

UNA CARRERA HASTA EL FONDO DE LA DEGRADACIÓN JURÍDICA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS HIPOTECARIAS: JUZGADO 7 COLLADO VILLALBA¹

M^a Carmen González Carrasco

Profesora titular acreditada a Cátedra de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

El Auto del Juzgado núm. 7 de los de Collado - Villalba, de fecha 5 de septiembre de 2013, declara la improcedencia de ejecución hipotecaria por la existencia de cláusulas abusivas contenidas en su título, entre ellas, imposición del IRPH como índice de referencia, cláusula suelo, venta extrajudicial o responsabilidad universal sin haber informado sobre un posible pacto de dación en pago.

Si comienzan a proliferar resoluciones como la que aquí se comenta, los consumidores pronto añoraremos un pasado en el que la titularidad de una vivienda nos permitía el acceso al mercado del crédito hipotecario.

a) El primero de los argumentos de nulidad que se contemplan para estimar la oposición al despacho de ejecución es la cláusula de limitación a la variación a la baja del tipo de interés del 5,5% que considera nula por "falta de transparencia", al cumplirse, según la Juzgadora, los "rasgos" descritos por la STS 9 de mayo de 2013.

Evítese la trampa del escándalo por lo llamativo del límite. Porque lo que el Auto considera, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, no es que la cláusula sea desequilibrada, sino *poco transparente*. Recordemos que la doctrina fundamental de la STS 9 de mayo de 2013 es la que afirma que *las cláusulas suelo*

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos (FD 15º, § 256).

La caótica evolución jurisprudencial posterior a la STS 9 de mayo de 2013 en primera instancia y en apelación, de la que este Auto del Juzgado de Collado Villalba es una lamentable culminación, sólo puede explicarse desde la situación de inseguridad jurídica y devaluación del sistema de fuentes creada tras dicha sentencia. Una decisión que, con manifiesta incongruencia *extra petita*, consideró, sin previo trámite contradictorio ni actividad probatoria alguna, que las cláusulas enjuiciadas eran abusivas, y por lo tanto nulas, *por un defecto de abstracto de transparencia*, por incurrir en alguno de los defectos de la lista enunciada, sin carácter exhaustivo, en su FJ 13º (cfr. Auto de aclaración de sentencia de 5 de junio de 2013).

Pero el supuesto test de transparencia que el Auto objeto de esta nota considera realizado, no es digno de ser tenido por tal. En primer lugar, el Auto omite cualquier motivación sobre la concurrencia de los "rasgos" de no transparencia en el caso concreto. Y no es de extrañar. Porque el elenco de "rasgos" de falta de transparencia expuestos en el FJ 13º de la STS 9 de mayo de 2013, a los que alude ahora la juzgadora, crearon una insostenible inseguridad jurídica (¿bastaba con uno o era necesario que concurrieran todos?) posteriormente agravada por el ATS aclaratorio de 5 de junio de 2013. Dicho Auto vino a sembrar más dudas al declarar, literalmente que "una cláusula puede ser abusiva por contravención de únicamente uno de ellos", "que no se trata de una relación exhaustiva" pero que "la presencia aislada de alguna, o algunas no determina necesariamente que la cláusula sea abusiva por falta de transparencia" (sic), puesto que el § 300 de la sentencia limitó los efectos del fallo a las entidades que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, "cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos". Ello ha ocasionado que, en la práctica, se dé por supuesto que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia para anular la cláusula por falta de transparencia y se llegue a una declaración automática de nulidad sin realizar ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, cuya falta se da por supuesta (cfr. SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª). Y que lo mismo haya ocurrido cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurrió en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013, y ahora, claramente, en el Auto que comentamos.

b) El segundo motivo por el que el Auto del Juzgado deniega la ejecución es la nulidad de la cláusula financiera tercera bis, al considerar la Juzgadora que utilizar el IRPH como índice de referencia en lugar del Euribor perjudica "más" al consumidor y por ende, es abusiva.

Esta afirmación, frecuente en los colectivos de defensa de los consumidores pero realizada por primera vez en sede judicial, implica desconocer que ni la normativa protectora de los consumidores ni la sectorial vigente en materia de créditos hipotecarios autorizan a considerar "abusiva" la utilización de un índice de referencia concreto, por más que éste no ofrezca la misma sensibilidad a las

bajadas de tipos de interés que el Euribor. De acuerdo con el art. 27 de la Orden EHA 2899/2011, pueden utilizarse los tipos de referencia oficiales allí definidos, que se publican mensualmente (entre los cuales se encuentra en el primer apartado, el IRPH). Pero aun si así no fuera, la elección del índice de referencia para determinar la variación del tipo de interés es libre, con el único límite de que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades y, además que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo (art. 26 Orden EHA art. 26 Orden EHA/2899/2011) 2899). Y siempre sea claro, concreto y comprensible por el prestatario [cfr. RRDGRN 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6183); 15 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6184)], lo que se cumple conforme a la EHA 2899/2011 si se ofrece el escenario de simulaciones de evolución a tres años a que se refiere su art. 26 y se ofrece dónde encontrar información adicional sobre dicho índice (anexo II). Pero sobre todo, la estimación total del incidente de oposición y el sobreseimiento del despacho de ejecución es un disparate jurídico con independencia de lo anterior, porque si la cláusula de interés variable no reúne las condiciones requeridas, sólo la estipulación es nula, por lo que, en principio, el préstamo debe convertirse en fijo, al tipo inicialmente pactado. El Auto omite explicarnos porqué en este caso ello no es así, y esta explicación ha de darse, porque la solución propuesta (interés fijo) no significa "integrar" la cláusula de variabilidad, sino eliminarla, sin más, conforme a la última doctrina del TSJUE [STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010)]. Por cierto, la integración y no la eliminación del índice es la solución que se impondrá a pesar de la doctrina del TSJUE cuando, a partir del 1 de noviembre², el IRPH desaparezca de las hipotecas y sea, bien sustituido por el Euribor si así lo incluye el contrato, o bien, si no lo especifica, por el *tipo medio de las hipotecas a más de tres años más un diferencial máximo del 1%*; una suma que, por otra parte, puede superar en varios puntos el Euribor... ¿o también se considerará abusiva la aplicación de la solución adoptada por el Poder Legislativo?

c) El Auto deniega la ejecución asimismo al considerar nula la cláusula financiera 5ª, que impone al deudor de los gastos procesales por incumplimiento de obligaciones. Entiende el Auto que dicha imposición vulnera el principio de equilibrio de las prestaciones limitando la responsabilidad de la entidad.

El Auto reitera la doctrina de la SAP Madrid (S. de 24 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1475), que consideró nula por abusiva la cláusula que carga al cliente todos los gastos derivados de un eventual litigio entre él y la entidad, ya que esta

² El IRPH-Cajas, IRPH-Bancos y el Tipo CECA deberían haber desaparecido tras el 29 de abril, tras un año de período transitorio. Sin embargo, el Gobierno no desarrolló a tiempo el nuevo régimen, por lo que el Banco de España siguió publicando esos índices para hipotecas y los bancos, aplicándolos. El supervisor decidió finalmente ampliar en otros seis meses la vigencia del IRPH, hasta el 6 de octubre, tiempo que el Ejecutivo aprovechó para preparar el nuevo régimen que, sin embargo, no fue introducido en el proyecto de ley de Emprendedores que se remitió al Congreso, sino en una enmienda del Grupo Popular

cláusula vulnera el equilibrio de las prestaciones limitando la responsabilidad de la entidad sin atender al criterio del vencimiento que rige la imposición de costas. Pero en todo caso, lo que no se entiende es que la nulidad de una cláusula tal impidiese el despacho de ejecución, que puede realizarse prescindiendo de dicha imposición y atendiendo al criterio del vencimiento establecido en la LEC.

d) Una de las afirmaciones más sorprendentes del Auto es la que declara abusiva la cláusula de responsabilidad universal del deudor "en contra de lo dispuesto en el art. 140 LH" sin advertirle suficientemente de esta circunstancia.

Causa sonrojo tener que explicar que, hoy por hoy, la regla general sobre la que se cimenta nuestro sistema hipotecario es precisamente la responsabilidad universal del deudor con todos sus bienes (art. 105 LH, que se remite al art. 1.911 CC); regla que el artículo 140 LH no deroga, sino que simplemente permite excluir por pacto, sin que pueda entenderse en modo alguno que dicho artículo consagra el principio de responsabilidad limitada a los bienes hipotecados, que en nuestro ordenamiento es de voluntaria aceptación por las entidades bancarias a través de su adhesión a los códigos de buenas prácticas derivadas de las medidas de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, y ello solamente bajo ciertas condiciones. Precisamente, las instrucciones para cumplimentar la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que se contienen en la normativa sectorial sobre transparencia bancaria en préstamos hipotecarios (Orden EHA 2899/2011) exigen de la entidad precisamente lo que ha hecho, puesto que en la secc. 12 de la FIPER, titulada "incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el cliente" se expresarán de forma destacada las consecuencias graves, especialmente, los efectos de la ejecución hipotecaria y de la responsabilidad ilimitada del cliente. Contenido que forma parte de las cláusulas financieras en virtud de lo dispuesto en el art. 29 de la Orden. Y con independencia de lo anterior, la nulidad de la cláusula conllevaría la limitación de la responsabilidad al bien hipotecado cuya ejecución se pretende, nunca la denegación del despacho de ejecución.

e) El Auto considera abusivo el interés de demora del 20%.

Existe una línea consolidada en algunas Audiencias Provinciales que considera abusiva la cláusula de interés de demora "que impone un interés superior a 2,5 veces el precio oficial del dinero" establecido como límite tanto en la derogada (1995) como en la vigente (2011) Ley de Crédito al consumo, consideradas como pautas interpretativas de integradoras de la nulidad declarada (por todas, v. SAP Asturias 22.11.2011, AC 2011\1623). Esta doctrina es incorrecta, puesto que dicho interés es un límite a los descubiertos tácitos en cuenta corriente a la vista (establecen, por lo tanto, un límite a la remuneración de dicho préstamo tácito) y no a los incumplimientos acaecidos en supuestos de préstamos expresamente solicitados, como además hoy se aclara en el art. 89.7 TRLCU. Es cierto que acudir a una "pauta interpretativa" evita problemas de puro arbitrio judicial en la consideración de qué haya de entenderse por "indemnización desproporcionada" en cada caso. Pero aunque la desproporción debe tener un punto de referencia que efectivamente parta del interés legal del dinero, debe poder tener en cuenta otros

factores a la hora de su imposición, como p.ej. el riesgo asumido en relación contractual, la existencia o inexistencia de otras garantías, y las reservas de inmovilizado por operaciones de crédito exigidas a las entidades de crédito por su normativa reguladora. Lo cierto es que tras la STJUE 14.6.2012 (as. 618/2010), las AAPP han venido aplicando la regla del "todo o nada", y en consecuencia, han considerado que el interés de demora desproporcionado al perjuicio sufrido por la entidad sería nulo en su totalidad, ya que según el TSJUE, las cláusulas abusivas no se integran, sino que, en pos de un efecto disuasorio de utilización futura por parte del estipulante, se anulan sin más. Entendemos que la nulidad de la cláusula debía entonces ser resuelta en realidad por el art. 1108 CC (aplicación del interés legal), que no supone un mecanismo de integración (prohibido por el Derecho comunitario) sino norma de Derecho dispositivo aplicable a la laguna contractual, a pesar de que no pueda satisfacer la función disuasoria de prácticas abusivas que pretende el TJCE. Pero ello era antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según la DT 2ª de dicha norma, el nuevo techo de intereses hipotecarios de demora del 114 LH (tres veces el interés legal del dinero y sólo sobre el capital pendiente de pago) "*será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos*". La nulidad total del interés de demora que establece la doctrina del TSJUE es contraria a esta norma. Será necesario practicar la reducción hasta el límite del art. 114 LH, siempre que la mora tenga lugar después de la Ley 1/2013 aunque el contrato o hipoteca sea anterior, para lo que la norma indica que en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé aquella cantidad. Pero, repetimos, en ningún caso es nulo el contrato en su totalidad, ni cabe denegar el despacho de ejecución, sino ajustar la pluspetición a los límites expuestos.

f) El Auto considera abusiva la Condición Financiera 6ª,2) de la escritura de préstamo, que exige previo consentimiento para arrendar o ceder la finca hipotecada por debajo de determinado precio, por entender que dicha limitación infringe la libertad de contratación.

Esta afirmación contradice la doctrina del TS, que entiende que puede limitarse dicha facultad arrendaticia en relación con los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa [STS 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702)]. Dado que los arrendamientos ulteriores pueden no estar sujetos al principio de purga de cargas, y que una renta baja minoraría el valor de la finca (RDGRN 27 de enero de 1986 (RJ 1986, 1002)), es razonable establecer ciertas cautelas, ejemplo, aquella por la que el deudor se obliga a no arrendar por una renta inferior a una cierta cuantía [cfr. RRDGRN 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 3374); 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 279) y 29 de enero de 1998 (RJ 1998, 280); 30 de enero de 1998 (RJ 1998, 5220); 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 5221); 22 de marzo de 2001]. De hecho, esta

cláusula no se ha considerado abusiva en la SAP Madrid 11 de mayo de 2004 (AC 2005, 832).

g) Igualmente abusiva considera el Auto la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola cuota. E igualmente lo hace en contra de lo previamente decidido por el TS en la misma sentencia anteriormente citada [STS 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 702)] y de la propia LEC (art. 693.2).

No es el momento de entrar a discutir la bondad de dicha doctrina del TS, ni de valorar si efectivamente dicho supuesto de vencimiento anticipado conculca el art. 80.1 TRLCU, que impide la imposición de garantías desproporcionadas con el riesgo asumido, ni de analizar si se cumple en este caso el requisito de la reciprocidad. Es en sí un disparate que el Juez competente para la ejecución se erija en guardián de la legalidad de las cláusulas que no constituyen el fundamento de la ejecución ni determinan en el caso la cantidad exigible, por no haberse producido un vencimiento anticipado del préstamo ni haberse iniciado la ejecución por el impago de una sola cuota (v. arg. 129 LH). El Juez puede considerar nulas dichas cláusulas, sin cuya subsistencia el contrato no queda desequilibrado en absoluto, y seguir adelante con la ejecución al existir una deuda líquida, vencida y exigible que nada tiene que ver con las nulidades declaradas.

h) En último lugar, el Auto considera que la modalidad misma de venta extrajudicial es abusiva, porque priva al deudor de la garantía de un proceso judicial.

El estupor que causa esta declaración es tanto mayor cuando una Ley dirigida a proteger al deudor hipotecario (Ley 1/2013 de 14 de mayo), en el apartado 3 de su artículo 3, vigente desde el 15 de mayo, da nueva redacción al art. 129 LH, manteniendo esta modalidad de ejecución hipotecaria, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada. Nótese que la Juzgadora no necesitaba de dicha declaración *contra legem* de abusividad para conocer de la oposición a la ejecución, ni siquiera en el supuesto de que el ejecutante hubiera optado previamente por la ejecución extrajudicial. Precisamente, según la nueva redacción del art. 129 LH, el Notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil. Una vez sustanciada la cuestión, y siempre que no se trate de una cláusula abusiva que constituya el fundamento de la ejecución, como lo son la mayoría de las que se contemplan en el Auto, el Notario podrá proseguir la venta extrajudicial a requerimiento del acreedor.