



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
GRADO EN DERECHO



ALUMNA: **CHEREJI, CRISTIANA SIBRINA**

TUTORA: **Prof^a. ORTIZ DEL VALLE, MARIA DEL CARMEN**

AÑO ACADÉMICO 2018/2019



ÍNDICE

- **ABREVIATURAS**
- **INTRODUCCIÓN**

- **CAPÍTULO I. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**
 - 1. Concepto y mercantilidad 9
 - 2. Clase de préstamos mercantiles 13
 - 3. Finalidad 13
 - 4. Préstamo y crédito: diferencias 15

- **CAPÍTULO II. LA TRAMITACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**
 - 1. Tramitación 16
 - 2. Fase de información previa al contrato 17
 - a) La ficha de información precontractual (FIPRE) 17
 - b) La ficha de información personalizada (FIPER) 18
 - 3. Información contractual 20

- **CAPÍTULO III. TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO**
 - 1. Transparencia 21
 - 2. Problemática de la transparencia bancaria 23
 - 3. Principal normativa sobre la transparencia bancaria 23
 - 4. El préstamo responsable 25

- **CAPÍTULO IV. CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**
 - 1. El préstamo como contrato de adhesión 27
 - 2. Mecanismos de control de las condiciones generales de la contratación 28
 - a) Control de incorporación 28
 - b) Control de transparencia 28
 - c) Control de contenido 29

- **CAPÍTULO V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN GENERAL**
 1. Aproximación conceptual..... 30
 2. Lista negra de cláusulas abusivas 31
 3. Nulidad de pleno derecho 32
 4. Estructura típica de un contrato de préstamo hipotecario..... 33

- **CAPÍTULO VI. LAS SEIS CLÁUSULAS ABUSIVAS MÁS COMUNES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS**
 1. Cláusula de limitación al tipo mínimo de interés (cláusula suelo) 34
 2. Cláusula de limitación al tipo máximo de interés (cláusula de redondeo al alza) 35
 3. Cláusula sobre el cómputo de intereses a 360 días..... 37
 4. Cláusulas de intereses de demora «cláusulas de intereses moratorios» 39
 5. Cláusula de vencimiento anticipado 42
 6. Cláusula de renuncia al derecho de notificar al deudor en caso de cesión de préstamo..... 45

- **CAPÍTULO VII. LA NUEVA LEY HIPOTECARIA Y LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS VINCULADOS**
 1. Nuevos cambios en la normativa y los seguros vinculados a préstamo hipotecario 47

- **CONCLUSIONES**
- **BIBLIOGRAFÍA**
- **JURISPRUDENCIA CITADA**
- **ANEXOS**

ABREVIATURAS

AAPAuto Audiencia Provincial

AJD.....Actos Jurídicos Documentados

Art.Artículo

BOEBoletín Oficial del Estado

CC.....Código Civil

CCo.....Código de Comercio

CESCOCentro de Estudios de Consumo

Cfr.Compárese

DA.Disposición Adicional

EEMMEstados Miembros de la Unión Europea

EuriborTipo Europeo de Oferta Interbancaria

FEIN.Ficha Europea de Información Normalizada

FIAE.Ficha de Advertencias Estandarizadas

FIPER.Ficha de Información Personalizada

FIPRE.Ficha de Información Precontractual

INE.....Instituto Nacional de Estadística

IRPH.....Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios del Conjunto de Entidades

IRS	Interest Rate Swap (Permuta de tasas de interés)
LCGC.....	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LES	Ley de Economía Sostenible
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH.....	Ley Hipotecaria
LPGE.	Ley de Presupuestos Generales del Estado
Mibor	Índice del mercado interbancario de Madrid
MUS.....	Mecanismo Único de Supervisión
REDS	Revista de Derecho, Empresa y Sociedad
RH.....	Reglamento Hipotecario
SAP.....	Sentencia Audiencia Provincial
SEBC.	Sistema Europeo de Bancos Centrales
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU. ...	Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios
TS.....	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Actualmente la adquisición de una vivienda probablemente sea una de las operaciones económicas más importantes que una persona realiza a lo largo de su vida. Para poder realizar dicha operación, es decir, dicha compra, la cual, normalmente será de elevado importe, será necesario solicitar un préstamo o un crédito salvo que el comprador tenga ahorros suficientes para hacer frente al pago.

Siendo una operación de tanta importancia, es fundamental, que quienes vayan a solicitar un préstamo o un crédito hipotecario dispongan de información suficiente para conocer las características básicas de estas operaciones.

La dispersión normativa que regula el sector de la contratación bancaria, la complejidad de dicho sector así como la falta de conocimientos financieros o jurídicos suficientes de los contratantes, son circunstancias que favorecen la conflictividad entre los prestatarios y los prestamistas. En consecuencia de la conflictividad presente en los últimos años, se ha dado lugar a un aumento considerable de reclamaciones y demandas judiciales contra las entidades financieras, sobre todo las incoadas debido a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamos hipotecarios.

El presente trabajo fin de grado tiene por objeto el análisis del préstamo hipotecario con el fin de centrar el mismo en las cláusulas abusivas presentes en la contratación de los préstamos con garantía hipotecaria, obteniendo así una visión de mejora en relación a la protección de consumidores y usuarios ante la contratación de tal contrato.

La elección de este tema se debe a la indudable importancia que supone para el ámbito del derecho inmobiliario la declaración de nulidad de determinadas cláusulas y la modificación de la normativa actual dentro de un país que ha sufrido recientemente la mayor crisis inmobiliaria de su historia y que aun se encuentra en recuperación económica.

Como paso inicial, para entender mejor la naturaleza y el régimen de las cláusulas abusivas, explicaremos que son los préstamos hipotecarios, su tramitación, transparencia

y la relación que guardan con los contratos de adhesión, así como las condiciones generales para la contratación del préstamo.

Acto seguido, explicaremos que son las cláusulas abusivas en general y seguidamente realizaremos un estudio de las cláusulas abusivas que las entidades financieras emplean con más frecuencia, seguido de un análisis de algunas sentencias que se pronuncia sobre ellas.

Finalmente y no menos importante, trataremos la actualidad haciendo mención a la nueva Ley Hipotecaria, que tras muchos años de irregularidades en dicho sector, por fin, nos aporta una visión de avance y mejora en relación a la concesión de los préstamos. Además de realizar un estudio sobre otra cláusula abusiva presente en la contratación, la cual, vincula los contratos de seguros a la concesión del préstamo hipotecario.



CAPÍTULO I: EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. Concepto y mercantilidad

España atraviesa una profunda crisis económica desde hace años. Debido a dicha crisis se presenta una situación de dificultad económica a la hora de adquirir una vivienda por cuenta propia, por ello acuden a un sistema mediante el cual una entidad financiera les presta dinero en base a una garantía real, que es nuestro inmueble. Dicho sistema es concebido como préstamo hipotecario o crédito hipotecario.

Según la definición dada por el Banco de España¹, “el préstamo hipotecario es un producto bancario que permite al cliente (que en términos mercantiles se denomina «prestatario») recibir una determinada cantidad de dinero (el denominado «capital» o «principal del préstamo») de una entidad (el prestamista), con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas)”. Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte del prestatario, se exige la constitución de una garantía real que recae sobre un bien inmueble, denominada hipoteca.

La hipoteca es un derecho real de garantía. En caso de las hipotecas de bienes inmuebles, este derecho real se inscribe en el Registro de la Propiedad² y tiene efectos erga omnes³.

El concepto de préstamo también lo encontramos en el Código Civil, concretamente en el artículo 1740, el cual determina que mediante el contrato de préstamo, una de las partes

¹ El Banco de España es un organismo del Estado español que actúa como banco central nacional y, dentro del Mecanismo Único de Supervisión (MUS), es supervisor del sistema bancario español junto al Banco Central Europeo. Además, está integrado en el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) sometido a sus estatutos y a las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea. Su actividad está regulada por la Ley de Autonomía del Banco de España.

² Registro donde se hacen constar los bienes inmuebles que hay en un lugar, el nombre de sus dueños, los derechos y las cargas fiscales que pesan sobre los mismos.

³ Erga omnes es una locución latina, que significa "respecto de todos" o "frente a todos", utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato. Se aplican a todos los sujetos, en contraposición con los actos y negocios inter partes (entre las partes) que sólo afectan a aquellas personas que concurrieron a su celebración. Para que un contrato sea oponible a tercero y tenga efectos más allá de inter partes, han de concurrir en él ciertas formalidades que normalmente tienen fines probatorios, como haber sido inscritos en un registro público.

entrega a la otra una cosa no fungible o una cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. En caso de tratarse de una cosa no fungible se denomina comodato el cual es esencialmente gratuito, mientras que en caso de ceder una cosa fungible recibirá el simple nombre de préstamo, pudiendo ser el mismo gratuito o con pacto de pagar interés.

En relación al simple préstamo también considero importante hacer referencia al artículo 1755 CC, el cual establece que no se deberán intereses salvo cuando expresamente se hubiesen pactado, y al artículo 1756 CC el cual hace mención que si el prestatario ha pagado intereses sin estar estipulados, no se podrán reclamar ni imputar al capital. El Código de Comercio en su artículo 314 también hace una pequeña mención en relación a los préstamos que no devengaran intereses si los mismos no se hubiesen pactado por escrito.

Con respecto al tipo de interés anteriormente nombrado es concebido como el precio que las entidades cobran por prestar dinero. Los bancos pueden conceder préstamos hipotecarios a un tipo de interés fijo, variable o mixto.

Primeramente, el tipo de interés fijo, es aquel mediante el cual la cuota mensual a pagar permanece fija durante toda la vida del préstamo, además los plazos de amortización permitidos también son más cortos; se suelen fijar un máximo de 20 años.

Por otro lado, el tipo de interés variable, es aquel tipo revisable anualmente o semestralmente (en ocasiones trimestralmente) y se ajusta a las condiciones del mercado en ese momento, de acuerdo con algún índice de referencia, como el Euribor. Los plazos de amortización en este caso son más largos, normalmente entre 20 y 30 años o incluso más. Según informe de la Asociación Hipotecaria Española⁴, el 99,1 de los préstamos concedidos con la vivienda con garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable.

Por último el tipo de interés mixto, consiste en cobrar un interés fijo durante un periodo inicial (suele ser de entre tres y cinco años) el cual con posterioridad pasa a ser un tipo variable. Podría subir o bajar la cuota a pagar en función de la evolución del tipo de

⁴ Resumen Anual del Mercado Hipotecario 2009, en <http://www.ahe.es/bocms/images/bfilecontent/2008/09/02/3680.pdf?version=2>. (fecha de la última consulta: 29/05/2019).

interés, atendiendo a diferentes referencias oficiales para el préstamo hipotecaria como podría ser el Euribor⁵, Mibor⁶, IRPH entidades⁷ o IRS⁸.

Hay que recordar que el tipo de interés dependerá no sólo del tipo de referencia, sino del tipo de referencia + el diferencial (por ejemplo, Euribor + 2,1%). Es la suma del tipo de referencia más el porcentaje adicional lo que determina que una oferta sea mejor que otra.

El concepto de préstamo hipotecario que nos interesa es el ofrecido por el Código de Comercio, el cual, con la denominación de préstamo mercantil se refiere tanto a la entrega de una cosa fungible o no fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

El Código de Comercio define el contrato de préstamo, pero debemos tener en cuenta junto al mismo la definición que nos brinda el Código Civil en su artículo 1740 sobre el préstamo. En cuanto al artículo 311 del Código de Comercio se limita a decir que será mercantil el préstamo en que concurren dos circunstancias, en primer lugar que alguno de los contratantes sea comerciante y en segundo lugar que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio.

El préstamo mercantil es un contrato accesorio, dependiendo su carácter mercantil de una doble y necesaria conexión, es decir, depende de un contrato principal. Dichos contratos también podemos llamarlos “contratos de garantía”, los cuales generalmente pueden ser reales (como el de hipoteca, el de prenda, en que se constituye un derecho sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y por lo general la

⁵ El Euribor es la “referencia interbancaria a un año”, un tipo publicado por la Federación Bancaria Europea. Es una media de los tipos ofertados por una muestra de bancos europeos para las operaciones entre entidades de depósitos en euros a plazo de un año. Es la referencia más utilizada.

⁶ El Mibor, es el “tipo interbancario a un año”, y sólo es un índice oficial para los préstamos hipotecarios anteriores al 1 de enero de 2000. Es la media de tipos del mercado de depósitos interbancarios de Madrid. La evolución de este tipo es casi idéntica que la del Euribor.

⁷ El IRPH entidades (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios del Conjunto de Entidades) es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por bancos y cajas durante un determinado período de tiempo. Este índice fue introducido en abril de 2012, fecha en que desaparecen las dos referencias anteriores: IRPH bancos y IRPH cajas.

⁸ El IRS (Interest Rate Swap), o permuta financiera. Es un índice a cinco años, en vez de 1 año como el Euribor. Este nuevo tipo de referencia fue introducido en 2012, por ser, en teoría, más estable que el Euribor, resultando en menos oscilaciones en las cuotas.

preferencia del pago) o personales (como la fianza donde una persona se obliga a pagar, en caso que el deudor principal no lo haga). La regla general nos dice que no puede existir un contrato accesorio sin que previamente no se constituya un contrato principal, pero encontramos excepciones, es decir, encontramos supuestos en los cuales puede haber fianza, prenda o hipoteca, sin la existencia de una obligación principal, como sucede en los casos en los cuales se garantizan obligaciones futuras o condicionales. La concepción mercantil de dichos contratos la podemos encontrar en la jurisprudencia, tanto que el Tribunal Supremo ha reconocido la naturaleza mercantil de los préstamos bancarios (Sentencia de 9 de mayo de 1944 y 31 de octubre de 2001) al igual que ha ocurrido en el ámbito de la jurisprudencia menor (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 22 de enero de 1998), y a tal conclusión parece apuntar, sin más dificultad, los artículos 175.7, 177, 199.1 y 212.1 del Código de Comercio, que expresa explícitamente el préstamo como objeto propio de las entidades bancarias⁹. Por otro lado, la jurisprudencia ha negado el carácter mercantil del préstamo, cuando la suma recibida no sea destinada a una actividad mercantil, así hace mención la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1993 y 9 de marzo de 1995¹⁰.

En conclusión no merecería la consideración de mercantil el préstamo recibido cuando lo percibido fuese destinado a satisfacer otras necesidades diversas ajenas a su actividad de negocios. De ello, derivaría que la calificación mercantil del préstamo debería verificarse en atención a cuál fuera el destino de lo recibido.

^{9, 10} Sentencias extraídas de la página web: La guía jurídica Wolters Kluwer junto al concepto de préstamo mercantil. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUMTMwsLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA37ELcjUAAAA=WKE.

2. Clases de préstamos mercantiles

El Código de Comercio en su artículo 312 prevé de manera expresa tres tipos de préstamo mutuo:

- a) En primer lugar, el préstamo que tiene por objeto dinero, es decir, el prestatario recibe y se obliga a reintegrar una suma de dinero o una cantidad determinada de moneda extranjera.
- b) En segundo lugar, el préstamo que tiene por objeto títulos o valores determinados, los cuales deberán ser restituidos por otros idénticos o equivalentes.
- c) En tercer lugar, el préstamo mercantil puede consistir en especies fungibles distintos de los anteriores, supuesto en el cual deberá ser devuelta una idéntica cantidad y especie, salvo imposibilidad por extinción de la cosa fungible, supuesto en que procederá la restitución por equivalente dinerario.

Otro criterio clasificatorio es el que, conforme el artículo 314 del Código de Comercio permite distinguir el préstamo mercantil bien gratuito bien oneroso, siendo para el último supuesto según el art. 314 CCo exigible la forma escrita. Finalmente el préstamo también lo podemos calificar atendiendo al tiempo, siendo determinado o indeterminado según hace mención el artículo 313 del Código de Comercio.

3. Finalidad

La finalidad principal del préstamo hipotecario suele ser la adquisición de una vivienda (un inmueble), aunque el préstamo hipotecario puede tener otras finalidades.

En general, se puede clasificar las finalidades del préstamo hipotecario en Inmobiliario, Consumo y Afianzamiento.

El préstamo hipotecario más común es aquel que se constituye para financiar la adquisición, construcción o rehabilitación de un activo inmobiliario, que es el que constituye la garantía.

Atendiendo a la finalidad inmobiliaria, los préstamos se pueden calificar, a su vez, según los diferentes tipos de inmuebles o activos que sirven de garantía en:

- Préstamos para financiar la adquisición, construcción o rehabilitación de activos inmobiliarios de uso residencial, tanto en primera residencia como de uso vacacional.
- Préstamo para financiar la adquisición, construcción o rehabilitación de activos inmobiliarios de uso comercial, fundamentalmente oficinas y locales de negocios.
- Prestamos para financiar la compra de terrenos (con su deferente uso y desarrollo urbanístico), incluido parcelas para construcción de uso familiar.

La finalidad de consumo, es crediticia, asociada a la garantía hipotecaria la cual tiene que ver con las denominadas modalidades de consumo. No es una práctica habitual ni tampoco muy recomendable utilizar un préstamo hipotecario sobre inmuebles de uso propio para financiar consumo, fundamentalmente porque el plazo de la operación hipotecaria es muy superior a la vida útil del bien de consumo que se adquiere. Aunque siempre existirá la posibilidad de ampliar el préstamo hipotecario para financiar el consumo de bienes más duraderos e importes unitarios más elevados. Se trata de un producto financiero que ofrecen las grandes cadenas comerciales (Carrefour o Media Markt), que sirven para financiar un bien o un servicio, es decir, el cliente no recibe dinero a cambio sino que obtiene el bien que necesitaba.

Por último, hay una parte de la actividad crediticia hipotecaria que tiene que ver con la utilización de los inmuebles como garantía en procesos de refinanciación de otras deudas financieras (consumo, tarjetas, otros préstamos...), denominándose finalidad de afianzamiento. La utilización de un inmueble como garantía permite la reestructuración y sustitución de las deudas por otro préstamo a más plazo, más cómodo de amortizar y generalmente a un mejor tipo de interés por haber mejorado las garantías. Tiene un proceso de autorización más complicado que si la finalidad fuera de adquisición del inmueble.

4. Préstamo y crédito: diferencias

Aunque el préstamo y crédito son operaciones distintas, en el presente trabajo fin de grado nos centramos en los préstamos.

Cabe mencionar que aunque en nuestro país la financiación hipotecaria se otorga normalmente mediante la figura del préstamo hipotecario, también cabe que la financiación se otorgue a través del llamado crédito hipotecario.

La diferencia entre ambos es muy escasa, pero comenzaremos diciendo que un préstamo es un producto bancario que permite al cliente (en términos mercantiles denominado «prestatario») recibir una determinada cantidad de dinero (el denominado «capital» o «principal del préstamo») de una entidad (el prestamista), con el compromiso de devolver dicha cantidad y los intereses correspondientes, habitualmente mediante pagos periódicos (las llamadas cuotas). En el préstamo, la disposición del dinero se hace normalmente de una vez y se restituye según el calendario pactado, sin posibilidad de reutilizar las cantidades restituidas.

Por su parte, un crédito es un producto bancario que permite al cliente (en términos mercantiles llamado «acreditado») ir disponiendo del dinero facilitado por una entidad (acreedora) a medida que lo vaya necesitando, en cualquier cantidad hasta una determinada cuantía con el límite del crédito pactado y en cualquier momento durante el plazo de tiempo acordado. El cliente deberá devolver la cuantía dispuesta, así como los intereses y las comisiones bancarias, en los plazos acordados, si bien, también puede devolver parcial o totalmente el importe dispuesto antes de su vencimiento, pudiendo volver a disponer de ese importe en futuras ocasiones durante la vida del crédito, si así se ha pactado.

CAPÍTULO II: LA TRAMITACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. Tramitación

A las entidades financieras, como profesionales en la materia, les es exigible facilitar una información comprensible y completa de los productos que ofrecen, con el fin de velar por los intereses de sus clientes.

Se pretende garantizar así que el cliente tenga un adecuado conocimiento previo de las características de las operaciones que desea contratar, de modo que pueda adoptar una decisión informada, en función de sus necesidades y preferencias, además de poder al mismo tiempo gracias a la información proporcionada comparar diversas ofertas seleccionando finalmente la entidad que más le interese quedando así ligado financieramente durante un plazo determinado, el cual, en caso de los préstamos hipotecarios puede llegar a ser muy largos.

Atendiendo a la Ley 2/2009, de 31 de Marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en su artículo 13 establece que las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten la contratación de un préstamo hipotecario y ante tal obligación la información se proporcionará mediante la entrega gratuita de un folleto el cual contendrá la información prevista en el artículo 14 y con el contenido mínimo del Anexo I de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, siendo derogada la Orden de 5 de mayo de 1994 y sustituida por la Orden EHA/2899/2011.

Dentro de la obligación general de información al público, las entidades de crédito deben poner a disposición de los clientes, los tipos de interés habitualmente aplicados y las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, actualizados trimestralmente, así como los gastos repercutidos en dichos servicios correspondientes al trimestre anterior a la fecha de publicación de la información.

Proporcionar dicha información tiene por finalidad que los consumidores puedan efectuar una comparación entre las entidades y poder contratar la entidad que más les interese sin

que en ningún caso constituya una oferta ni en modo alguno un compromiso para la entidad que la hace pública.

2. Fases de información previa al contrato

Las entidades son libres para aprobar o denegar las operaciones que les plantean sus clientes, teniendo en cuenta el estudio riguroso e individualizado del riesgo de las operaciones propuestas por los consumidores. Para ello, deben tener en cuenta la seguridad, solvencia, liquidez y rentabilidad de la operación, en función de su política de concesión de préstamos. Esta política puede cambiar a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta factores como la evolución de los mercados financieros o la situación económica de cada momento.

Una vez cumplida la obligación de informar al solicitante de la denegación de la operación de financiación, la entidad de crédito no se verá obligada a justificar tal negación, puesto que, no existe ninguna norma de transparencia que exija a la entidad informar sobre las razones que le llevaron a adoptar la decisión desestimatoria. Se exceptúa de ello todo lo relativo a los ficheros de solvencia, pues en dicho caso la entidad si se vería obligada a informar al cliente del resultado de la consulta que hubiesen realizado de tales ficheros.

a) La Ficha de Información Precontractual (FIPRE)

Como ya hemos mencionado, con carácter general, las entidades proporcionarán información sobre los préstamos hipotecarios que ofertan. A continuación, en primer lugar deben facilitar información de naturaleza orientativa, ofreciéndose mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), debiendo estar la misma a disposición de los clientes, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

Como característica importante de esta información, debe señalarse que la entrega de dicho documento, no conlleva para la entidad financiera la obligación de conceder un préstamo, y por tanto la información que contiene es meramente orientativa.

Además se deberá indicar que la Ficha de Información Precontractual se elaboró atendiendo a la situación de mercado de ese momento y la oferta personalizada que con posterioridad se haga al solicitante puede ser distinta.

La regulación de la FIPRE la encontramos en el art. 21 de la Orden EHA/2899/2011.

Por último el contenido completo de la FIPRE es el siguiente y lo encontramos en el Anexo I de la Orden EHA/2899/2011:

- Los datos de la entidad de crédito: nombre comercial, domicilio social, número de teléfono, correo electrónico, página web, autoridad supervisora que corresponda, persona de contacto y datos del servicio de atención al cliente.
- Las características del préstamo: el importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble, finalidad del mismo, tipo de préstamo, plazo de amortización y periodicidad de los pagos.
- El tipo de interés: si es fijo o variable; en este caso, la periodicidad de la revisión; los diferenciales aplicables, así como, si existen, los suelos y techos de dicho tipo de interés, y las características de tales limitaciones.
- Las vinculaciones y gastos preparatorios: los productos o servicios que el cliente deba contratar para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas.
- La tasa anual equivalente (TAE) y coste total del préstamo: El coste total del préstamo y los conceptos que lo integran, así como TAE¹¹ del préstamo.
- La amortización anticipada: los costes para el cliente de una cancelación anticipada del préstamo.

b) La Ficha de Información Personalizada (FIPER)

Una vez que el solicitante haya facilitado información más concreta sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, en caso que las entidades estén interesadas en tal operación les proporcionarán la información personalizada, con el fin

¹¹ El significado exacto de TAE es Tasa Anual Equivalente o Tasa Anual Efectiva. Es un término muy financiero que se define como el resultado de una fórmula matemática que incorpora el tipo de interés nominal, las comisiones y el plazo de la operación.

de que el cliente pueda conocer las características concretas de tal concesión, valorando y adoptando una decisión más razonable sobre la suscripción o no del contrato.

Dicha ficha proporciona una información mucho más específica que la aportada por la FIPRE. La Ficha de Información Personalizada al igual que la anterior se proporcionará al cliente de forma gratuita, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

La FIPER se regula en el art. 22 de la Orden EHA/2899/2011.

Por lo que respecta al contenido de la misma viene recogido en el Anexo II de la Orden nombrada con anterioridad y es el siguiente:

- Descripción de la entidad de crédito: personalidad jurídica, dirección, teléfono, correo electrónico, página web, etc., además de indicar la autoridad que supervisa dicha entidad en nuestro caso El Banco de España.
- Características del préstamo hipotecario: importe y moneda, duración, tipo (variable, fijo, etc.), el importe total, etc.
- El tipo inicial de partida y forma de cálculo: expresados en forma de TAE.
- Periodicidad y número de pagos: mensual, bimestral, trimestral, etc. y el número de cuotas.
- El importe de cada cuota a pagar.
- Cuadro de amortizaciones: es una tabla donde se confrontan los meses con el capital pendiente al inicio de cada período, minorado por el importe de la cuota mensual, y ésta descompuesta a su vez entre parte de la cuota dedicada a amortizar capital, y parte dedicada a pagar intereses.
- Vinculación y otros costes: (comisión de apertura, impuestos, registro, gestoría, tasación, seguros, etc.), no incluye los gastos de formalización de la compra venta.
- Amortización anticipada.
- Derecho de subrogación: es el derecho a llevarse a otra entidad el préstamo aún sin el consentimiento del Banco.
- Departamento de atención al cliente: el Banco debe facilitar al cliente un Departamento exclusivo para su atención y los del Defensor al Cliente.
- Consecuencias: en caso de incumplir el usuario las vinculaciones.

- Riesgos y advertencias legales en caso de impago: consejos genéricos sobre lo que les puede suceder a los avalistas de un préstamo hipotecario.

3. Información contractual

Una vez las entidades de crédito hayan facilitado de forma gratuita al cliente toda la información precontractual clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa, entregada con anterioridad de que el cliente quede vinculado por el contrato u oferta se procederá a entregar al cliente, en caso de que la entidad estime la solicitud planteada por el solicitante, el correspondiente ejemplar de documentos contractuales en que se formalice el servicio recibido. Tal regulación la encontramos en la Orden de 12 de diciembre de 1989 la cual se encuentra derogada, vigente hasta 29 de abril de 2012, cuando se aprueba la Orden EHA/2899/2011 que la supera. Así mismo, la entidad de crédito deberá conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo en caso que lo solicite. La norma en tal caso no hace mención si la puesta a disposición de la copia tiene o no carácter gratuito, por lo tanto si la misma no tiene carácter gratuito debería señalarse expresamente.

Finalmente tanto sobre el procedimiento a seguir para la información precontractual como la información contractual se pronuncia Martínez Espín¹².

¹² MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013), “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. N° 5/2013. Año 2013. Estudio páginas 79-97. Cit. páginas 73-74.

CAPÍTULO III: TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. Transparencia

La transparencia bancaria hace referencia a las buenas prácticas de las entidades financieras con los clientes y los supervisores bancarios en cuanto a productos bancarios y balances de situación se refiere.

En general, dicha transparencia la podemos relacionar con los códigos de buenas prácticas que los bancos y otras entidades de carácter financiero están obligadas a implantar. Además podremos decir que la transparencia bancaria mide el nivel de información dada por parte de las entidades financieras en cuanto a su situación económica patrimonial se refiere, tanto con los supervisores y agentes interesados, así como el buen trato e información veraz de los productos y operaciones con sus clientes.

Esta buena praxis es de obligado cumplimiento por parte de las entidades, para que la contratación del préstamo hipotecario no suponga una pérdida o perjuicio para los clientes.

El deber de transparencia se encuentra regulado en el art.80 del TRLGDCU, es decir, los contratos celebrados con los consumidores y usuarios las cláusulas no negociadas individualmente cumplirán los siguientes requisitos:

- La redacción será concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- Por otro lado, el consumidor tiene derecho a conocer las cláusulas antes de que se celebre el contrato.
- Finalmente, deben ser legibles. Se establece expresamente que este requisito no se cumpliría si el tamaño de la letra es inferior a un milímetro y medio, o su lectura resulta dificultosa debido a un contraste insuficiente con el fondo. Este presupuesto ha servido para anular cláusulas redactadas en letra tan diminuta que dificulte su lectura. La Audiencia Provincial de Castellón ha anulado una

cláusula de un contrato bancario por el tamaño de la letra. Según el auto, “la cláusula general del contrato que fija el interés remuneratorio no supera el necesario control de transparencia, toda vez que ese interés remuneratorio se establece en el reverso del contrato que se halla sin firmar por el demandado, estando en un contexto de difícil lectura, dada la letra tan minúscula que emplea para lo que se necesita el uso de una lupa no siendo suficiente las lentes usuales de lectura, resultando además de difícil comprensión para un adherente medio al utilizar conceptos y fórmulas matemáticas complicadas”¹³.

Atendiendo al mismo artículo (art.80.2 del TRLGDCU) determina que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula deberá interpretarse en el sentido más favorable al consumidor. Además junto a dicho artículo podremos destacar el art.1288 del Código Civil, a cuyo tenor:

«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»

Finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por vía de jurisprudencia hace referencia al concepto de cláusulas abusivas por falta de transparencia. Es la Directiva 93/13/CEE la que contiene la definición europea de cláusula abusiva en su artículo 3. Dicha regulación, similar a nuestra Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios, considera que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto del profesional principalmente en dos ámbitos: capacidad de negociación y nivel de información. Además el objeto de la Directiva es que entre las partes exista un “equilibrio real” que pueda restablecer la igualdad entre éstas (superando el mero equilibrio formal). Es en este objetivo de alcanzar el “equilibrio real” en el que se empleo el concepto de “cláusulas abusivas por falta de transparencia”.

La normativa sobre transparencia no se reduce únicamente a la información previa, es decir, a la aportada antes de la formalización del contrato, ni se agota formalizado el

¹³ Sentencia Audiencia Provincial de Castellón de 7 de septiembre de 2017. Auto nº 211 de 1017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Audiencia-de-Castellon-anula-una-clausula-de-un-contrato-bancario-por-el-tamano-de-la-letra>.

contrato, sino que por el contrario permanece vigente a lo largo de la vida del mismo y tiene su reflejo en dos aspectos fundamentales:

El primer aspecto consiste en los documentos de liquidación que se remiten al prestatario para su información el cual debe de gozar de un contenido mínimo. Entre esta información hay que resaltar el cálculo de la TAE¹⁴ que deberá realizarse para el plazo remanente hasta la amortización definitiva.

El segundo aspecto consiste en la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable. Ello no será preciso si se ha pactado un índice o tipo de referencia de los llamados “oficiales”.

2. Problemática de la transparencia bancaria

En los últimos años se han dado numerosos casos de engaño masivo y fraude en la información y documentación, fruto de la competencia y las bajas rentabilidades o de inversiones en sectores ruinosos.

Todo ello supuso el ofrecimiento masivo de productos complejos y de alto riesgo a personas que no tenían un perfil financiero avanzado para saber en que consistían, y que suponía saltarse las normas en los que a información y veracidad se refieren.

3. Principal normativa sobre la transparencia bancaria

La normativa sobre transparencia bancaria no es estática, sino que periódicamente se enriquece con nuevas disposiciones.

En todo caso, es preciso señalar las más importantes:

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

¹⁴ Esta TAE así calculada se denomina “coste efectivo remanente” y permite comparar el coste real de la financiación que esta utilizando y las condiciones de los tipos de interés vigente en el mercado.

Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago.

Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, (vigente hasta 29 de abril de 2012, cuando se aprueba la Orden EHA/2899/2011 que la supera).

Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (vigente hasta 29 de abril de 2012, cuando se aprueba la Orden EHA/2899/2011 que la supera).

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Su artículo 48.2 dota al Ministerio de Economía de la facultad de dictar las normas necesarias para tutelar las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela y conducirlas a la máxima transparencia, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación.

Constitución española de 1978.

Su artículo 51 dice que las autoridades deben proteger, entre otras cosas, nuestro bolsillo:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Apreciamos una gran dispersión normativa, y por ello el fin que perseguimos es reunir en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa.

4. El préstamo responsable

El concepto de «préstamo responsable» fue introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) en su art. 29, en el cual se establece que se deberá evaluar la solvencia del prestatario a la hora de celebrar el contrato, pero no sólo la solvencia de sus clientes, sino también fomentar actividades dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos. Dichas prácticas se recogerán en un documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

Las obligaciones establecidas en el párrafo anterior se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Al hilo de la ley mencionada con anterioridad también la Orden EHA/2899/2011¹⁵ y la Circular 5/2012¹⁶, hacen referencia al concepto de «préstamo responsable».

Con la Orden EHA/2899/2011, se desarrolla, entre otros aspectos, la evaluación de la solvencia del cliente que solicita un préstamo, bajo el titular de préstamo responsable. Con esta norma se convierte en obligatorias algunas de las actuaciones que ya se llevaban a cabo por las entidades financieras, como la solicitud al prestatario de los documentos que determinen su situación financiera y su capacidad de pago, así como la consulta a ficheros como la central de información de riesgos del Banco de España.

Con el fin de garantizar la concesión de un préstamo a quienes realmente puedan pagarlo, se establecen unos principios, obligando a las entidades a actuar de forma honesta,

¹⁵ Asimismo, llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Este mandato se desarrolla en el art. 18 («Evaluación de la solvencia»), capítulo I («Préstamo responsable»), título III («Créditos, préstamos y servicios de pago»), de la Orden EHA/2899/2011.

¹⁶ y en la norma duodécima («Políticas y procedimientos de préstamo responsable») de la Circular del Banco de España 5/2012.

profesional e imparcial, atendiendo a las preferencias, situación personal y financiera de sus clientes.

El solicitante, por su parte, deberá facilitar a la entidad una información más transparente, completa y veraz sobre su situación y sus necesidades financieras, con el fin de que éstas le puedan ofrecer la oferta más ajustada a su situación, obviamente teniendo en cuenta el Principio de Libertad Contractual que rige en nuestro sistema financiero, es decir, que pese a que la evaluación no sea correcta la entidad puede conceder el préstamo, y ello no afectaría a la validez y eficacia del contrato.

Los cuatro aspectos que tienen que estudiar las entidades responsables para evaluar la solvencia del cliente, con el fin de garantizar que la concesión del préstamo se realiza de forma responsable son los siguientes:

- a) Realizar una evaluación de la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente.
- b) Realizar una valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo.
- c) En el caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones.
- d) Por último, en el caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

Finalmente, el cliente es responsable de pagar lo que puede según su solvencia, en caso contrario la entidad deberá asumir las consecuencias de no haber realizado una adecuada evaluación.

CAPÍTULO IV: CONTRATOS DE ADHESIÓN Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. El préstamo como contrato de adhesión

El contrato de adhesión es aquel cuyo clausulado se redacta por una sola de las partes y el aceptante simplemente acepta o rechaza el contrato en su integridad, es decir, adhiriéndose o no al mismo. Por tanto podemos determinar que se les denomina “contratos por adhesión” por que el aceptante no participa en la redacción del contrato, simplemente se adhiere con su firma.

Algunos ejemplos claros de contratos de adhesión son los llamados contratos de suministros de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguros y contratos bancarios.

Por lo que respecta a las características de dichos contratos debemos mencionar que se materializarán una vez sea firmado por el consumidor o usuario el formulario contractual, relleno así el mismo con los datos personales del solicitante. Dicho formulario o en algunos casos otros documentos, los cuales deberán adjuntarse, contendrán las cláusulas que reglamentarán el contrato, es decir, las condiciones generales de la contratación.

Este tipo de contratos favorecen el tráfico a través de la contratación en masa, ofreciendo así la posibilidad al oferente de constituir un modelo estándar e imponer el mismo a varios adherentes. Sin embargo, en otras ocasiones perjudica al adherente ya que crea el riesgo de un posible abuso por parte del oferente al limitar la libertad de contratación.

El legislador ha querido proteger a los consumidores, como parte especialmente débil de la relación jurídica, a través del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

2. Mecanismo de control de las condiciones generales de la contratación

Las condiciones generales de la contratación son cláusulas que regulan los contratos de adhesión. Dichas cláusulas son redactadas por los empresarios para utilizarlas en todos los contratos que vayan a perfeccionar con sus clientes, consumidores o usuarios. En la redacción de dichas cláusulas contractuales no existe negociación por ello en ocasiones el empresario puede crear una regulación que favorezca o perjudique a sus clientes. Las condiciones generales que produzcan tal desequilibrio contractual se denominan cláusulas abusivas. En conclusión, son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Los requisitos o presupuestos necesarios para que las condiciones generales sean incluidas válidamente en los contratos están sometidos a un conjunto de controles que examinamos a continuación. Sobre los mismos se pronuncia Cañizares Laso, Ana¹⁷.

a) Control de incorporación

Todas las cláusulas, principales o accesorias, están sujetas a un primer control de incorporación previsto en el art. 5 y 7 LCGC. Dicho control consiste en que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer las cláusulas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y que las mismas estén redactadas de forma clara, concreta y sencillas y por tanto no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

b) Control de transparencia

Superado este primer control de incorporación objetivo se procederá a la realización de un segundo control, el denominado control de transparencia. La finalidad de dicho control consiste en valorar si el adherente comprendió el alcance jurídico y económico que las

¹⁷ CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Civil*. Vol. II. N° 3 (julio-septiembre, 2015). Año 2015. Estudios, págs. 67-105. Cit. Páginas 74-83.

cláusulas iban a producir en el contrato. Es, por tanto, un control subjetivo del grado de comprensión del consumidor de las cláusulas que le llevaron a decidir adherirse a un contrato. Ante tal control deberemos atender a la Directiva 93/13/CEE la cual establece que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor. La modificación del TRLGDCU operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo introduce en el artículo 80.1 b) un nuevo elemento, refiriéndose a los contratos redactados en letra minúscula nombrados con anterioridad los cuales “en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”. Por último, dentro de los requisitos formales de los contratos a distancia el art. 98 TRLGDCU hace mención a la necesidad de legibilidad del texto.

c) Control de contenido

Finalmente el tercer y último control, es el denominado control de contenido de la cláusula. El objetivo de dicho control consiste en analizar si la cláusula en cuestión ocasiona, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, o si es una de las cláusulas proscritas por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDCU) en su lista negra, dispuestas en los artículos 85 a 91 de dicha Ley. La regulación de dicho control también lo encontramos en el art. 8 LCGC, el cual establece lo siguiente: “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Si la condición general no traspasa ese control, estaremos ante una cláusula abusiva.

CAPÍTULO V: CLÁUSULAS ABUSIVAS EN GENERAL

1. Aproximación conceptual

El concepto general de cláusula abusiva aparece recogido en el artículo 82.1 del TRLGDCU, a cuyo tener:

«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».

Por otro lado, el mismo artículo en su párrafo segundo viene a decir que «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

La Directiva 93/13/CEE en su artículo 3 al igual que el artículo anterior menciona el concepto de cláusula abusiva clasificando la misma como aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente causando un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Al igual que el artículo 82.2 del TRLGDCU, el artículo 3.2 de dicha directiva establece: «que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».

La incorporación de la Directiva 93/13/CEE fue realizada por el Legislador español en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, siendo dichas condiciones aquellos clausulados que el empresario redacta para incorporarlos en una pluralidad de contratos, pudiendo ser el adherente un profesional o un consumidor. Por último nuestro

Legislador estableció una protección formal requiriendo que el adherente hubiera tenido acceso a las condiciones antes de contratar y que su redacción fuera inteligible (clara, comprensible, ...), no controlando su contenido. Si no cumplía dichos requisitos las condiciones o cláusulas se tendrían por no incorporadas al contrato.

En definitiva, según apunta la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013¹⁸, la cláusula nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto.

2. Lista negra de cláusulas abusivas

Junto al concepto general de cláusulas abusivas el legislador nacional (en el TRLGDCU) y el comunitario (Directiva 93/13/CEE) facilitan una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas.

En primer lugar la Directiva 93/13/CEE en su artículo 3.3 menciona el contenido de dicha lista, la cual la encontramos en el Anexo de la presente Directiva. La misma será apreciada como una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Por otro lado, el TRLGDCU en su artículos 82.4 nos deriva a los artículos 85 a 90 de la misma Ley, los cuales contienen la enumeración de cláusulas abusivas.

Estamos ante una enumeración meramente indicativa, no exhaustiva, como ya he nombrado con anterioridad, que clasifica estas cláusulas en los siguientes grupos:

- Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- Las que limiten los derechos del consumidor y usuario.
- Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, nº 20/13. Disponible en: <http://s01.s3c.es/imag/doc/2013-06-04/sentencia-malag.pdf>.

- Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
- Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

3. Nulidad de pleno derecho

Declarada la condición de cláusula abusiva, procede su declaración de nulidad, de conformidad con los artículos 8.2¹⁹ LCGC y 83.1 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores. La nulidad de la cláusula abusiva no conlleva la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 10²⁰ LCGC y 83.1 y 83.2²¹ del TRLGDCU.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, y en aplicación del artículo 1.303 del Código Civil, procede la restitución de las cosas que se recibieron por razón de la cláusula

¹⁹ Artículo 8. Nulidad:

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas 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.

²⁰ Artículo 10. Efectos:

1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.
2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

²¹ Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato:

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.
2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

contractual cuya nulidad e ineficacia se declaró. Por ello, como efecto derivado de la nulidad la entidad demandada debe ser condenada a devolver las cantidades que se han cobrado en exceso durante la vida del préstamo.

4. Estructura típica de un contrato de préstamo hipotecario

La estructura típica de un contrato de préstamo hipotecario se divide en tres partes:

- En primer lugar encontramos las cláusulas financieras, siendo estas aquellas que regulan la parte económica del préstamo. Por ejemplo, el importe que se entrega por el prestamista al prestatario, los periodos de pago o de amortización y sus intereses, los plazos de devolución del importe prestado.
- En segundo lugar debemos destacar las cláusulas no financieras, siendo estas aquellas que regulan la garantía de devolución del préstamo en caso de incumplimiento de pago, mediante la constitución de una obligación real (la hipoteca) sobre un inmueble (vivienda, local, garaje...).
- Por último, en tercer lugar la clasificación que debemos tener en cuenta son las advertencias notariales. El contenido de las mismas lo encontramos regulado en la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la cual se tratan las principales advertencias que debe de hacer el Notario en relación con la transparencia de las condiciones financieras o económicas en préstamos hipotecarios y sobre condiciones generales de la contratación.

CAPÍTULO VI: LAS SEIS CLÁUSULAS MÁS COMUNES EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1. Cláusula de limitación al tipo mínimo de interés (cláusula suelo)

Las cláusulas suelo son un tipo de cláusulas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario cuya finalidad es fijar unos topes en los intereses a pagar por el prestatario. Dichos topes fijados por este tipo de cláusulas pueden ser limitaciones al alza (cláusulas techo) o limitaciones a la baja (cláusulas suelo). En otras palabras, las cláusulas suelo permiten a los bancos cobrar siempre como mínimo unos intereses, independientemente de las fluctuaciones de los tipos en los mercados.

Las cláusulas suelo en sí no son contrarias a la ley, únicamente serán consideradas nulas aquellas incorporadas como condiciones generales de contratación en los contratos de hipoteca celebrados con consumidores en cuanto no sean transparentes, es decir, cuando el hipotecado no fuera debidamente informado o aún siéndolo se trate de una cláusula que cause un desequilibrio importante entre los derechos u obligaciones de las partes. Una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo se procederá a la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado indebidamente al haberse aplicado dicha cláusula.

Tal cláusula actúa como un límite que impide que una hipoteca a interés variable referenciada al Euríbor o al IRPH, se abarate en la correspondiente revisión del tipo de interés a aplicar. Por ejemplo, si un préstamo hipotecario referenciado al Euríbor contiene como cláusula suelo el 3%, impide que en la revisión del préstamo hipotecario, si el valor del Euríbor a utilizar es más bajo de ese 3%, se aplique para el nuevo cálculo del tipo de interés, el valor del Euríbor, sino el 3% marcado por la cláusula suelo. Es decir, si el porcentaje establecido por el Euríbor es menor que el aplicado por la cláusula, no se tendrá en cuenta si no que se utilizara el porcentaje pactado previsto en la cláusula. Dando lugar a que los bancos obtengan un beneficio de la diferencia. Un ejemplo sería: si el Euríbor es de un 2%, la cláusula estable un 3% y el préstamo es de 1000 euros mensuales, en caso de aplicar el 2% debería pagar 1020 euros mensuales y en caso de aplicar el 3% pagaría 1030 euros mensuales, es decir, implicaría un beneficio para los bancos de 10 euros mensuales. Entiendo que sería nula en caso que perjudique al hipotecado y no lo beneficie.

Finalmente en la Sentencia de 27 de marzo de 2019²² encontramos un supuesto de nulidad de cláusula suelo en la cual se exigía la aplicación de un tipo de interés no inferior al 5,00% y siendo condenado al banco demandado a devolver a los demandantes la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas. Resulta ingenuo sin duda apelar a la libre voluntad de las partes para la aceptación o rechazo de la cláusula suelo. De una parte, porque según constata una reciente encuesta realizada entre usuarios de servicios bancarios²³, el 87% de los usuarios hipotecados no fue informado por su Banco de la inclusión de la citada cláusula al formalizar su préstamo hipotecario.

2. Cláusula de limitación al tipo máximo de interés (cláusula de redondeo al alza)

La cláusula de redondeo al alza, también denominada cláusulas techo, tiene por naturaleza, la necesidad de existencia a la par que la cláusula suelo, es decir, se fijan límites superiores e inferiores en el contrato para evitar el posible perjuicio que pueda ocasionar la fluctuación de la regulación monetaria escogida (generalmente Euribor). Se trata de lo opuesto a la cláusula suelo, que limita el interés variable de una hipoteca a la baja.

Las cláusulas de redondeo se utilizaban para simplificar el cálculo de las cuotas a pagar por parte de los clientes a los bancos cuando estos solicitaban un préstamo hipotecario.

Al igual que la cláusula suelo, dichas cláusulas no son ilegales, ya que no contradicen nada de lo que dicta la ley, al no ser que los bancos y demás entidades financieras no hayan informado de la existencia de dicha cláusula y las características de la misma.

El problema surgió debido a que la situación de superioridad de las entidades bancarias les permitía incorporar a sus clientes una cláusula de redondeo al alza, en vez de hacerlo según un criterio de mayor proximidad a la cifra redonda, es decir, las entidades

²² Sentencia Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019, nº 194/2019, recurso nº 2317/2016. Disponible en http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/8722220/Hipoteca/20190405.

²³ El Mundo de 10 de octubre de 2011, disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/04/suivienda/1317727333.html?a=7f37977f84d2a8c70c348beedb4dba86&t=1319473763>.

financieras establecen límites tan elevados que parece imposible que los intereses suban tanto y lo excedan, por lo que hay vulnerabilidad de los derechos y obligaciones del contrato entre el banco y el deudor, ya que el banco con la cláusula siempre va a sacar beneficio, pero el deudor por otra parte puede o no sacar beneficio de la cláusula techo, viéndose así perjudicado.

Una cláusula techo en una hipoteca consiste en establecer un límite para que el interés variable nunca pueda superar esa cifra marcada por la entidad bancaria. Es decir, aunque el interés variable del préstamo hipotecario aumente, el consumidor no pagará por su cuota más dinero del máximo establecido. Esta cláusula es el motivo por el cual muchos clientes pagan más intereses de los que les corresponden, puesto que el límite máximo establecido siempre supera el límite máximo previsto en el mercado. Por ejemplo, tomemos como base una hipoteca genérica a Euribor más un diferencial del 1 % o 1,50%. Lo normal, como hemos dicho, es que la cláusula suelo mantenga un tipo de interés mínimo del 3% al 5%, y una cláusula techo que oscilaría entre el 12% y el 17%, aunque puedo asegurar que he visto cláusulas techo mucho más altas.

Si tenemos en cuenta que desde la fundación del Euribor el tipo máximo ha sido del 5,67%, es evidente que hay más posibilidades de que baje del 3% a que suba del 12%. Independientemente del hecho de que si se alcanzaran dichas cifras, el caos hipotecario que se produciría sería de consecuencias incalculables. Este redondeo perjudica al consumidor y genera un desequilibrio en contra de las exigencias de las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Existen numerosas sentencias de la jurisprudencia menor que declaran la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas por abusivas, pero hasta el 2010 no llegaron las primeras sentencias del Tribunal Supremo declarando su abusividad en demandas de asociaciones de consumidores^{24,25}. Con posterioridad a tal fecha surgió la STS nº 75/2011, Sala de lo

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010, nº 861/2010, recurso nº 1074/2007. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5845605&links=&optimize=20110210&publicinterface=true>.

²⁵ Sentencia Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, nº 663/2010, recurso nº 982/2017. Disponible en:

Civil, Sección 1, de 2 de marzo sobre la cual Martínez Espín realiza un profundo análisis, en el cual podemos apreciar la declaración de nulidad de la cláusula de redondeo al alza por ocasionar un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato²⁶. Finalmente atendiendo tanto a la cláusula suelo nombrado con anterioridad y a la cláusula techo, la finalidad de las mismas es evitar que la entidad bancaria registre pérdidas como consecuencia de las fluctuaciones del mercado financiero.

3. Cláusula sobre el cómputo de intereses a 360 días

Dicha cláusula es otra de las llamadas cláusulas abusivas que están en el punto de mira por su dudosa legalidad.

Se trata de un método para calcular los intereses de la hipoteca en base a los días que tienen el año, pero es considerado un sistema abusivo cuando la entidad financiera utiliza las cifras en perjuicio del consumidor. Tal desequilibrio se entiende cuando en la fórmula matemática para el cálculo de los intereses se utiliza 360 días (año comercial) en el divisor, mientras que en el multiplicador se usa los días naturales mensuales, o lo que es lo mismo, los 365 días o 366 días del año en caso de ser un año bisiesto.

La fórmula para calcular el interés que encontraríamos en el contrato de préstamo suele estar representada de la siguiente manera:

$$INTERÉS = \frac{CAPITAL * RÉDITO * TIEMPO}{360}$$

El portal IDEALISTA a base de un ejemplo práctico aborda la repercusión de esta estipulación tomando como base que, según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la cuantía de la hipoteca media para la compra de una vivienda es de 108.354

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5795307/Responsabilidad%20extracontractual/20101209>.

²⁶ MARTÍNEZ ESPÍN, P. “Abusividad de la cláusula de redondeo al alza en hipotecas: (A PROPÓSITO DE LA STS núm. 75/2011, Sala de lo Civil, Sección 1, de 2 marzo)”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Disponible en: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratacion/2.pdf>.

euros, a un interés medio del 3,21% y por un plazo de 22 años. En caso de aplicar la fórmula 356/360, averiguamos el interés diario dividiendo entre 360, pero sin embargo multiplicamos por 365.

En principio, si aplicamos cualquiera de las dos fórmulas correctas y equilibradas (365/365 o 360/360), multiplicamos el capital por el interés, dividiendo entre 365 días para saber cuál es el interés diario, y su resultado lo multiplicamos por lo días totales del año para conocer los intereses anuales.

$$108.354 \times 0,0321 / 365 = 9,52 \text{ euros intereses diarios}$$

$$\text{Intereses anuales} = 9,52 \text{ euros} \times 365 = 3.474,80 \text{ euros}$$

Si aplicamos la fórmula 365/360, averiguamos el interés diario dividiendo entre 360, pero sin embargo multiplicamos por 365. Veámoslo:

$$108.354 \times 0,0321 / 360 \text{ días} = 9,66 \text{ euros de intereses diarios}$$

$$\text{Intereses anuales} = 9,66 \text{ euros} \times 365 = 3.525,90 \text{ euros}$$

Es decir, entre una fórmula y otra, tenemos una diferencia a favor de la entidad financiera de 51,10 euros anuales, los que multiplicados por los 22 años contratados para la devolución del préstamo daría un resultado de 1.124,20 euros que el deudor hipotecario ha abonado de más al banco.

Tal cláusula no se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en la cual en el Anexo V en el cual hace referencia al cálculo de la Tasa anual equivalente (TAE) menciona que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no". Ante tal criterio también se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE C 421/14, de 02/02/2016)²⁷ declarando la cláusula abusiva, y por tanto nula, ya que no puede decirse que supere el control de transparencia.

Observamos que el uso del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el deudor, es decir, una entidad puede optar por la aplicación de una base de cálculo de 360 días siempre y cuando mantenga la ficción al computar el tiempo

²⁷ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de febrero de 2016. Asunto C- 421/14. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174071&doclang=ES>.

efectivamente transcurrido. El perjuicio se produciría cuando la entidad financiera utiliza la base 360 pero aplica el año natural para el cómputo de los días transcurridos, práctica que a lo largo de la vida de un préstamo hipotecario suele conllevar un notable sobrecoste. Sobre dicho aspecto también se pronuncia Andrés Llamas, Miguel Ángel e ilustra el perjuicio provocado a un consumidor medio por el método 365/360 en comparación con los métodos proporcionales (360/360 y 365/365)²⁸.

Considero importante mencionar que la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 1992,1993 o incluso 2009 mantiene su anacrónica defensa como un uso bancario al señalar: “ el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un “uso bancario”, establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del art. 21 del Código de Comercio”. Las prácticas pueden ser reiteradas pero no por ello deben perpetuarse en el tiempo cuando las mismas son expresiones de un desequilibrio entre los derechos de las partes y encierran una falta de transparencia que desea obtenerse en el sistema financiera. Así las cosas, siempre y cuando el citado criterio de «cambio de base» de año natural a año comercial en el cálculo de intereses este debidamente contemplado y explicado en las condiciones contractuales, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España no viene considerando mala práctica bancaria su aplicación. Si viene considerando mala praxis cuando no se detalla la fórmula en la que figure de manera explícita la

²⁸ ANDRÉS LLAMAS, MIGUEL Á. (2014), “El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad”. *Revista CESCO en Derecho de Consumo*. Nº 11/2014. Año 2014. Estudios páginas 191-200. Cit. página 194.

Ejemplo: partiendo de un préstamo hipotecario suscrito en marzo de 2004, con un capital de 200.000,00 euros a amortizar en un plazo de 30 años y con un tipo de interés 4variable de Euribor más un diferencial de 1,20 puntos porcentuales (pactándose para el primer período anual un tipo fijo del 3,50% y utilizando para los períodos posteriores a 2014 -Euribor no publicado en el BOE- la media aritmética de las referencias aplicadas). Si se compara el método 365/360 con el método 360/360, la aplicación del primero supone en total para el deudor hipotecario el abono de un exceso de 2.029,87 euros. Si se compara el método 365/360 con el método 365/365, la aplicación del primero conlleva el perjuicio para el deudor hipotecario de 1.910,72 euros.

correspondiente base de 360 o 365, limitándose a una simple mención de «días objeto de liquidación, expresados en días comerciales», o expresión equivalente.

Ya la STS 8 de abril de 1994 advirtió sobre la necesidad ineludible de poner freno a esos “usos” cuando razono: “Respecto al alegado uso de carácter bancario, que pretende respetar la Audiencia, conveniente recordar que nos encontramos, no ante un mero acto de comercio, sino ante auténticos contratos y si el art. 2 del Código de Comercio establece que los actos de comercio se regirán por las del derecho común, siendo estas el derecho privado general (civil), del que el mercantil es mera especialidad, el art. 50 concreta que “los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirá en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales por las reglas generales del derecho común.”²⁹

Tampoco es advertida su abusividad por el AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 5 de enero de 2017³⁰, al resolver el recurso de apelación interpuesto en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, con el siguiente razonamiento:

“Respecto a la regla denominada por los recurrentes de 356/360 que convive según los casos con la de “capital por tipo de interés aplicable, dividido por 1200”, se trata más bien de reglas técnicas de fijación de interés de amplio uso en el sector y solo por este motivo, en cuanto contribuyen a fijar tanto la cantidad debida como el TAE no pueden ser reputarse abusivas. De otra parte, el resultado del uso de dicha regla es similar al de fijación de un interés mensual mediante la multiplicación del capital por el tipo de interés pactado dividido por el porcentaje (100) y por el número de meses”.³¹

²⁹, ²⁹ RIBÓN SEISDEDOS, E. (2018), “*Todo lo que aún queda por reclamar en préstamos hipotecarios: 30 cláusulas abusivas*”. Editorial Jurídica Sepín. Madrid 2018. Cit. página 153.

³⁰ AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 5 de enero de 2017, nº 17/2017, recurso nº 384/2016. Disponible en: <https://audiencias.vlex.es/vid/677376501>.

4. Cláusula de intereses de demora «cláusula de intereses moratorios»

Para comprender la cláusula de intereses de demora debemos hacer mención en primer lugar al concepto de intereses, que son considerados como aquella suma dineraria que se ha de abonar por la percepción de una suma de dinero, en nuestro caso el préstamo ofrecido por la entidad bancaria. Los intereses se expresan, generalmente, como un porcentaje de la suma prestada.

Por lo que respecta a los intereses de demora o también llamados «intereses moratorios» son aquellos intereses que se pagan cuando, en una obligación pecuniaria entre dos partes, la parte deudora deja de efectuar el pago o se retrasa en el pago del préstamo. Lo podemos concebir como una especie de indemnización al acreedor por los perjuicios que el retraso o el cese del pago le haya podido ocasionar al prestamista.

En este sentido, las entidades bancarias han venido fijando cláusulas de intereses moratorios en los contratos de préstamo, indicando el porcentaje concreto que se cobrará al deudor que incurra en mora, y que se aplican cuando el deudor se retrasa en el pago del mismo. Dicho porcentaje será por tanto de aplicación sobre el pago que dejó de efectuarse o no se efectuó a tiempo, es decir, el porcentaje establecido en la cláusula se aplicará sobre la cuota impagada, que incluye el capital a amortizar y los intereses aplicables, pero nunca se aplicará sobre el total del préstamo. Normalmente los intereses de demora son progresivos, es decir, si el retraso es únicamente de unos días, el porcentaje de referencia del interés moratorio se prorrateará en función de los días que se hubiese producido el impago o el retraso mensual.

Es necesario distinguir los intereses moratorios anteriormente nombrados de los simples intereses conocidos como intereses remuneratorios. Tales intereses remuneratorios operan en cualquier préstamo o crédito en cualquier circunstancia, es decir, no es necesaria la mora del deudor para su aplicación. Conllevan, además, cantidades porcentuales y referenciales distintas. De este modo, los intereses remuneratorios son aquellos que se pagan sobre el capital inicial y que fluctúan en relación con el valor de la moneda mientras que los intereses moratorios por otro lado son los que se generan cuando el deudor no paga el préstamo o no lo haga en el momento fijado para ello. La cláusula que integran dichos intereses remuneratorios no puede someterse a control judicial, si esta

redactada de forma clara y transparente. La Ley de 14 de marzo de 1856³² determinó un sistema de fijación del interés remuneratorio que a día de hoy sigue vigente tras las prescripciones establecidas por la Ley de Usura de 23 de julio de 1908. Ni el Código de Comercio, ni el Código Civil limitaron el establecimiento de intereses en los préstamos, por ello se rige por el artículo 1.256 CC relativo al principio de libertad de pactos³³. El TJUE el 3 de junio de 2010³⁴, declara que los EEMM no están impedidos para mantener y adoptar normas más estrictas que las dispuestas en la Directiva, siempre que justifique tal necesidad en la protección de los consumidores. Esto se produce tras la modificación de la Directiva 13/93CEE, en el art.8 bis de la Directiva 2011/83/UE, siempre que las medidas que tomen los EEMM no sean contrarias al Tratado³⁵.

El límite a la imposición de dicha cláusula de intereses de demora viene introducido por el art. 85.6 TRLGCU el cual señala la abusividad de dichas cláusulas como aquella que impongan una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones. La cuestión es que el legislador hace referencia a indemnizaciones “desproporcionadamente altas”, pero no señala unos límites claros. Solía tomarse en cuenta la Ley de represión de la Usura, de 23 de julio de 1908, que hacía alusión a una “desproporción manifiesta”, pero dicho concepto también queda al arbitrio de los jueces y tribunales.

A partir de la reforma que supuso la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, se fijó un límite cuantitativo para los intereses moratorios. Esta Ley modificó el art. 114 de la Ley Hipotecaria que fija como límite para los intereses moratorios el triple del interés legal.

³² BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. “La usura y su aplicación al simple préstamo o mutuo”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*. Nº 8/2016. Año 2016. Estudios páginas 214-245. Cit. Página 233.

³³ CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN (2016). “*Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016. Cit. páginas 173-174.

³⁴ STJUE de 3 de junio de 2010. Asunto C- 484/2008, Caja de Ahorros y Monte de Piedra de Madrid. Disponible en: <https://www.franciscosmarinopardo.es/noticias/37-sentencias-tjue/95-sentencia-tjue-3-junio-2010>.

³⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN (2016). “*Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca*”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016. Cit. página 174.

La jurisprudencia se dividió, en el sentido que parte de ella consideraba que había que aplicar el límite establecido por el art. 114 LH³⁶, y otra parte consideraba que procedía la aplicación del art. 1108 del Código Civil que establece que:

“si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.”

Asimismo, los Acuerdos de 7 de junio de 2013 de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Pontevedra acordó la aplicación de la norma que nuestro ordenamiento prevé en defecto de pacto, es decir el art. 1108 CC, de forma que el capital prestado devengará solamente el interés legal del dinero.

El interés legal del dinero es el que se aplica como indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incurre en mora y no hay acuerdo previo respecto al mismo entre deudor y acreedor. Se fija anualmente a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) teniendo en cuenta la coyuntura y expectativas económicas.

Finalmente una de las primeras resoluciones en la que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la cláusula de intereses de demora fue la Sentencia 265/2015, de 22 de abril de 2015³⁷, en la que analizaba el caso de una cláusula que fijaba el interés moratorio en el 21,8% anual. Tal sentencia es analizada por Díaz Fraile, Juan María explicando que la

³⁶ **Artículo 114. LH:** Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años. En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario.

³⁷ Sentencia Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, nº 265/2015, nº recurso 2351/2012. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/570062194>.

cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad realizando una comparación entre la Sentencia de 23 de diciembre de 2015³⁸ y la de 18 de febrero de 2016³⁹, en las cuales anularon el carácter abusivo de los intereses de demora establecido en un 19%, y por tanto no establecieron ningún criterio objetivo, similar al que se introdujo en la Sentencia de 22 de abril de 2015, al determinar que será abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo⁴⁰.

5. Cláusula de vencimiento anticipado

La cláusula de vencimiento anticipado, es aquella cláusula establecida en nuestro préstamo hipotecario que permite al prestamista, dar por vencido la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido, en el momento en que el deudor incumple su obligación de pago de parte del capital o de los intereses del préstamo, reclamando al deudor la devolución de la totalidad de lo adeudado. También es habitual que la entidad bancaria aplique la cláusula de vencimiento anticipado cuando se dé otras situaciones relacionadas con la contratación, por ejemplo, la falta de demostración de la clara solvencia del cliente o por incumplimiento por parte del deudor hipotecario de otras obligaciones que tenga con la entidad financiera, es decir, el impago de las cuotas comunitarias o Impuestos de Bienes Inmuebles. No obstante, para que el banco pueda emplear dicha cláusula, debe estar fundamentada en alguna de las situaciones recogidas en las escrituras de hipoteca.

³⁸ Sentencia Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015, nº recurso 2658/2013. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7580921/Clausulas%20abusivas/20160122>.

³⁹ Sentencia Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, nº 79/2016, recurso nº 2211/2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7613346&links=consumidores&optimize=20160304&publicinterface=true>.

⁴⁰ DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA (2018), “Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. la jurisprudencia del tribunal supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario”. *Revista de Derecho Civil*. Nº 2 (abril-junio, 2018). Año 2018. ISSN 2341-2216 vol. V. Ensayos páginas 293-320. Cit. página 303.

Es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial (SSTS de 9 de marzo de 2001, 4 de junio⁴¹ o 12 de diciembre de 2008⁴²) que únicamente admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra una manifiesta y verdadera dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes⁴³.

La cuestión principal que debemos atender, es si la falta únicamente de un pago es considerado un incumplimiento grave como para permitir la resolución y el vencimiento anticipado del contrato. El Registrador de la Propiedad BALLUGERA GÓMEZ⁴⁴ ha venido defendiendo que para el vencimiento anticipado debe darse un incumplimiento acorde con el principio de proporcionalidad respecto del total de la deuda. En definitiva, la circunstancia que justifique la aplicación legítima de esta cláusula debe ser de una entidad suficiente, tanto cualitativa (incumplimiento de obligaciones principales) como cuantitativa (no basta con un mero retraso).

La cláusula de vencimiento anticipado se encuentra regulada en el artículo 693.2 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos ya en el art. 693.2 no podemos dejar de tener en cuenta una fecha fundamental en la historia de la cláusula de vencimiento anticipado: 15 de mayo de 2013. Tal día entra en vigor la modificación de la Ley 1/2013⁴⁵ que modificó este artículo. Antes de esta modificación, la Ley amparaba a las entidades bancarias a reclamar todo lo adeudado en concepto de capital e intereses si hubiese acordado el vencimiento total, en caso de falta de pago de cualquiera de los plazos pactados. Tras el cambio normativo, esta facultad atribuida a la entidad bancaria, se

⁴¹ Sentencia Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008, nº 506/2008, recurso nº 731/2001. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/hipotecario-vencimiento-anticipado-abusivo-40556624>.

⁴² Sentencia Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008, nº 1124/2008, recurso nº 2027/2003. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/2-lec-u-cc-52051145>.

⁴³ RIBÓN SEISDEDOS, E. “*Todo lo que aún queda por reclamar en préstamos hipotecarios: 30 cláusulas abusivas*”. Editorial Jurídica Sepín. Madrid 2018. Cit. página 262.

⁴⁴ BALLUGERA GÓMEZ, C. “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”. *Diario la Ley*. N.º 7507. Año 2010. Estudio páginas 1-23. Cit. página 8-9.

⁴⁵ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada 15/05/2013, entrada en vigor desde 15/05/2013, BOE-A-2013-5073.

modifico, estableciendo la necesidad de que la falta de pago sea, al menos de tres cuotas mensuales, o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo que equivalga, al menos, a tres meses.

En aquellos casos en los cuales los bancos dan por vencido el préstamo estando ante un incumplimiento no esencial, como viene a ser la falta de un solo pago de las cuotas pactadas, estaríamos ante un vencimiento anticipado calificado como abusivo. Sin duda, una cláusula como la anteriormente expuesta sería contraria al principio de reciprocidad recogido en el art. 87 de la Ley de Defensa de Consumidores y también atentaría contra la prohibición de imponer al consumidor una garantía desproporcionada al riesgo asumido, establecida en el art. 88 de la mencionada Ley. Asimismo, la falta de relevancia del incumplimiento, si lo comparamos con el total del préstamo es poco acorde con el principio anteriormente nombrado (el principio de proporcionalidad). Según datos oficiales ofrecidos por la Asociación Hipotecaria Española, una cuota representa el 0,31% de la deuda en una hipoteca media, por tanto es evidente que el incumplimiento de una sola cuota respecto al total de la deuda no es acorde con el principio de proporcionalidad.

En definitiva, hemos podido apreciar que el incumplimiento de las obligaciones puede dar por vencido el préstamo con anterioridad al plazo fijado en el contrato, los supuestos menos frecuentes ligados a las cláusulas de vencimiento anticipado que han de reputarse igualmente nulos, son los siguientes (entre otros):

- a) Vencimiento anticipado por el embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia
- b) Vencimiento anticipado por declaración del concurso
- c) Vencimiento anticipado por fallecimiento del deudor
- d) Vencimiento anticipado por impago de una cuota de la hipoteca
- e) Vencimiento anticipado por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro.
- f) Vencimiento anticipado por deterioro considerable o incendio del inmueble
- g) Vencimiento anticipado por expropiación forzosa
- h) Vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones accesorias.

6. Cláusula de renuncia al derecho de notificar al deudor en caso de cesión de préstamo

La cesión de préstamo es aquel negocio jurídico por el cual un acreedor cedente transmite a otra persona, cesionario, los derechos que el primero ostenta frente a una tercera persona, el deudor, ajena a la transmisión, pero que pasa a ser deudora del nuevo acreedor sin que la relación primitiva se extinga. Dicho de otro modo, la entidad que otorgó un financiamiento renuncia a su derecho de cobro en favor de un tercero, al mismo tiempo, consiste en la transferencia de cuentas pendientes, por recuperar, a otra entidad.

La mayoría de hipotecas tienen una cláusula por la que el banco impone que no comunicará al titular de un préstamo si cede el mismo. Esto se realiza con el fin de poder hacer negocio con el préstamo sin que el principal interesado pudiese entrar en la negociación para buscar una salida favorable.

Para determinar si son o no abusivas este tipo de cláusulas hay que tener en cuenta la normativa que protege a los consumidores, en concreto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, más en concreto, el artículo 86 dispone como cláusula abusiva aquella que limita los derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otras aquellas que prevean las siguientes estipulaciones:

“3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.”

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia 792/2009 de 16 de diciembre del 2009 analiza una cláusula de este tipo⁴⁶. El mismo entiende que con esa cláusula el prestatario está renunciando a determinados derechos como por ejemplo la liberación del pago al cedente (art. 1527 CC) o la extinción total o parcial de la deuda por compensación (art. 1198 CC), lo que supone una limitación de las facultades del cedido que no es admisible. Por otro lado, también razona que “no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por la aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso de

⁴⁶ Sentencia Tribunal Supremo de 16 de diciembre del 2009, nº 792/2009, recurso nº 2114/2005. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-211685387>.

los apartados 2.- reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos específicos en el mismo-, 10.- liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este-, y 14.- imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los art. 10.1.c y 10.1 bis párrafo primero de la LGDCU”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en la misma sentencia nombrada con anterioridad, indica que la renuncia a la notificación de la cesión del crédito que prevé el art. 242 RH no puede prevalecer sobre lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios y por tanto sanciona como abusiva.

Finalmente, el artículo 149 LH admite que puede cederse el crédito hipotecario, siempre que se haga en escritura pública, se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro de la Propiedad. La falta de notificación no afecta a la validez, pero según el art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

CAPÍTULO VII: LA NUEVA LEY HIPOTECARIA Y LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS VINCULADOS

1. Nuevos cambios en la normativa y los seguros vinculados a préstamos hipotecarios

La función de la Ley Hipotecaria es la regulación del mercado hipotecario en España, dotando al mismo de transparencia en las operaciones y proporcionando una protección al consumidor. Tal función en los últimos años se vio afectada, por ello finalmente se aprobó la nueva Ley Hipotecaria la cual dota de mejoras proporcionando un trámite más sencillo y transparente para el consumidor, además de finalizar con algunas de las prácticas consideradas abusivas por parte del sector financiero.

La nueva Ley Hipotecaria aprobada por el Congreso nos concede nuevas condiciones para la concesión de hipotecas. Tras su publicación el 16 de marzo de 2019 en el Boletín Oficial del Estado (BOE) entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE, es decir, el 16 de junio de 2019, retrasando, por tanto su aplicación efectiva hasta tal fecha.

Algunas de las nuevas condiciones que se introducirán para la concesión del préstamo, vienen a ser las siguientes:

En primer lugar, encontramos, el cargo de los gastos por parte de los bancos de notaria, registro, gestoría y del impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD). Por lo que respecta a la tasación de la vivienda correrá a cargo del cliente. Los clientes podrán elegir tasador, pero se prohíbe expresamente que el mismo tenga vinculación con la entidad financiera.

En segundo lugar, otra de las mejoras es la prohibición de las cláusulas suelo en las hipotecas, siendo por tanto el interés mínimo que cobrarán los bancos de un 0% además el mismo nunca podrá ser negativo.

En tercer lugar, otra de las muchas modificaciones y mejoras que introducirá la nueva ley es en relación a los intereses de demora, estableciendo un tipo de interés de demora de 3% para las nuevas hipotecas y un 2% para las antiguas hipotecas.

Otra de las muchas condiciones incorporadas, es la obligación de ofrecer una ficha estandarizada para que el cliente compare las condiciones hipotecarias que le ofrece cada

entidad, estableciendo como norma que serán los propios bancos por tanto quienes deberán facilitar la ficha comparativa de las condiciones hipotecarias ofertadas con respecto a otras entidades al hacer entrega de la información precontractual al cliente. Tales documentos son la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) y la FIAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas). Además los bancos deberán proporcionar 10 días para que los clientes puedan analizar tales documentos antes de firmarlos. Este nuevo modelo único europeo, que sustituye a las FIPRE y FIPER contenidas en la Orden EHA/2899/2011, tiene la consideración de oferta vinculante y además recoge las características más relevantes del contrato de préstamo⁴⁷.

Hasta la fecha, algunas entidades bancarias condicionaban la concesión de un préstamo hipotecario a la contratación de ciertos productos vinculados, como seguros de hogar, de vida, tarjetas o planes de pensiones. Por tanto, el cliente se encontraba ante una situación de “obligatoriedad” de contratar los seguros si pretendían obtener mejores condiciones en la concesión del préstamo. Ante esta situación, observamos que el cliente tiene dos opciones:

Una primera opción de contratar los seguros exigidos para la concesión del préstamo con otras compañías, con la condición de asumir unas peores condiciones en el préstamo hipotecario, o finalmente, una segunda opción de aceptar la contratación con la compañía sugerida por el banco y negociar por tanto una reducción de las primas, ofreciendo unas mejores condiciones en el préstamo hipotecario.

Las cláusulas que introducen tales criterios son consideradas abusivas, en base a la normativa de consumo, debido a que las mismas son contrarias a la exigencia de buena fe⁴⁸, en el sentido de que se impide al consumidor comparar otras ofertas que le proporcionen mejores precios y condiciones imponiendo la contratación del seguro con la misma entidad que nos concede el préstamo. Las únicas beneficiadas son las entidades bancarias que aumentan su margen de beneficio al cobrar los intereses del importe

⁴⁷ SORIA BASTIDA, JUAN PABLO (2019). “Consideraciones sobre las ventas vinculadas y combinadas con seguros en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el marco de la libre competencia”. *Diario la Ley*. Nº 5692/2019. Año 2019. Estudios páginas 1- 11. Cit. página 3.

⁴⁸ Art. 87 Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad; 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.

financiado de a prima única durante toda la vida del préstamo y al imponer la contratación del seguro con otra empresa del grupo. Dichas prácticas ocasionan un desequilibrio contractual entre los derechos y obligaciones de las partes, beneficiando por tanto, siempre al prestamista y perjudicando al prestatario, puesto que la imposición de la entidad bancaria carece de negociación individualizada.

La nueva Ley Hipotecaria prohíbe expresamente las ventas vinculadas de productos financieros, como es el caso mencionado, es decir, los seguros, concediendo un derecho a los clientes de contratar los seguros de hogar, vida o protección de crédito con una entidad diferente a la que le ha concedido el préstamo.

En relación a la normativa de consumo mencionada con anterioridad debemos destacar los art. 60 y 80 TRLGDCU los cuales hacen mención a la necesidad de prestar una información previa al contrato y una redacción clara de las cláusulas no negociadas individualmente, cuando dicha contratación ha sido impuesta por la entidad prestamista, como condición para el otorgamiento del préstamo. Además de los artículos anteriormente citados, también es de gran importancia el art. 82 TRLGDCU el cual determina como cláusula abusiva toda aquella práctica no consentida expresamente.

Finalmente, también los art. 89.3. 4º TRLGDCU y el art. 89.3. 5º TRLGDCU adquieren gran importancia. Sobre los mismos se pronuncia la Sentencia del TS 705/2015, de 23 de diciembre, entre otras⁴⁹, considerando siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, y correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

⁴⁹ SAP de León de 16 de diciembre de 2015, nº 314/2015, recurso nº 439/2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&referenc e=7600241&links=seguro%20vida&optimize=20160217&publicinterface=true>.

CONCLUSIONES.

Tras realizar un análisis de la operativa propia de un préstamo hipotecario y de los aspectos relativos a la legalidad e ilegalidad de algunas cláusulas hipotecarias que con frecuencia aparecen en los contratos, se ha llegado a las siguientes conclusiones.

Primera

Actualmente podríamos decir que la adquisición de la vivienda es una de las operaciones más importante, pero ante la solución de facilitar tal acción, la mayoría de los prestatarios no leen su contrato o ni siquiera lo entiende, y aun así, deciden firmarlo. Considero que la crisis económica, la cual afectó gravemente al sector inmobiliario ha sido necesaria para que salieran a la luz las malas prácticas de las entidades financieras.

Segunda

Existe una abundante normativa cuyo objetivo es proteger al consumidor en el sector bancario. A pesar de la regulación, atendiendo a la tramitación, como a la transparencia a la hora de la contratación del préstamo hipotecario y a las condiciones generales de contratación que deben cumplirse, las entidades son capaces de evadir tales normas actuando en su beneficio, perjudicando al consumidor. Debido a la facilidad que presentan dichas entidades a la hora de incumplir las leyes y no ser plenamente honestas podemos afirmar que en la contratación bancaria falta un control riguroso de cumplimiento de las normas por parte de las entidades bancarias.

Tercera

El TRLGDCU clasifica como abusivas ciertas cláusulas prohibiendo la incorporación de las mismas en los contratos. Tal clasificación es realizada de una forma muy generalizada como hemos podido apreciar a lo largo del trabajo y debido a la amplia interpretación posible y las numerosas cláusulas abusivas existentes da lugar a un sistema generalizado y por ello incompleto perjudicando al contratante a la hora de poder apreciar las

irregularidades, ya que el mismo no tiene por que ser un profesional en la materia y dado a dicha situación las instituciones financieras se aprovechan.

Cuarta

Las cláusulas incorporadas en los contratos de concesión de préstamo hipotecario, en si no son abusivas, pero en determinadas ocasiones recaen en irregularidades, situaciones que debemos prestar atención para evitar las ilegalidades.

Quinta

Tras muchos años de dispersión normativa la redacción de la cual al mismo tiempo es incompleta, generalizada y por tanto ambigua se aprueba finalmente una nueva Ley Hipotecaria con el objetivo de obtener una mayor regulación del mercado hipotecario. Dicho cambio normativo no debe pasar desapercibido puesto que es la consecuencia de una mayor preocupación por la protección de los consumidores. Consideramos que es una señal positiva de avance en la materia que nos llevará a conseguir una actuación legal, recobrando por tanto la confianza en las entidades financieras.

BIBLIOGRAFÍA

REVISTAS Y LIBROS

AGUIRRE REDÍN, DANIEL (2018). “Cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario y su control jurisdiccional” (Trabajo fin de Grado). Universidad Pública de Navarra (España).

ANDRÉS LLAMAS, MIGUEL ÁNGEL (2014), “El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, N° 11/2014, págs. 191-200. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4842526>.

BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS (2010) “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009” en Diario La Ley nº 7507, de 11 de noviembre de 2010. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/253068>.

BEA BALLESTER, JAUME JOAN (2013). “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario” (Trabajo fin de Grado). Universidad de Barcelona (España).

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. “La usura y su aplicación al simple préstamo o mutuo”. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS). N° 8/2016. Año 2016. Estudios páginas 214-245. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140107>.

CAÑIZARES LASO, ANA (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. las cláusulas suelo”. Revista de Derecho Civil, vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015) Estudios, págs. 67-105. Disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149/121>.

CASTILLO MARTÍNEZ, CAROLINA DEL CARMEN (2016), “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN: 978-84-91194-89-7.

DE LA PEÑA, LUIS y LÓPEZ FRÍAS, JUAN (2013), “Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento”. Revista de derecho bancario y bursátil, ISSN 0211-6138, Año nº 33, Nº 130, 2013 págs. 47-78.

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA (2018), “Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. la jurisprudencia del tribunal supremo y su compatibilidad con el derecho comunitario”. Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 2 (abril-junio, 2018) Ensayos, pp. 293-320. Disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/348/270>.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, JORGE (2013), “Ejecución hipotecaria y crédito responsable”. Revista jurídica de la Región de Murcia, ISSN 0213-4799, Nº 46, 2013, págs.. 1-7. Disponible en: http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=161.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL “Abusividad de la cláusula de redondeo al alza en hipotecas”. Disponible en: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratacion/2.pdf>.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL (2013), “El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 5/2013, págs. 64-95. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4185428>.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL (2016), “Nulidad parcial de la orden ministerial sobre transparencia bancaria”. Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 19/2016, págs. 61-74. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1185/959>.

RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO (2018), “Todo lo que aún queda por reclamar en préstamos hipotecarios: 30 cláusulas abusivas”. Editorial Jurídica Sepín. Madrid 2018. ISBN: 978-84-17414-36-8.

SORIA BASTIDA, JUAN PABLO (2019). “Consideraciones sobre las ventas vinculadas y combinadas con seguros en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el marco de la libre competencia”, ISSN 1989-6913, Nº 5692/2019. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6924731>.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

BANCO DE ESPAÑA, “Memoria del Servicio de Reclamaciones” (2009). Disponible en:

<https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/MSR2009.pdf>.

CARBALLO, RUBÉN (2018), “Seguros de vida vinculados a préstamos hipotecarios”. Disponible en:

<https://www.abogacia.es/2018/10/24/seguros-de-vida-vinculados-a-prestamos-hipotecarios/>.

EL BANCO DE ESPAÑA, “Guía de acceso al préstamo hipotecario”. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf.

FUTUR FINANCES (2019), “Resumen de la Ley Hipotecaria 2019 (III) ”. Disponible en: <https://futurfinances.com/resumen-de-la-ley-hipotecaria-2019/>.

GUÍA HIPOTECARIA (2013) – Futur Finances Guía Hipotecaria - Futur Finances. Disponible en: <https://futurfinances.com/wp-content/uploads/2012/09/iahorro-guias-hipotecas.pdf>.

Hipotecas y préstamos. Consejo General del Notariado, página web sobre temas notariales. Disponible en: <https://www.notariado.org/liferay/web/notariado/acude-a-tu-notario/en-que-te-puede-ser-util/hipotecas-y-prestamos>.

IBERLEY (2014), Análisis de la Directiva 93/13/CEE del TJUE (nulidad de intereses abusivos). Disponible en: <https://www.iberley.es/practicos/analisis-directiva-93-13-cee-tjue-nulidad-intereses-abusivos-54351>.

INFOMACIÓN (2019), “Así serán las hipotecas de 2019: menos gastos y más transparencia”: menos gastos y más transparencia”. Disponible en: <https://www.diarioinformacion.com/finanzas-personales/2018/12/24/seran-hipotecas-2019-gastos-transparencia/2101093.html>.

PÉREZ HEREZA, JUAN “La importancia de la transparencia de las condiciones financieras. Cláusula de amortización anticipada”. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-16/2230-la-importancia-de-la-transparencia-de-las-condiciones-financieras-clausula-de-amortizacion-anticipada-0-8201851619595524>.

SEVILLA CÁCERES, FRANCISCO (2014), “Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”. Mundo Jurídico, página web de noticias jurídicas. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/clausulas-abusivas-en-los-prestamos-hipotecarios/>.

YVANCOS ABOGADOS (2018), “La Cláusula 365/360 en los Préstamos Hipotecarios”. Disponible en: <https://www.yvancosabogados.com/blog/clausula-360/reclamacion/>.



LEYES

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-5391-consolidado.pdf>

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>.

Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-8598>.

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-3329>.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>.

Ley de 14 de marzo de 1856.

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1908-5579>.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073>.

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. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&p=20171104&tn=2>.

Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre).

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17015>.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>.

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-82312>.

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. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9058.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

- ◆ STS de 27 de marzo de 2019, nº 194/2019, recurso nº 2317/2016.
- ◆ STS de 18 de febrero de 2016, nº 79/2016, recurso nº 2211/2014.
- ◆ STS de 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015, recurso nº 2658/2013.
- ◆ STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015, recurso nº 2351/2012.
- ◆ STS de 29 de diciembre de 2010, nº 861/2010, recurso nº 1074/2007.
- ◆ STS de 4 de noviembre de 2010, nº 663/2010, recurso nº 982/2017.
- ◆ STS de 16 de diciembre del 2009, nº 792/2009, recurso nº 2114/2005.
- ◆ STS de 12 de diciembre de 2008, nº 1124/2008, recurso nº 2027/2003.
- ◆ STS de 4 de junio de 2008, nº 506/2008, recurso nº 731/2001.

Audiencia Provincial

- ◆ AAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 5 de enero de 2017, nº 17/2017, recurso nº 384/2016.
- ◆ SAP de Castellón de 7 de septiembre de 2017, nº 211/2017, recurso nº 299/2017.
- ◆ SAP de León de 16 de diciembre de 2015, nº 314/2015, recurso nº 439/2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- ◆ STJUE de 2 de febrero de 2016. Asunto C- 421/14.
- ◆ STJUE de 3 de junio de 2010. Asunto C- 484/2008.

Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil

- ◆ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013, nº 20/13.

ANEXOS

ANEXO I

Se reproduce aquí el modelo de FIPRE que figura en la parte A del Anexo I de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios:

(Texto introductorio)

El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo. La información incorporada tiene carácter meramente orientativo.

Se ha elaborado basándose en las condiciones actuales del mercado. La oferta personalizada posterior puede diferir en función de la variación de dichas condiciones o como resultado de la obtención de la información sobre sus preferencias y condiciones financieras.

1 ENTIDAD DE CRÉDITO

- Identidad/Nombre comercial.
- Domicilio social.
- Número de teléfono.
- Correo electrónico.
- Dirección de página electrónica.
- Autoridad de supervisión: [Identidad de la autoridad de supervisión y dirección de su página electrónica].
- Persona de contacto: [Datos completos de la persona de contacto].
- Datos de contacto del servicio de atención al cliente.

2 CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

- Importe máximo del préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble.
- Finalidad.
- Tipo de préstamo.
- (Si ha lugar) Préstamo en divisa.
- Plazo de amortización.

- Periodicidad de los pagos.

3 TIPO DE INTERÉS

- Clase y nivel del tipo de interés aplicable: – Fijo.
 - Variable (expresado en tipo de interés de referencia + diferencial).
 - Variable limitado (expresando el tipo de interés mínimo y máximo y el tipo de interés de referencia + diferencial).
- En caso de que durante el plazo de amortización se modifique la clase de tipo de interés se deberá reflejar el plazo en que se aplicará cada tipo.

4 VINCULACIONES Y GASTOS PREPARATORIOS

- Listado de productos o servicios vinculados para obtener el préstamo en las condiciones ofrecidas.
- Gastos preparatorios.

5 TASA ANUAL EQUIVALENTE Y COSTE TOTAL DEL PRÉSTAMO

La TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE sirve para ayudarle a comparar las diferentes ofertas.

- La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]. Comprende: – Tipo de interés.
 - Otros componentes de la TAE.
 - Coste total del préstamo en términos absolutos.
- El cálculo de la TAE y del coste total del préstamo se basan en los siguientes supuestos:
 - Importe.
 - Tipo de interés.
 - Otros supuestos.

6 AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

- (Si ha lugar) Compensación por desistimiento.
- (Si ha lugar) Compensación por riesgo de tipo de interés.

ANEXO II

Se reproduce aquí el modelo de FIPER que figura en la parte A del Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios:

(Texto introductorio)

El presente documento se extiende el [fecha corriente] en respuesta a su solicitud de información, y no conlleva para [nombre de la entidad] la obligación de concederle un préstamo hipotecario.

Se ha elaborado basándose en la información que usted, [nombre del cliente], ha facilitado hasta la fecha, así como en las actuales condiciones del mercado financiero. La información que sigue será válida hasta el [fecha de validez]. Después de esa fecha, puede variar con arreglo a las condiciones del mercado.

1 ENTIDAD DE CRÉDITO

- Identidad/Nombre comercial. • Domicilio social.
- Número de teléfono.
- Correo electrónico.
- Dirección de página electrónica.
- Autoridad de supervisión: [Identidad de la autoridad de supervisión y dirección de su página web]. • Persona de contacto: [Datos completos de la persona de contacto].

2 CARACTERÍSTICAS DEL PRÉSTAMO

- Importe y moneda del préstamo: [valor] [moneda].
- (Si ha lugar) El presente préstamo no se expresa en [moneda nacional].
- Duración del préstamo.
- Tipo de préstamo.
- Clase de tipo de interés aplicable.
- Importe total a reembolsar.
- Importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble.
- (Si ha lugar) Garantía.

3 TIPO DE INTERÉS

La TAE es el coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual. La TAE sirve para ayudarle a comparar las diferentes ofertas.

- La TAE aplicable a su préstamo es [TAE]. Comprende:
 - El tipo de interés [valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado].
 - [Otros componentes de la TAE].

4 PERIODICIDAD Y NÚMERO DE PAGOS

- Periodicidad de reembolso: [periodicidad].
- Número de pagos: [número].

5 IMPORTE DE CADA CUOTA HIPOTECARIA

- [Importe] [moneda].
- (Si ha lugar) Las cuotas hipotecarias calculadas en diferentes escenarios de evolución del tipo de interés cuando el préstamo aplica un tipo de interés variable o variable limitado.
- (Si ha lugar) El tipo de cambio utilizado para la conversión del reembolso en [moneda del préstamo] a [moneda nacional] será el publicado por [nombre del organismo encargado de la publicación del tipo de cambio] el [fecha].

6 TABLA DE AMORTIZACIONES

La siguiente tabla muestra el importe que ha de pagarse cada [periodicidad]:

- Las cuotas (columna [nº pertinente]) son iguales a la suma de los intereses pagados (columna [nº pertinente]), el capital pagado (columna [nº pertinente]) y, si ha lugar, otros costes (columna [nº pertinente]).
- (Si ha lugar) Los costes de la columna «otros costes» corresponden a [lista de costes]. El capital pendiente (columna [nº pertinente]) es igual al importe del préstamo que queda por reembolsar.
- [Importe y moneda del préstamo].
- [Duración del préstamo].
- [Tipo de interés].
- [Tabla].
- (Si ha lugar) [Advertencia sobre la variabilidad de las cuotas].

7 VINCULACIONES Y OTROS COSTES

Si desea beneficiarse de las condiciones del préstamo descritas en la presente ficha, debe cumplir las obligaciones que a continuación se indican:

- Obligaciones.
- (Si ha lugar) Observe que las condiciones de préstamo descritas, incluido el tipo de interés aplicable, pueden variar en caso de incumplimiento de las citadas obligaciones.
- Además de los costes ya incluidos en las cuotas [periodicidad], este préstamo conlleva los siguientes costes:
 - Costes que deben abonarse una sola vez.
 - Costes que deben abonarse periódicamente.
- Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (p. ej., gastos notariales) conexos al préstamo.

8 AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

Si decide amortizar el préstamo anticipadamente, consúltenos a fin de determinar el nivel exacto de la compensación en ese momento.

- Este préstamo puede amortizarse anticipadamente, total o parcialmente:
 - [Condiciones].
 - [Procedimiento].
- (Si ha lugar) Compensación por desistimiento.

9 DERECHO DE SUBROGACIÓN

Si lo desea, puede llevarse a otra entidad de crédito (subrogar) su préstamo aun sin el consentimiento de [nombre de la entidad].

10 DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

- Departamento de Atención al Cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y sus datos de contacto.
- (Si ha lugar) Defensor del Cliente: nombre, dirección geográfica, número de teléfono, correo electrónico, persona de contacto y sus datos de contacto.

11 SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA

En caso de desacuerdo con el departamento de atención al cliente de la entidad de crédito, o transcurridos dos meses sin respuesta del mismo, puede dirigir una reclamación

(o, siempre que lo desee, formular una consulta o queja) al Servicio de Reclamaciones del Banco de España (91 338 6530):

- Por escrito dirigido al Servicio de Reclamaciones, C/ Alcalá, 48; 28014 Madrid.
- Por vía electrónica, en la página <http://www.bde.es>.

12 INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS VINCULADOS AL PRÉSTAMO: CONSECUENCIAS PARA EL CLIENTE

- [Tipos de incumplimiento].
- [Consecuencias financieras y/o jurídicas].

Si tiene dificultades para efectuar sus pagos [periodicidad], póngase en contacto con nosotros a la mayor brevedad posible para estudiar posibles soluciones.

13 INFORMACIÓN ADICIONAL, EN EL CASO DE VENTAS A DISTANCIA

- (Si ha lugar) La legislación escogida por la entidad de crédito como base para el establecimiento de relaciones con usted con anterioridad a la celebración del contrato de crédito es [legislación aplicable].
- La información y documentación contractual se facilitarán en [lengua]. Con su consentimiento, durante la vigencia del contrato de préstamo nos comunicaremos con usted en [lengua o lenguas].

14 RIESGOS Y ADVERTENCIAS

Le rogamos tome nota de los riesgos que conlleva un préstamo hipotecario:

- Sus ingresos pueden variar. Asegúrese de que si sus ingresos disminuyen aún seguirá pudiendo hacer frente a sus cuotas hipotecarias [periodicidad].
- Tiene usted derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante, con la antelación de 3 días hábiles previos a su formalización ante el mismo.
- (Si ha lugar) Puede usted perder su vivienda si no efectúa sus pagos puntualmente.
- (Si ha lugar) Responde usted ante [nombre de la entidad] del pago del préstamo no solo con su vivienda, sino con todos sus bienes presentes y futuros.
- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo no permanece fijo durante todo su período de vigencia.

- (Si ha lugar) Debe tener en cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado].
- (Si ha lugar) El presente préstamo no se expresa en euros. Tenga en cuenta que el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro].
- (Si ha lugar) Este es un préstamo de solo intereses. Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento.
- Al margen de lo recogido en la presente ficha, tendrá que pagar otros tributos y gastos (si ha lugar); p. ej., gastos notariales.



INICIO 