



# *La cláusula de autorización por el Banco del destino profesional de la vivienda residencial o habitual hipotecada (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)*

Autor/a

**Klaus Jochen Albiez Dohrmann**

*Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada*

*REVISTA LEX  
MERCATORIA.*

*Doctrina, Praxis, Jurispru-  
dencia y Legislación*

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 8

Páginas 35-42

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

*SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PREVIAS. III. EL FIN DE LA CLÁUSULA. IV. PRIMER ERROR DEL TS. V. NUEVOS ERRORES. VI. EL PENÚLTIMO ERROR. VII. ¿UNA CLÁUSULA CONTRARIA AL ART. 19 CE? VIII. CONSIDERACIÓN FINAL.*

## *I. INTRODUCCIÓN*

Entre las cláusulas impugnadas por su carácter abusivo por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), que ejercitó una acción de cesación de condiciones generales

contra dos entidades bancarias, hay una que llama poderosamente la atención por lo inusual que es y porque probablemente es la primera vez que ha sido enjuiciada por los tribunales. Nos referimos a la cláusula de destino profesional o empresarial del bien hipotecado, insertada como condición general en un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de un bien inmueble destinado a residencia habitual, la cual es considerada abusiva por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

La cláusula en cuestión es la siguiente: “La parte prestataria deberá destinar el importe del préstamo, junto con los recursos propios que sean necesarios, a la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual”. A renglón seguido, “la parte prestataria declara que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional y se obliga a no variar su actual destino sin la autorización expresa y comunicada por escrito del Banco”. Estamos, pues, en presencia de una cláusula que forma parte de un contrato de préstamo hipotecario un tanto específico porque el bien hipotecado es una vivienda que, además, constituye la residencia habitual del prestatario e hipotecante deudor, quien, por razón del objeto hipotecado, es consumidor, lo que le hace merecedor de una protección especial del TRLGDCU.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Procede examinar ahora el carácter abusivo de la mencionada cláusula (debatido en el seno del Proyecto de Investigación I+D DER2013-48813-C2-1-P) a partir de una consideración previa que no ha sido valorada debidamente por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo. Conforme al tenor literal de la cláusula, la misma contiene tres manifestaciones de voluntad redactadas unilateralmente por la entidad financiera (BBVA) que deben ser aceptadas por el adherente. La primera contiene un compromiso del prestatario de que el importe del préstamo debe ser destinado a la adquisición de la vivienda. La segunda consiste en una aseveración del prestatario de que el bien hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional. Y la tercera parte consiste en una autorización expresa por el Banco para el cambio del destino de la vivienda y su comunicación al prestatario. Las tres manifestaciones de voluntad responden una

misma finalidad, cual es la sujeción del préstamo hipotecario al régimen jurídico contractual y legal previsto para la adquisición viviendas de carácter residencial o habitual. Pero ello no exime a los tribunales a analizar por separado cada una de las manifestaciones de voluntad para comprobar si responden a las exigencias de la buena fe contractual. Sin embargo, en la Sentencia del Alto Tribunal se valora la cláusula como si fuese una sola, considerándola abusiva en su totalidad, sin hacer distinciones, por contravenir los arts. 82.1, 85 y 88.1 TRLGDCU.

Una segunda consideración previa que se debe hacer a la decisión del Tribunal Supremo es que en su fundamentación jurídica no hace las precisiones necesarias en la aplicación de los arts. 82.1, 85 y 88.1. Con una argumentación tórum revolútum la Sentencia declara abusiva la cláusula en su totalidad, sin que se sepa con claridad si es contraria a la cláusula general de buena fe ex art. 82.1, con apoyo, además, en los arts. 85 y 88.1, o si la <<abusividad>> se dictamina en razón de alguna de las cláusulas que se consideran abusivas en los arts. 85 y 88.1. Se comete, además, el error de no precisar cuál de los apartados del art. 85 es el que se aplica. La decisión judicial es desde el punto de vista argumentativo defectuosa y técnicamente mal construida. El Tribunal debería haber sido más exigente en la argumentación jurídica para dictaminar el carácter abusivo de la cláusula.

## III. EL FIN DE LA CLÁUSULA

Toda cláusula responde a un fin concreto. La cláusula que es objeto de examen tiene por fin determinar que el préstamo hipotecario está destinado a la adquisición de una vivienda que va a constituir la residencia habitual del prestatario, cuyo régimen jurídico contractual y

legal no puede ser alterado si no es con la autorización del Banco (en la Sentencia de 8 de septiembre del Juzgado de lo Mercantil nº 9, que dio lugar al recurso de apelación y posterior recurso de casación, se identifica la cláusula con la rúbrica <<finalidad del préstamo>>). Es el principal argumento de la entidad recurrente. A su juicio, “el cambio de destino del inmueble de vivienda a una actividad profesional o empresarial no sólo supone un cambio en los elementos esenciales del contrato, sino que modifica el régimen aplicable”. En concreto, se sostiene por la recurrente “que este cambio supone una alteración de las bases del contrato y afecta a su régimen legal ya que implica un cambio en la relación entre el valor del inmueble y el importe de financiación mediante préstamo, dado que se prohíbe otorgar préstamos superior al 60% del valor de tasación, con excepción de la vivienda habitual que llega al 80 %”. Recuerda la recurrente que el art. 114.3 LH establece una limitación al interés de demora garantizado. Por último, se arguye por ella que “el perjuicio que se puede ocasionar al prestamista por la necesidad de realizar provisiones por insolvencia que permitan <<contra garantizar>> la depreciación del bien hipotecado”. En la decisión judicial, la Sala no entra a valorar los motivos de la cláusula, aunque no niega que la prohibición pudiera tener fundamento..., pero por su “generalidad e indeterminación con que está redactada la cláusula impugnada no puede conducir más que a su declaración de abusividad”.

El préstamo hipotecario para la adquisición de inmuebles de uso residencial (según la terminología de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, cuya transposición para el 21 de marzo de 2016 ha incumplido España) está sujeto a un régimen legal especial – para algunos una pseudoregulación- compuesto por normas de distinto rango, dispersas en muchas leyes y órdenes ministeriales, que

han sufrido modificaciones a lo largo del tiempo desde 1994. Este régimen jurídico incide no sólo en la regulación sustantiva de este préstamo hipotecario –especialmente en su fase preparatoria- sino también en el control de supervisión que ejerce el Banco de España y en el proceso de ejecución hipotecaria –judicial y extrajudicial-. Nos encontramos con un verdadero mosaico normativo compuesto por teselas de naturaleza muy diversa. Una de las principales normas sustantivas es la Ley 2/2009, de 31 de marzo, reguladora de los contratos o créditos hipotecarios, cuyo destinatario es exclusivamente el consumidor. Otra norma principal, pero de rango administrativo, es la OM EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que regula específicamente, entre otras operaciones activas a favor de personas físicas, el préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda, sin precisar, sin embargo, si la misma ha de ser habitual o no. Hay muchas otras normas que se refieren específicamente a los préstamos hipotecarios pero siempre con la matización de que el bien hipotecado ha de ser una vivienda habitual.

Algunas normas configuran parcialmente los elementos esenciales el préstamo hipotecario. Conforme con los artículos 5-2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y 5.1 del RD 716/2009, de 24 de abril, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. Habrá que estar, pues, a la tasación del bien inmueble, que se determinará en la fase precontractual del préstamo hipotecario. Para la fijación de los intereses remuneratorios los Bancos pueden acogerse a la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que deroga el art. 28 de la OM EHA/2899/2011.

Algunas normas limitan el contenido de determinadas cláusulas de los préstamos hipotecarios.

tecarios con consumidores (arts. 12 y 114.3 LH, art. 694 LEC). Para determinadas cláusulas se exige la expresión manuscrita a que obliga el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Directamente relacionado con el precio del dinero está la tasación del bien inmueble que se va a hipotecar, cuya regulación difiere según el tipo de bien inmueble que se va a tasar. Ello tiene también relevancia en el momento de la ejecución. Para quien haya hipotecado una vivienda habitual, de llegar a una subasta por impago de la deuda, la tasación no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 % del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (art. 682.2.1º LEC).

Una de las normas más singulares, impulsada por la jurisprudencia europea, es el artículo 695.1-4º LEC que incluye como nueva causa de oposición en el juicio ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula de un préstamo hipotecario.

Otras normas son claramente de protección social. Así, el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos. Siendo una normativa de especial protección social de los deudores, es evidente que cuando se refiere a la vivienda habitual está pensando en la vivienda de primera necesidad. Lo mismo se debe decir del RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y de la posterior Ley 25/2015, de 28 de julio. En la línea del RDL 6/2012, estas otras leyes protegen a aquellos deudores que han adquirido una vivienda habitual y que se encuentran en

una situación de vulnerabilidad económica muy débil. Ciertamente, la Directiva 2014/17/UE no tiene el componente social que tienen estas leyes de nuestro ordenamiento jurídico, que tienen, además, un cierto carácter coyuntural, debiendo ser aplicadas en su justa medida.

Por último, señalar que en la ejecución hipotecaria el artículo 693.3-2 LEC se refiere específicamente a la vivienda habitual (en este caso, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien hipotecado mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior). Y el artículo 579.2 LEC regula la ejecución dineraria de la vivienda habitual hipotecada.

Estas normas ponen de manifiesto el régimen tan singular de los préstamos hipotecarios para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, lo que justifica seguramente la inserción y predisposición de la cláusula de autorización del destino profesional. Ahora bien, de acuerdo con su tenor literal, cabe preguntarse si la cláusula es conforme con las exigencias legales y con la buena fe objetiva según los arts. 82.1., 85 y 88.1 TRLGDCU.

#### IV. PRIMER ERROR DEL TS

Comenzaremos por el art. 88.1, invocado expresamente por el Tribunal Supremo en su decisión de declarar abusiva la cláusula. Según la norma, en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que impongan garantías desproporcionadas al riesgo asumido. La misma norma contiene una presunción en contrario cuando esta cláusula forma parte de contratos de financiación: “Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normati-

va específica”. Las garantías a las que se refiere el art. 88.1 son aquellas cuya función es la de garantizar el cumplimiento de un obligación, que pueden venir exigidas por la normativa específica para los contratos de financiación. La cláusula de autorización del destino profesional de la vivienda residencial hipotecada no constituye ninguna garantía en sentido propio (son garantías las reales –hipoteca- y las personales –aval- y determinadas cláusulas –vencimiento anticipado- y ciertos contratos vinculados –seguro de vida-). En la primera instancia, el Juez Mercantil basa el carácter abusivo de la cláusula exclusivamente en el art. 88.1 (si bien no cita el apartado 1) por considerar que la misma contiene una garantía desproporcionada, pero en un sentido muy concreto. Con la autorización se quiere preservar –a su juicio- el valor material del bien hipotecado –argumento también de la recurrente- ya que un cambio del destino podría significar una minoración del valor. El acreedor hipotecario tiene, con independencia de la cláusula, la acción de devastación para preservar el valor del bien hipotecado (art. 117 LH). La finalidad de esta cláusula es bien otra como ya se ha explicado. Es, por tanto, totalmente correcta la alegación de la entidad recurrente cuando defiende que la cláusula “no constituye la garantía de ninguna obligación, y, en consecuencia, no entra en el supuesto normativo del art. 88.1”. Este argumento no merece ninguna atención por parte del Tribunal Supremo, lo que supone nuevamente una clara falta de motivación, algo incomprensible en una cuestión de máximo interés para las entidades bancarias y los consumidores.

## V. NUEVOS ERRORES

Corresponde examinar ahora el listado de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario ex art. 85. Ni la

parte recurrente ni el TS precisan cuál o cuáles de los apartados han de ser aplicados para determinar si la cláusula enjuiciada forma parte de alguna de las declaradas abusivas por mandato legal. Es un claro defecto de técnica del recurso de casación, en el que se debe citar el apartado que se considere aplicado indebidamente por el Tribunal a quo. Más defectuosa es aún la decisión de la Sala que cita el precepto pero sin concretar el supuesto legal de cláusula abusiva. Otra vez se incurre en una grave falta de motivación de la decisión judicial.

Entre todos los supuestos legales de cláusulas abusivas, el que más se aproxima a la cláusula enjuiciada es el fijado en el ap. 7: “Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme”. En el caso concreto, como ya se ha expuesto, el préstamo hipotecario tiene por objeto un inmueble destinado a residencia habitual. Por parte del prestatario hay un compromiso firme de destinar el dinero prestado a la adquisición del inmueble y también asume que no puede cambiar el destino del inmueble a un uso profesional si no es con la autorización y comunicación del Banco. La cláusula es, además, suficientemente clara para que el prestatario sepa a qué atenerse si tiene la intención de querer cambiar el destino. Es una predisposición que el Banco redacta en su propio interés pero también porque este préstamo hipotecario tiene un régimen legal propio. Muchas de las normas de este régimen legal son de naturaleza imperativa (normas sustantivas y administrativas) al que están sujetos ambas partes del contrato de préstamo hipotecario.

Según F. Pertíñez Vílchez, el supuesto de hecho del art. 85.7 “se refiere exclusivamente a las cláusulas que supeditan el contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional, por lo que parece que quedan fuera del mismo aquellas cláusulas que condicionen la eficacia del contrato a un evento cuyo acaecimiento, no dependiendo estrictamente de la voluntad del empresario, sí que es imputable a su esfera de control” (“Comentario del art. 85”, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, 2011, pg. 822). En el caso concreto, puede argumentarse que la existencia de un régimen legal sustantivo y administrativo un tanto especial, sujeto a la supervisión del Banco de España, constituye razón suficiente para entender que no es una voluntad caprichosa del prestamista de condicionar el cambio del destino a una autorización previa, que, lógicamente, surtirá efectos una vez comunicada al consumidor. La sentencia recurrida (SAP Madrid 26 julio 2013, JUR 2013, 297024) insiste particularmente en este punto, negando que la cláusula enjuiciada pueda someter al control del banco el cambio del destino del inmueble. I. González Pacanoswska parece compartir este criterio al citar la cláusula entre las cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario (“Comentario del art. 88”, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coord. R. Bercofritz Rodríguez-Cano, 2ª ed., 2015, pg. 1313). A. Carrasco Perera y I. Raluca Stroi comparten la decisión de la AP. Madrid. A su juicio, “imponer, con una proyección que puede alcanzar una duración temporal muy significativa (incluso 20, 30 o más años), no ya la obligación de comunicar, sino una prohibición, indiferenciada por sus circunstancias, de variación de destino del inmueble, que quedaría sometida a la voluntad expresa por escrito del banco, supone otorgar a éste una garantía

desproporcionada para la salvaguarda de sus derechos y deja en manos de la entidad una decisión personal que puede ser necesaria y razonable para el deudor” (“SAP Madrid 242/2013, de 26 de julio, sobre acción de cesación y nulidad de cláusulas bancarias abusivas en los condicionados generales del BBVA y Banco Popular. Lista de cláusulas anuladas y comentarios”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, nº 7/2013, pg. 277).

El cambio de destino de la vivienda para desarrollar en ella una actividad profesional –exclusiva o preponderante– supone la pérdida de la condición de consumidor del prestatario. Con el cambio de destino el prestatario pierde las ventajas que la protección le dispensa la normativa. Al menos así lo puede entender el Banco. Si se autoriza expresamente el cambio, ciertamente quien se beneficia es la entidad bancaria. Pero para ello, habría que sustituir determinadas cláusulas por otras, novando objetivamente la escritura de préstamo hipotecario, lo que llevará consigo nuevos costes (notariales, registrales), sobre todo para el consumidor. El Banco puede informar debidamente antes de la autorización al consumidor de las ventajas y desventajas del cambio de destino de la vivienda hipotecada. Si la cláusula de la autorización del cambio de destino hubiese sido negociada, de conformidad con el art. 1115 CC, podría ser igualmente nula, pero para salvar la validez de la cláusula se pueden invocar los mismos argumentos que cuando es una condición general.

En el listado de cláusulas abusivas del art. 85, hay otra que nos debe merecer una mínima atención. Son abusivas, según el ap. 3-1, “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato”. El cambio de

destino profesional o empresarial es una decisión que puede adoptar el consumidor por cualquier razón, y que deberá ser valorada debidamente por el Banco para su autorización, pero no estará sujeta a una interpretación unilateral por parte del Banco. La modificación en su caso del contrato de préstamo hipotecario será porque lo quiere el consumidor, no porque lo pida el Banco unilateralmente. No cabe, pues, subsumir la cláusula de destino en el ap. 3-1 del art. 85. De haber, no obstante, discusión entre las partes, siempre cabe resolverla en un litigio.

Por último, podríamos acudir al ap. 11 del art. 85 que determina que “las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato”. Esta cláusula quiere evitar que el cumplimiento del contrato no dependa arbitrariamente del empresario. No es esta la finalidad de la cláusula de autorización del destino profesional del bien inmueble hipotecado.

## VI. EL PENÚLTIMO ERROR

El razonamiento principal de la Sala es que nos “encontramos ante una condición general que por su falta de precisión y su indeterminación deja el completo arbitrio del prestamista”. Pero, ¿dónde está la imprecisión?, ¿dónde está la indeterminación? La cláusula es clara en cuanto al compromiso del consumidor de pagar con el dinero prestado la adquisición del inmueble que va a ser su residencia habitual. Es igualmente clara respecto de la aseveración por parte del consumidor de que el inmueble hipotecado no está afecto a ninguna actividad profesional. Y, finalmente, no ofrecen dudas los términos referidos a la autorización y comunicación por el Banco para el cambio del destino. Posibles contradiccio-

nes entre lo que es una vivienda de uso residencial o habitual o una mayor precisión en la cláusula exigiendo que la actividad profesional sea preponderante –ya que se admiten los actos mixtos de consumo, teniendo en cuenta que entre un 15 y un 20 por ciento de los casi dos millones de trabajadores autónomos en España desarrollan su actividad en casa (dato tomado de E. Arroyo, “Trabajar en casa como autónomo: una tendencia en alza”, Escritura Pública, nº 98, 2016, pgs. 24 y ss.)- no son argumentos de consideración para entender que la cláusula es imprecisa e indeterminada. Por lo tanto, si la cláusula es clara su interpretación no queda al arbitrio del prestamista.

Después de este análisis de los diversos argumentos en contra del carácter abusivo de la cláusula enjuiciada, no cabe ni siquiera entender que sea contraria a la cláusula general de buena fe ex art. 82.1. En definitiva, no podemos más que concluir, asumiendo la alegación de la recurrente, que “esta cláusula representa un equilibrio razonable en los derechos y las obligaciones de las partes...”.

## VII. ¿UNA CLÁUSULA CONTRARIA AL ART. 19 CE?

La decisión del TS termina con una afirmación lapidaria: “Es más, llevada a sus últimas consecuencias, la cláusula incluso impediría al prestatario un cambio de residencia, en contravención de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución”.

Ciertamente, la libertad de residencia supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar y, en este sentido, el domicilio supone precisamente el lugar en que se habita (STC 28/199, FJ7). La cláusula no impide habitar al prestatario en otro lugar, tener otra residencia, habitual o no, en definitiva, no

le impide variar el domicilio. En todo caso, el cambio puede tener consecuencias jurídicas concretas (el consumidor no podría invocar, en su caso, la protección social que le dispensan determinadas normas). Sin decirlo expresamente, el TS parece que quiere aplicar la eficacia inmediata del art. 19 CE (*unmittelbare Drittwirkung*) a una cláusula particular para negar su validez (es reconocida la aplicación de esta teoría alemana para garantizar la igualdad en las relaciones privadas), pero sin una especial fundamentación jurídica.

### VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

La cláusula de autorización del destino profesional del bien inmueble hipotecado suscita otras cuestiones como su verdadera utilidad práctica, la novación del préstamo hipotecario, el incumplimiento de la cláusula por parte del prestatario y las consecuencias jurídicas del incumplimiento (p. e., la posible resolución del contrato de préstamo hipotecario). Y otras variantes, como la cláusula de autorización de cambio de un local hipotecado a vivienda habitual. Cuestiones estas y otras pueden ser analizadas en otro momento.