se declara la nulidad de la cláusula, el contrato no puede subsistir sin la misma y quedase el cliente expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, la sustitución judicial del índice anulado por otro que se considere adecuado, lo que inmediatamente conduce a pensar en el índice más extendido, Euribor, más conocido y cuyo comportamiento se ha demostrado menos perjudicial para la parte prestataria.

Esta facultad está expresamente admitida en el art. 9.2 LCGC, que establece que la sentencia estimatoria de una acción individual de nulidad *“...decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10”*, precepto que permite que la declaración de nulidad de una cláusula no determine la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin las mismas. Es decir, el juez al

conocer de las pretensiones de nulidad de cláusulas que remitan al IRPH está facultado legalmente para aclarar el alcance de la eficacia del contrato, y autorizado por esta sentencia del TJUE para adoptar otro índice diverso del anulado, si concurren los requisitos que señala.

Este cambio supondrá, además, consecuencias económicas. Mientras que la supresión, si se considera que el contrato puede subsistir sin índice, obliga a restituir conforme al art. 1303 CCv cuanto se haya recibido en aplicación de la cláusula anulada, la sustitución del IRPH por Euribor obligará a cambiar el cálculo de abono de interés durante el tiempo en que se haya aplicado hasta la anulación, lo que teniendo en cuenta su peor comportamiento, desde el punto de vista del obligado al pago, supondrá la obligación de restituir la diferencia entre lo que se pagó, y lo que habría de haberse atendido de aplicarse Euribor.

8.- Los efectos temporales y la obligación de restitución

Finalmente aborda la a STJUE 3 marzo 2020, C-125/18, una pretensión que se introdujo por el Gobierno español en el litigio que resuelve. Explican los §68 a §73 que esta cuestión se planteó reclamando se limitaran los efectos temporales de la sentencia, pues el Gobierno español entendía que el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses. Parece que tal parte se representó que en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de una cláusula supone la obligación restitutoria que establece el art. 1303 CCv, teniendo bien presente la extensísima jurisprudencia que ha propiciado la llamada “cláusula suelo”.

Aunque el TJUE recuerda que su competencia alcanza exclusivamente a interpretar los términos de la Directiva 93/13, y que es el juez nacional a quien compete establecer si el

contrato puede sobrevivir sin préstamo o decidir si sustituye el índice anulado por otro diverso, termina concluyendo que las consecuencias financieras de la eventual declaración de nulidad *“no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto”*, citando por analogía lo dispuesto en materia de “trastornos graves” para la economía en los §60 y §61 de la STJUE 21 marzo 2013, C-92/11, asunto RWE Vertrieb.

De tal conclusión extrae lo que es fundamental, y que someramente concluye en §72: *“De lo anterior resulta que no procede limitar temporalmente los efectos de la presente sentencia”*. Por ello **no cabe sostener la irretroactividad de las medidas que el juez nacional adopte** para asegurar tanto el principio de efectividad como el de no vinculación, que proclama la Directiva 93/13. Parece, por tanto, que el juez español podrá acudir a las previsiones del art. 1303 CCv, de modo que habrá de garantizarse la devolución a la parte prestataria de lo indebidamente cobrado por la parte prestamista en aplicación del índice contenido en la cláusula declarada abusiva. Tal reintegro, por ello, abarcará la totalidad de lo satisfecho si se entiende que el contrato de préstamo puede “sobrevivir” sin la citada cláusula, o la diferencia que se haya abonado de más, en su caso, si el índice sustitutivo que disponga la sentencia (vgr. Euribor) tuvo un comportamiento más favorable que el IRPH anulado.

A la cifra que así resulte habrá de añadirse, además, el interés legal desde el abono de cada prestación, como han dicho las STS 734/2016, de 20 diciembre, rec. 1624/2014, ROJ: STS 5538/2016 - ECLI: ES: TS: 2016:5538 y 123/2017, de 24 febrero, rec. 740/2014, Roj: STS 477/2017 - ECLI:ES:TS: 2017:477, entre otras, para los pagos realizados por “cláusulas suelo”, y las STS

725/2018, de 19 diciembre, rec. 2241/2018, Roj: STS 4236/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4236, y 46/2019, de 23 enero, rec. 2128/2017, ROJ: STS 101/2019 - ECLI:ES:TS:2019:101, para los pagos hechos en virtud de una cláusula que atribuye todos los gastos de formalización e inscripción del préstamo con garantía hipotecaria a la parte prestataria, supuestos similares a los que habrá que afrontar si se declaran nulas cláusulas que contengan una remisión al índice IRPH.





Custodia compartida: uso de la vivienda familiar y alimentos de los hijos

Esther González González
Magistrada Audiencia Provincial de Zamora

CUSTODIA COMPARTIDA

Desde que en el año 2005 se introdujo la custodia compartida en nuestro Código Civil y, sobre todo, desde que el Tribunal Supremo expresó en Sentencia de 29 de abril de 2013 (reiterada con posterioridad hasta la actualidad), declaró que la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 C. debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba adoptar y se estableció este régimen de custodia como ordinario y no excepcional, se ha planteado a los Tribunales de nuestro país, quizá con la excepción de las Comunidades Autónomas que lo tienen regulado, una serie de cuestiones de cuya respuesta depende la forma en la que el régimen vaya a desarrollarse.

Dos de esas cuestiones son la relativa al uso de la vivienda familiar y la regulación de los alimentos a favor de los hijos menores.

Atribución del uso de la vivienda familiar

El uso de la vivienda que durante la vigencia del matrimonio constituía el domicilio familiar, ha dado lugar a un importante número de recursos y a diversidad de posturas mantenidas por las distintas audiencias Provinciales.

La regulación del uso de la vivienda familiar se contiene en el artículo 96 del Código Civil, en el que se establece que:

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

La regulación contenida en el artículo 96, en sus distintos párrafos no dio lugar a una respuesta unánime de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, encontrando desde Sentencias de audiencias Provinciales en la que se partía del interés más necesitado de protección y, por ello, aun estableciéndose la custodia compartida se atribuía el uso con carácter indefinido de la vivienda familiar a uno de ellos, hasta aquellas que determinaban el uso alternativo de la vivienda familiar por uno u otro de los progenitores en atención al tiempo a que a cada uno de ellos se atribuía la estancia de los hijos menores o aquellas otras en las que se determinaba el mantenimiento del uso de la vivienda familiar a uno de ellos con carácter temporal.

Dejando a un lado la solución que se requiere para los supuestos en los que, habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, se produce la convivencia en el mismo de una nueva pareja y que da lugar a la extinción del derecho al uso, como se recoge en la STS de 20 de noviembre de 2018 (Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA), la solución a la atribución de dicho uso se ha dado por el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias y Autos.

Uno de los primeros pronunciamientos del TS es la Sentencia de 24 de octubre de 2014

(Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA). En ella se hace referencia a la regulación contenida en la legislación catalana y aragonesa y que viene a analizar la situación que se produce cuando se acuerda la custodia compartida y señala los problemas que conlleva en concreto:

La **necesidad de disponer de tres viviendas** en el caso de que los padres de alternen en la convivencia con los hijos en la vivienda familiar.

El supuesto en el que **vivienda sea privativa de uno de ellos** y el otro no disponga de vivienda o de medios para conseguirla.

Ante ello, señala que el criterio más establecido en el artículo 96 como prioritario, no puede aplicarse en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos y que, por ello debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y que permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: 1) en primer lugar, al **interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres**. 2) En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero.

En ambos casos con la **posibilidad de imponer una limitación temporal** en la atribución del uso, similar a la que se establece en el **párrafo tercero para los matrimonios sin hijos**, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras).

Esta es la posición que se viene manteniendo por las resoluciones dictadas con posterioridad



como la de 9 de septiembre de 2015 en el que la vivienda era ganancial y la madre tenía a su disposición otra vivienda. En este supuesto el Juzgado había atribuido el uso al padre, la Audiencia a la madre y el TS al padre con carácter temporal.

Este mismo criterio de la temporalidad se ha aplicado en supuesto en el que la vivienda era privativa, por ejemplo, en la de 22/7/2015, en el que la vivienda era privativa del padre y se asigna el uso temporalmente a la madre que tenía una vivienda propia alquilada y el contrato iba a expirar.

La sentencia de 23/01/2017 repite los criterios de las sentencias de 24/10/2014, 9/9/ 2015 y 21/7/2016, en el caso de vivienda familiar común se atribuye el uso a la madre con limitación temporal de 3 años. El Juzgado había temporalizado el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. La AP hasta la independencia económica del hijo o bien cuando por edad y formación profesional de éste pudiera alcanzarla. Considera la Sala 1 que este criterio es desproporcionado pues el hijo solo tenía 9 años y vulnera la doctrina de la Sala respecto a la atribución del uso cuando el menor alcanza la mayoría de edad en que debe aplicarse el art. 96. 3.

Más recientemente la de 13 de noviembre de 2018 (Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS).

Cita la Sentencia 294/2017, de 12 de mayo:

"La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.

"En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

"Se afirma que "La sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a

una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única...".

"De esta doctrina cabe extraer que concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hija dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad (sentencia 513/2017, de 22 de septiembre)".

En el mismo sentido la sentencia 7/2018, de 10 enero.

Por lo expuesto, estimado el recurso de casación, y constituida la sala en tribunal de apelación, valorando los argumentos expuestos en segunda instancia, acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, **durante dos años**, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

1. Determinación del tiempo de uso

La determinación de la duración puede establecerse por un tiempo determinado, como en algunas de las resoluciones citadas anteriormente o hasta un momento cuya fecha no resulta determinada cuando se acuerda el uso. Por ejemplo, en el Auto de 20 de febrero

de 2019 (Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO) en recurso de casación en el que se citaban las SSTS de 9 de mayo 2018, 10 de enero de 2018, 22 de septiembre de 2017, 21 de julio de 2016 y 24 de octubre de 2014, y que trataba de un supuesto de custodia compartida sobre los cuatro hijos y vivienda privativa del padre que se le atribuye a la esposa e hijos, hasta que el menor de los hijos cumpliera la mayoría de edad, se inadmite el recurso por falta de interés casacional y se señala que la Sentencia no es contraria a la Jurisprudencia de la Sala primera porque:

"[...]la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en el que, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos[...]" (STS n.º 513/2017, de 22 de septiembre de 2017, con cita de otra jurisprudencia).

"Elude o soslaya, de esta forma, la parte recurrente que nos encontramos ante un procedimiento de modificación de medidas, y que el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos, aun existiendo custodia compartida, se acordó en el anterior procedimiento, por la sentencia de la misma sala de apelación, y en interés de los menores y para asegurar su derecho a la vivienda, al no conocerse ninguna a la progenitora, por ello mantiene en la sentencia ahora recurrida en casación, el indicado uso. Además, la sentencia recurrida

en casación reproduce y asume como propios los argumentos esgrimidos en la sentencia apelada, que considera que no se ha acreditado un cambio de circunstancias para acordar el cese, y considera por tanto que no procede la modificación instada”.



2 Desarrollo de la guarda y custodia compartida

Dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, debe determinarse la forma concreta del ejercicio de la custodia compartida. Puede hacerse por semanas o quincenas. Creo que cuanto más larga es la periodicidad es más complicado porque además de que resultarían complicados los cambios, exigiría la fijación de un régimen para mantener el contacto con el otro progenitor.

Por otra parte, una de las formas más habituales ha venido siendo la de que los hijos permanezcan en un domicilio y los progenitores se alternen en la convivencia con ellos.

Sin embargo, la Sentencia de 17 de enero de 2019 (Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS), analiza esa forma de llevarse a cabo y señala que:

En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del Civil).

La residencia del menor habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el período respectivamente atribuido y las partes decidirán el destino de la vivienda familiar, de acuerdo con la naturaleza del bien.

Alimentos

En cuanto a la forma de regular los alimentos en favor de los hijos, la Jurisprudencia nos remite a determinados criterios:

1. Proporcionalidad

En SSTs 11 de febrero de 2016 recurso 470/2015, 390/2015 de 26 de junio, 658 /2015 de 17 de noviembre y 33/2016 de 4 de febrero, se fija la Jurisprudencia en materia de alimentos en los casos de custodia compartida:

"[...]el régimen de **custodia compartida** no siempre supone la supresión de la pensión de **alimentos**, sino que se habrá de estar a las circunstancias personales de ambos progenitores.

No se eximirá del pago cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos, o cuando uno de ellos no perciba salario o rendimiento alguno, pues la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da. De ahí que los pronunciamientos no sean uniformes, aunque el régimen aplicable sea el de custodia compartida[...]."

Es doctrina reiterada de que la revisión del juicio de proporcionalidad de los alimentos debidos a los hijos menores, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye **materia reservada al Tribunal de instancia** y la fijación de la entidad económica de la pensión, no puede ser objeto del recurso de casación, **salvo clara vulneración del juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil**.

2. Fijación de alimentos a cargo de uno de los progenitores

STS 13 de noviembre de 2018. El padre abonará a la madre en concepto de alimentos, la cantidad de 125 euros mensuales, por cada hija (en total 250 euros), actualizables y abonables conforme se declaró en la sentencia del juzgado, y siendo efectivas estas

cantidades desde la fecha de la presente sentencia.

En el mismo Sentido la de 17 de enero de 2019, en la que se desestimaba el recurso de casación porque entendía que la sala de apelación había respetado los arts. 145, 146, 151 del C. Civil y concordantes, dado que había tenido en cuenta los salarios de los progenitores, los tiempos de estancia

Irretroactividad:

STS 483/2017, de 20 de julio, señala que:

"Es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

Las cantidades que se fijan en esta sentencia de casación solo serán operativas desde la fecha de la presente sentencia del Tribunal Supremo.

La STS 483/2017, de 20 de julio, que señala que:

"Es doctrina reiterada de esta sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" (sentencias 3 de octubre 2008; 26 de marzo 2014; 25 de octubre 2016)", por lo que procede fijar la extinción de la pensión alimenticia en favor del hijo mayor de edad desde la fecha de la sentencia de segunda instancia en la que se acuerda su extinción, y no desde el momento de interposición de la demanda".



Me he invitado a explicar con datos que quiero no excesivos, pero exactos, una paradoja a la navarra, conforme a la que el primer gobierno de coalición de izquierdas de la Democracia española considera inconstitucionales unas normas de Derecho de obligaciones, que netamente viabilizan una protección de los consumidores sobreendeudados, y llevan nada menos que 47 años en vigor, por haberlo dispuesto una ley franquista.

La Recopilación privada de 1969, y más inmediatamente la Recopilación de 1971 fueron los antecedentes del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho privado foral de Navarra, que fue la última de las compilaciones del Derecho civil foral o especial, y por ello, escapando del método reduccionista, iniciado con la de "Vizcaya y Álava" de Ley 32/1959, de 22 de julio, ésta como una colección de mínimas excepciones supervivientes al Derecho civil general castellano/español, fue un proceso que evolucionó a más y mejor en la ideología de ordenamiento o sistema, y culminó en Navarra, como texto legal completo de las instituciones iusprivadas, de esmerada calidad, y más moderno que el Código Civil.

Fue redactada por un pequeño grupo de juristas miembros de la "Comisión Oficial Compiladora de Navarra" y, una vez editada la segunda de las indicadas Recopilaciones, en junio de 1971 la propia Comisión la asumió como Anteproyecto de Compilación, elevando éste a la Diputación Foral, bajo cuyo patrocinio se habían editado ambos antecedentes. La Diputación, por Acuerdo de 16 de julio siguiente, aceptó el Anteproyecto y abrió un período de información sobre el mismo hasta el 15 de octubre del mismo año.

El texto final, aprobado por las comisiones de juristas, fue elevado a Proyecto de Compilación. A finales de diciembre de 1972 el proyecto pasó a la Diputación Foral. El 23 de enero de 1973 la Comisión Permanente del Consejo Foral dio su conformidad, y delegó en la propia Diputación "para los trámites correspondientes hasta conseguir la

promulgación de la Compilación a través de un procedimiento especial conforme con el régimen foral navarro".

Los juristas del grupo privado, redactaron a primeros de febrero y entregaron al Vicepresidente de la Diputación, Amadeo Marco (tradicionalista -jaimista-, cuando Alcalde de Navascués, partidario del Estatuto Vasco de 1932), y al Ministro de Justicia, Antonio M^a de Oriol y Urquijo (hijo de Neguri, quien sería secuestrado por ETA cuatro años más tarde), nuevas notas sobre los puntos esenciales del proceso de Compilación y del procedimiento para su aprobación, borradores para los oficios entre ambos que formalizaron el convenio alcanzado sobre este asunto entre el Estado y Navarra, y asimismo otro borrador conteniendo un posible texto de la ley personal del Jefe del Estado para el reconocimiento de vigencia y promulgación del Fuero Nuevo. Los oficios se intercambiaron los días 16 y 19 de febrero, y el 28 del mismo mes se hicieron las últimas correcciones al texto de la ley personal, que firmó el Jefe del Estado, Francisco Franco, en El Pardo, el 1 de marzo de 1973.

En realidad, esta ley, sin pasar por las Cortes de entonces, no es una fórmula especial de legislación a la navarra, que míticamente se conecta con la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, sino que procede de lo que previno en el art 17 de la Ley de 20 de enero de 1938, que decía: "Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general", y que remachó el art. 7 de la Ley de 8 de agosto de 1939: "Correspondiendo al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, conforme al artículo decimoséptimo de la Ley de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho, y radicando en él de modo

permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o de Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones".

El máximo exponente del estado autoritario, perviviente tras la II Guerra Mundial.

De las que fueron luego tituladas Leyes Fundamentales del Estado (art. 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947), el Fuero del Trabajo se promulgó como Decreto el 9 de marzo de 1938, pero fueron leyes formales promulgadas personalmente por Francisco Franco, la Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, que obviamente se promulgó sin las Cortes que instituía, lo mismo que la Ley del Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945, la Ley de 17 de mayo de 1958, por la que se promulgaron los principios del Movimiento Nacional, y la Ley Orgánica del Estado 1/1967, de 10 de enero. No es baladí que una de las pocas normas con rango de ley que se publicó por voluntad única y directa del Jefe del Estado fuera la aprobatoria del Fuero Nuevo de Navarra (no, por ejemplo, la Ley 69/1969, de 22 de julio, que provee lo concerniente a la sucesión de la Jefatura del Estado, origen de que S.M. el Rey Juan Carlos lo fuera con la Constitución de 1978; ni tampoco la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, que permanece en vigor). La Ley Paccionada, cualquiera que sea su naturaleza efectiva, se refirió a la organización política, administrativa y judicial de Navarra, en el tránsito de Virreinato a Provincia, así como también referente al régimen fiscal, impositivo y de los bienes de la corona, y nada al Derecho civil propio, conservado a pesar del Código Civil.

La Ley española de 1973, personal del Jefe del Estado, mutó en Ley navarra, actualizada en el marco de la Constitución de 1978, CE, con la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, manteniendo bastantes originalidades, incluso a un nivel de ordenamientos civiles de la familia continental europea, como la costumbre contra legem en la cúspide de las fuentes del Derecho o la libertad absoluta de testar, la mayoría de las que han sido corroboradas y mejoradas desde hace poco, el 16 de octubre de 2019, en que entró en vigor la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que se denomina de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

Siempre ha resultado poderosamente llamativo que, en un momento de resistencia reactiva a la descomposición del estado totalitario no solo se tolerara un alarde contra la uniformidad jurídica, aunque fuera en el ámbito del Derecho privado, sino que se propiciara con una ley personal del Caudillo.

La cuestión técnica siempre la han resumido los foralistas -entre los que modestamente me contaba de joven- así: Los Derechos forales no son excepcionales, ni un privilegio, sino sistemas de Derecho autóctonos, con sus propios principios y fuentes supletorias, de un peculiar estilo y adecuación independientes, y por ello, lo excepcional debe ser la inmisión en su ámbito de las leyes civiles generales.

Ya en los años sesenta se admitía por doctrina y jurisprudencia que la aplicación del Código civil y de las leyes civiles generales en Navarra solo se justificaba por una de estas tres razones:

- a. Porque la solución distinta a la de la ley general sería inmoral (se ponía, por ejemplo, la disolubilidad del matrimonio).
- b. Porque iría contra el orden público interno (se ejemplificaba con la prórroga forzosa para el arrendador urbano).
- c. Porque se trataba de una materia técnica que encajaba y cohonestaba -y se presumía que beneficiaba- al ordenamiento autóctono. La presunción de beneficio decaía cuando los supuestos beneficiarios lo rechazaban de forma natural, como si fuera un trasplante de órgano aparentemente compatible, que fracasa.

En vigor el Título VIII CE, y la organización del Estado autonómico, aproximadamente lo mismo -sustituyendo lo inmoral por lo contrario a los derechos fundamentales o inconstitucional-, es la tesis de los foralistas frente a la tesis restrictiva de las competencias exclusivas del Estado de art. 149.1 CE, con exponentes importantes de la doctrina del TC de los años noventa, y que en el siglo XXI ha revertido en favor de esa tesis restrictiva.



Ahora bien, la cuestión no era técnica - tampoco ahora-, y lo que se decía respecto de Navarra (y probablemente Aragón), no puede ocultar que la promulgación de una ley española franquista, en su contenido y en la forma de emisión, fue de hecho un privilegio en recompensa del afecto de Navarra a la causa del Movimiento Nacional, que agonizaría pocos años después. Puesto que todo lo contrario ocurría con el Derecho civil foral de territorios no afectos¹, como el vizcaíno, o como con el que nunca se ha querido llamar foral sino Derecho civil especial, de Cataluña, acerca de lo que se podría disertar y documentar de manera prolija, pero que es recomendable no recoger aquí como divagación innecesaria.

El caso es que, desde 1973, promulgado por Franco y trocado en Ley navarra autonómica, el Fuero Nuevo ha contenido dos leyes (el FN no tiene artículos sino leyes, y antes de que fuera tal cosa un (mal)uso legislativo en general, cada ley tiene su "ladillo" o anuncio o título) que recogen normas de tutela del deudor depauperado, tan idóneas para el Derecho consumerista, como antagonistas de un Derecho de obligaciones liberal.

Son la dación en pago necesaria de ley 493 pfo.2º in fine FN, y la redención del crédito cedido de ley 511 FN (versión hasta Ley 21/2019).

No es tampoco el objetivo actual un análisis de estas dos instituciones tan interesantes, sino simplemente de plasmar su tenor, que lleva en vigor 47 años.

En Derecho navarro existe la dación en pago necesaria, que se recogía en sede de pago parcial: "Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un

objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida".

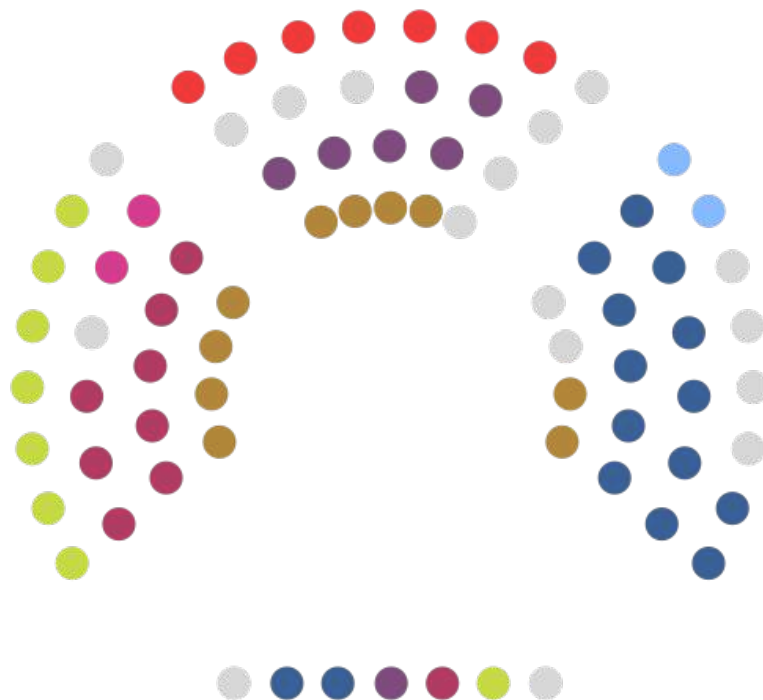
Y la denominada retención o reducción del crédito cedido de ley 511: "El acreedor puede ceder su derecho contra el deudor; pero, cuando la cesión sea a título oneroso, el deudor quedará liberado abonando al cesionario el precio que éste pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito".

Como se sabe, la dación en pago carece de regulación positiva en el Código Civil, aunque la ley 495 FN regula desde 1973 la dación en pago, caracterizándola por su efecto a lo que describe como dar un objeto distinto del debido: "la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación".

Y la Ley foral 21/2019 incluye como apartado 3 la dación en pago necesaria, que únicamente se ha previsto, en general y mucho más modernamente, en el campo de la liquidación concursal (art. 148.5, por relación con art. 155.4 de la Ley Concursal).

En el Código Civil existe el llamado retracto de crédito litigioso de art. 1.535, soslayado mediante exégesis suspicaz por la Sala I TS, aunque la versión amplia navarra no requiere que el crédito sea litigioso, ni existe plazo de caducidad para redimir la deuda.

¹ Entre los espantos jurídicos para el siglo XX, como sanción administrativa a un territorio, el Decreto-ley núm. 247 del BOE, dado en Burgos por Franco el 23 de junio de 1937 declaró "provincias traidoras" a Guipúzcoa y Vizcaya y se les suprimió el Concierto Económico. Sin derogar su parte dispositiva, el Preámbulo con dicha calificación se eliminó por Decreto-ley 6/1968, de 6 de junio. Claro que el Derecho foral vizcaíno se aplica en Llodio, que es Álava, y también es verdad que dicho Valle no dejó de ser geográficamente "traidor" en 1936.



Ambos institutos encuentran difícil conceptualización para su naturaleza, y no pertenecen a la tradición foral, siendo pervivencias de un Derecho pietista de raíz romana, que consagraron los autores de la Recopilación privada (la Ley Anastasiana, o las Novelas de Justiniano, utilizables para fascinación del Derecho de tutela social -de trabajadores o de consumidores- del siglo XXI).

Los tribunales navarros no han contribuido a la relevancia ni de la redención del crédito cedido, ni de la dación en pago necesaria, cuando en esta última docena de años, se ha invocado su utilización como protección en supuestos de situación de necesidad de los deudores de entidades financieras.

Me parece claro que el Parlamento de Navarra ha reaccionado frente a la irrelevancia judicial de estas instituciones, auspiciadas por el franquismo, pero muy oportunas en dos trincheras abandonadas de la tutela frente a los abusos de las empresas del crédito, aprovechando el remozamiento del Fuero Nuevo, por Ley Foral 21/2019.

No solo se conserva la ley 511, sino que perfecciona su funcionalidad, ya que se estipula la notificación fehaciente forzosa del cedente al deudor de la cesión, con indicación expresa e individualizada del precio abonado, y si la cesión tiene lugar una vez iniciada la ejecución, el órgano judicial debe requerir al cedente para que manifieste el precio de la cesión a fin de que el deudor pueda ejercitar su derecho en el plazo que se le establezca.

Igualmente, la ley 495.3, en la nueva redacción de la dación en pago necesaria, establece los presupuestos objeto-subjetivos a los que debe atender la estimación judicial (“si el juez estima justa la sustitución”): (i) la posición de iliquidez del deudor por imposibilidad de realización de sus bienes; y (ii) la agravación extraordinaria de la prestación que conllevaría para el mismo su cumplimiento forzoso o su incumplimiento por resultar una desproporción entre sus consecuencias o garantías y la deuda dineraria.

En el caso de la ley 511, desde la SAPN -3ª, Pleno- de 30 de enero de 2009, JUR 2009\295251, inicia una línea de la Sección civil por la cual ha rechazado un centenar de negativas propugnadas en los juzgados a la sucesión procesal como sujeto ejecutante de los conocidos fondos de mercantiles exóticas, por la adquisición de carteras de “Non performing loans”, en ancianos procesos de ejecución de entidades bancarias. El núcleo del argumento está en el carácter mercantil de la relación de crédito cedida, y por lo tanto, la inaplicabilidad directa del FN -en los casos en que ese contrato, la mayoría de las veces un

Derecho foral navarro: de tutela social y patriotismo constitucional

préstamo al consumo o una variedad de tarjeta de crédito, se ha celebrado en Navarra, que es el punto de conexión utilizable-, y la inaplicabilidad indirecta como Derecho común, puesto que el FN se debe aplicar a los aspectos civiles de un contrato mercantil, cuando no exista una regulación propia en la legislación de tal ámbito, por la remisión de arts. 2 y 50 CCom (Derecho común no es solo el general del CCiv sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio), puesto que se mantiene que hay una regulación específica para la cesión del crédito de un prestamista en arts. 347 y 348 CCom.

En los supuestos de hecho no se suele distinguir si el deudor es o no consumidor, pero distinguiéndolo, y para los cesionarios profesionales de créditos frente a consumidores, el suscrito tiene su voto particular del AAPN -3ª- 99/2019, de 10 de abril (Rollo 1293/2018), que ciertamente no es casacionable. Aunque penden ya dos sentencias de apelaciones de juicios ordinarios, en que se plantea nítidamente la aplicación de la ley 511, como Derecho directo o supletorio, al contrato subyacente de una cesión de créditos de este tipo, en que el suscrito ha declinado la ponencia para emitir sus votos particulares, y viabilizar la posibilidad de una casación foral.

El caso de la dación en pago necesaria, llegó a la casación foral, y la STSJN de 12 de noviembre de 2013, RJ 2014/1564, propugnó una inteligencia restrictiva de la estimación judicial de su presupuesto, que lo aproxima a la doctrina reequilibradora por sobrevenida excesiva onerosidad en la

base del negocio: “Ello obliga al juez a realizar un doble examen: en primer lugar deberá comprobar que el cumplimiento de la prestación debida se le ha hecho excesivamente gravoso al deudor; y si este análisis es positivo, entonces deberá proceder, en segundo lugar, a examinar si la pretensión de sustitución que ejercita el deudor es justa, para lo cual habrá de atender al conjunto de circunstancias concurrentes y muy particularmente al principio de reciprocidad”. Es verdad que el supuesto de hecho casacional fue de la sustitución del pago dinerario que adeudaban dos sociedades promotoras a una caja de ahorros por la entrega de los inmuebles edificados (viviendas, locales y parcelas de aparcamiento), ajeno a tutela del cliente minorista, pero de suyo, se ha vaciado, así la especialidad navarra respecto del Derecho general. Esta jurisprudencia coloca, lo mismo que una de las traducciones legales de la nueva ley 495.3 actualizada en 2019, la dación en pago necesaria en la proximidad de la cláusula rebus sic stantibus, requiriendo reequivalencia de valor de la deuda pecuniaria y los bienes subrogados. Precisamente, la alteración sobrevenida de la base del negocio es otra institución que carece de contemplación positiva en el ordenamiento general, con la importancia que conlleva en los periodos de recesión económica.

Sea como fuere, la paradoja advertida es que en el Consejo de Ministros del viernes 24 de enero de 2020 se acordó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra las leyes 495 y 511 reformadas por Ley foral 21/2019, junto con otras seis leyes del FN.

De un lado, unas normas tuitivas de los deudores empobrecidos, que se han perfeccionado en el Parlamento de Navarra, por unanimidad, con la aprobación de Ley foral 21/2019, en la última sesión plenaria previa a las elecciones autonómicas de 2019, y que encaraba en estos precisos casos una desactivación judicial práctica, llevaban casi 47 años en vigor; y de otro lado, no se arguyen elementos del marco del Derecho interregional privado ni la intangibilidad de la normativa de los Registros ni del mercado hipotecario, como en otros asuntos, sino la lesión de la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales de art. 149.1.8º CE, esto es, un aspecto de fondo de las normas, a pesar de tamaña antigüedad de tal supuesta lesión.

Tenemos a la vista, en el este plano de la legislación de las bases de las obligaciones contractuales, la experiencia reciente en el TC, de los arts. 3 y 4 y de la Disposición adicional (tan cercana a la idea de ley 511, aunque focalizada en la vivienda) de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, declarados inconstitucionales por STC -Pleno- 13/2019, de 31 de enero, o del art. 621-54.3 del Código civil catalán, introducido por el art. 3 de la Ley catalana 3/2017, de 15 de febrero, declarado inconstitucional por STC 132/2019, de 13 de noviembre.

Ahora bien, Navarra no era igual que Cataluña, tampoco en el campo del Derecho civil, y a pesar sus fuentes autóctonas claramente nutridas ambas del Derecho romano, bajo el franquismo esencial, y no lo ha sido tampoco en el régimen constitucional durante 47 años.

Hay que entender que, interpuesto el recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes 495 y 511 no supone que su precedente textual, el primero en otra ubicación (en ley 490), deba quedar afectado, aunque el argumento de inconstitucionalidad pueda ser idéntico para la norma vieja y la perfeccionada.

A la paradoja de que unas normas forales con antecedentes que pueden remontarse a la crisis económica de la descomposición de la República de Roma, rescatadas por una ley personal de Franco, defendiendo la foralidad navarra, puedan emplearse como tutela de los consumidores por el sobreendeudamiento frente a la banca; se une la de que la originalidad navarra durante 47 años sea puesta en cuestión por motivos de fondo por el Gobierno de España autodefinido de progresista, y presidido por un socialista, cuando el Gobierno de la Comunidad Foral también sea de una coalición progresista, presidido por una navarra.

