

(c) Copyright 2016, vLex. Todos los Derechos Reservados.

Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

Comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015

Revista de Derecho vLex - Núm. 141, Febrero 2016

Autor: Jesus Mª Sanchez Garcia

Cargo: Abogado

Id. vLex: VLEX-592844099

<http://vlex.com/vid/comentarios-sentencia-sala-1-592844099>

Texto

I. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 23 de diciembre de 2015 1 analiza, de nuevo, la naturaleza y alcance de los controles de transparencia y contenido en las condiciones generales de la contratación incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.

La sentencia resuelve los recursos extraordinario por infracción procesal y casación interpuestos por las entidades BBVA y Banco Popular contra la sentencia dictada por la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, derivada de la acción colectiva interpuesta por la OCU en la que se solicitaba la nulidad de diversas cláusulas insertas en préstamos hipotecarios y otros contratos bancarios.

Es de resaltar el voto particular concurrente (siguiendo la doctrina que sustentó en el voto particular emitido en la sentencia de 25 de marzo de 2015 2) del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, sobre la naturaleza y alcance del régimen de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y su consiguiente incidencia en el sobreseimiento del procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria.

Paso a comentar los aspectos más relevantes, que a mi entender, resuelve la sentencia dictada por la Sala 1ª del TS de 23 de diciembre de 2015 y que pueden ser de utilidad en la práctica forense.

II. Los principios de justicia rogada e incongruencia por alteración de la causa petendi en la contratación con consumidores

El Tribunal Supremo analiza los artículos 216 (principio de justicia rogada) y 218 (congruencia de las sentencias) de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), a la luz del principio de

efectividad de la normativa comunitaria.

Se plantea por los recurrentes la infracción de los citados artículos de la LEC, porque la demanda la nulidad de la cláusula suelo se centraba en un pretendido desequilibrio entre las partes y el fallo de la sentencia se basa en la falta de transparencia de aquélla.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ya tuvo ocasión de pronunciarse, respecto de los artículos 216 y 218 de la LEC, en la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español (respecto de la Directiva 1999/44), resolviendo en el apartado 42 de la sentencia de 3 de octubre de 2013 (C-32/12) que “ *Sentado lo anterior, incumbe al Juez remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por el mismo, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada).* ”

En la sentencia de 23 de diciembre de 2015, el TS (como ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Auto de 6 de noviembre de 2013. 3) resuelve que en materia de protección de consumidores el Derecho de la Unión Europea impone que se huya de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad propios de la normativa comunitaria protectora de los consumidores.

Lo esencial es que las partes gocen de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión.

III. Los efectos de la cosa juzgada del artículo 222 LEC

En la sentencia de 23 de diciembre de 2015, el TS confirma que los efectos de la sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, se extienden subjetivamente a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquél procedimiento y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

Nos recuerda el TS que la identidad objetiva se individualiza a través del petitum (“lo que se pide”) y de la causa de pedir (“con qué título o fundamento se pide”), produciéndose los efectos de la cosa juzgada regulada en el artículos 222, apartados 1,2, y 3 de la LEC cuando esos dos elementos coinciden.

IV. El control de oficio de las cláusulas predispuestas y la preclusión de alegaciones

Tanto la jurisprudencia del TS, como la del TJUE (artículo 4 bis de la LOPJ y sentencia del TC de 5 de noviembre de 2015) tiene establecido de forma reiterada que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y de este modo subsanar el desequilibrio que existe entre

el consumidor y el profesional.

El TS en la sentencia comentada afirma que la jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimientos o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez, aun sin alegación de las partes, realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite.

V. El control de transparencia de las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato

Como sostuve en el artículo comentando las sentencias del TS de 24 y 25 de marzo de 2015 4, en la actualidad podemos afirmar que tanto la Sala 1ª del TS, esencialmente a través de sus sentencias de 18 de junio de 2012 5, 9 de mayo de 2013 6 y 8 de septiembre de 2014 7, como el TJUE, a través de sus sentencias de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), 30 de abril de 2014 (C-143/13) y 26 de febrero de 2015 (C-143/13), han configurado y delimitado la doctrina jurisprudencial del control de transparencia 8.

La primera sentencia del TS que hace referencia al control de transparencia en esta materia, es la sentencia del TS, de 18 de junio de 2012 9 10.

El TS a través de las sentencias de 9 de mayo de 2013 11 y 8 de septiembre de 2014, declaró la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, es decir, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (en adelante CC) del "error propio" o "error vicio".

El TS en los apartados cuarto al sexto del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 24 de marzo de 2015 12, dictada por el Pleno y, por tanto, creando doctrina jurisprudencial, resuelve que la exigencia de aplicar el control de transparencia está fundamentada en la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE, en sus sentencias de 30 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015.

Y esa normativa interna, a que se refiere el TS, viene delimitada en el apartado cuarto del fundamento de derecho tercero, de la sentencia de 24 de marzo de 2015, resolviendo el TS que ha basado la exigencia del control de transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 del LGCYU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE.

Analiza la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (las denominadas "cláusulas suelo"), realizando un pormenorizado estudio en su fundamento de derecho cuarto de la jurisprudencia dictada por la propia Sala del TS y por el TJUE, recordando la procedencia de realizar un control de

transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales de los contratos, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación 13.

Con cita de la sentencia de 24 de marzo de 2015, el TS nos recuerda que el control de transparencia cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Y añade la sentencia que comentamos de 23 de diciembre de 2015, que 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 contrato 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 los contratos concertados con consumidores, no es suficiente que la cláusula que define el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución y los servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, se redacte de manera clara y comprensible, posibilitando el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible; se requiere, además, que no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

La transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la exigencia de claridad en los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Cuando la cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato, como es el caso de las cláusulas suelo, lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control de contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no.

Una cláusula incorporada al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente.

Para el TS el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (*“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato, según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

El TS resuelve que estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se le pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Y no rebasando la condición general el control de abusividad debe declararse su nulidad, conforme a los artículos 8.2 y 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

VI. Los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios

Reitera el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, la doctrina fijada en su sentencia de 22 de abril de 2015 14, en la misma línea que resolvió en sus sentencias de 7 de septiembre de 2015 15 y 8 de septiembre de 2015 16.

El TS en su sentencia de 22 de abril de 2015 17, efectúa un estudio de la normativa vigente en nuestro País en la que se regulan intereses moratorios, analizando para ello el artículo 1108 del CC, el artículo 20,4 de la Ley 16/2011 de CCC, el artículo 114,3 de la LH, reformado por la Ley 1/2013, el artículo 20 de la LCS, el artículo 7 de la Ley 3/2004 y, por último, el artículo 576 de la LEC, recordando que cada una de estas normas tienen su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades, pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando, asimismo, el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado.

El TS, en su sentencia de 22 de abril de 2015, considera, que en créditos al consumo no hipotecarios, el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 de la LEC, para la fijación del interés de mora procesal, es el criterio más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no supongan la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones y tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del derecho sustantivo, evitando que el interés de demora pueda ser inferior al interés remuneratorio.

Para el TS la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales.

No obstante, lo relevante de la sentencia del TS de 22 de abril de 2015, no está solo en que se fije como doctrina jurisprudencial que el interés de demora no podrá superar un incremento de

más de dos puntos porcentuales respecto del interés de remuneratorio pactado, sino, también, en las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de abusividad de la cláusula que fija el interés moratorio.

Para ello el TS analiza las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012, 30 de mayo de 2013 y 30 de abril de 2014, que en base al artículo 6,1 de la Directiva 93/13/CEE, resolvieron que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma, debiendo subsistir el contrato, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia sea jurídicamente posible.

En su sentencia de 30 de abril de 2014 (C-26/13), el TJUE solo admite la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo del Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

Y si bien la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la normativa supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual y sin que pueda integrarse el contrato, conforme al artículo 1258 del CC, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, en el supuesto de ser declarada abusiva la cláusula que fija el interés de demora, el interés remuneratorio se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo.

Respecto de los préstamos hipotecarios el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 resuelve que el límite fijado por el artículo 114.3 de la Ley hipotecaria (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, ya que son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles.

El límite cuantitativo del artículo 114,3 de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Y también pueden constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en la que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

Para el TS el artículo 114,3 de la Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores, ya que resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio

para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual.

El TS en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 fija doctrina en materia de intereses moratorios en los préstamos hipotecarios estableciendo que debe mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, “de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado” (número 3 del fundamento de derecho quinto, apartado d): “Decisión de la Sala”).

VII. La cláusula de vencimiento anticipado

I. El control de contenido de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores

El TS no solo ha delimitado a través de su reciente jurisprudencia el control de transparencia, sino que, también a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ha concretado el control de contenido de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores, debiendo resaltar, entre otras muchas, las sentencias del TS de 11 de marzo de 2014 18, 12 de marzo de 2014 19, 15 de abril de 2014 20, 26 de mayo de 2014 21, 3 de noviembre de 2014 22, 22 de octubre de 2014 23, 2 de diciembre de 2014 24, 29 de abril de 2015 25 30 de abril de 2015 26, 8 de septiembre de 2015 27 y 21 de enero de 2016 28.

El TS en la sentencia de 15 de abril de 2014, de forma didáctica, efectúa un enfoque metodológico para determinar si una cláusula contractual no negociada individualmente con un consumidor puede ser considerada abusiva.

En el apartado segundo del fundamentado de derecho segundo de la citada sentencia, el TS nos recuerda que la normativa interna, a partir de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente artículos 80 y siguientes de la LGCYU), y la comunitaria, a partir de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, prevén que en los contratos no negociados celebrados con consumidores, habitualmente mediante condiciones generales insertas en contratos predispuestos por el empresario o profesional, sea procedente un control de contenido, concretamente un control de abusividad, con base en criterios de justo equilibrio entre obligaciones y derechos de las partes, conforme a las exigencias de la buena fe, que difiere de los controles previstos en la contratación por negociación, que es el modelo tradicional contemplado en los textos de la codificación.

Continúa el TS exponiendo que actualmente la normativa nacional sobre esta materia constituye el desarrollo en nuestro derecho interno de las disposiciones comunitarias sobre protección de los consumidores, en concreto de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya interpretación ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias que han determinado un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial.

En este apartado el TS resalta la primacía del derecho comunitario en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TS en varias de sus sentencias y el propio TC en sus sentencias número 145/2012, de 2 de julio de 2012 y 26/2014,

de 13 de febrero de 2014 y 5 de noviembre de 2015, elevado a rango legal a través del nuevo artículo 4 bis de la LOPJ.

En el apartado tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia de 15 de abril de 2014, el TS nos recuerda que lo que en la Directiva comunitaria suponía un sistema de cláusula general y "lista gris", puesto que el anexo al que remite el art. 3.3 contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas», en nuestro Derecho interno ha sido transpuesto como un sistema de cláusula general y "lista negra", en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas "en todo caso". Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08).

El control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos concertados con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas que han de considerarse en todo caso abusivas.

Como consecuencia de ello en el último inciso del apartado tercero del fundamento de derecho tercero de la sentencia comentada, el TS fija una clave interpretativa que resulta útil para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva. Para ello nos dice que es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos "en todo caso", de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad y, consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

II. Posicionamiento del TS respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado

En la sentencia de 23 de diciembre de 2015 el TS nos recuerda que la Sala 1ª del TS en términos generales no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del CC.

Con cita de las sentencias del TS de 16 de diciembre de 2009 29 y 17 de febrero de 2011 30, recuerda, igualmente, que el TS ha reconocido la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa –verdadera y manifestación dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo.

El TS en su sentencia de 4 de junio de 2008 31 precisó que atendiendo a los usos de comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos

encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

Y en la sentencia de 7 de septiembre de 201532, en relación a un contrato de financiación de bienes muebles a plazos, el TS estableció que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos, cuando deje de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato, siguiendo la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-280/13.

III. La cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario

La sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 analiza una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria.

Para el TS una cláusula con esa naturaleza debe ser reputada abusiva, ya que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

En un contrato de préstamo hipotecario, es necesario que la cláusula que regula el vencimiento anticipado module la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, permitiendo al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

El TS parte de la premisa que la previsión del vencimiento anticipado no es per se ilícita. La abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado.

Analiza el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario, tras las reforma de artículo 693, 2 de la LEC operada por la Ley 1/2013, interpretando dicho precepto conforme la doctrina sentada por el TJUE en su Auto de 11 de junio de 2015, en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Para el TS, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693,2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los siguientes criterios:

1. Esencialidad de la obligación incumplida.
2. Gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

3. Posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia, tal y como estableció la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11.

IV. Efectos derivados de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento de ejecución hipotecaria

El TS en la sentencia comentada parte de la premisa de que la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalista, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Se plantea el TS, ante una declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, lo inadecuado de obligar a entidades prestamistas ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y la correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real, fijando doctrina sobre los efectos derivados de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento de ejecución hipotecaria (con el voto particular concurrente del Magistrado Sr. Orduña Moreno, al que más adelante me referiré).

Para el TS declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el efecto jurídico derivado de esa declaración de nulidad de la cláusula no debe ser el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, sino proseguir la ejecución, por ser esta más beneficiosa para el consumidor.

Para llegar a la conclusión dogmática en la que fija su doctrina jurisprudencial, como tribunal nacional superior en el orden, conforme dispone el artículo 123,1 de la CE, el TS parte de la doctrina fijada por el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 (C-26/13), en base a la cual el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, siempre que dicha posibilidad quede limitada a los supuestos a que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización.

Según resuelve el TS eso es lo que sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado.

Para el TS no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor, sino lo contrario, habida cuenta que el artículo 693,3 LEC regula un beneficio para el deudor hipotecario, especialmente para la vivienda habitual, al permitir que hasta el día señalado para la subasta pueda liberar el bien mediante la

consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, por los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte.

Igualmente la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, como la prevista en el artículo 579 LEC o la contenida en el artículo 682,2-1ª LEC, al establecer que el valor de la tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por ciento del valor de la tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Estas especialidades previstas en favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC no resultarían aplicables en el juicio declarativo, siendo esencialmente la base por la que el TS acuerda aplicar supletoriamente la citada normativa, una vez declarada la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado, conforme la doctrina sentada por el TJUE, y resolver que no procede el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, sino su continuación.

Así pues con la doctrina fijada por el TS, en todos aquellos supuestos en que se declare abusiva la cláusula de vencimiento anticipado y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693,2 de la LEC (tres plazos mensuales de impago o un número de cuotas impagadas que supongan el incumplimiento de la obligación por un plazo, al menos, equivalente, a los tres meses), procede la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Se podrá o no compartir la doctrina sentada por el TS (el voto particular concurrente del Magistrado Sr. Orduña Moreno, efectúa un análisis dogmático de la jurisprudencia del TJUE, que le lleva a una interpretación contraria de la mantenida por la mayoría de la Sala), pero, sin duda, necesaria en aras a la seguridad jurídica (artículo 9,3 CE), a fin de evitar posiciones contradictorias en la jurisprudencia menor (por citar los recientes Autos de la Sala General de Magistrados del orden civil de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 30 de octubre de 2015 y del Pleno Jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Baleares, de 24 de noviembre de 2015 –con un voto particular-, manteniendo criterios contrapuestos), que tanta incertidumbre genera en el justiciable.

VIII. Otras cláusulas analizadas por la sentencia comentada

Es habitual comprobar como en muchos contratos de préstamo hipotecario el predisponente impone al consumidor el coste de gastos, cargas y tributos que, en muchas ocasiones, el obligado al pago o sujeto pasivo es la propa entidad bancaria.

El TS en la sentencia comentada analiza alguna de estas cláusulas, confirmando la abusividad declarada por la Audiencia Provincial, como son la cláusula de gastos del préstamo hipotecario, incluido aranceles de notario y procurador, la de asumir la parte prestataria el pago de todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, tramitación de escrituras y su modificación, facultando al banco para suplir los gastos necesarios.

Llama la atención al TS, en este tipo de clausulados, la extensión de la cláusula que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y, en

ocasiones, contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

Incluso la obligación de no variar el destino del bien hipotecado, que, según el TS, impediría al prestatario, llevado a sus últimas consecuencias, un cambio de residencia, en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Analiza, en último lugar, el TS la cláusula que regula la contratación telefónica con el prestatario, resolviendo que la misma se opone a lo dispuesto en los artículos 6 a 9 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

IX. Voto particular concurrente a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 formulado por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno

Resulta conveniente reflexionar y analizar los fundamentos jurídicos contenidos en el voto particular formulado por el Magistrado Sr. Orduña Moreno que, recordemos, fue el ponente de la sentencia del TS de 18 de junio de 2012, que introdujo por primera vez el control de transparencia de las condiciones generales en la jurisprudencia del TS 33.

El Magistrado Sr Orduña Moreno, en su voto particular, al igual que hiciera en su voto particular a la sentencia del TS de 25 de marzo de 201534, indica que se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil o sirva para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de abusividad, y su conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales.

El voto particular no cuestiona el resultado de la abusividad declarada, ni la amplitud de los criterios interpretativos o calificación, sino la doctrina jurisprudencial que sienta, tras haber declarado la nulidad de la cláusula y su consiguiente inaplicación, en favor de la procedencia en estos casos de la continuidad del proceso de ejecución conforme a la aplicación del artículo 693,2 LEC (número 4 de la “Decisión de la Sala”).

El Magistrado que emite el voto particular, entiende que el planteamiento metodológico realizado por la mayoría de la Sala resulta frontalmente contraria a la doctrina jurisprudencial del TJUE y, en especial, a la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13), que solo autoriza excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho nacional (caso del artículo 693,2 LEC), cuando dicha integración, conforme a la finalidad y efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13/CEE y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de éste sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente.

Para el Magistrado Sr. Orduña Moreno la integración que realiza la sentencia (sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del artículo 693,2 LEC) sólo opera en beneficio exclusivo y excluyente de la entidad bancaria.

Entiende el Magistrado D. Francisco Javier Orduña que: “El despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que

valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado”.

Confirmado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de la vigencia y aplicación de estos casos del artículo 693,2 LEC constituye una infracción de una norma imperativa de la Directiva y, a su vez, una vulneración de la doctrina jurisprudencial del TJUE (STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C 34/13).

Para el Magistrado Sr. Orduña Moreno, la aplicación del artículo 693,2 LEC da lugar a una clara vinculación de la cláusula abusiva, de sus efectos y consecuencias, en perjuicio del consumidor adherente; consistente en la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria, que trae causa de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, en todos aquellos casos en donde dicha ejecución se ajuste a la previsión del citado precepto. Y no cabe otra respuesta legal que no comporte el sobreseimiento del mismo, esto es, una desvinculación plena y absoluta respecto de las consecuencias jurídicas que se deriven directamente de la cláusula declarada abusiva.

X. Conclusión

La sentencia de la Sala 1ª del TS de 23 de diciembre de 2015 (dictada por el Pleno y, por tanto, conforme a los criterios adoptados el 30 de diciembre de 2011 por el TS, creando doctrina jurisprudencial), fija doctrina en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria en dos cuestiones relevantes:

a) **Respecto del pacto sobre intereses moratorios.** Estableciendo que declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, “de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado” (número 3 del fundamento de derecho quinto, apartado d): “Decisión de la Sala”).

b) **Respecto del pacto de vencimiento anticipado.** Estableciendo que en todos aquellos supuestos en que se declare abusiva la cláusula de vencimiento anticipado y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693,2 de la LEC (tres plazos mensuales de impago o un número de cuotas impagadas que supongan el incumplimiento de la obligación por un plazo, al menos, equivalente, a los tres meses), procede la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria (números 5, 6 y 7 del fundamento de derecho quinto, apartado e): “Decisión de la Sala”).

Sin duda que el voto particular del Magistrado D. Francisco Javier Orduña, al igual que el voto particular emitido en la sentencia de 25 de marzo de 2015, es de gran utilidad para la comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de abusividad, pero, a mi entender, la doctrina fijada por la mayoría de los Magistrados de la Sala 1ª del TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 es acertada y necesaria en aras de la seguridad jurídica (artículo 9,3 CE), a fin de evitar posiciones contradictorias en la jurisprudencia menor, que tanta incertidumbre genera en el justiciable.

Roj: STS 5618/2015.

Roj STS 1280/2015.

Roj: ATS 10482/2013.

Ver más extensamente "Comentarios a las sentencias de la Sala 1º del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015. Sanchez Garcia, J. Revista de Derecho vLex, Núm 131, Abril 2015

Roj: STS 5966/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5966.

Roj: STS 1916/2013.

Roj: STS 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903.

Ver más extensamente el artículo del Catedrático de Derecho Civil Javier Plaza Penadés en "Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo", publicado en Diario la Ley nº 8097, Sección Documentos on-line, 4 Jun 2013.

Ver más extensamente el artículo del Magistrado Carlos Sanchez Martín sobre "impugnación de los intereses pactados en un préstamo bancario. Concurrencia de la normativa de usura y protección al consumidor", publicado en Diario la Ley nº 8030, Sección Tribuna, 25 feb. 2013.

Ver artículo de Jesus Mª Sanchez, "el control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo", publicado en la Revista Aranzadi Doctrinal 4/2014. BIB 2014\2149.

Ver más extensamente el artículo del Magistrado Carlos Sanchez Martín sobre "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria", publicado en Diario la Ley nº 8092, Sección Documento on-line, 28 May 2013.

Roj STS 1279/2015.

Ver más extensamente "el control jurisdiccional de los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo. Sanchez Garcia, J, Revista de Derecho vLex, Núm. 138, Noviembre 2015.

Roj: STS 1723/2015.

Roj: STS 3828/2015.

Roj: STS 3829/2015.

Sanchez Garcia, J. "Comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de

abril de 2015". Revista de Derecho vLex, Núm 132, Mayo 2015.

Roj: STS 1484/2014.

Roj: STS 1101/2014.

Roj: STS 2388/2014.

Roj: STS 2393/2014.

Roj: STS 4250/2014.

Roj: STS 4429/2014.

Roj: STS 5771/2014.

Roj: STS 2207/2015.

Roj: STS 1923/2015.

Roj: STS 3829/2015.

Roj: STS 28/2016.

Roj: STS 8466/2009.

Roj: STS 515/2011.

Roj: STS 2599/2008.

Roj: STS 3828/2015.

Sanchez Martín, C "impugnación de los intereses pactados en un préstamo bancario. Concurrencia de la normativa de usura y protección al consumidor", Cit. Diario la Ley nº 8030, Sección Tribuna, 25 feb. 2013.

Roj: STS 1280/2015.