



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

CURSO 2020-2021

TRABAJO FIN DE MÁSTER (TFM)

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Realizado por: ALBERTO VALLINA GONZÁLEZ

Convocatoria: Ordinaria Primer semestre

RESUMEN

El presente trabajo analiza la reciente jurisprudencia europea y nacional relacionada con las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores. Para ello, comenzaremos analizando los diferentes mecanismos que permitirán determinar si una cláusula, inserta en un contrato entre un empresario y un consumidor, es abusiva.

A la postre, analizaremos los pormenores de algunas cláusulas incorporadas en los contratos hipotecarios que, a nuestro entender, han tenido una mayor repercusión, así como las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas analizadas.

ABSTRACT

This paper analyzes the recent European and national case law related to abusive clauses incorporated in mortgage loan contracts with consumers. To do this, we will begin by analyzing the different mechanisms that will make it possible to determine whether a clause, inserted in a contract between an employer and a consumer, is unfair.

In the end, we will analyze the details of some clauses incorporated in the mortgage contracts that, in our opinion, have had a greater impact, as well as the consequences of the declaration of unfairness of the analyzed clauses.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| 1- INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| 2- EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS | 6 |
| 2.1- CONTROL DE OFICIO | 7 |
| 2.2- DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA (FORMAL Y MATERIAL) | 8 |
| 2.3- CONTROL DE CONTENIDO | 16 |
| 3- ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CONSUMIDORES | 22 |
| 3.1- CLÁUSULA SUELO..... | 22 |
| 3.2- ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH)..... | 28 |
| 3.3- GASTOS HIPOTECARIOS | 39 |
| 3.4- LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO..... | 49 |
| 4- CONCLUSIONES..... | 55 |
| 5- BIBLIOGRAFIA | 57 |

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AJD: Actos Jurídicos Documentados.

DIRECTIVA 93/13: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

IRPH: Índice De Referencia De Préstamos Hipotecarios.

ITPAJD: Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

LITPAJD: Ley Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TS: Tribunal Supremo.

TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

1- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, de carácter principalmente jurisprudencial, tiene por objetivo comprender los mecanismos de control para evitar la inclusión de cláusulas abusivas en contratos con consumidores y, concretamente, su inclusión en contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

El trabajo se divide en dos partes, la primera está orientada al estudio de los diferentes controles que se pueden hacer sobre el clausulado de un contrato con consumidores, por otra parte, la segunda está orientada al análisis de diferentes cláusulas incorporadas en contratos de préstamo hipotecario con consumidores.

La razón de ser del mismo radica en que, a nivel personal, me interesa la protección que se debe de hacer de los consumidores como parte débil en una contratación con empresarios.

Sin pasar por alto que el presente estudio también viene motivado por la actualidad, problemática y complejidad de las cláusulas abusivas que, como veremos, ha dado y seguirá dando quebraderos de cabeza a nuestros tribunales.

En el desarrollo del mismo, nos centraremos en el análisis de diversos preceptos legales recogidos en Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), que nos ayudaran a comprender este complejo y problemático tema.

En definitiva, todo lo analizado me ha permitido formar una opinión crítica en relación a las cláusulas abusivas con consumidores, comprender la problemática que entrañan y, espero que con bastante acierto, ser capaz de trasladárselo al lector.

2- EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para hacer referencia a las cláusulas abusivas, debemos de partir de un cuadro normativo formado por la LCGC, la Directiva 93/13 y el TRLGDCU.

La LCGC, en su artículo 8, considera nulas, en contratos con consumidores, aquellas cláusulas que sean de carácter abusivo, entendiendo por abusivas aquellas reguladas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la antigua Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, lo que se corresponde con el artículo 82 del actual TRLGDCU.

De conformidad con el artículo 82.1 del TRLGDCU entendemos que una cláusula es abusiva cuando no sea: *“negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

Por tanto, y en la línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal ¹, debemos de destacar una serie de requisitos que tiene que revestir una cláusula para ser considerada abusiva en un contrato con un consumidor, a saber:

- La cláusula en cuestión, debe de ser predispuesta por parte del empresario.
- Debe de causar un desequilibrio entre las obligaciones y los derechos derivados del contrato para las partes.
- Por último, debe de ser perjudicial para el consumidor.

Debido precisamente a este requisito de imposición, la mayoría de las cláusulas que podrían ser calificadas de abusivas son condiciones generales de la contratación ², por lo

¹ STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, fundamento jurídico decimocuarto, marginal 233.

² Entendemos condiciones generales de la contratación aquellas que son impuestas en un contrato, sobre las cuales el adherente no tiene poder de decisión. En términos jurisprudenciales, se deben de entender condiciones generales aquellas que cumplen los siguientes requisitos:

- Cláusulas contractuales.
- Impuestas por una de las partes.
- Deben de ser prerredactadas.

que será de aplicación la regulación y control previsto en la LCGC, y como al mismo tiempo son cláusulas incorporadas en contratos con consumidores, se les aplicarán los mecanismos recogidos en el TRLGDCU.

Para controlar si una cláusula es o no abusiva, debemos de identificar previamente si afecta a elementos accesorios de un contrato, o por el contrario afecta al objeto principal. Lo anterior resulta fundamental pues el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 excluye realizar un control de contenido de las cláusulas que afectan al objeto principal de un contrato, siempre y cuando estas sean claras y comprensibles.

La aplicación jurisprudencial de la normativa mencionada anteriormente ³, ha permitido articular varios mecanismos para detectar si una cláusula es abusiva.

2.1- CONTROL DE OFICIO

El control de oficio es un mecanismo fundamental para detectar el carácter abusivo de una cláusula, que se ha establecido jurisprudencialmente a nivel europeo ⁴.

Dicho control permite a los jueces examinar el carácter abusivo de una cláusula cuando se informe a ambas partes del posible carácter abusivo y sea solicitado por el consumidor.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, configuran este mecanismo como imprescindible para realizar una protección efectiva de los intereses y derechos de los particulares ⁵.

- Deben de estar incorporadas a una pluralidad de contratos (viene del anterior).

³ La LCGC, la Directiva 93/13 y el TRLGDCU.

⁴ STJUE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon GSM Zrt. contra Erzsébet Sustikné Győrfi.)

⁵ SSTJUE de 14 de junio de 2012 (Caso BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. contra Joaquín Calderón Camino) y de 21 de febrero de 2013 (Caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipaiy otros.) En este sentido destacamos SSTS 241/2013 de 9 de mayo, Sentencia núm. 205/2018 de 11 abril, Sentencia núm. 669/2017 de 14 diciembre.

Esta intervención judicial parece chocar con el principio de justicia rogada que opera en nuestro ordenamiento, por el cual, los jueces están vinculados por aquello solicitado por las partes.

Sin embargo, este principio no se ve vulnerado, pues el juez al tiempo de realizar este control de oficio: “...no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.”⁶

Por tanto, una vez que de oficio se aprecie el posible carácter abusivo, se deberá de poner en conocimiento de ambas partes dicho carácter, para que, por un lado el consumidor solicite la nulidad de la misma, y por otro lado no se genere indefensión del empresario, permitiéndose que opere el principio de contradicción de manera que cada parte pueda hacer valer sus intereses.

Se desprende de la meritada sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo, que para proteger la posición inferior que tiene el consumidor en relación con un empresario, se deben de flexibilizar las rigideces tradicionales de los procedimientos.

Por todo lo expuesto, el control de oficio se convierte en el primer mecanismo de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

2.2- DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA (FORMAL Y MATERIAL)

A modo de resumen, este doble control surge para detectar el carácter abusivo de las cláusulas incorporadas en contratos con consumidores. A su vez, si las cláusulas hacen referencia al objeto principal del contrato y superan este doble control, estarán excluidas del control de contenido que se desarrollará en el epígrafe siguiente.

⁶ STJUE de 4 de junio de 2009 (Caso Pannon GSM Zrt. contra Erzsébet Sustikné Györfi.) (apartado 33).

De acuerdo a lo recogido la Directiva 93/13, debemos de entender como objeto principal de un contrato aquellas cláusulas que hacen referencia a la calidad/precio de la prestación o de la mercancía. En nuestro caso, puesto que vamos a analizar cláusulas insertas en contratos de préstamo hipotecario, entendemos que son cláusulas que afectan al objeto principal todas aquellas que se encargan de definir el precio de ese contrato.

Antes de entrar a desarrollar este doble control, debemos de poner de manifiesto que el artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria no ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento, lo cual genera dos corrientes doctrinales ⁷.

En primer lugar, y esta es la postura a favor de la cual me posiciono, a pesar de la no transposición del artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria, este debe de aplicarse cuando las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no superan el doble control de transparencia, es decir: cuando las cláusulas que hacen referencia al objeto principal de un contrato superan los requisitos materiales y de comprensibilidad, deben ser consideradas transparentes, sin necesidad de aplicar a posteriormente el control de abusividad o contenido previsto en el artículo 3.1 de la Directiva Comunitaria, puesto que se excluye en el apartado 4.2 de la Directiva ⁸. Sin embargo, si no supera el control de transparencia, es preciso realizar un control de contenido en los términos del artículo 3.1, pues la falta de transparencia no supone automáticamente la declaración de abusividad ⁹, ya que para ello es preciso que causen, además, un perjuicio para el consumidor ¹⁰.

⁷ MIRANDA SERRANO, L: “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, Barcelona, 2018, pp. 1-80.

⁸ Esta es la posición seguida por la doctrina mayoritaria entre los que nos encontramos: CÁMARA LAPUENTE, S: “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia” *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 1-16.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R: “Tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo estipuladas en contratos de préstamos hipotecarios de interés variable. STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo.” Editorial Aranzadi S.A.U., Enero, 2014, pp. 1-15 .

PERTINEZ VILCHEZ, F: “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario” *InDret*, 3/2013, pp. 1-28.

⁹ En este sentido recordamos la reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal: 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de noviembre.

¹⁰ Así lo dispone el párrafo segundo del artículo 83 del TRLGDCU: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.*”

Entre los argumentos a favor de la aplicación del artículo 4.2 de la directiva 93/13 a pesar de su no transposición y que así recoge Cámara Lapuente¹¹, encontramos:

- No cabe un control de contenido sobre elementos esenciales cuando estos sean transparentes y comprensibles.
- El precio, cuando supere el control de transparencia, debe de regularse por las reglas del mercado y no por un control de contenido.
- El precio o la contraprestación si son transparentes, son consentidos, pues el consumidor ha debido reparar en ellos, por tanto, puede aceptar o rechazar ofertas si no esta de acuerdo.
- Debe de entenderse que el artículo 4.2 de la Directiva se aplica de manera implícita en nuestro ordenamiento.
- Por último, un control judicial de precios, o dicho de otro modo, controlar el contenido de las cláusulas que definen el precio de un contrato, solo se puede admitir cuando venga exigido por una Ley de conformidad con el principio de legalidad.

En cambio, la otra corriente doctrinal defiende que: cuando la cláusula supere los requisitos formales y de comprensibilidad, podrá someterse al control de contenido que recoge el artículo 3.1 de la Directiva, puesto que como el artículo 4.2 de la misma Directiva no esta transpuesto, este no debe de aplicarse. De manera que superados los controles formales y materiales de transparencia podría someterse a un control de contenido si genera desequilibrio entre las partes.

De igual modo, Cámara Lapuente recoge alguna de las razones que sostiene la doctrina minoritaria en torno a la no aplicación del artículo 4.2 de la Directiva dada su no transposición, y que permitiría realizar un control de contenido de aquellas cláusulas que hacen referencia al objeto principal de un contrato aún siendo transparentes y comprensibles, entre ellas nos encontramos:

- La Directiva Comunitaria, por ser una Directiva de mínimos, permite incrementar la protección de los consumidores, que es precisamente lo que se realiza al no transponer el artículo 4.2.

¹¹ CÁMARA LAPUENTE, S: *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 209-233.

- La no transposición debe de interpretarse de la manera más favorable para el consumidor, dado que permite elevar el nivel de protección.
- Un sistema constitucional no prohíbe realizar un control de precios: *“pues tanto el legislador puede limitar el precio del dinero como podría hacerlo una resolución de la autoridad judicial.”*¹²

A modo de resumen podemos concluir que, solo cuando las cláusulas incorporadas a los contratos con consumidores que afecten al objeto principal de un contrato, no superen el control de transparencia, deberán someterse al control de contenido para determinar su abusividad ya que: *“la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas”* pues *“la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato”*.¹³

Control de transparencia formal (control de incorporación)

Como ya hemos anticipado, puesto que la mayoría de las cláusulas que podrían ser calificadas abusivas son condiciones generales de la contratación, éstas deben de someterse al control de incorporación que recoge la LCGC. En concreto, los artículos 5 y 7 de la LCGC, establecen que las condiciones generales deben de reunir requisitos de transparencia, claridad y concreción.

Lo que supone que no se tendrán por incorporadas aquellas condiciones que sean oscuras, ilegibles o incomprensibles¹⁴.

Lo mencionado hasta ahora, son requisitos que deben de cumplir todas las condiciones generales incorporadas a cualquier contrato. De manera que si no se cumplen los requisitos de transparencia formal no se incorporan al contrato.

¹² CÁMARA LAPUENTE, S: *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 209-233.

¹³ STS 595/2020 de 12 de noviembre de 2020.

¹⁴ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Junto con los requisitos de transparencia formal establecidos por la LCGC y mencionados anteriormente, las condiciones generales de la contratación, cuando se incluyan en contratos con consumidores, deben de superar un control de transparencia formal derivado del TRLGDCU, por el cual, se exige que las condiciones generales cuando se refieren a la contratación consumidores, no pueden tener un tamaño tipográfico inferior al milímetro y medio y deben tener contraste suficiente de tal manera que no se dificulte la lectura de la contra parte ¹⁵.

Superar este control formal es condición necesaria pero no suficiente para que las condiciones generales se incorporen a un contrato con consumidores. Por lo que no es el único, ya que, si afectan al objeto principal del contrato deberán superar el control de comprensibilidad y superado este, serán transparentes y se tendrán por no abusivas, por tanto, incorporadas al contrato. En cambio, si afectan a elementos accesorios o afectan al objeto principal pero no superan el control de transparencia, deberán ser sometidas al control de contenido recogido en el artículo 3.1 de la Directiva para determinar su carácter abusivo, siempre que sean incorporadas en perjuicio del consumidor.

Control de transparencia material (control de comprensibilidad)

Junto con el control anterior, se exige que aquellas cláusulas que afectan al objeto principal de un contrato incorporadas a contratos con consumidores superen el control de transparencia material o de comprensibilidad.

Como ya hemos anticipado, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, no transpuesto a nuestro ordenamiento, no permite realizar un control de abusividad de las cláusulas que se refieran al objeto principal de contrato con consumidores, ni a la adecuación entre precio y prestación, siempre que las mismas vengán establecidas de manera clara y transparente. Por ello, surge el control de transparencia material.

¹⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), artículo 80 y ss.

Este segundo control de transparencia está orientado a una comprensibilidad real por quien es consumidor de que se trata de una condición que hace referencia al objeto principal de un contrato, y de las consecuencias que se derivan de su contratación, posibilitándose la contratación de otro producto si no esta conforme con las mismas. En este sentido se manifestó la STS 241/2013 de 9 de mayo, reiterado en sentencias posteriores de nuestro Alto Tribunal ¹⁶: *“En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.”*

En todas ellas subyace la misma idea, es decir, una cláusula podrá superar los criterios legales de transparencia formal relativos a la incorporación de una cláusula en un contrato, pero no por ello superar el control material de transparencia.

Debemos destacar la Orden ECE/482/2019 ¹⁷, que, junto con la orden EHA/2899/2011 y con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¹⁸, incrementan el nivel de protección de los consumidores al establecer una serie de

¹⁶ Por mencionar algunas:

STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, fundamento jurídico duodécimo, número marginal 211, pp. 73

STS 464/2014 de 8 de septiembre de 2014, fundamento jurídico segundo, apartado 6-7, pp.13.

STS 139/2015 de 23 de diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto, segundo motivo, pp. 31.

¹⁷ 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.

¹⁸ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, será de aplicación a aquellos contratos de préstamo hipotecario firmados a partir de la entrada en vigor de dicha ley, donde el prestatario sea una persona física independientemente de que sea consumidor. Entre los objetivos, esta Ley pretende evitar la utilización de cláusulas abusivas. En este sentido, queda prohibida la utilización de la cláusula suelo (art. 21.3), se realiza una distribución de gastos de constitución del préstamo hipotecario de manera que los gastos de tasación al prestatario, correspondiéndole al prestamista los gastos de notaría, registro de la propiedad y gestoría. En cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados será sujeto pasivo el que figure en la normativa fiscal (art. 14. 1 apartado e)).

requisitos para superar el control de transparencia, que no serán exigibles para aquellos préstamos hipotecarios firmados previa entrada en vigor de las mismas.

En cuanto a las modificaciones incorporadas por éstas para superar los controles de transparencia podemos destacar lo que sigue:

- Se produce una mejora en cuanto a la información precontractual que se proporciona al prestatario, de esta manera se pretende que el consumidor tenga a su disposición toda la información necesaria para comprender el contenido económico del préstamo. En este sentido, cabe destacar que el prestamista está obligado a proporcionar entre otras cosas: un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, en los préstamos de interés variable ¹⁹.
- El artículo 14 de la LCCI recoge por su parte que, el prestatario deberá proporcionar al menos con diez días de antelación a la firma del contrato de préstamo hipotecario información relacionada con: los gastos asociados al préstamo y la forma de distribución; una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante; una Ficha de Advertencias Estandarizada (FiAE), en la que se tendrá que hacer referencia a cláusulas o elementos relevantes. El prestamista estará obligado a proporcionar de manera sencilla, comprensible y con ejemplos prácticos, la forma en la que se comportarán las diversas cláusulas financieras en distintos escenarios económicos.
- El artículo 15 de la ley 5/2019 busca reforzar la protección del prestatario, al igual que el resto de preceptos. De esta manera, el prestatario podrá solicitar, de manera gratuita, un asesoramiento profesional por parte de un notario de su libre elección sobre el contenido y las consecuencias de firmar dicho préstamo hipotecario. Si el notario constata que el prestamista no ha cumplido con la obligación de informar al prestatario descrita en el párrafo anterior, se expedirá un acta negativa de manera que no se autorizará la escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

¹⁹ Información extraída del artículo 14.1.c) de la Ley 5/2019.

El objetivo del acta notarial es que el prestatario pueda comprender las consecuencias del préstamo hipotecario superando de esta forma el requisito de transparencia material.

De lo anterior se desprende una mayor protección para el consumidor, de manera que, con la información pre contractual y contractual proporcionada por la entidad bancaria, éstos deben de ser capaces de entender y conocer el alcance de lo que firman o consienten. De este modo, el consumidor podrá conocer la carga económica y las consecuencias que se derivan de la firma del contrato, pudiendo así, comparar las consecuencias de ese contrato con la oferta de otro prestamista consintiendo con aquel que le sea más favorable²⁰.

La información proporcionada al consumidor debe de ser, por tanto, adecuada, transparente y comprensible para un consumidor medio. Solo así, las cláusulas que afectan al objeto principal podrán ser incorporadas a un contrato con consumidores, excluyéndose el control de abusividad, lo que implica a *sensu contrario* que sino superan el control de transparencia material deberán ser sometidas al control de abusividad. Así nos lo recuerda la reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal – como se verá más claramente en el epígrafe relativo al IRPH – y la doctrina mayoritaria, en este sentido destacamos, por ejemplo, Martínez Escribano, C: “*Indica el TJUE (por ejemplo, en la sentencia Matei, C-143/13) que respecto de las cláusulas referidas en el artículo 4.2 es preciso realizar un control de transparencia, y solo si este no se supera, puede realizarse el control de contenido, es decir, el control de abusividad de la cláusula. Sin embargo, las cláusulas accesorias no quedan sujetas al control de transparencia del artículo 4.2 y directamente puede analizarse su control de abusividad.*”²¹

²⁰ PERTINEZ VILCHEZ, F: “*Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*”, InDret, Barcelona, 2013, pp. 1-28.

MIRANDA SERRANO, L: “*El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria*”, InDret, Barcelona, 2018, pp. 1-80.

²¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C: “*Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusula suelo*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), Ensayos, pp. 361-397.

2.3- CONTROL DE CONTENIDO

Como ya hemos visto, las cláusulas incorporadas a un contrato con consumidores pueden afectar al objeto principal o a elementos accesorios. Unas y otras se podrán someter al control de contenido, si bien es cierto que, si hacen referencia al objeto principal del contrato solo podrán ser sometidas al control desarrollado en este epígrafe si no superan el doble control de transparencia, en cambio, si afectan a elementos accesorios podrán someterse al control de abusividad sin necesidad de someterse al control de comprensibilidad previsto para las que afectan a elementos principales.

El artículo 8.2 de la LCGC establece que serán nulas aquellas condiciones generales introducidas en contratos con consumidores, que se encuentren comprendidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es decir, en el actual artículo 82 y ss. del TRLGDCU.

El control de contenido está previsto en la Directiva Comunitaria y en el TRLGDCU. Concretamente, el artículo 3.1 de la Directiva establece que: *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

Por su parte, el artículo 82 del TRLGDCU dispone que: *”Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

El referido artículo 82 considera, al igual que el 3.1 de la Directiva Comunitaria, que serán abusivas aquellas cláusulas que en contra de la buena fe y no siendo negociadas, causen perjuicios a los derechos y obligaciones de las partes.

Para realizar el examen de contenido es necesario tener en cuenta por un lado la *buena fe* y, de otro lado, *el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes* ²².

En cuanto a la buena fe: *“hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;”* ²³.

Para determinar si una cláusula causa un desequilibrio importante para los derechos y las obligaciones de las partes, el juez deberá de comparar los derechos y obligaciones recogidos en la cláusula y los derechos y obligaciones que establece el Derecho vigente. Si bien es cierto que, reproduciendo literalmente las palabras de Morales Quintanilla: *“el hecho que una condición general empeore la situación del consumidor en comparación con lo regulado en el Derecho dispositivo no significa que automáticamente debe ser calificada como desequilibrada, ya que puede haber justificación de ello a la luz del resto de cláusulas y de las circunstancias que concurrieron al momento de celebrar el contrato (art. 82.3 TRLCU)”* ²⁴.

El control de contenido de las cláusulas incorporadas contratos con consumidores, resulta fundamental por lo que sigue ²⁵:

²² MORALES QUINTANILLA, C: “Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas”, Gredos (Gestión del Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca), 2014, pp. 267-303.

BARRAL VIÑALS, I: “Abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad” *Centro de Estudios de Consumo*, 2014, pp. 1-15.

²³ Considerando decimosexto de la Directiva 93/13.

²⁴ MORALES QUINTANILLA, C: “Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas”, Gredos (Gestión del Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca), 2014, p. 299.

²⁵ BARRAL VIÑALS, I: “Abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad” *Centro de Estudios de Consumo*, 2014, pp. 1-15.

- El desequilibrio se debe a una situación de inferioridad debido a que no puede negociar el contrato y carece de información suficiente, dicha inferioridad le obliga a firmar un contrato donde no puede influir en las cláusulas que lo componen.
- El control de contenido sirve para restaurar el equilibrio entre los derechos y las obligaciones.
- El desequilibrio solo se puede subsanar con la intervención de un tercero ajeno al contrato.

Para superar el control de contenido es preciso que la cláusula sea conforme a la buena fe, siendo así cuando el consumidor tratado de manera leal y equitativa, en un prisma de negociación individual ²⁶, consiente dicha vinculación al contrato.

En el inicio de este epígrafe hemos adelantado que las cláusulas que definen el objeto principal de un contrato deberán de someterse a un control de contenido cuando no superen el doble control de transparencia, en cambio, las que definen elementos accesorios del contrato se podrán someter al control de contenido aún cuando superen el control formal de transparencia.

Esta idea, sin embargo, no es sostenida por toda la doctrina, ya que un sector minoritario defiende que: cuando las cláusulas que hacen referencia al objeto principal de un contrato no superan el doble control de transparencia, éstas deben ser consideradas abusivas sin necesidad de entrar a valorar si causan un desequilibrio entre las partes o si son contrarias a la buena fe. En este sentido, por ejemplo, Miranda Serrano, L: *“Dado que se trata de proteger el consentimiento contractual del adherente, bastará al juez con constatar que las estipulaciones no transparentes afectan al objeto principal del contrato (precio y prestación). Constatada esta relevante circunstancia, las cláusulas en cuestión habrán de reputarse necesariamente ilícitas. Así ha de ser por cuanto que, como venimos sosteniendo, la referencia para juzgar la ilicitud de estas estipulaciones no es el modelo legal de regulación justa derivado del Derecho dispositivo, los usos y la buena fe, sino el consentimiento negocial del adherente o, si se prefiere, las expectativas legítimas y razonables que éste se hizo a la hora de contratar a la vista del contexto general en el*

²⁶ STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Caso Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), fundamento jurídico marginal 69.

*que se desarrolló la operación comercial. Además la configuración del control de transparencia como la llave del control de contenido implicaría conferir a los jueces la facultad de declarar eficaces en algunos casos estipulaciones no superadoras del control de transparencia”.*²⁷

El debate, en mi opinión, está zanjado, máxime a la vista de la reciente y unánime jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al IRPH, donde, declarada la falta de transparencia de una cláusula que define el precio del contrato, por tanto el objeto principal, se entra a valorar su carácter abusivo. Cuestión distinta es, si realizado el control de abusividad, la cláusula es predispuesta con mala fe o genera un desequilibrio entre las partes. Por consiguiente, afirmar que una cláusula que define el objeto principal del contrato es abusiva automáticamente, sin mayores miramientos, por no superar el doble control de transparencia sería un error grandísimo, donde, con seguridad, el mayor perjudicado sería el consumidor.

Por último, una vez declarado el carácter abusivo de una cláusula entra en aplicación el artículo 6 de la Directiva 93/13 y el artículo 83 del TRLGDCU, por los cuales, cuando una cláusula en un contrato con consumidores es abusiva, la cláusula es nula, por consiguiente, no vinculará al consumidor²⁸.

La jurisprudencia del TJUE, concretamente la sentencia de fecha de 14 de junio de 2012, relativa al Banco Español de Crédito, supuso la modificación del artículo 83 del

²⁷ MIRANDA SERRANO, L: *“El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”*, InDret, Barcelona, 2018, p. 46

²⁸ Artículo 83 del TRLGDCU: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.”*

Artículo 6.1 Directiva 93/13: 1. *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

TRLGDCU, cuya primigenia redacción permitía al Juez integrar el contrato una vez declarada abusiva la cláusula ²⁹.

Dicha modificación equiparó los efectos del artículo 83 del TRLGDCU y los del artículo 6.1 de la Directiva Comunitaria. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE recoge que, los efectos de aplicar el artículo 6.1 de la Directiva – por tanto, los efectos del artículo 83 del TRLGDCU – son que, la misma se tendrá por no puesta y, el artículo 6.1 de la Directiva se opone a que el juez nacional realice una modificación de la propia cláusula, pues dicha modificación va en contra del efecto disuasorio que pretende la Directiva sobre los empresarios, ya que si el juez se encarga de integrar el contrato nada impedirá a los empresarios utilizar cláusulas abusivas. ³⁰

A pesar de la regla genérica recogida en el párrafo anterior, el TJUE ³¹ también ha manifestado la posibilidad de integrar un contrato en el sentido que, si se declara abusiva una cláusula, el juzgador nacional podrá sustituir dicha cláusula por la aplicación de una norma nacional de Derecho supletorio siempre que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula declarada abusiva y la nulidad del contrato genere efectos perjudiciales para el consumidor, como ocurre por ejemplo con el vencimiento anticipado al sustituirlo por la aplicación del artículo 693 de la LEC ³².

Esta regla general de no integrar el contrato es conocida como la “*regla Kasler*”, por la STJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Kaslerné Rabai, C-26/13, la cual opera en aquellos casos en los cuales un contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva. A dicha regla no le faltan detractores, así por ejemplo, Pantaleon Prieto: “... *el objetivo propio del Derecho privado de las condiciones generales tiene que ser lograr el reequilibrio de la relación contractual a favor del consumidor adherente, de manera que el profesional*

²⁹ Primera redacción del artículo 83 del TRLGDCU: “...*el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes...*”

³⁰ STJUE, Caso ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., contra A.G.S.S. (C 70/17),. Sentencia de 26 marzo 2019.

³¹ STJUE, Caso ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., contra A.G.S.S. (C 70/17),. Sentencia de 26 marzo 2019.

³² STS 463/2019, de 11 de septiembre de 2019.

predisponente “no quede mejor” por el hecho de haber predispuesto una condición general abusiva... y no, hacer que la relación contractual venga a quedar desequilibrada en el sentido contrario, en contra del profesional predisponente, a fin de que este “quede necesariamente peor” por haber actuado así” ³³.

La regla general admite una excepción que podemos encontrar en sentencias recientes del TJUE, como por ejemplo, en la STJUE del caso Abanca en sus apartados 55-64. En palabras de Pantaleón Prieto, la excepción permite: *“al Juez nacional determinar si el contrato puede subsistir jurídicamente, sin integrarlo mediante la sustitución de la cláusula abusiva por una disposición del Derecho nacional, tomando en consideración, no sólo el interés del consumidor adherente, sino también el del profesional predisponente; por lo que cabe que concluya que el contrato no puede subsistir jurídicamente, cuando resulte claro que no se habría celebrado 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 sean las mismas.”*³⁴

De manera que, se admite la integración de un contrato en interés de ambas partes cuando este no pueda subsistir sin la cláusula declarada abusiva, pues el contrato pierde su finalidad sin dicha cláusula. Por ejemplo, si se declara abusiva la cláusula de vencimiento anticipado y el contrato no se puede integrar, las entidades bancarias no firmarían préstamos hipotecarios pues perderían garantías frente a los impagos de los consumidores.

³³ PANTALEON PRIETO, F: *“La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas”*, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas>

³⁴ PANTALEON PRIETO, F: *“La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia...”*,

3- ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO CON CONSUMIDORES

3.1- CLÁUSULA SUELO

En un préstamo hipotecario, el prestatario se obliga a devolver el principal del dinero más unos intereses, que pueden ser calculados empleando un interés fijo, o bien, a través del interés variable, con la garantía de la hipoteca.

Muchos contratos de préstamo hipotecario llevan aparejado un interés fijo hasta una fecha determinada y un interés variable hasta la completa amortización del préstamo. Este interés variable se obtiene a partir de un interés de referencia al que se le suma un diferencial.

Entre los principales tipos de interés de referencia empleados en los préstamos con garantía hipotecaria y que han planteado problemas destacan el EURIBOR y el IRPH ³⁵:

Teniendo en cuenta lo anterior, el interés variable se obtiene de la siguiente forma:

Interés variable= EURIBOR (o interés de referencia aplicable) + diferencial.

La cláusula suelo impide que el tipo de interés descienda de un determinado porcentaje, lo que trajo como consecuencia que, durante la última recesión europea al encontrarse

³⁵ Definición de EURIBOR obtenida de 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

Referencia interbancaria a un año (EURIBOR), se define como: “*la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación.*”

Definición de IRPH obtenida de la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

IRPH: “*Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.*”

EURIBOR a la baja, los consumidores no se podían beneficiar de dichas bajadas del tipo de referencia.

Lo anterior se debía a que la cláusula suelo establecía que cuando el EURIBOR disminuía de un determinado nivel, el tipo de interés, lejos de ser variable, se transformaba en un tipo de interés fijo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo resuelve, por primera vez acerca de la nulidad de la cláusula suelo en la STS de 9 de mayo de 2013, la cual da respuesta a la demanda interpuesta por AUSBANC ³⁶ contra una serie de entidades bancarias, en la que se pretendía la nulidad por entender la demandante que eran cláusulas abusivas solicitando el cese de las mismas y que se abstuviesen de incorporar en un futuro cláusulas suelo ³⁷.

Lo primera tarea del Alto Tribunal fue determinar si las mencionadas cláusulas suelo afectaban al objeto principal del contrato o no, pues tal y como hemos expuesto en el epígrafe anterior, esto es determinante de cara al control que se debe de realizar sobre las mismas. El Alto Tribunal entendió que las cláusulas suelo hacen referencia al objeto principal de un contrato, y así se recoge a lo largo del fundamento décimo de la mencionada sentencia, ya que definen el precio, por tanto, el objeto principal del contrato. De tal manera que si el EURIBOR se incrementaba, el precio a pagar por el consumidor aumentaba, recordemos que el precio viene definido por: EURIBOR + diferencial. Puesto que la cláusula suelo define el objeto principal de un contrato debe someterse al doble control de transparencia y, una vez superado, no se podrá someter al control de contenido.

En este caso concreto, el Tribunal Supremo entiende que las cláusulas suelo individualmente consideradas cumplen los requisitos de claridad, precisión y transparencia formal que son exigidos de conformidad con la LCGC ³⁸, por tanto, se entiende superado el control de incorporación o de transparencia formal.

³⁶ STS 9 de mayo de 2013: “Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC)” contra “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)”.

³⁷ STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, marginal 27.

³⁸ STS 241/2013 de 9 de mayo de 2013, marginal 203.

Sin embargo, a pesar de superar los requisitos formales exigidos por ley para ser incorporadas a los contratos, las cláusulas no negociadas incorporadas a un contrato con un consumidor deben de ser comprensibles para éste, lo que supone que debe de conocer y comprender el alcance económico real de la cláusula en cuestión. Entiende el Tribunal a lo largo del fundamento jurídico decimotercero que esta comprensibilidad no se produce y, por ello, la cláusula debe de ser considerada abusiva.

La resolución de nuestro Alto Tribunal, en este asunto, es la que sigue: haber lugar a la declaración de nulidad de las cláusulas que forman el objeto del litigio, pero que su nulidad no es *erga omnes*, es decir, no son nulas todas las cláusulas que establecen un tipo de interés mínimo fijo, aunque se encuentren en un tipo de contrato de préstamo con interés variable, sino que son nulas estas cláusulas que aquí se discuten debido a la falta de comprensibilidad en su imposición.

La falta de comprensibilidad, por tanto, la no superación del control de transparencia material viene recogida en el apartado 225 de la sentencia en cuestión, a saber: *“En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato... d) No hay información previa clara y comprensible... e) En el caso de las utilizadas por el..., se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.”*

Este tipo de cláusulas son lícitas *per se*, si se informa debidamente al consumidor sobre lo que entraña el consentimiento sobre las mismas, tal y como se recoge en el apartado 256: *“Las cláusulas suelo son lícitas... Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia... de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo...”*.

Declarada la abusividad de la cláusula suelo, el Tribunal Supremo debía entrar a determinar las consecuencias derivadas de dicha abusividad, lo que realizó de manera poco acertada, en mi opinión, ya que como veremos posteriormente, se vio obligado a rectificar.

El Tribunal Supremo limita los efectos tras la declarar la cláusula suelo abusiva, concretamente, y en la línea de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, nuestro Alto Tribunal declara la aplicación irretroactiva de la sentencia, de manera que solo se devolverán las cantidades indebidamente cobradas desde la fecha de publicación de la sentencia, es decir, desde el 9 de mayo de 2013 y no desde el momento que se cobraron de manera indebida cantidades en aplicación de la cláusula suelo.

Para limitar la retroactividad el Alto Tribunal fundamenta su decisión en que: las cláusulas suelo no son nulas por si mismas sino que son nulas debido a la falta de transparencia en su incorporación; que dichas cláusulas tienen un peso cada vez más importante en la contratación bancaria ³⁹; que se emplean para garantizar una rentabilidad mínima en estos contratos de préstamo hipotecario y por último, la declaración retroactiva de los efectos de la sentencia tendría un carácter especialmente perjudicial para las entidades bancarias y generaría “...trastornos graves para el orden socio económico”⁴⁰.

A pesar de los efectos irretroactivos que fijaba la STS de 9 de mayo de 2013, no tardaron en sucederse pronunciamientos de jurisprudencia menor, en los cuales se cuestionaban estos efectos irretroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en relación a aquellas cantidades indebidamente pagadas por los consumidores desde la firma del contrato de préstamo hipotecario ⁴¹.

La limitación de la retroactividad tras declarar la cláusula suelo abusiva no estuvo exenta de críticas por parte de un sector doctrinal. En este sentido Pertíñez Vílchez expresó que: “*En primer lugar, la admisión de una nulidad sin plenos efectos restitutorios, lejos de disuadir la inclusión por los profesionales de cláusulas abusivas en sus contratos, podría ser un incentivo para lo contrario, puesto que aquellos podrían esperar que si una cláusula incluida en sus contratos fuera declarada abusiva por una resolución judicial*

³⁹ STS 9 de mayo de 2013, fundamento jurídico decimoséptimo, marginal 293 apartado “d): su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera.”

⁴⁰ STS 9 de mayo de 2013, fundamento jurídico decimoséptimo.

⁴¹ Entre otras: cuestiones prejudiciales planteadas, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015.

*al menos podría producir el efecto querido por el profesional hasta ese momento. Por otra parte, una jurisprudencia nacional que limite en el tiempo los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, solo protege al consumidor frente al empleo de cláusulas abusivas de manera incompleta e insuficiente y no constituye un medio eficaz para que cese el uso de tal cláusula.”*⁴²

Como consecuencia de la pluralidad de pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que ponían en tela de juicio este pronunciamiento inicial llevado a cabo por el Tribunal Supremo en relación a la irretroactividad de las cláusulas suelo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), como consecuencia de las cuestiones prejudiciales C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se tuvo que pronunciar sobre si la Directiva Comunitaria se oponía a que el juez nacional limitase retroactivamente los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula incorporada a un contrato con un consumidor⁴³.

Las voces que criticaban la limitación de los efectos retroactivos que había realizado el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, fundaban dichas críticas en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, concretamente en el artículo 1.303 del Código Civil, por el cual una vez declarada la nulidad de una obligación las partes deberán a restituirse las cosas que se hubiesen entregado en virtud de dicha obligación, junto con sus frutos e intereses.⁴⁴

Con su resolución, el TJUE dio un vuelco al criterio jurisprudencial que había sentado el Tribunal Supremo en su momento, confirmando de esta manera el criterio que venía siendo empleado por diversas Audiencias Provinciales (en adelante, AP), lo que suponía que los bancos y entidades bancarias debían de devolver aquellas cantidades indebidamente cobradas junto con sus intereses, no desde la fecha de declaración de las cláusulas suelo como abusivas, sino desde el momento en el que se formalizó el contrato

⁴² Pertíñez Vílchez, F: “La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, p. 681

⁴³ STJUE 2016\309, de 21 de diciembre de 2016, caso Francisco Gutiérrez Naranjo y otros contra Cajasur Banco S.A.U y otros.

⁴⁴ Artículo 1.303 del Código Civil: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.”

de préstamo hipotecario: *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”*⁴⁵

La sentencia del TJUE provocó que el Tribunal Supremo realizase un cambio en su jurisprudencia, para que los efectos de declarar la nulidad de una cláusula con consumidores fuesen retroactivos, de conformidad con el pronunciamiento del TJUE: *“...los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”*⁴⁶

De este modo procede devolver las cantidades indebidamente cobradas cuando las cláusulas suelo sean declaradas abusivas, junto con sus intereses, desde la celebración del contrato, pues lo contrario supondría establecer una protección limitada de los consumidores, lo cual, es insuficiente en relación con el perjuicio sufrido: *“Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.”*⁴⁷

⁴⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 77.

⁴⁶ STS 123/2017, de 24 de febrero de 2017, fundamento jurídico quinto

⁴⁷ STS 123/2017 de 24 de febrero de 2017, fundamento jurídico quinto, apartado 3 b), que a su vez cita la resolución del TJUE de 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo, marginal 73.

La nulidad de la cláusula suelo no impide *per se* la validez del contrato, ya que el contrato puede subsistir sin la cláusula suelo y, una vez que es declarada abusiva, no generará efectos al consumidor por aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y del artículo 83 del TRLGDCU, de manera que el contrato seguirá vinculando a las partes respetándose así el contenido negocial inter partes.

Nuestro Alto Tribunal obligó a las entidades financieras a cesar en el uso de las cláusulas suelo para el caso concreto analizado en la sentencia, pues como hemos visto, no superaban el doble control de transparencia, causando un desequilibrio para las partes, en perjuicio del consumidor.

La declaración de nulidad supone que el tipo de interés variable que se aplicará será el pactado en el contrato, excluyendo el tope fijado por la cláusula suelo, lo que supone que el consumidor se verá beneficiado de las bajadas del tipo de interés de referencia al bajar el precio que deben de pagar por el préstamo concedido.

Tras el análisis jurisprudencial y doctrinal tratado anteriormente, debemos concluir que la aplicación de cláusulas suelo no solo puede resultar abusiva si no supera el doble control de transparencia y el control de contenido, sino que su aplicación se encuentra prohibida tras la entrada en vigor de la ley 5/2019 por la que se regulan los créditos inmobiliarios, concretamente, artículo 21.3 de la referida ley, prohíbe fijar un límite a la baja del tipo de interés en los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la LCCI cuyo tipo de interés sea variable.⁴⁸

3.2- ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH)

El índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH), es la parte referencial que compone el tipo de interés variable en algunos contratos de préstamo hipotecario.

⁴⁸ Artículo 21.3 de la ley 5/2019: “3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.”

Tradicionalmente, existían tres tipos de IRPH, a saber ⁴⁹:

- IRPH Cajas: era la media del tipo de interés al que las cajas de ahorro prestaban dinero durante 3 o más años para la adquisición de vivienda.
- IRPH Bancos: media del tipo de interés al que lo bancos prestaban dinero para la adquisición de vivienda durante 3 o más años.
- IRPH Entidades: suponía el tipo de interés que se obtenía como media de las anteriores, es decir, todas las entidades bancarias.

Sin embargo, con el paso del tiempo este tipo de interés experimentó una serie de cambios hasta que dejaron de aplicarse el IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos, fruto de la entrada en vigor de la Ley 14/2013. ⁵⁰

La problemática del IRPH gira en torno al posible carácter manipulable del índice, a la falta de transparencia y a la abusividad del mismo, tal y como se verá en los párrafos siguientes.

Es en el año 2017 cuando el Tribunal Supremo se pronuncia en relación al IRPH por primera vez, debido a que la entidad bancaria Kutxabank S.A. interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 10 de marzo de 2016, que dimanaba del juicio ordinario nº584/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Vitoria.

La sentencia de la AP de Álava desestima el recurso de apelación interpuesto por la mercantil Kutxabank, confirmando la sentencia de primera instancia en la que se solicitaba la nulidad del IRPH por ser manipulable, poco transparente y abusivo.

El recurso de casación interpuesto contra la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial se basa en una serie de motivos, que nuestro Tribunal Supremo resuelve a través de la STS 669/2017 de 14 de diciembre:

⁴⁹ Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

⁵⁰ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

- El primero de ellos se basa en determinar si la cláusula de interés remuneratorio referenciado a un tipo de interés variable es o no una condición general de la contratación.
- El segundo motivo se basa en determinar si existe la suficiente transparencia a la hora de introducir este tipo de cláusulas en este contrato.

En el desarrollo de la sentencia, el Tribunal Supremo aprovecha para resolver la problemática en torno a la posible manipulación del IRPH alegada por los consumidores. Los consumidores argumentaban que el IRPH podía ser manipulable pues el precio del préstamo era más caro en comparación con el Euribor, ya que durante la época de crisis el EURIBOR tuvo una tendencia decreciente en mayor medida que la que había experimentado el IRPH. En este sentido, el Tribunal Supremo negó dicha argumentación ya que: *“No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación”*.⁵¹ En contra precisamente de la manipulación, nuestro Alto Tribunal argumenta que el IRPH es un índice que se define y regula legalmente y se publica en el BOE, por tanto, no depende de la entidad bancaria.

Tampoco la doctrina consideró que el índice fuese manipulable, por ejemplo, Martínez Espín: *“...b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas, que en la propia sentencia se contempla como una mera especulación, solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades (Cajas en este caso), para elevar sus tipos de interés.”*⁵²

El Tribunal Supremo en su reciente jurisprudencia incide de nuevo en que el IRPH no es un índice que se haya manipulado, por ejemplo: *“En todo caso, para agotar el razonamiento, el recurrente no hace referencia a ningún supuesto en que se haya constatado tal manipulación del índice IRPH, ni justifica que dicho índice oficial sea más*

⁵¹ STS 669/2017 de 14 de marzo de 2017, fundamento jurídico séptimo.

⁵² Martínez Espín, P.: “A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH Entidades,” *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2016, pp. 1-24.

fácilmente manipulable que el resto de índices oficiales que se utilizan como índice de referencia en los préstamos a interés variable.”⁵³

En cuanto al debate relacionado con si el IRPH es una condición general de la contratación o no, el Tribunal Supremo ha venido reiterando en su jurisprudencia que si se cumplen los requisitos de la LCGC, la cláusula deberá ser considerada como tal, máxime si tenemos en cuenta que la utilización de condicionados generales en determinados sectores económicos se ha convertido en una practica habitual que permite al consumidor ahorrarse costes.⁵⁴

La entidad bancaria ahora recurrente en casación alegó que el interés remuneratorio hace referencia al objeto principal del contrato, y como tal es negociado, de manera que el consumidor no pudo pasarlo por alto por la especial trascendencia que reviste, por lo que no puede ser sometido al doble control de transparencia. Sin embargo, en contra de las pretensiones de la entidad bancaria, es unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo donde se hace referencia a que el carácter negociado de una cláusula debe de responder a una capacidad real de negociación, que no puede confundirse con la posibilidad que tiene el consumidor de escoger entre diferentes productos ofertados por la entidad bancaria⁵⁵, de este modo el IRPH cumple con los requisitos de la LCGC y se aplica a contratos con consumidores, por tanto, debe ser sometida al doble control de transparencia.

Una vez aclarado que el IRPH debe someterse al doble control de transparencia, el segundo de los motivos de casación se basa, precisamente, en el examen y la aplicación de este doble control.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 10 de marzo de 2016, recurrida ahora en casación, reconocía que el consumidor había sido debidamente informado, pues era conocedor que a partir de una fecha determinada, se le aplicaría como fórmula de cálculo del interés remuneratorio, un interés de referencia – IRPH – al que se le sumaba

⁵³ STS 595/2020 de 12 de noviembre de 2020.

⁵⁴ STS 669/2017 de 14 de diciembre, fundamento jurídico segundo.

⁵⁵ Entre otras destacamos las SSTS 241/2013 de 9 de mayo, 222/2015 de 29 de abril, 124/2017 de 24 de febrero.

un diferencial. Sin embargo, la sentencia en instancia entendía que la cláusula que referenciaba el préstamo al IRPH era abusiva ya que la entidad no había proporcionado ofertas referenciadas a otro tipo de interés más favorable, ni había explicado el funcionamiento del índice referencial, ni la evolución del mismo en años anteriores.

El Alto Tribunal en la STS 669/2017 de 14 de diciembre, por su parte, excluye el IRPH del ámbito de aplicación de la Directiva Comunitaria por ser un índice definido legalmente, pues así viene recogido en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, y al mismo tiempo, se encuentra excluido del control previsto en la LCGC por aplicación de su artículo 4 ⁵⁶, por tanto, deberá de ser la administración la que se encargue de comprobar que el índice se ajusta a la normativa. ⁵⁷

Por lo anterior, solo puede controlarse que la inclusión del IRPH en un contrato con consumidores sea claro, comprensible y transparente

Entiende el Tribunal Supremo que, en este caso, la cláusula de interés variable referenciada al IRPH es lo suficientemente clara, puesto que al tratarse de un interés oficial y publicado periódicamente, un consumidor medio, informado, atento y perspicaz, puede fácilmente acceder y conocer la forma de cálculo del tipo de interés, así como ponerlo en comparación con otros tipos de interés de referencia, como puede ser el EURIBOR.

El Tribunal Supremo, en su argumentación, razona que no se puede exigir a la entidad bancaria que ofrezca la posibilidad de contratar un préstamo con otro interés de referencia, a diferencia de lo argumentado por la Audiencia Provincial, la cual entendía que el banco se aprovechaba de su superioridad para evitar ofertar préstamos con tipo de

⁵⁶ Artículo 4 LCGC: *...Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.*

Artículo 1.2 Directiva 93/13: *...Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.*

⁵⁷ STS 669/2017 de 14 de diciembre, fundamento jurídico sexto.

interés variable referenciados al Euribor, el cual tenía un comportamiento más favorable para el consumidor.

En el desarrollo de la sentencia 669/2017, nuestro Alto Tribunal establece que no puede aplicarse como criterio para determinar si una cláusula es abusiva la evolución del tipo de interés en comparación con otro ⁵⁸, máxime si tenemos en cuenta, que los diferenciales que se adhieren al tipo de interés de referencia dependen de otros elementos, como por ejemplo, la domiciliación de la nómina o la contratación de otros productos financieros.

Expuesto lo anterior, el Tribunal Supremo considera que el IRPH en los términos estudiados supera el control de transparencia, pues la entidad ha informado de la existencia de un interés variable, que el tipo referencial es el IRPH, que se publica en el BOE y en qué consiste.

Tras la STS 669/2017 no tardaron en sucederse cuestiones prejudiciales, por ejemplo, la cuestión prejudicial C-125/18, por la que se plantea al TJUE lo siguiente:

- Si puede el juez nacional controlar de oficio la cláusula que referencia el préstamo al IRPH o por el contrario se escapa del control de la Directiva Comunitaria.
- Si puede un juez nacional aplicar el artículo 4.2 de la Directiva cuando este no ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento. En la misma cuestión se plantea la información que tiene que proporcionar la entidad bancaria en relación con el índice de referencia.
- En caso de que la cláusula que referencia el préstamo al IRPH fuese declarada nula, sería procedente aplicar el EURIBOR, índice sustitutorio habitual, o bien dejar de aplicar el interés devolviendo el capital al prestatario.

El TJUE a través lo que hizo en la STJUE de 3 de marzo de 2020 da respuesta a dichas cuestiones planteadas por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona.

En relación a la primera cuestión dice el TJUE que a pesar de que el IRPH se define y regula legalmente, no existe en el ámbito Español una norma imperativa que obligue a

⁵⁸ Por ejemplo: evolución de los préstamos referenciados al IRPH y evolución de los préstamos referenciados al EURIBOR.

las entidades de crédito a aplicar dicho tipo de referencia y, por consiguiente, no puede escapar del ámbito de control de la Directiva 93/13, ya que no se engloba dentro del artículo 1.2 de la Directiva. Por tanto, corresponde a los jueces nacionales realizar un control de oficio en relación a la transparencia de este tipo de interés variable.⁵⁹

En cuanto a la segunda cuestión planteada, tal y como ya hemos anticipado al hablar del control de contenido, los Estados miembros están en la obligación de aplicar el artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria con independencia de su transposición, con el objetivo de reducir el plano de desigualdad en el que se encuentran los consumidores frente a los prestamistas.

Es menester destacar, tal y como se reproduce en la sentencia del TJUE, que el control de transparencia ha de entenderse en un sentido extensivo, es decir, no solo que el lenguaje de la misma sea claro y comprensible, sino que: *“un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté 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.”*⁶⁰

Para superar el control de transparencia las entidades bancarias, además, debieron de proporcionar al consumidor una evolución del IRPH en el pasado: *“También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, 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 préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de*

⁵⁹ STJUE de 3 de marzo de 2020, apartados 31-37.

⁶⁰ STJUE de 3 de marzo de 2020, apartado 51.

interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.”⁶¹

Es decir, es tarea del tribunal nacional decidir, siguiendo la tendencia jurisprudencial creada con la STS de 9 de mayo de 2013 y atendiendo a la casuística, si la cláusula analizada supera el doble control de transparencia, lo que implica claridad y precisión en el lenguaje (control de transparencia formal o de incorporación) y que sea comprensible para el consumidor (control de transparencia material o de comprensibilidad).

Para que la cláusula que introduce el IRPH en un contrato con consumidores supere el doble control de transparencia, se debe atender, además, a la información precontractual proporcionada a cada cliente, relativa a los elementos principales para calcular el tipo de interés e información de cómo había evolucionado dicho interés en el pasado.

Por último, en relación a la tercera cuestión planteada, el TJUE establece que en caso de que la cláusula sea nula por abusiva, el juez nacional debe de aplicar el interés de referencia subsidiario pactado por las partes en contrato.

Solamente en defecto de un acuerdo entre las partes, siempre que el contrato no pueda subsistir una vez declarado nulo el tipo de interés, el juez nacional podrá sustituir la cláusula abusiva por otra del Derecho nacional, si la nulidad de todo el contrato generase efectos más perjudiciales para el consumidor.⁶²

La reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal relacionada con el IRPH ⁶³ considera que el índice no es transparente pero no por ello es abusivo, textualmente recoge en la sentencia que: *“la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.”* ⁶⁴

⁶¹ STJUE de 3 de marzo de 2020, apartado 54.

⁶² STJUE de 3 de marzo de 2020, apartado 61.

⁶³ SSTS 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre de 2020.

⁶⁴ STS 596/2020, fundamento de derecho quinto.

El Tribunal Supremo considera que el IRPH supera el requisito de la transparencia cuando ⁶⁵:

- El índice sea publicado en el BOE, de tal manera que un consumidor medio y perspicaz fácilmente podría conocer los elementos empleados para el cálculo del IRPH. Por tanto, el consumidor no puede pretender que el índice sea abusivo por la falta de comprensión del funcionamiento matemático/financiero, ya que en este sentido ningún índice superaría dicha prueba, tampoco el EURIBOR.
- Las entidades financieras entreguen al consumidor la evolución del índice durante los dos años anteriores, pues dicha información permite al consumidor conocer las posibles consecuencias económicas de aplicar dicho índice.

De conformidad con lo expuesto, la falta de transparencia del índice viene condicionada por la falta de información precontractual que las entidades bancarias habían proporcionado a los consumidores, ya que no les habían facilitado la evolución del IRPH durante las dos anualidades previas a la contratación en los casos analizados,.

La falta de transparencia no implica la declaración automática de la abusividad, es decir, la falta de transparencia es condición necesaria pero no suficiente para considerar una cláusula abusiva. Para declarar la abusividad es preciso que la cláusula sea contraria a la buena fe y que cause un desequilibrio al consumidor, por aplicación del artículo 3.1 de la Directiva 93/13.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que las entidades bancarias no han actuado contrarias a la buena fe, salvo que: *“se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista.”* ⁶⁶

Una de las razones argumentadas por el Tribunal Supremo para considerar que el IRPH no es abusivo es que se emplea en la financiación de viviendas de protección oficial, de manera que resulta ilógico pensar que el IRPH sea contrario a la buena fe por emplearse como índice de referencia en un mercado donde se pretende una mayor protección de los consumidores.

⁶⁵ Así, por ejemplo, STS 595/2020, fundamento de derecho cuarto.

⁶⁶ En este sentido: STS 596/2020, fundamento de derecho quinto, apartado cuarto.

La declaración de abusividad de una cláusula requiere que la misma cause un desequilibrio para el consumidor, debiendo valorarse el desequilibrio en el momento de la contratación. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que no puede existir un desequilibrio en perjuicio del consumidor porque la evolución del IRPH sea más o menos favorable al ponerse en comparación con otro índice de referencia, ya que el prestamista desconocía la evolución futura del mismo, entendiéndose además que: *“La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.”*⁶⁷

De todo lo expuesto *ut supra*, cabe concluir que el IRPH, en los casos analizados, no es transparente pero no es contrario a la buena fe, ni causa un desequilibrio entre consumidor y empresario, por lo tanto, no es abusivo.

Si bien es cierto que la decisión alcanzada por el Tribunal Supremo no es unánime al contar con un voto particular del magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que puede abrir la puerta a futuras cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Este magistrado entiende que el IRPH es abusivo, pues la falta de información sobre la evolución del índice durante los dos años previos a la contratación, es síntoma de mala fe por parte de la entidad bancaria, ya que se priva al consumidor de la posibilidad de comparar dicho préstamo referenciado al IRPH con otras ofertas del mercado.

Dicha falta de información supone también un desequilibrio ya que el prestamista no trató ni de manera equitativa, ni de manera leal al consumidor: *“...al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.”*⁶⁸

⁶⁷ Entre otras STS 597/2020 de 12 de noviembre, fundamento de derecho quinto.

⁶⁸ SSTS 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de noviembre, fundamento de derecho tercero del voto particular del magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Es preciso traer a colación lo expuesto al inicio de este epígrafe en relación con la posible manipulación del índice. En este sentido, no podemos coincidir con el Tribunal Supremo ni con la doctrina en cuanto a que el índice no es manipulable, dicho sea con todo el respeto y en términos de sana crítica. El IRPH, desde mi punto de vista, es fácilmente manipulable, no es necesario un “acuerdo del conjunto de entidades” como defiende Martínez Espín para poder manipular el índice ⁶⁹, más bien lo contrario, basta con el simple hecho de que una entidad bancaria, de manera arbitraria, incremente el tipo de interés a aplicar en sus préstamos hipotecarios, de esta forma el IRPH sufriría un incremento al estar compuesto por el tipo medio de interés de los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades.

Una vez declarada la abusividad de la cláusula relacionada con el IRPH, procede sustituir dicho índice por el EURIBOR, por ser el índice habitual en la contratación hipotecaria nacional, siendo además una solución compatible con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. No procede, en mi opinión, dejar el préstamo sin tipo de interés como así entiende, por ejemplo, la SAP de Toledo número 367/2020 en aplicación de la STJUE de 3 de marzo de 2020, ya que trayendo a colación lo manifestado por Pantaleón Prieto: los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula deben ser la restitución del equilibrio entre las partes y no perjudicar al predisponente por la utilización de cláusulas abusivas. ⁷⁰

Finalmente, considero que tarde o temprano el TJUE terminará por dar la razón a los consumidores declarando el IRPH abusivo, independientemente de mi consideración de que el IRPH puede ser manipulable, pues la falta de información sobre la evolución del índice es determinante en el procedimiento de la contratación, en cuanto a que no se trató al consumidor de manera leal y equitativa, por tanto, las entidades bancarias no actuaron con arreglo a la buena fe y, por otro lado, la lógica invita a pensar que ante dos opciones una más barata que la otra, la mayoría de los consumidores, escogerían la opción más barata, lo que quiere decir que las entidades bancarias condicionaron el proceso de contratación al no proporcionar la evolución relativa al IRPH en los años precedentes.

⁶⁹ Martínez Espín, P.: “A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH Entidades,” *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, 2016, pp. 1-24.

⁷⁰ PANTALEON PRIETO, F: “*La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia...*”,

3.3- GASTOS HIPOTECARIOS

La constitución de un préstamo con garantía hipotecaria lleva aparejados una serie de gastos, como son: los gastos de notaría, los gastos del registro de la propiedad, los gastos de gestoría, los gastos de tasación y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD).

Lo particular de este punto no es la existencia de dichos gastos, sino que, determinadas entidades bancarias trasladaban de manera sistemática al prestatario, con ausencia de negociación, la carga de pagar dichos gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, provocando pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como veremos a lo largo de este epígrafe.

Entrando en materia, la cláusula “tipo” de la transmisión de los gastos hipotecarios es la siguiente: *"PACTO QUINTO.- Gastos a cargo del prestatario.- La PARTE DEUDORA asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que este documento tenga acceso al citado Registro y de los causados por las cartas de pago, parcial o total, de préstamo y por la cancelación de hipoteca, así como de cuantos, acaso se ocasionaren para exigir el cumplimiento de lo pactado o para la defensa por parte de BANCO HERRERO S.A., de su crédito...Asimismo , la parte deudora asume la totalidad de los gastos de gestión y tramitación necesarios para la inscripción de la hipoteca".*⁷¹

En este sentido, debemos de destacar el artículo 89.3 apartados a y c, del TRLGDCU, empleado por el Alto Tribunal para valorar si dicha cláusula es abusiva. En dicho precepto se establece que serán consideradas abusivas las cláusulas que trasladen al consumidor la carga económica de los gastos que no le sean imputables. Asimismo, se hace referencia a que serán abusivas las cláusulas que impongan gastos de documentación que correspondan al empresario y, en concreto, los gastos derivados de los tributos en los que el sujeto pasivo debe de ser el empresario (en nuestro caso entidades financieras).

⁷¹ STS 147/2018, de 15 de marzo de 2018.

El Tribunal Supremo, en la sentencia 705/2015, de 23 de enero, considera abusiva la estipulación por la que se traslada al consumidor la carga de pagar los gastos y tributos de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, ya que genera un desequilibrio entre las partes y dicha estipulación no sería aceptada en un marco de negociación individual, pues “...no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.”⁷²

En la misma sentencia, el Tribunal Supremo hace referencia a la transmisión que realiza la entidad bancaria a los consumidores en relación a los tributos que se derivan de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, entendiendo que dicha transmisión es abusiva por contravenir el artículo 89.3 c) del TRLGDCU, por el cual: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”.

Debemos detenernos en este punto para explicar brevemente la complejidad que trajo consigo la transmisión al consumidor de la carga de pagar el ITPAJD, concretamente, la transmisión de pago de la modalidad de AJD.

La modalidad de AJD se encuentra regulada en el artículo 27 y siguientes de la LITPAJD, en ella se establece, en su artículo 27, que estarán sujetos a gravamen los documentos notariales, siendo el sujeto pasivo del mismo quienes adquieran el bien o derecho recogido en el documento notarial o, en su defecto, las personas en cuyo interés se expidan, por indicación del artículo 29.

⁷² STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, fundamento jurídico quinto.

De manera que de acuerdo al razonamiento del Tribunal Supremo en la STS 705/2015, transferir la carga de pagar el impuesto de AJD al consumidor era abusivo por contravenir, como hemos, visto el artículo 89.3 c) del TRLGDCU.

Sin embargo, dicha sentencia de la sala primera generó pronunciamientos posteriores de la sala tercera del Tribunal Supremo que venían a contradecir dicho razonamiento, ya que al emitirlo, la sala primera se había olvidado lo que disponía el artículo 68 del Reglamento que desarrolla la LITPAJD en su redacción anterior.⁷³

Entre los pronunciamientos contradictorios destacamos la STS 1789/2017, de 22 de noviembre, en ella la sala tercera del Alto Tribunal se oponía al razonamiento de la sala primera al entender que: *“será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan” y que ese adquirente del bien o derecho sólo puede ser el prestatario, no ya por un argumento similar al de la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, conforme ocurre en la modalidad de transmisiones onerosas... sino porque el “derecho” a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía.”*⁷⁴

Lo visto hasta ahora nos permite diferenciar dos posturas del Alto Tribunal, por un lado, la sala primera consideraba que el sujeto pasivo de la modalidad de AJD era el banco pues a su favor se constituía el derecho inscribible, por otro, la sala tercera consideraba que el sujeto pasivo debía de ser el prestatario que era quien obtenía el préstamo.

Los pronunciamientos contradictorios entre las dos salas se continuaron sucediendo, hasta la sentencia 1505/2018, de 16 de octubre de 2018 de la sala tercera, por la cual se produce una unificación de la jurisprudencia contradictoria de ambas salas en torno al concepto de sujeto pasivo en la modalidad de AJD.

⁷³ Antigua redacción del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”*

⁷⁴ STS 1789/2017 de 22 noviembre de 2017, fundamento jurídico segundo.

El Alto Tribunal argumentó que el sujeto pasivo ha de ser el prestamista por los motivos que siguen ⁷⁵:

- El negocio que se inscribe en el registro de la propiedad es el derecho real de garantía, de manera que a efectos tributarios la hipoteca es el negocio principal frente al préstamo. Por tanto, el sujeto pasivo debe ser el acreedor hipotecario que es quién obtiene un título ejecutivo.
- El sujeto pasivo, de acuerdo al artículo 29 de la LITPAJD ⁷⁶, ha de ser el acreedor hipotecario pues es el único interesado en la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad.

Por lo anterior, se decidió que el sujeto pasivo del ITPAJD, en su modalidad de AJD, debe de ser el acreedor hipotecario, que adquiere un derecho real frente al consumidor para el ejercicio de acciones privilegiadas, por consiguiente, es el único interesado en la inscripción en el registro de la propiedad ⁷⁷.

En la misma sentencia, se declara la ilegalidad del artículo 68.2 del reglamento que desarrolla la LITPAJD, pues se produce un exceso reglamentario contrario a la ley, al disponer: *“Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.”* La derogación de dicho precepto supuso la modificación del artículo 29 de la LITPAJD ⁷⁸, producida por medio del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre ⁷⁹, donde el sujeto pasivo por la documentación en

⁷⁵ STS 1505/2018, de 16 de octubre de 2018, fundamento jurídico quinto.

⁷⁶ Artículo 29 de la LITPAJD: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.”*

⁷⁷ STS 1505/2018, de 16 de octubre de 2018, fundamento jurídico quinto.

⁷⁸ Artículo 29 de la LITPAJD: *“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista.”* tras la modificación por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre.

⁷⁹ Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

escritura publica de un préstamo con garantía hipotecaria será el acreedor hipotecario a partir de la entrada en vigor del mismo.

La jurisprudencia posterior de nuestro Alto Tribunal, concretamente la STS 1671/2018 de 27 de noviembre del pleno de la sala tercera, decidió que el sujeto pasivo del IAJD es el prestatario para aquellos préstamos hipotecarios firmados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018, es decir, para aquellos préstamos firmados con posterioridad al 10 de noviembre del 2018. Todo ello con base a que: *“El sujeto pasivo en el impuesto sobre actos jurídicos documentos cuando el documento sujeto es una escritura pública de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en su condición de adquirente del negocio principal documentado...”*⁸⁰

En definitiva, para aquellos préstamos hipotecarios firmados con anterioridad a la modificación del artículo 29 de la LITPAJD, el sujeto pasivo debe de ser el prestatario, en cambio, para los firmados con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación, el sujeto pasivo del impuesto de AJD debe de ser la entidad bancaria. En palabras de Agüero Ortiz, A: *“Por lo tanto, ya entendamos que el sujeto del IAJD deba ser el “adquirente” del bien o derecho, ya entendamos que deba ser la persona que inste o solicite los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan, resultara siempre que dicho sujeto es el acreedor garantizado. Porque quien “adquiere” un derecho de realización sobre el importe de responsabilidad de la hipoteca es el acreedor garantizado; y porque quien solicita los documentos notariales de constitución de la hipoteca, quien los recibe y en cuyo interés se expiden es, nuevamente, el acreedor garantizado.”*⁸¹

De manera que la configuración del impuesto quedaría de la siguiente forma:

- El sujeto pasivo del ITPAJD por la constitución de una hipoteca con garantía hipotecaria es el prestamista para aquellos préstamos firmados tras la entrada en vigor de la modificación del artículo 29 de la LITPAJD.

⁸⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Pleno) Sentencia núm. 1671/2018 de 27 noviembre, fundamento jurídico octavo.

⁸¹ AGÜERO ORTIZ, A: “Nulidad de la cláusula de gastos en prestamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015. (Gastos, efectos y plazos)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1-29.

- En cuanto a las copias notariales del documento donde se recoja el negocio jurídico serán a cargo de quien las solicite pues como se ha expuesto, el prestamista también es sujeto pasivo del impuesto siendo abusivo el traslado indiscriminado al consumidor.

Una vez cerrado el asunto relacionado con el ITPAJD, continuaremos con los diversos pronunciamientos relacionados con los gastos de constitución de hipoteca.

Declarada nula por abusiva la cláusula por la que se trasladan al consumidor todos los gastos y tributos de constituir un préstamo con garantía hipotecaria, entran en juego el artículo 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, por los cuales, la cláusula se tendrá por no puesta y no vinculará al consumidor, permitiendo la subsistencia del contrato siempre que pueda subsistir sin dicha cláusula.

La declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios conlleva una restitución de las cantidades indebidamente pagadas por parte del consumidor, puesto que el tribunal, tras declarar nula la cláusula, aplica el Derecho nacional en la materia correspondiente para determinar como se debe de realizar la distribución de dichos gastos.

En palabras del Tribunal Supremo: *“nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor.”*⁸². En base a ello, el banco debe de restituir al consumidor aquella cuantía que le correspondería de acuerdo a la legislación aplicable si la cláusula de gastos no existiese

Relacionado con los efectos tras la declaración de abusividad, cabe destacar los pronunciamientos de la sala primera del Alto Tribunal, en particular, las sentencias número: 44, 46, 47, 48 y 49, todas ellas de 23 de enero de 2019.

⁸² SSTs 44/2019, fundamento jurídico séptimo, 46/2019 fundamento jurídico sexto, 47/2019 fundamento jurídico segundo, 48/2019 fundamento jurídico segundo, 49/2019 fundamento jurídico segundo, todas ellas de 23 de enero de 2019.

En dichas sentencias se establecen las bases para realizar una distribución de los gastos de constitución del préstamo tras la declaración de abusividad de la cláusula, de manera que serán los tribunales los encargados de realizar un reparto de los gastos atendiendo a la normativa vigente al tiempo de constituir el préstamo con garantía hipotecaria.

De esta forma, los gastos notariales de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, deben de ser distribuidos por mitad entre las partes ⁸³, pues la intervención del notario interesa a ambas partes, de un lado al prestamista para obtener una garantía, del otro al prestatario para obtener un préstamo con un tipo de interés inferior. Por el contrario, los gastos de cancelación del préstamo hipotecario serán a cargo del prestatario por ser el único interesado en cancelar la hipoteca⁸⁴.

En lo que respecta a los gastos de inscripción del préstamo con garantía hipotecaria en el registro de la propiedad, deben ser soportados por la entidad bancaria, pues es a favor de quién se anota el derecho real de garantía ⁸⁵. Del mismo modo, los gastos de cancelación de la hipoteca deben de ser soportados por el prestatario, pues se libera el gravamen a su favor.

En relación a los gastos de gestoría no existe una norma legal o reglamentaria que disponga quién debe de ser el responsable del pago. Sin embargo, puesto que la intervención del gestor se hace en beneficio de ambas partes, el Alto Tribunal entiende que es razonable que el pago del mismo se haga por mitad ⁸⁶.

⁸³ La distribución de los gastos notariales se realiza por mitad pues así lo permite el apartado sexto del anexo segundo del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, al disponer: *“La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.”*

⁸⁴ STS 48/2019, fundamento quinto, STS 49/2019, fundamento quinto, ambas de 23 de enero de 2019.

⁸⁵ SSTS 47/2019, 48/2019, ambas de 23 de enero, fundamento jurídico sexto. En este sentido debemos destacar el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, que establece en la Norma Octava de su Anexo II, *“1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho...”*

⁸⁶ STS 46/2019 de 23 de enero, fundamento jurídico quinto.

En cuanto al ITPAJD, el Tribunal Supremo, de conformidad con la legislación y con lo mencionado *ut supra*, determina que el sujeto pasivo del impuesto será el prestatario para aquellos préstamos de escritura hipotecaria anteriores a la entrada en vigor de la modificación del artículo 29 de la LITPAJD, por la cual el sujeto pasivo es el prestamista. Sin embargo, tras la modificación del artículo 29, cada parte será sujeto pasivo de las copias de la escritura notarial solicitadas ya que el impuesto en su modalidad de AJD se devenga al solicitar documentos notariales.

También relacionado con los efectos tras declarar el carácter abusivo de una cláusula, se plantea una cuestión prejudicial muy interesante al TJUE, que es resuelta por medio de la STJUE de 16 de julio de 2020 ⁸⁷.

En concreto, se plantea si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, se oponen a que el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula declarada nula por abusiva, debido a que el consumidor solo percibía la mitad de la cuantía que había pagado, en concepto de notaría y de gestoría, tras declararse abusiva la cláusula de gastos de hipoteca.

En dicha sentencia, el TJUE pone de manifiesto que, los dos preceptos de la Directiva Comunitaria se oponen a que un juez nacional niegue la devolución de las cantidades pagadas por un consumidor en virtud de una cláusula declarada abusiva. Sin embargo, una vez declarado el carácter abusivo, el tribunal remitente puede aplicar el Derecho nacional supletorio y, si en virtud del Derecho nacional se atribuye el pago de la totalidad o una parte de los gastos al consumidor, el juez nacional podrá limitar el efecto restitutorio derivado de tal abusividad. ⁸⁸

El Tribunal Supremo realiza un último pronunciamiento hasta la fecha ⁸⁹, por el cual, tras declarar abusiva la cláusula de gastos hipotecarios:

- Los gastos de constitución del préstamo hipotecario por el concepto de notaría se distribuirán por mitad, debido a la norma supletoria de aplicación es el artículo 63

⁸⁷ STJUE 16 de julio de 2020, que resuelve acumulados los asuntos C-224/19 y C-259/19.

⁸⁸ STJUE, 16 de julio de 2020, apartados 46-55.

⁸⁹ STS 457/2020, de 24 de julio de 2020.

del Reglamento Notarial ⁹⁰, el cual permite una distribución por mitad al hablar de interesados pues al consumidor le interesa un préstamo más barato y el prestamista obtener una garantía. En cambio los gastos notariales por la cancelación del préstamo le corresponden íntegramente al consumidor.

Por consiguiente, le corresponde a la entidad bancaria la reembolsar al consumidor la mitad de los gastos notariales pagados por la constitución del préstamo con garantía hipotecaria.

- En cuanto a los gastos de inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad, deben de ser satisfechos íntegramente por la entidad bancaria, por ser esta parte la única interesada en la inscripción de la hipoteca⁹¹. De igual modo, procede el pago del asiento de cancelación del préstamo con garantía hipotecaria al consumidor.

En base a lo expuesto le corresponde al banco el reembolso íntegro al consumidor del gasto registral por la inscripción del préstamo con garantía hipotecaria.

El Alto Tribunal no se pronuncio sobre los gastos de gestoría y de tasación en su última sentencia, por ello, jurisprudencia menor como por ejemplo los Juzgados de Instancia de Oviedo ⁹², recogen lo que sigue: *“en lo concerniente a los gastos de gestoría y tasación se concluye que, ante la falta de normativa legal que, al tiempo de la conclusión de los préstamos, atribuyera expresamente dichos gastos a los consumidores, los mismos deben ser asumidos por la entidad bancaria en su totalidad”*.

Parte de la doctrina coincide en que los gastos de gestoría deben de ser satisfechos por la entidad bancaria, sin embargo, discrepa en relación al motivo por el que el prestamista debe pagar dichos gastos, pues no existe una normativa nacional al respecto que distribuya el coste por mitad, sino porque las actividades de la gestoría pueden ser desarrolladas por cualquiera de las dos partes, que sean realizadas por una gestoría responde a un: *“contrato que se celebra con la gestoría es un contrato bilateral, oneroso, que atribuye obligaciones a las dos partes. Se trata, en verdad, de un contrato de obra,*

⁹⁰ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, artículo 63: *“La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios...”*

⁹¹ En este sentido recoge el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad que: *“Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho...”*

⁹² Sentencia nº 1054/2020, del Juzgado de 1º Instancia nº6 de Oviedo, de fecha 9 de septiembre de 2020.

*que obliga a la gestoría a obtener un resultado concreto (proceder a la inscripción de la hipoteca en el Registro) a cambio de un precio. El obligado al pago del precio es el sujeto que haya contratado con la gestoría (art. 1257 CC). Como el contrato con la gestoría lo celebra el prestamista, es él el obligado al pago del precio, y no el prestatario.”*⁹³

En definitiva, podemos concluir que tras declarar abusiva la cláusula de gastos hipotecarios se debe el reembolsar al consumidor aquellas cantidades indebidamente pagadas que resulten de la aplicación de la norma supletoria. Algunos autores, por ejemplo, Carrasco Perera: *“Yo entiendo que el consumidor que haya pagado todo el arancel notarial en virtud de la imposición de la cláusula de gastos - ¡y no podía haberlo hecho de otra manera puesto que antes de 23 enero 2019 nadie sabía que hubiera que pagar por mitad según ley!- tiene derecho a recuperar el pago por entero, y no la mitad del pago. Pero es evidente también que la entidad bancaria puede oponer por vida de excepción el enriquecimiento sin causa que se produciría de sancionarse esta devolución, lo que conduce a una condena por mitad en méritos de la compensación entre la acción restitutoria de nulidad y la de enriquecimiento. Finalmente, la devolución sólo alcanzaría la mitad de lo pagado.”*⁹⁴ No podemos aceptar que proceda un reembolso íntegro de los gastos de notaria, pues el Derecho supletorio aplicable permite una distribución por mitad, y por otro lado, el objetivo del Derecho es una restablecer la posición entre las partes sin perjudicar a una mas que a otra , ya que trayendo a colación nuevamente las palabras de Pantaleón Prieto, tras declarar la abusividad de una cláusula el Derecho tiene que restablecer la situación entre las partes y no perjudicar en exceso al empresario que haya hecho uso de cláusulas abusivas, por consiguiente, debemos posicionarnos a favor del reparto de gastos efectuado por el Tribunal Supremo en aplicación del Derecho supletorio.

A modo de apunte, lo expuesto hasta ahora será de aplicación a aquellos contratos de préstamo hipotecario que se hubiesen constituido antes de la entrada en vigor de la ley 5/2019 de crédito inmobiliario, la cual recoge en su artículo 14 que el prestamista se hará

⁹³ MARÍN LÓPEZ, MJ: “El prestatario tiene derecho a recuperar íntegramente los gastos de gestoría tras la nulidad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. Comentario a la STS 26 de octubre de 2020” *Centro de Estudios de Consumo*, 2020, pp. 1-6.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, A: “Dos resoluciones del Tribunal Supremo sobre las nulidades de cláusula de gastos y restitución del enriquecimiento sin causa” *Centro de Estudios de Consumo*, 2019, pp. 1-6.

cargo de: los gastos de notaria salvo las copias que serán a cargo de quien las solicite; de gestoría y de registro de la propiedad. En cambio el prestatario se hará cargo de los gastos de tasación. El ITPAJD será a cargo de quien figure como sujeto pasivo dentro de la LITPAJD que, como hemos visto, será a cargo del prestamista por indicación del artículo 29.

3.4- LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La cláusula de vencimiento anticipado permitía al prestamista resolver un contrato de préstamo hipotecario cuando el prestatario incumplía su obligación de pagar una cuota.

Dicha cláusula - introducida sin negociación pues en la contratación bancaria se emplean contratos de adhesión - tenía como base legal el antiguo artículo 693.2 de la Ley de enjuiciamiento civil ⁹⁵.

Sobre la base de la mencionada cláusula se producen varios pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal y del TJUE en relación con el posible carácter abusivo de la cláusula, en este sentido adquiere especial trascendencia la STJUE de 14 de marzo de 2013 ⁹⁶. A través de la cuestión prejudicial C-415/2011, el Juzgado mercantil nº3 de Barcelona solicita al TJUE que precise los elementos para considerar abusiva la cláusula de conformidad con el apartado 3.1 de la Directiva 93/13.

El TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, establece que será tarea del tribunal nacional determinar si, de conformidad con el considerando decimosexto de la Directiva Comunitaria, el consumidor hubiese aceptado tal cláusula en una negociación donde la entidad bancaria hubiese tratado de manera leal y equitativa al consumidor. De lo contrario, no se cumpliría el requisito de la buena fe y por tanto, la cláusula será considerada abusiva.

⁹⁵ Antiguo artículo 693.2 de la LEC: “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.*”

⁹⁶ STJUE (Sala Primera) Caso Mohamed Aziz contra Caixa d’Éstalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Sentencia de 14 marzo 2013.

Para determinar si se ha generado un “desequilibrio importante”, será tarea del tribunal nacional determinar si el contrato deja al consumidor en una posición menos beneficiosa que la prevista en el Derecho nacional.

El TJUE en la misma sentencia pone de manifiesto que la cláusula de vencimiento anticipado no puede declararse nula solamente prestando atención al “desequilibrio” y a la “buena fe”, pues será necesario tener en cuenta, además, todas las circunstancias que concurren en el momento de la celebración del contrato. Para que la cláusula de vencimiento anticipado sea válida, es necesario que el juez nacional valore si la redacción de la misma prevé: un incumplimiento del consumidor que sea grave; en segundo lugar, el consumidor incumpla una obligación esencial; y en tercer lugar, la cláusula, de conformidad con el ordenamiento nacional, debe de proveer al consumidor mecanismos suficientes para evitar el vencimiento anticipado ⁹⁷.

Tras la modificación introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el artículo 693 de la LEC presentaba la siguiente redacción: *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.”*

El Tribunal Supremo en la sentencia 705/2015 coincide con el TJUE en que la cláusula de vencimiento anticipado será nula si su redacción no tiene en cuenta al menos tres cuotas de impago por parte del prestamista, que dicho incumplimiento sea de gravedad, que la obligación incumplida sea esencial y que el prestatario carezca de mecanismos para evitar la ejecución. En el desarrollo de la sentencia continua diciendo que: si se declara abusiva dicha cláusula el procedimiento de ejecución hipotecaria instado basándose en la misma debería de sobreseerse, esto supondría que los prestamistas, para resolver el préstamo hipotecario por incumplimiento por parte del consumidor, deberían

⁹⁷ Por indicación del artículo 693 de la LEC, el consumidor podrá evitar el vencimiento anticipado consignando las cantidades debidas hasta la fecha.

acudir a la vía declarativa previsto en el artículo 1.124 del C.C., lo que sería más perjudicial para el consumidor ⁹⁸.

Muestra de lo anterior podemos destacar la STS 79/2016 de 18 de febrero, cuyo tenor literal es el que sigue: *“De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer 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.”* ⁹⁹

Precisamente por las ventajas que ofrece el procedimiento ejecutivo especial frente al procedimiento declarativo del artículo 1.124 del C.C., se plantean al TJUE varias cuestiones prejudiciales, resueltas por medio de la STJUE de fecha 26 de marzo de 2019. Sustancialmente, se plantea al TJUE si se puede continuar un procedimiento iniciado a partir de una cláusula de vencimiento anticipado tras declararla abusiva, por ser este más beneficioso para el consumidor ¹⁰⁰.

El TJUE pone de manifiesto que la Directiva Comunitaria no se opone a que: *“...el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”* ¹⁰¹. Por tanto, se permite continuar con un procedimiento ya iniciado basándose en una norma nacional que sustituye la cláusula declarada abusiva.

⁹⁸ STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, fundamento jurídico quinto.

⁹⁹ STS 79/2016, de 18 de febrero de 2016, fundamento jurídico segundo, motivo segundo.

¹⁰⁰ STJUE (Gran Sala) Caso ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., contra A.G.S.S. (C 70/17), Sentencia de 26 marzo 2019.

¹⁰¹ STJUE (Gran Sala) Caso ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., contra A.G.S.S. (C 70/17), Sentencia de 26 marzo 2019, apartado 64.

El Alto Tribunal reitera, como ya hizo en ocasiones anteriores, que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo donde hay dos partes interesadas, el prestamista en la obtención de una garantía y el prestatario en la obtención de un préstamo con un tipo de interés inferior. Si se declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se estaría limitando el derecho de garantía que tiene el prestamista, ya que: *“Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.”* ¹⁰²

En estos casos, para evitar la nulidad del contrato y exponer al consumidor a efectos más perjudiciales, se puede sustituir la cláusula declarada abusiva por la aplicación del artículo 693.2 de la LEC permitiéndose así la continuación de la ejecución hipotecaria.

El Tribunal Supremo para valorar la gravedad del incumplimiento establece como criterio orientador lo dispuesto en el artículo 24 de la LCCI ¹⁰³, por el cual, la cuantía debida por parte del prestatario debe de ser igual al 3% del capital concedido o 12 cuotas durante la primera mitad de duración del préstamo, o bien 7% del capital concedido o 15 cuotas si la mora se produce en la segunda mitad de la duración.

El Alto Tribunal establece una serie de reglas para asesorar a los órganos jurisprudenciales de instancia en cuanto a la resolución de aquellos procedimientos de ejecución en suspenso, a saber:

- Los procesos en los que se dio por vencido el préstamo en base a una cláusula nula, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 - que recordemos, supone la modificación del artículo 693.2 de una única cuota a tres - deberán de

¹⁰² STS 463/2019, de 11 de septiembre de 2019, fundamento jurídico octavo, apartados 8-10.

¹⁰³ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

ser sobreseídos, sin que surta efecto de cosa juzgada, de manera que podrá despacharse una nueva ejecución de vencimiento anticipado basándose en criterios legales.

- Los procesos en los que se dio por vencido un préstamo en base a una cláusula nula, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, cuando no medien los requisitos de gravedad y proporcionalidad deberán ser igualmente sobreseídos, pudiendo despacharse, al igual que en el caso anterior, una nueva ejecución con base a los criterios legales.
- Los procesos en los que se ejecuto la cláusula de vencimiento anticipado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 podrán continuar su tramitación, siempre que el incumplimiento del deudor sea de gravedad y el prestamista haya puesto a disposición del consumidor mecanismos para poder enervar el procedimiento de ejecución
- En cuanto a los criterios legales a los que nos estamos refiriendo, no solo es de aplicación el artículo 693.2 de la LEC, sino también el artículo 24 de la LCCI.

Debemos destacar la disposición transitoria primera de la LCCI que resulta de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario preexistentes, por la cual la entidad bancaria podrá ejecutar la cláusula de vencimiento anticipado siempre que la cuantía debida por parte del prestatario sea igual o superior al 3% del capital concedido o 12 cuotas durante la primera mitad de duración del préstamo, o bien al 7% del capital concedido o 15 cuotas si la mora se produce en la segunda mitad de la duración, salvo que el deudor alegue que la cláusula de vencimiento anticipado de su contrato de préstamo hipotecario resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación a aquellos contratos en los que la cláusula de vencimiento anticipado se hubiera ejecutado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI, aún cuando el procedimiento de ejecución basado en dicha cláusula estuviera suspendido.

En aplicación de dichos criterios expuestos destacamos la STS 3/2020, de 8 de enero, del Tribunal Supremo. En ella se desestima un recurso de casación interpuesto por una consumidora contra la validez del vencimiento anticipado ejercitado por el banco.

Se trataba de un contrato de préstamo hipotecario suscrito en el año 2004 con una entidad bancaria, la cual en el año 2011 y ante el impago de cinco cuotas ejecuta la cláusula de

vencimiento anticipado, lo que da lugar a la interposición de una demanda por parte de la consumidora en la que se pretende la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En primera instancia dicha demanda es estimada de manera íntegra, de manera que la consumidora recupera la propiedad del inmueble, lo que da lugar a la interposición de recurso de apelación por parte de la entidad bancaria, resolviendo en este caso que, si bien la cláusula de vencimiento anticipado es nula pues preveía la posibilidad de dar por vencido el préstamo ante el impago de una cuota, el procedimiento de ejecución hipotecaria es perfectamente válido.

Debido al pronunciamiento de segunda instancia, la consumidora interpone recurso de casación en el que solicita la revocación del pronunciamiento de la audiencia provincial con la consiguiente confirmación de la sentencia de primera instancia, donde se declaraba la nulidad del procedimiento de ejecución.

El Tribunal Supremo y siguiendo los criterios doctrinales fijados en su jurisprudencia, concretamente lo establecido en la sentencia 463/2019, confirma la validez del despacho de ejecución tras declarar nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, todo ello “... *para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC Es decir, que los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.*”¹⁰⁴

En conclusión, declarada la nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado, siempre que concurren los requisitos de gravedad y esencialidad en la obligación incumplida en relación a la cuantía y la duración del préstamo, el procedimiento de ejecución hipotecaria específico legalmente previsto podrá continuar en ausencia de la cláusula nula ya que: “*la nulidad de la cláusula no vedaba el acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando se hizo, no por la previsión contractual anulada, sino en*

¹⁰⁴ STS 3/2020, de 8 de enero de 2020, fundamento jurídico tercero.

*uso de una facultad legalmente prevista.”*¹⁰⁵, por tanto, el procedimiento de ejecución hipotecaria podrá continuar, ante un incumplimiento grave y esencial, basándose en un procedimiento legal.

4- CONCLUSIONES

Sin ánimo de reiterarnos en lo reproducido a lo largo del presente trabajo, vamos a reseñar lo que, en mi opinión, tiene una mayor trascendencia.

1. Hemos podido observar que existen varios mecanismos de control para declarar el carácter abusivo de una cláusula en un contrato con consumidores, que a su vez dependen de los elementos del contrato a los que afecten. De tal manera que si afectan a elementos accesorios del contrato se realizara un control de contenido. Frente a que si afectan a elementos esenciales del contrato - precio o contraprestación - serán sometidos a un control de transparencia, y en el caso de que no sean transparentes serán sometidos a un control de contenido por aplicación del artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria 93/13.

2. De la conclusión anterior se extrae que defendemos, al igual que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal, la aplicación del artículo 4.2 de la Directiva Comunitaria a pesar de su no transposición, pues los elementos esenciales requieren un mayor grado de atención por parte del consumidor, de manera que, siendo estos claros y transparentes no precisan de control de contenido.

3. Una vez declarada abusiva una cláusula solo se podrá integrar el contrato aplicando una norma nacional de Derecho supletorio, cuando el mismo no pudiese subsistir sin dicha cláusula, restaurando el equilibrio entre las partes, es decir, que no se penalice en exceso al empresario, pues lo contrario no sería restaurar el equilibrio.

4. En cuanto a la cláusula suelo, la nulidad supone recalcular todas las cuotas amortizadas hasta la fecha de la declaración de abusividad y el reintegro por parte de la entidad bancaria las cantidades pagadas en exceso por aplicación de dicha cláusula.

¹⁰⁵ STS 3/2020, de 8 de enero de 2020, fundamento jurídico tercero.

5. El índice de referencia de los préstamos hipotecarios o IRPH, en mi opinión, es abusivo cuando no se proporcione al consumidor la información precontractual relativa a la evolución del préstamo durante los dos años anteriores a la contratación, entiendo que dicha información es trascendental y condiciona la propia contratación, pues si otro índice de referencia presenta una evolución más favorable, la mayoría de consumidores optaría por el préstamo referenciado al tipo de interés más ventajoso para sus intereses.

6. La declaración de abusividad de la cláusula de gastos hipotecarios supone aplicar la normativa supletoria. En este caso: los gastos de notaria corresponden por mitad, de manera que la entidad bancaria debe reintegrar al consumidor el exceso abonado por dicho concepto; el banco debe devolver de manera íntegra los gastos de registro de propiedad, de gestoría y de tasación; por último, el ITPAJD deberá ser pagado por el consumidor, salvo para los préstamos firmados tras la reforma del artículo 29 LITPAJD, por el cual, el sujeto pasivo será la entidad bancaria.

7. Finalmente, tras la declarar nula por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado se puede continuar con el procedimiento de ejecución especial para aquellos préstamos en los que se despachó la ejecución tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, por aplicación del artículo 693 de la LEC, siempre que concurren los requisitos de gravedad y esencialidad en la obligación incumplida en relación a la cuantía y la duración del préstamo, pues lo contrario supondría acudir al procedimiento declarativo ordinario para resolver del contrato por incumplimiento contractual, siendo este más perjudicial para el consumidor por prever menos garantías que el procedimiento específico de ejecución. En cambio, para aquellos préstamos cuya ejecución se despachó antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley, o bien se despachó la ejecución con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley pero no concurrían los requisitos de gravedad y esencialidad, deberán ser sobreseídos pudiendo despacharse una nueva ejecución.

5- BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA

AGÜERO ORTIZ, A: “Nulidad de la cláusula de gastos en prestamos hipotecarios: no son sólo abusivos los gastos comprendidos en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015. (Gastos, efectos y plazos)” , *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1-29.

AGÜERO ORTIZ, A: “AP de Toledo: la primera en dejar gratuito un préstamo eliminando el IRPH tras la STJUE 3/3/2020 (... y sin cláusula de vencimiento anticipado)”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2020, pp. 1-5.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J: “¿Y ahora que?” , InDret, Barcelona, 2017, pp. 1-6

ÁLVAREZ OLALLA, P: “El Tribunal Supremo niega el control de contenido sobre elementos esenciales del contrato, a pesar de la doctrina, en sentido contrario del TJUE”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2012, pp.1-3.

BARRAL VIÑALS, I: “Abusivas por desequilibrio importante, pero no importa la cantidad” *Centro de Estudios de Consumo*, 2014, pp. 1-15.

CÁMARA LAPUENTE, S: “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia” *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 1-16.

CÁMARA LAPUENTE, S: *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 209-233.

CARRASCO PERERA, A: “Cláusula de gastos notariales en la hipoteca y modo de integrar la nulidad”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 1-5.

CARRASCO PERERA, A: “Dos resoluciones del Tribunal Supremo sobre las nulidades de cláusula de gastos y restitución del enriquecimiento sin causa” *Centro de Estudios de Consumo*, 2019, pp. 1-6.

CARRASCO PERERA, A: “¡¡Adiós y que usted lo pase bien, control de transparencia!! (al menos para las acciones colectivas, que ya es algo),” *Centro de Estudios de Consumo*, 2020, pp. 1-7.

CUBILLO LÓPEZ, I: “Evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE y del TS relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado: convergencias y divergencias”, *Revista general de Derecho Procesal*, nº 51 (2020), pp. 1-50.

GABRIEL GARCÍA-MICO, T: “Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH” *InDret*, Barcelona, 2019, pp. 1-16.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R: “Tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo estipuladas en contratos de prestamos hipotecarios de interés variable. STS (Pleno) 241/2013, de 9 de mayo.” Editorial Aranzadi S.A.U., Enero, 2014, pp. 1-15 .

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M.: “Estudio jurisprudencial sobre las cláusulas-suelo en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.8/2018 Editorial Aranzadi, S.A.U.*, pp.1-23

MARÍN LÓPEZ, MJ: “El prestatario tiene derecho a recuperar íntegramente los gastos de gestoría tras la nulidad de la cláusula de gastos del préstamo hipotecario. Comentario a la STS 26 de octubre de 2020” *Centro de Estudios de Consumo*, 2020, pp. 1-6.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C: “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusula suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), *Ensayos*, pp. 361-397.

MARTÍNEZ ESPÍN, P: “Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las cajas” *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 1-8.

MARTÍNEZ ESPÍN, P: “A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH entidades” *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1-24.

MIRANDA SERRANO, L: “*El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria*”, InDret, Barcelona, 2018, pp. 1-80.

MORALES QUINTANILLA, C: “Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas”, Gredos (Gestión del Repositorio Documental de la Universidad de Salamanca), 2014, pp. 1-437

MUÑOZ CASANOVA, N.: “*El elemento subjetivo en el control de validez de la cláusula suelo*” Monografías. **La cláusula suelo en el préstamo. BIB 2019\9737** Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2020, pp. 1-27 .

MUÑOZ GARCÍA, C: “«Falta de transparencia», posible ineficacia y acuerdo transaccional válido”, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018, pp. 1-33 .

PANTALEÓN PRIETO, F: “Implicaciones económicas de la cláusula IRPH”, Almacén de derecho, 2020, Fecha de última consulta 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/implicaciones-economicas-de-la-clausula-irph>

PANTALEÓN PRIETO, F: “*De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I)*” Almacén de derecho, 2020, Fecha de última consulta 12 de septiembre de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-i>

PANTALEÓN PRIETO, F: “*De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II)*” Almacén de derecho, 2020, Fecha de última consulta 19 de octubre de 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii>

PANTALEÓN PRIETO, F: “*De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III)*” Almacén de derecho, 2020, Fecha de última consulta 24 de octubre de 2020, disponible en:

<https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-iii>

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F: “*Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*”, InDret, Barcelona, 2013, pp. 1-28.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F: “La incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la limitación temporal de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual. Comentario de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, pp. 671-688.

VÁZQUEZ MUIÑA, T (2018): “La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados” *Ars Boni et Aequi* (año 14 n° 1) pp. 115–145.

ZUMAQUERO GIL, L: La nulidad de la cláusula de los gastos de prestamos hipotecarios *Revista de Derecho Civil vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018) Estudios*, pp. 149-191

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE, Sala Primera, Caso Banco Primus, S.A. contra Jesús Gutiérrez García. Sentencia de 26 enero 2017.
- STJUE, Caso ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, S.A., contra A.G.S.S. (C 70/17),. Sentencia de 26 marzo 2019.
- STJUE, Gran Sala, Caso M.G.M.G. contra BANKIA, S. A.. Sentencia de 3 marzo 2020
- STJUE, Sala Cuarta, Caso varios contra varios. Sentencia de 16 julio 2020.

Jurisprudencia del Tribunal de Supremo

- STS, Sala de lo Civil, nº 241/2013, de 9 mayo.
- STS, Sala de lo Civil, nº 464/2014, de 8 septiembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 705/2015, de 23 diciembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 79/2016, de 18 febrero.

- STS, Sala de lo Civil, nº 123/2017, de 24 febrero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 171/2017, de 9 marzo.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 1789/2017, de 22 noviembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 669/2017, de 14 diciembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 44/2018, de 30 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 147/2018, de 15 marzo.
- STS, Sala de lo Civil, nº 148/2018, de 15 marzo.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 1505/2018, de 16 octubre.
- STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 1671/2018, de 27 noviembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 725/2018 ,de 19 diciembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 728/2018, de 20 diciembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 44/2019, de 23 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 46/2019, de 23 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 47/2019, de 23 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 48/2019, de 23 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 49/2019, de 23 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 463/2019, de 11 septiembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 3/2020, de 8 enero.
- STS, Sala de lo Civil, nº 457/2020, de 24 julio.
- STS, Sala de lo Civil, nº 556/2020, de 26 de octubre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 595/2020, de 12 de noviembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 596/2020, de 12 de noviembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 597/2020, de 12 de noviembre.
- STS, Sala de lo Civil, nº 598/2020, de 12 de noviembre.

Jurisprudencia menor:

- Sentencia 01054/2020, Juzgado de Primera Instancia nº6 de Oviedo.

Otros recursos:

Orden de transparencia que desarrolla parcialmente la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Fecha de última consulta 24 de septiembre de 2020, Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/concretas/orden-de-transparencia-que-desarrolla-parcialmente-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-resumen/>