

GUÍA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Comentario a las sentencias SAP de Madrid núm. 242/2013 de 26 julio (JUR 2013\297024); STS núm. 705/2015 de 23 diciembre de 2015 (RJ 2015\5714); y STS núm. 79/2016 de 18 febrero de 2016 (RJ\2016\619)

Alicia Agüero Ortiz

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: A lo largo de este artículo analizaremos la evaluación de abusividad de determinadas cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios que han sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo. En particular, nos centraremos en las cláusulas de apoderamiento; las cláusulas de obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía; las cláusulas de tratamiento de datos personales; las cláusulas sobre la finalidad del contrato de préstamo hipotecario; las cláusulas de gastos; las cláusulas suelo-techo; las cláusulas de intereses de demora; y las cláusulas de vencimiento anticipado. Por último, incluiremos un anexo final con el listado de las cláusulas declaradas abusivas y su contenido.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, préstamo hipotecario, intereses de demora, vencimiento anticipado, cláusula suelo.

Title: Guidance on unfair terms in mortgage contracts.

Abstract: In this paper we will analyse the assessment of unfairness of certain terms in mortgage contracts that have been declared invalid by the Spanish Supreme Court. Specifically, we will focus on the following clauses: empowerment; obligation of the debtor to ensure the conservation and effectiveness of the security; processing of personal data; purpose of the mortgage loan contract; expenditures; cap and floor; default interests; and accelerated maturity. Lastly, we will include a final annex with the list of terms deemed unfair and their content.

Key words: Unfair terms, mortgage contract, default interests, accelerated maturity, floor clause.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Hechos. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid; recurso ante la AP de Madrid y su fallo; y recurso de casación ante el TS. 3. Cláusulas declaradas abusivas en préstamos hipotecarios. 3.1. Las cláusulas de apoderamiento al banco para la inscripción de la hipoteca. 3.2. La obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario del Banco Popular. 3.3. Cláusula de tratamiento de datos personales de BBVA. 3.4. Cláusula sobre la finalidad del contrato de préstamo hipotecario BBVA. 3.5. Cláusula de gastos del contrato de préstamo hipotecario de BBVA. 3.6. Sobre las cláusulas suelo-techo (límites a la variación del tipo de interés). 3.6.1. La cláusula suelo de Banco Popular. 3.6.2. La cláusula suelo-techo de BBVA. 3.7. La cláusula de intereses de demora del préstamo hipotecario BBVA. 3.8. La cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago del préstamo hipotecario BBVA. Anexo I. Listado de cláusulas declaradas abusivas en préstamos hipotecarios.

1. Introducción

El pasado 29 de marzo de 2011 la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) presentó una demanda contra Banco Popular y BBVA en la que ejercía una acción colectiva de cesación relacionada con condiciones generales de la contratación en distintos productos de Banco Popular y BBVA.

Respecto a Banco Popular, se impugnaron diversas cláusulas de sus contratos de préstamo hipotecario, en concreto las cláusulas relativas a: límites a la variación del tipo de interés aplicable; redondeos del tipo de interés; revisión del interés pactado; obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía; fuero judicial; y pactos complementarios. Asimismo, se impugnó la validez de la cláusula de "responsabilidad por el uso de claves" relativa al contrato de Banca por Internet, Banca Telefónica y Banca por Móvil de Banco Popular. Por otro lado, se impugnaron diversas cláusulas del contrato de cuenta corriente y del contrato de tarjeta 4B Mastercard y de la tarjeta VISA HOP! de esta mercantil.

En relación con BBVA, se impugnaron las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario: límites a la variación del tipo de interés; gastos; interés de demora; vencimiento anticipado del préstamo; finalidad del préstamo; compensación; fuero; conservación de la garantía; subrogación de los adquirentes; apoderamiento; y tratamiento de datos personales. De la misma forma, se impugnaron diversas cláusulas relativas a los servicios de Banca por Internet de BBVA, de su contrato de cuenta corriente y de sus tarjetas Paga Ahora y Paga Ahora Blue BBVA.

A lo largo de este artículo analizaremos la evaluación de abusividad de determinadas cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios de las entidades demandadas. En particular, nos centraremos en las cláusulas de apoderamiento; las cláusulas de obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía; las cláusulas de tratamiento de datos personales; las cláusulas sobre la finalidad del contrato de préstamo hipotecario; las cláusulas de gastos; las cláusulas suelo-techo; las cláusulas de intereses de demora; y las cláusulas de vencimiento anticipado. Por último, incluiremos un anexo final con el listado de las cláusulas declaradas abusivas y su contenido.

2. Hechos. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid; recurso ante la AP de Madrid y su fallo; y recurso de casación ante el TS

El Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid dictó sentencia de 8 septiembre 2011 (JUR 2013\321605) en la que declaró la nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios de las demandadas.

Respecto al contrato de préstamo hipotecario de Banco Popular declaró nula la cláusula de revisión del interés pactado; las cláusulas relativas a las obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía; y la cláusula de fuero judicial.

Con relación al contrato de préstamo hipotecario de BBVA, anuló la cláusula de gastos; la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo¹; la cláusula de finalidad del préstamo; la cláusula de conservación de la garantía; y la cláusula de subrogación de los adquirentes.

Contra esta sentencia recurrieron en apelación tanto la OCU, como el Ministerio Fiscal (que se había adherido a la demanda), como las entidades demandadas. Por lo que respecta al recurso de la OCU, insistía en la necesidad de decretar la nulidad de las cláusulas suelo-techo (tanto de los préstamos de BBVA como de Banco Popular), como de la cláusula de intereses de demora, la de vencimiento anticipado por falta de pago total o parcial de alguna cuota en el préstamo hipotecario de BBVA, la cláusula de apoderamiento a favor del Banco y la de tratamiento de datos personales. Por su parte, el Ministerio Fiscal centró su recurso en la necesidad de declarar la nulidad de sendas cláusulas suelo-techo. Por otro lado, BBVA centró su impugnación en la nulidad de las cláusulas de gastos por considerarla clara y no abusiva y la cláusula de destino del inmueble. Finalmente, Banco Popular impugnó la declaración de nulidad de las cláusulas de redondeo al alza puesto que ya no formaban parte de la práctica contractual del banco y de las cláusulas sobre la obligación de asegurar la conservación y eficacia de la garantía (necesidad de contratar un seguro a valor de nuevo y aplicación de la indemnización en caso de siniestro).

Así las cosas, la AP de Madrid dictó sentencia de 26 julio de 2013 (JUR 2013\297024) en la que estimó parcialmente el recurso de apelación de la OCU y del Ministerio Fiscal declarando la nulidad de las cláusulas de límite a la variación del tipo de interés variable (cláusulas suelo-techo). En adición, declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de BBVA letra a), que permitía declarar el vencimiento anticipado en caso de impago total o parcial de alguna de las cuotas del préstamo hipotecario; la cláusula de tratamiento de datos personales y la cláusula de intereses de demora. Por el contrario, desestimó íntegramente los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y desestimó la declaración de nulidad de las cláusulas de apoderamiento instada por la OCU.

Por último, la sentencia de la AP fue recurrida en casación por las demandadas. Banco Popular recurrió la declaración de nulidad de su cláusula suelo. BBVA, sin

¹Únicamente respecto al apartado e) que permitía vencer anticipadamente el préstamo "cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato", y no sólo en caso de incumplimiento del pago total o parcial de cuotas.

embargo, impugnó tanto la declaración de nulidad de su cláusula suelo-techo, como de la cláusula de intereses moratorios, de vencimiento anticipado, de gastos del préstamo hipotecario y de destino profesional o empresarial del bien hipotecado. Podemos adelantar que el TS en su sentencia 23 diciembre de 2015 (RJ 2015\5714) desestimó íntegramente los recursos de las demandadas, matizando dos aspectos relevantes: (i) respecto a la declaración de nulidad de los intereses de demora, siguiendo con el criterio adoptado en su STS de 22 de abril de 2015 en relación con los préstamos personales, señaló que la nulidad sólo ha de recaer sobre aquellos puntos porcentuales que excedan a los intereses remuneratorios; y (ii) con relación a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, ésta deberá ser efectivamente suprimida pero en su lugar deberá aplicarse la norma supletoria del art. 693.2 de LEC, es decir que, eliminada la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor podrá declarar vencido el préstamo anticipadamente si se produce el impago de tres cuotas mensuales. Estos dos matices han sido reiterados por la STS de 18 febrero de 2016 (RJ\2016\619), como apuntaremos.

A continuación, estudiaremos el contenido de las cláusulas declaradas abusivas y la fundamentación jurídica que justificó su anulación. Para ello, analizaremos exclusivamente el fallo de la AP cuando se trate de cláusulas cuya declaración de nulidad no fue recurrida en casación, y el fallo tanto de la AP como del TS cuando nos ocupemos de cláusulas cuya anulación fue impugnada ante el TS.

3. Cláusulas declaradas abusivas en préstamos hipotecarios

3.1. Las cláusulas de apoderamiento al banco para la inscripción de la hipoteca

Las cláusulas impugnadas eran del siguiente tenor: (i) la de Banco Popular *“Los hipotecantes, por medio de esta escritura, apoderan y facultan amplia y expresamente al banco para que, por si sólo otorgue, incluso si incurriese en autocontratación, y firme cuantos documentos privados y escrituras públicas de aclaración o subsanación fueren precisas hasta dejar correctamente inscrita la hipoteca que aquí se constituye, en el Registro de la Propiedad competente”*; y (ii) la de BBVA *“Por ser la inscripción de la hipoteca unilateral una condición esencial de este contrato, al garantizar el préstamo ya recibido por la parte prestataria, ésta apodera expresa e irrevocablemente al BANCO, en la forma más amplia y necesaria en derecho, para que en su nombre y representación realice las gestiones necesarias para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca unilateral que en este acto se constituye y, en su caso, de los títulos previos a esta escritura y además, siempre que ello no afecte a las condiciones económicas del crédito garantizado, para que pueda realizar las subsanaciones o aclaraciones necesarias a la vista de la calificación verbal o escrita del Registrador por adolecer esta escritura de algún defecto subsanable, para lograr la inscripción de la misma, y aunque ello incurra en la figura jurídica de autocontratación”*.

Considera la OCU que dichas cláusulas vulneran el art. 85.3 TRLGDCU por reservar al empresario la facultad de interpretar o modificar unilateralmente el contrato. Sin embargo, la AP rechazó este alegato ya que la facultad de apoderamiento sólo persigue la posibilidad de inscripción en el Registro de la

Propiedad, que resulta jurídicamente imprescindible para que la garantía real quede constituida, por lo que está sobradamente justificada.

3.2. La obligación de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía del préstamo hipotecario del Banco Popular

La cláusula impugnada era del siguiente tenor: *“Tener asegurada/s la/s finca/s que se hipoteca/n contra riesgo de incendios y daños de tal manera que la suma asegurada coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la/s finca/s siniestrada/s que al respecto se fije constando en la póliza que el beneficiario, en caso de siniestro, será el acreedor. Si no se hiciese el contrato de seguro en la forma indicada, podrá ser formalizado o completado por el Banco a cargo del prestatario. La indemnización deberá ser entregada al acreedor para aplicarla primero al pago de los gastos producidos e intereses devengados y posteriormente a la amortización total o parcial del capital del préstamo. Si hubiera exceso, ese entregará al propietario de las fincas, salvo que existan terceros hipotecarios, en cuyo supuesto se depositarán en la forma en que se convengan o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil”.*

El reproche de esta cláusula obedece a dos razones: (i) que se exija su aseguramiento a valor de nuevo; y (ii) la atribución de la condición de beneficiario del seguro a la entidad bancaria de forma que pudiera hacerse con todo el capital, vencido o no.

En este sentido, coincide la AP con la declaración de abusividad efectuada por el JMER. En primer lugar, señala que exigir la contratación de un seguro a valor de nuevo comporta la imposición al cliente de una garantía desproporcionada (art. 881. TRLGDCU) pues lo oportuno sería exigir el aseguramiento a valor real del inmueble en el momento de ocurrencia del siniestro, evitando así que el prestatario-asegurado tuviera que asumir una sobreprima innecesaria. En segundo lugar, el hecho de la indemnización debiera entregarse al acreedor para que pudiera aplicarla a la amortización parcial o total del préstamo, comporta un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU), concretamente, de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación (art. 86.4 del TRLGDCU). Continúa el tribunal explicando que, el hecho de que hubiera ocurrido un siniestro no acarrea el vencimiento anticipado del préstamo y, por ende, no debe imponerse la obligación de abonar la totalidad del capital prestado con el importe de la indemnización sobre importes no vencidos.

3.3. Cláusula de tratamiento de datos personales de BBVA

La cláusula controvertida autorizaba a la entidad a incorporar los datos del interviniente en ficheros con diversos fines, incluyendo una cláusula de cierre que añadía *“para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores”.*

Pues bien, esta fórmula infringe el art. 4 de la LOPDCP que impone que los datos de carácter personal sólo se puedan recoger para finalidades determinadas y explícitas. Además, recalcó la AP que aunque no hubiera infringido el artículo mencionado, tampoco superaría las exigencias del art.

80.1.a TRLGDCU, a saber, que las cláusulas no negociadas individualmente estén redactadas con concreción, claridad y sencillez.

3.4. Cláusula sobre la finalidad del contrato de préstamo hipotecario BBVA

La cláusula litigiosa rezaba *“La parte prestataria deberá destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual.*

La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco”.

La AP coincidió con el JMÉR en considerar que el párrafo segundo de cláusula conllevaba una inmisión desmedida en los derechos del propietario de la vivienda, pues no impone meramente la notificación del cambio de destino del inmueble sino una prohibición a tal cambio, lo que estimó abusivo de conformidad con los art. 82.1, 85 y 88.1 TRLGDCU. Ello, aun cuando el cambio de destino comporta la modificación en la calificación de consumidor del prestatario, pues dicha condición, comprenden la AP y el JMÉR, debe ostentarse en el momento de la constitución del préstamo hipotecario.

Coincide con esta apreciación el TS al conocer del recurso de casación interpuesto por BBVA, matizando que dada la indeterminación de la cláusula deja al absoluto arbitrio del prestamista su interpretación. *“Por tanto, aunque una determinación razonable de los casos en que esta prohibición pudiera tener fundamento (como se argumenta en el recurso de casación²) posibilitaría la validez de la correspondiente cláusula o cláusulas que contemplaran tales supuestos, la generalidad e indeterminación con que está redactada la cláusula impugnada no puede conducir más que a su declaración de abusividad, como correctamente concluye la sentencia recurrida, a tenor de los arts. 82.1, 85 y 88.1 TRLGDCU”.*

3.5. Cláusula de gastos del contrato de préstamo hipotecario de BBVA

De forma resumida, el contenido de la cláusula era el siguiente: *“Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación (...) y ejecución de este contrato, y por los pagos y*

² En este sentido, alegaba BBVA que el cambio de destino del inmueble de vivienda a una actividad profesional o empresarial no sólo suponía un cambio en los elementos esenciales del contrato, sino que modificaba directamente el régimen legal aplicable. En concreto, sostuvo que este cambio supondría una alteración de las bases del contrato afectando a su régimen legal, ya que implicaría un cambio en la relación entre el valor del inmueble y el importe de financiación mediante préstamo, dado que se prohíbe otorgar préstamos por importe superior al 60% del valor de tasación, con excepción de la vivienda habitual que llega al 80%, y en relación a ésta última, el artículo 114.3 LH establece una limitación al interés de demora garantizado.

reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca (...).

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito (...).

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, (...) intereses de demora (...)".

Considera la AP que la cláusula que permite la repercusión de gastos y el pago de "todos" los tributos al prestatario es nula a la luz del art. 89.3 a) y c) TRLGDCU "porque no da lugar a distinción alguna entre gastos y tributos que pudieran incumbir a una u otra parte, permitiendo la derivación universal de todos ellos, con independencia de su origen o causa (lo que incluiría los imputables al banco o de los que éste pudiera ser sujeto pasivo en un determinado momento) al consumidor. No se trata de que el banco interprete que a quien le iba a corresponder el pago de tales conceptos (por la lectura que haga de la previsión legal que esté vigente en un determinado momento) sería, en su opinión, siempre al consumidor, sino que el problema estriba en que con el tenor de dicha cláusula los que en algún momento pudieran corresponderle a la entidad bancaria, por naturaleza o disposición normativa, podría cargarlos al cliente. Una condición general de ese calado, que permite el tratamiento del mismo modo de los gastos y tributos que pudieran incumbir al empresario que los que no lo fueran, resulta claramente abusiva".

BBVA recurrió en casación esta decisión, alegando que la cláusula anulada se limitaba a recoger las atribuciones de gastos o costes a los prestatarios ya previstos en las leyes, como por ejemplo el impuesto de actos jurídicos documentados cuyo sujeto pasivo es precisamente el prestatario. Lo mismo sucede, entiende, con los gastos de notaría y de registro al tratarse de una hipoteca unilateral (art. 141 LH), con los gastos de la prima del seguro obligatorio (art. 8 LMH), con los servicios complementarios realizados a

solicitud del prestatario y con los gastos de informe previo a la cancelación de la hipoteca.

Pues bien, el TS desestimó el recurso interpuesto por la mercantil, en primer lugar porque niega que el sujeto al pago de los gastos de notaría y registro sea el prestatario. En este sentido, tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación, y quien tiene un interés principal, sostiene, es el prestamista que así obtiene el título ejecutivo (aun cuando el beneficiario del préstamo, reconoce, es el prestatario). Por lo tanto, la repercusión de estos gastos al consumidor es abusiva en virtud del art. 89.2 TRLGDCU pues impone al consumidor un desequilibrio relevante que no habría aceptado en el marco de una negociación individualizada.

Respecto al impuesto de actos jurídicos documentados señala que el art. 27.1 del TRLITP y AJD sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. De esta forma, no es cierto que el obligado tributario en toda la extensión del impuesto sea el prestatario. Por lo tanto, la cláusula vulnera el art. 89.3.c) TRLGDCU al imponer al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

Por otro, confirma el TS la abusividad de la cláusula en lo que afecta a la repercusión de los gastos de honorarios de abogado y aranceles de procurador incluso cuando no fuera preceptiva su intervención, por contravenir el art. 32.5 LEC que excluye tales gastos de la condena en costas (salvo en determinados casos), de conformidad con el art. 86 TRLGDCU. Igualmente, declara la nulidad de la cláusula en la medida en que atribuye al prestatario las costas procesales pues aquella atribución corresponde a los arts. 394 y 398 LEC, por lo que su inversión no sólo infringe las normas procesales de orden público comportando su nulidad vía art. 86 TRLGDCU, sino que introduce un desequilibrio evidente en la posición de las partes.

Con todo, el TS sí reconoce la validez de la parte de la cláusula destinada a repercutir al prestatario los gastos del seguro de daños puesto que dicha obligación viene impuesta por el art. 8 LMH, siendo además el obligado al pago de la prima del seguro el tomador del mismo (art. 14 LCS).

3.6. Sobre las cláusulas suelo-techo (límites a la variación del tipo de interés)

En primer lugar, las entidades de crédito alegaron que las cláusulas impugnadas no constituían condiciones generales de la contratación puesto que existían contratos de préstamo hipotecario en los que no se incluían o cuya redacción era diferente. Sin embargo, la AP de Madrid rechazó este extremo pues recalca que respecto a la contratación con consumidores resulta de aplicación la regla de la carga de la prueba del art. 82.2 TRLGDCU según

la cual corresponde al empresario demostrar la negociación individual de las cláusulas. Por lo tanto, el hecho de que fueran prerredactadas, aunque el cliente tuviera la facultad de elegir entre varias ofertas del empresario, comporta su carácter de condiciones generales de la contratación a las que el consumidor puede o no adherirse, renunciando a contratar.

Con todo, recuerda la AP que al constituir estas cláusulas un elemento esencial del contrato no cabe someterlas al control de abusividad, sino sólo al doble control de transparencia, esto es: *"1º superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; éste debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato"*.

El primer control se satisface con el cumplimiento de la normativa sectorial, OM de 5 de mayo de 1994, que resultó superado. Por lo que afecta al segundo control, debe recurrirse a los parámetros señalados por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, brevemente: (i) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa; (ii) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (iii) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; (iv) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos; (v) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos; y (vi) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Tras esta exposición, procede la AP a someter a este segundo examen a las cláusulas litigiosas, no sin antes advertir que el procedimiento oportuno para evaluar la transparencia de las cláusulas sería la acción individual donde podrían analizarse todas las peculiaridades de los casos, pero recalando que *"lo cierto es que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 efectúa su pronunciamiento en sede del ejercicio de una acción colectiva, lo que nos obliga a acometer esa misma labor"*.

3.6.1. La cláusula suelo de Banco Popular

La redacción de la cláusula era la siguiente: *"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes,*

que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO”.

En opinión del AP la cláusula no supera el control de transparencia ya que: (i) pese a ser clara, se inserta en una pluralidad de epígrafes subsiguientes a la estipulación del interés variable; (ii) el mínimo fijado es de una cuantía significativa lo que puede convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés; (iii) queda enmascarada entre una abrumadora cantidad de datos; y (iv) recibe un tratamiento impropiaemente secundario, por lo que el consumidor no percibe su relevancia.

Esta decisión fue objeto de recurso de casación, alegando Banco Popular en esencia que no cabe control de “transparencia cualificada” cuando la entidad cumplió con los requisitos de “transparencia simple”, ya que no existen estándares o exigencias que puedan reputarse incumplidos. Comprende, de esta forma, que se incumple el art. 1 CC que obliga a jueces y tribunales a atenerse al sistema de fuentes en su función jurisdiccional.

El Tribunal Supremo negó que esta “transparencia cualificada” no encuentre amparo normativo pues, en primer lugar, se encuentra recogido en la doctrina jurisprudencial del TS³; y, en segundo lugar, porque dicho control se encuentra en la Directiva 93/13/CEE art. 4.2 que conecta esta transparencia con el juicio de abusividad⁴, “*porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*”.

De esta forma, las condiciones generales que definan elementos esenciales del contrato pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una “*alteración del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación*”.

Por lo tanto, el TS desestimó el motivo de casación rechazando que la AP hubiera vulnerado el sistema de fuentes previsto en el art. 1 CC, ni que hubiera efectuado un control de validez que no estuviera previsto ni en el

³ Sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre (RJ 2010, 703) ; 375/2010, de 17 de junio (RJ 2010, 5407) ; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014, 2233) ; y 333/2014, de 30 de junio (RJ 2014, 3526); y Sentencias del Pleno de esta Sala 1ª números 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088) ; 464/2014, de 8 de septiembre (RJ 2014, 4660) ; 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845) ; y 139/2015, de 25 de marzo (RJ 2015, 735) ; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril (RJ 2015, 5042)

⁴ “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

ordenamiento jurídico de la Unión Europea ni en el español. También negó el TS los alegatos referidos a la claridad de la cláusula, entendiendo que si bien la cláusula era más clara gramaticalmente que la de otras entidades, lo cierto es que no permitía al consumidor alcanzar una comprensión efectiva de lo que estaba contratando, que en realidad era un préstamo a interés fijo (4,50%) únicamente variable al alza.

3.6.2. La cláusula suelo-techo de BBVA

El contenido de la cláusula litigiosa era: *“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el “tipo de interés vigente” en el periodo de interés. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL”.*

Por las mismas razones expuestas anteriormente, considera la AP que la cláusula no supera el control de transparencia, añadiendo el hecho de que la existencia de un techo contribuye a la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de otro tipo máximo de interés.

Presentado recurso de casación por BBVA frente a esta sentencia, el TS desestimó el mismo relativo a la cláusula suelo porque BBVA ya había sido condenado a eliminar estas cláusulas de sus contratos, es decir, *“existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada, conforme al art. 222, apartados 1, 2 y 3, LEC”.*

3.7. La cláusula de intereses de demora del préstamo hipotecario BBVA

La cláusula de intereses de demora impugnada establecía un intereses moratorios del 19%, considerando la OCU que tales intereses de demora eran desproporcionados.

Para analizar si efectivamente dicha cláusula imponía una indemnización desproporcionadamente alta por el incumplimiento del deudor (art. 85.6 TRLGDCU), tomó la AP diversas referencias en la materia, a saber, (i) el artículo 20.4 de la LCCC que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero; (ii) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles que contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos; (iii) la Ley 50/1980 del contrato de seguro que contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 20 % (sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado); (iv) la regla dispositiva sobre los intereses contenida en el artículo 1108 del C. Civil que prevé que a falta de otra específica se abone el interés legal del dinero; (v) los denominados intereses procesales del artículo 576 de la LEC que, a falta de norma especial o previsión convencional, serán el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos; y (vi) el nuevo art. 114 LH que establece

como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero cuando la hipoteca recaiga sobre la vivienda habitual del prestatario.

Pues bien, en este sentido considera la AP que, pese a que aquellas normas no resulten de aplicación por estar afectadas a sus propias peculiaridades, lo cierto es que en un contrato como el de préstamo hipotecario que cuenta con una garantía adicional no deberían merecer un tratamiento más gravoso que el de estos otros supuestos. En fin, *“El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios”*. De forma que se declara la nulidad de la cláusula litigiosa lo que comporta su expulsión sin posibilidad de moderación ni de aplicación supletoria del art. 1108 CC.

Contra este pronunciamiento interpuso BBVA recurso de casación indicando que las normas consideradas infringidas (art. 114.3 LH y DT 2ª de la Ley 1/2013⁵) no permiten determinar en abstracto la abusividad de un determinado tipo de interés.

Retomando lo sostenido por el TJUE en este sentido, reconoce el TS que efectivamente el máximo legal establecido en el art. 114.3 LH para los intereses moratorios en préstamos hipotecarios que recaigan sobre la vivienda habitual (tres veces el interés legal del dinero), no puede prejuzgar el control de abusividad de una cláusula de este tipo. De este modo, una cláusula que cumpla con dicho precepto puede ser considerada abusiva si impone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario (art. 85.6 TRLGDCU), de la misma forma que una cláusula que establezca unos intereses superiores puede ser considerada ilegal por contravenir el precepto, pero no abusiva si no se considera que imponga una indemnización desproporcionadamente alta. Además, de acuerdo con el Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224) (Asunto C- 602/13), una vez declarada la abusividad de la cláusula no puede ser ésta sustituida por los intereses que resulten de aplicación de conformidad con el art. 114.3 LH, sino

⁵ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

que debe ser excluida plenamente⁶. Así, el citado Auto concluyó que *“Los arts. 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:*

– no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y

– no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva”.

Sólo en caso de que la nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, es decir, en casos en que el contrato no pudiera sobrevivir sin la cláusula anulada, habilita el TJUE al juez nacional a aplicar supletoriamente la normativa nacional, si ello favorece al consumidor (Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4) (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13)⁷. Ello incluso cuando la cláusula no haya llegado a aplicarse, pues la nulidad de la cláusula puede apreciarse por su mera contención en el contrato, con independencia de que se haya aplicado o no.

Respecto a la efectiva desproporción de la cláusula de intereses moratorios al 19%, señala el TS que, en tanto que indemnización por el daño producido por el retraso en el pago, existe una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora⁸. Así pues, el pacto de

⁶ «...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) (al)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.

⁷ “Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización”.

⁸ Siguiendo el criterio fijado para los intereses moratorios en préstamos sin garantía real en su STS 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360). Para más información, vid. AGÜERO ORTIZ, A.: *Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡Preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!* CESCO, 12 de junio de 2015. Disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/06/Los-intereses-moratorios-que-superen-en-dos-puntos->

intereses moratorios no sólo tiene como finalidad disuadir al prestatario del incumplimiento, sino también remunerar al acreedor por el tiempo de disposición del dinero ajeno mientras se prolongue la mora. Por este motivo, considera el TS que el interés moratorio constituye un incremento sobre el remuneratorio destinado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los plazos de pago.

Ahora bien, recalca que el límite del art. 114.3 LH no puede ser el único parámetro para evaluar si una cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios es abusiva, sino que sólo sirve con criterio de control previo en vía notarial y registral, y como límite de petición en demandas de cumplimiento forzoso del préstamo o de ejecución de la garantía. Por el contrario, para decidir sobre la abusividad de una determinada cláusula de intereses moratorios, el juez debe atender a diversos criterios como *“la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles”*. Sin embargo, a diferencia de lo que hiciera el TS respecto a los préstamos sin garantías reales en su sentencia de 22 de abril de 2015 en la que fijaba un parámetro claro de abusividad –serían abusivas las cláusulas de intereses moratorios que superaran en dos puntos porcentuales a los remuneratorios-, en este caso no fija un parámetro claro, limitándose a afirmar que *“resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual”*.

Con todo, sí aplica lo preceptuado en la STS de 22 de abril de 2015 respecto a las consecuencias de la declaración de la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, al afirmar que *“respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”*. Es decir, de nuevo vuelve el TS a respaldar la moderación de los intereses de demora declarados abusivos, aun cuando la doctrina del TJUE es absolutamente clara al respecto, imponiendo la expulsión de la cláusula declarada abusiva si el contrato puede sobrevivir con ella, como es el caso en el supuesto de cláusulas de intereses moratorios. Comprendemos que este tipo de fallo comporta una moderación puesto que, si la cláusula imponía unos intereses de demora del 19%, la consecuencia de su expulsión una vez declara su abusividad sería la aplicación de unos intereses de demora del 0%, o lo que es lo mismo, la no aplicación de intereses de demora. Sin embargo, con la aplicación de esta nueva corriente jurisprudencial, el resultado sería que declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios del 19%, una vez declara nula, se aplicasen unos intereses moratorios por valor igual a los intereses remuneratorios. Es decir, si se pactaron unos intereses

remuneratorios del Euribor + 0,90%, resultarían de aplicación unos intereses moratorios del Euribor + 0,90%, lo que es bien distinto a pagar un 0%.

En conclusión, el TS mantiene la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios del 19% sin fijar un parámetro claro para la declaración de abusividad como sí hiciera respecto a los préstamos personales, pero declara que la declaración de nulidad no afectará a la cláusula al completo sino sólo a aquél porcentaje que supere el fijado para los intereses remuneratorios.

Este mismo criterio ha sido mantenido en la STS núm. 79/2016 de 18 febrero (RJ\2016\619) en su FJ. 2º.9 al afirmar que *“respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360), para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”*. Sin embargo, no aplica efectivamente este criterio pues, si bien la SAP de Zamora núm. 96/2014 de 4 junio (JUR 2014\191280) declaró abusivos los intereses de demora del 19%, no los redujo tomando en consideración el tipo de interés remuneratorio pactado (fijo a tres meses del 3,90%), sino que dejó apropiadamente sin aplicación dicha cláusula. Una actuación coherente con la fundamentación jurídica, habría exigido que el TS hubiera modificado los efectos de la declaración de abusividad aplicados por la AP de Zamora y haber declarado la abusividad de los intereses moratorios sólo respecto al 15,1% que superaban a los intereses remuneratorios, manteniendo la validez de los intereses moratorios en un 3,90%⁹. Sin embargo, se limita a concluir que *“En cuanto que la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones establecidas tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, este motivo de casación debe ser desestimado”*.

3.8. La cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago del préstamo hipotecario BBVA

La cláusula controvertida rezaba *“No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses. (...)”*.

Considera la OCU que una cláusula de ese tipo resultaría contraria al principio de proporcionalidad y entrañaría un desequilibrio contrario a la buena fe al permitir que el banco venciera anticipadamente el préstamo con independencia de la gravedad del incumplimiento, por ejemplo, incluso cuando se dejara de pagar un solo euro.

Coincide la AP en este extremo con la demandante, pues señala que esta cláusula iría más allá del tenor del art. 693.1 LEC (antes de su modificación por la Ley 1/2013¹⁰) que permitía el vencimiento anticipado con el incumplimiento de una cuota del préstamo, pues faculta al prestamista a

⁹ Lo que consideramos absurdo y contrario a la doctrina del TJUE, pero es lo que viene a defender el TS desde su STS de 22 de abril de 2015.

¹⁰ Que exige en la actualidad que se haya producido el impago de tres cuotas para vencer anticipadamente el préstamo hipotecario.

vencer anticipadamente con el incumplimiento de una parte de una cuota. Ello, incluso cuando la Ley permite al prestamista negarse a recibir un pago parcial (1169 CC), pues una cosa es negarse a recibir una determinada cantidad y otra cosa es que todo ello le faculte para vencer anticipadamente. Además, señala que en una negociación individual un cliente no hubiera aceptado una cláusula de ese tenor, por lo que decreta la nulidad de la citada cláusula¹¹.

Recurrida en casación la decisión de la AP a este respecto, recordó el TS que ya desde su STS 792/2009, de 16 de diciembre reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurriera *“justa causa – verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial–, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo”*. Asimismo, cita la STS 506/2008, de 4 de junio (RJ 2008, 3196) en la que se exigía la concurrencia de una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas. Y la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), asunto C-415/11 en la que se afirmaba que *“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”*.

Por lo tanto, considera el TS que la cláusula litigiosa no supera estos estándares pues no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar el vencimiento anticipado mediante una conducta diligente de reparación. Ahora bien, difiere el TS de las conclusiones de la AP respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de esta cláusula.

Según la AP, la declaración de nulidad de la cláusula comportaba su expulsión del contrato e inaplicación, sin más. Sin embargo, el TS considera acertadamente que la expulsión de esta cláusula no comportaría más que el cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista en el caso de préstamos con garantía real, obstaculizando su efectividad. De esta forma, haciendo desaparecer la posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo, se obligaría a las entidades prestamistas a acudir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC) incluso en caso de flagrante

¹¹ Siguiendo el criterio de la llamada lógica de las actuaciones humanas del TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2013 - C-415-11.

morosidad, dilapidando el privilegio que ofrece la constitución de una derecho real en garantía del cumplimiento del préstamo.

Por este motivo, considera el TS que nos hallamos ante un supuesto de aquéllos en los que el TJUE permitía la aplicación supletoria de la normativa nacional, pues la expulsión de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario lo desnaturalizaría, al convertir en inejecutable la garantía real. Y no sólo eso, considera el TS que la exclusión de la vía ejecutoria redundaría en un perjuicio también para el prestatario, que en aquélla puede beneficiarse de la posibilidad de liberar el bien consignando las cantidades debidas (art. 693.3 LEC), de las posibilidades liberatorias del art. 579 LEC, o del límite del importe de salida a subasta del bien del art. 682.2.1ª LEC.

Así concluye que *“sobreser el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados”*. Por lo tanto, la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado debe comportar su expulsión y sustitución por la disposición supletoria de Derecho nacional, en concreto, por la establecida en el art. 693.2 LEC permitiendo a los prestamistas declarar vencido anticipadamente el préstamo cuando se hubieran impagado al menos tres mensualidades.

La misma conclusión ha sido alcanzada por el TS en su sentencia de 18 febrero de 2016 (RJ\2016\619), en la que declara una abusiva una cláusula de vencimiento anticipado que permitía al acreedor ejercer esta facultad ante el incumplimiento de una sola cuota del préstamo hipotecario. Asimismo, mantiene su criterio de aplicar supletoriamente el art. 693.2 LEC.

Anexo. Listado de cláusulas declaradas abusivas en préstamos hipotecarios

Cláusula	Contenido
<i>Cláusula de redondeo</i>	“Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto porcentual”
<i>Cláusula de revisión del interés pactado</i>	“La parte interesada en la actualización del tipo de interés, deberá comunicarlo a la otra parte contratante con al menos diez días naturales de antelación a la fecha de revisión del tipo de interés, lo que puede realizar el Banco con la simple consignación del nuevo tipo de interés a aplicar en el periodo siguiente en cualquier liquidación anterior a dicha fecha, considerándose en tales casos cumplida, a todos los efectos, la notificación prevista”.

<i>Obligaciones de la parte deudora para asegurar la conservación y efectividad de la garantía</i>	<p>“Tener asegurada/s la/s finca/s que se hipoteca/n contrariesgo de incendios y daños de tal manera que la suma asegurada coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la/s finca/s siniestrada/s que al respecto se fije constando en la póliza que el beneficiario, en caso de siniestro, será el acreedor. Si no se hiciera el contrato de seguro en la forma indicada, podrá ser formalizado o completado por el Banco a cargo del prestatario. La indemnización deberá ser entregada al acreedor para aplicarla primero al pago de los gastos producidos e intereses devengados y posteriormente a la amortización total o parcial del capital del préstamo. Si hubiera exceso, ese entregará al propietario de las fincas, salvo que existan terceros hipotecarios, cuyo supuesto se depositarán en la forma en que se convengan o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil”</p> <p>“Realizar en la/s finca/s las obras, reparaciones y demás actos necesarios para su conservación y normal explotación y uso para que no sufran deterioro ni mengüen sus productos. Notificar al Banco inmediatamente cualquier hecho que perjudique el estado físico o del derecho del propietario, así como los actos de enajenación, permitiendo al Banco que inspeccione en cualquier momento a tales efectos las fincas hipotecadas.</p> <p>En caso de expropiación forzosa de alguna de la/s finca/s hipotecada/s, además de la obligación de inmediata notificación, la parte deudora apoderará al Banco para que pueda, sin limitación alguna, comparecer en los expedientes que se sigan, instando lo necesario y ejecutando lo procedente, para gestiones y convenir sobre la respectiva expropiación y percibir los precios, indemnizaciones y compensaciones correspondientes que la entidad expropiante deba pagar o llevar a cabo, dándoles la aplicación que se establece en el apartado 5.2.1”.</p>
<i>Cláusula de fuero judicial</i>	<p>“Los comparecientes, según actúan, para todos los procedimientos en que legalmente esté permitido, de común acuerdo y con renuncia expresa a cualquier otro fuero que ahora o en adelante pudiera corresponderles, se someten para el cumplimiento, interpretación y para cuantas cuestiones se susciten del presente contrato a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de ALMERIA”</p>
<i>Cláusula de gastos</i>	<p>“Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.</p> <p>La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.</p> <p>Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.</p> <p>La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva”.</p>
<i>Cláusula de vencimiento anticipado del préstamo</i>	<p>“No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos:</p> <p>a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.</p> <p>b) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el Banco en virtud del presente contrato”.</p>
<i>Finalidad del préstamo</i>	<p>“La parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco”</p>

<i>Cláusula de subrogación de los adquirentes</i>	“Cuando los adquirentes de los bienes hipotecados queden subrogados en virtud de pacto con el transmitente en las obligaciones asumidas en esta escritura por su causante, no surtirán efectos liberatorios para el transmitente frente al Banco hasta tanto éste no la consienta de forma expresa, sin que pueda entenderse prestado este consentimiento por la emisión de los recibos a nombre del adquirente ni por el cobro de la comisión de subrogación establecida en la cláusula 4ª 2.”
<i>Cláusulas suelo</i>	BBVA: “En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea INFERIOR AL 2.25%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto determinará el “tipo de interés vigente” en el “periodo de interés”. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, SUPERIOR AL 15% NOMINAL ANUAL”. Banco Popular: “No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CINCUENTA POR CIENTO”.
<i>Cláusula de tratamiento de datos personales</i>	“El/Los interviniente/s (en lo sucesivo, “el interviniente”) autoriza que sus datos personales, incluidos los derivados de operaciones realizadas a través del Banco, se incorporen a ficheros de éste para las siguientes finalidades:(...) Para cualesquiera otras finalidades no incompatibles con las anteriores”.
<i>Cláusula de intereses de demora</i>	“Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6ª bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido”.