VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Departament de Dret Mercantil
"Manuel Broseta Pont"

# TESIS DOCTORAL

# EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA

**Presentada por: Ángela García Jiménez.**

**Dirigida por: Rafael Marimón Durá.**

**Programa de Doctorado en: Derecho, Ciencia Política y Criminología.**

**Valencia, Diciembre de 2.024.**

*ÍNDICE GENERAL*

Página

ABREVIATURAS……8

INTRODUCCIÓN……12

PARTE I.

EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA CRISIS DE 2.008.

**CAPITULO I. EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA:**

**ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**……29

I.BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL……30

1.La llamada "cuestión social" como origen del derecho a la vivienda

en las normas preconstitucionales……30

2. Las llamadas "Leyes de Casas Baratas"……35

2.1. La Primera Ley de Casas Baratas: la Ley de 12 de

Junio de 1.911……35

2.2. La Segunda Ley de Casas Baratas: la Ley de 1.924.

2.3. La Tercera Ley de Casas Baratas……39

3. La Ley del Régimen de Protección de Vivienda Reducida de 19 de Abril

de 1.939 y la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de Junio de 1.954……41

4. Los Planes Nacionales de Vivienda……42

II.EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978:

EL ARTÍCULO 47……49

1.El Derecho a la vivienda tras la aprobación de la Constitución……49

1.1. El derecho a la vivienda como Principio Rector de la

Política Social y Económica y como derecho subjetivo……49

1.2. Características y configuración del derecho a disfrutar

una vivienda digna y adecuada……68

1.2.A. Alcance de la expresión "derecho a disfrutar"……68

1.2.B. Las exigencias de dignidad y adecuación de la vivienda y su relación con la función social de la propiedad……77

III. La Ley 12/2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda: Primera Ley Estatal de desarrollo del art. 47 CE……95

1.Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley: El Informe del CGPJ de fecha 22 de Enero de 2.022……95

2.La Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda……100

3.Breve mención a los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda……115

**CAPITULO II.LA VIVIENDA EN EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL ANTES DE 2.008**……121

I.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL ANTES DE 2.008……121

1.Evolución del sistema financiero durante los años anteriores a la crisis económica……121

2.Del depósito bancario como fuente principal de financiación al crédito hipotecario como activo principal……125

3. La vivienda como pieza clave de la financiación bancaria y de la obtención de liquidez en los mercados……135

4.El control de la calidad del crédito y la quiebra de los mecanismos de garantía de estabilidad del sistema financiero……144

II. EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL A PARTIR DE 2.008……147

1. La evolución del precio de la vivienda y el sobreendeudamiento familiar……147

2. Las llamadas hipotecas “subprime”: su incidencia en el sistema financiero……150

III.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL TRAS LA FINALIZACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA: SITUACIÓN DE LA VIVIENDA A PARTIR DE 2.018……174

PARTE II.

LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRÉSTAMO HIPOTECARIO: INCIDENCIA DE LA CRISIS DE 2.008 EN LA DINÁMICA CONTRACTUAL.

**CAPITULO III. LA FASE PRECONTRACTUAL: LA CONFORMACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN LOS TRATOS PRELIMINARES**……179

I. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PRESTATARIO: PUBLICIDAD E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL……180

II. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS: LOS TRATOS PRELIMINARES……196

1.La Banca y su posición Jurídica en el contrato: consideraciones sobre las obligaciones exigibles a las entidades bancarias en la dinámica contractual……196

2.Concepto de "crédito responsable" y la "educación financiera": La Ley 2/2.011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible……221

3. El "derecho de información" y la "Ficha de información personalizada": el art. 147 del Reglamento del Notariado y el art. 193 del Reglamento Registral……221

4.La Directiva 2.014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Mayo, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifica la Directiva 2.007/92/CE y la Directiva 2.011/61/UE, de 16 de Junio de 2.014: MIFID II (Mercados de Instrumentos financieros, siglas en inglés)……223

**CAPÍTULO IV.LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y LA REVISIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES TRAS LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO**……230

I.LA REVISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CONTROLES DE LEGALIDAD TRAS LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO BANCARIO……231

1.Intervención del Registrador de la Propiedad: la función de calificación y la transcripción registral de las cláusulas del contrato bancario……231

2.El control Notarial: la intervención del Notario como Fedatario Público o como garante de la legalidad……237

3.El control Judicial de la contratación bancaria: revisión de las cláusulas del contrato bancario en sede Jurisdiccional……244
3.a. Revisión del contrato bancario ante la Jurisdicción competente……244
3.b. Algunas cuestiones suscitadas tras la revisión judicial del contrato bancario: la inadecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria en España, el efecto de cosa juzgada y, la posible responsabilidad patrimonial del Estado……259
3.c. El efecto de cosa juzgada……276
II.ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS BANCARIAS MÁS RELEVANTES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO OBJETO DE REVISIÓN Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA CRISIS DE 2.008……282
2.1 Las cláusulas suelo……282
2.1.a. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo pero no su retroactividad……285
2.1.b. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Diciembre de 2.01 en virtud de la cual se declaró la retroactividad de la nulidad en la cláusula suelo……292
2.1.c. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo……293
2.1.d.La STS nº 205/2.018, de 11 de Abril, relativa a los acuerdos Extrajudiciales en materia de cláusulas suelo……301
2.1.e. Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 27 de Mayo de 2.017 sobre especialización de los Juzgados para la tramitación de reclamaciones sobre cláusulas suelo……305
2.2. Las cláusulas de vencimiento anticipado…… 309
2.3. Breve referencia a otras cláusulas de interés……369
2.3.a. Las cláusulas de intereses moratorios……369
2.3.b. Las cláusulas de intereses remuneratorios……375
2.3.c. Cláusulas de fijación de índices de referencia……377
2.3.d. Cláusula de pacto de liquidez o fijación del saldo deudor……379
2.3.e. Cláusula relativa a la distribución de gastos de la operación……381

2.3.f. Cláusula relativa a la fijación de comisiones bancarias……..390
2.3.g. Cláusulas relativas a los avalistas y fiadores……391

**CAPITULO V. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO**……..397
I. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO: PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO……398
1.1. Protección del prestatario: Ley 5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario……398
1.2. Especial mención a la Ley 57/68, de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y su actual interpretación: la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2.015……409
1.2.a.La nueva interpretación del incumplimiento contractual en los supuestos de retraso en la entrega de la vivienda: la sustitución del art. 1.124 Cc por el art. 3 de la Ley 57 / 68 en la STS de 20 de Enero de 2.015……410
1.2.b. La interpretación respecto a la protección otorgada por la Ley al consumidor y la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial……413
1.3.La modificación del contrato por alteración sustancial de las circunstancias: *cláusulas rebus sic stantibus versus principio pacta sunt servanda*……415
II.EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO……421
2.1. Estudio de algunas cuestiones relevantes en torno a los principios que rigen el contrato y su tratamiento en la ejecución……423
2.1. a. La nueva interpretación del incumplimiento contractual en los supuestos de retraso en la entrega de la vivienda: la sustitución del art. 1.124 Cc por el art. 3 de la Ley 57 /68 en la STS de 20 de Enero de 2.015……423
2.1.b. La oposición a la demanda de ejecución hipotecaria: modificaciones Introducidas en la LEC tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013……432
2.1.c. Breve referencia a la comparecencia del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el convenio de realización del inmueble……447
2.1.d. Inidencia de la declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19 en los contratos de préstamo hipotecario: El Real Decreto-Ley 463 /2.020, de 14 de Marzo……449

CONCLUSIONES……462
BIBLIOGRAFÍA……484
NORMAS, DOCUMENTOS Y FUENTES DE INTERÉS, Y JORNADAS SOBRE LA MATERIA……519
I.- LEGISLACIÓN CITADA. NORMAS SOBRE LA MATERIA.
II.- DOCUMENTOS Y FUENTES DE INTERÉS
RESOLUCIONES CITADAS (DGRN)……526
PÁGINAS WEB REFERENCIADAS……527
JURISPRUDENCIA……534
ANEXO I. Acuerdo de la Junta de Magistrados y Jueces, relativo a la presentación de escritos de demanda y de contestación en los procedimientos sobre condiciones generales de los contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Valencia)……551

**ABREVIATURAS**

AAP.=Auto de la Audiencia Provincial.

AEB= Asociación Española de Banca.

Aeviu= Asociación Española de Valoración Inmobiliaria y Urbanística.

AMAEF= Asociación de Entidades Aseguradoras de Entidades Financieras.

ALDV =Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda.

A.P. = Audiencia Provincial.

AA.VV .= Autores Varios

A.C . =Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi (Audiencias Provinciales)

BCE.=Banco Central Europeo.

B.D. Base de Datos

B.O.E. Boletín Oficial del Estado

CC.AA. Comunidades Autónomas

CECA= Confederación Española de Cajas de Ahorro.

CE=Constitución Española

CEE Comunidad Europea

Cc= Código Civil.

C de C. .= Código de Comercio.

CGN. Consejo General del Notariado

CNMC.=Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

CNMV=Comisión Nacional del Mercado de Valores.

CMICAV = Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Coord. = Coordinado

D.A. = Disposición Adicional.

D.F. = Disposición Final.

D.G.R.N. = Dirección General de los Registros y del Notariado.

D.G.S.J. y F.P. = (antes DGRN) Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Publica.

Dirg. = Dirigido

DOC = Diario Oficial de la Unión Europea ( Serie "Comunicaciones e Informaciones")

DOCE = Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DUDDHH=Declaración Universal de Derechos Humano.

Ed.= Editado

EM.= Exposición de Motivos

ESMA.= European Securities Market Authority (Autoridad Europea de Valores y Mercados)

Etc. = Etcétera

FACUA= Consumidores en Acción.

FD Fundamento de Derecho

Fed = Reserva Federal de Estados Unidos

FGE = Fiscalía General del Estado

FEIN = Ficha Europea de Información Normalizada.

FiAE =Ficha de Advertencias Estandarizadas.

GAFI.= Grupo de Acción Financiera Internacional.

F.J. Fundamento Jurídico

FROB.= Fondo de Reestructuración y Ordenación Bancaria.

ICAC.= Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

ICO.= Instituto de Crédito Oficial.

INV.= Instituto Nacional de la Vivienda.

IRAI. = Índice Registral de Actividad Inmobiliaria

JPI Juzgado de Primera Instancia

LCC Ley de Contratos de Crédito al Consumo

LCGC. = Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de Abril de 1.998.

LEC.= Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECO.=Ley Concursal.

LES Ley de Economía Sostenible

LH Ley Hipotecaria

LOSS Ley de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

RA=Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.

R.D.B.B = Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

Rec. Recurso

TRLGDCU.=Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

SAP.=Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJM.=Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

STS = Sentencia del Tribunal Supremo.

TC=Tribunal Constitucional.

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

TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nº /núm. Número

OCCA Órgano de Control de Cláusulas Abusivas ( dependiente del CGN)

Op. Cit. Obra citada

PDE.= Procedimiento de Déficit Excesivo.

PIDESC.= Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

p. página

pp. páginas

RD Real Decreto Legislativo

RJ Base de Datos de Jurisprudencia Aranzadi ( Tribunal Supremo)

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

SEBC Sistema Europeo de Bancos Centrales

Sec. Sección

SJM Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

SOCIMI.= Sociedad Cotizada Anónima de Inversión Inmobiliaria.

SRBE Servicio de Reclamaciones del Banco de España

ss. Siguientes

SSTC Sentencias del Tribunal Constitucional

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

TS Tribunal Supremo

UE.= Unión Europea

UNESPA= Asociación Empresarial del Seguro.

Vol. Volumen

VPO Viviendas de Protección Oficial

ICAV = Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

GEMME = Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

PIDESC =Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PNPM = Punto Neutro de Encuentro de Profesionales para el desarrollo de la Mediación.

## INTRODUCCIÓN.

La crisis económica de 2.008 supuso una revisión de instituciones, derechos y, por qué no decirlo, de valores, que puso en tela de juicio no sólo el llamado "Estado del Bienestar" sino también el Derecho de Obligaciones y contratos y la herencia recibida del Derecho Romano.

La Constitución Española de 1.978 recoge el derecho a la vivienda en el art. 47 definiéndolo como "el derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada". La inclusión de este derecho en el texto constitucional culminaba una evolución histórica de políticas en materia de vivienda iniciadas en España a principio del S.XX.

El progresivo aumento del precio de la vivienda y la correlativa desaparición de un parque inmobiliario de vivienda pública dieron lugar a la necesaria obtención de financiación por parte de los adquirentes mediante contratos de préstamo hipotecario por importes considerables y periodos de entre 20 y 30 años de duración lo que exponía al adquirente a los riesgos propios de los mercados y de los ciclos económicos tales como periodos de recesión económica o subida de tipos de interés.

De este modo, el derecho a la vivienda usualmente se materializa a través de la necesaria formalización de contratos bancarios, concretamente de contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, en los que las viviendas

adquiridas constituyen la garantía principal, sin perjuicio de la intervención de otras medidas de aseguramiento de la posición crediticia de banco.

La Crisis de 2.008 se desarrolla justamente en este contexto y se plantea la necesidad de proteger el derecho a la vivienda en el marco del contrato bancario en el que se inserta, lo que genera una evolución en el tratamiento de las obligaciones dimanantes del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda.

La finalidad del presente trabajo es la de estudiar la viabilidad de hacer efectivo el derecho a la vivienda a través de la contratación bancaria mediante el estudio de los distintos elementos y derechos que concurren cuando la adquisición de la vivienda se inserta en la contratación bancaria, concretamente en el contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda.

Las Leyes españolas conocidas como "Leyes de Casas Baratas" fueron el punto de partida de las políticas sobre vivienda que se sucederían hasta la aprobación de la Constitución Española. Estas Leyes, a su vez, se basaron en el estudio que suscitó en todos los países los concerniente a lo que se denominó por los intelectuales del momento la llamada "cuestión social".

La Revolución Industrial trajo consigo el hacinamiento en las ciudades y los problemas de salubridad que pronto empezaron a suscitar preocupaciones de distinta índole. El derecho a la vivienda nació, por tanto, dentro de un contexto muy determinado y, en principio, como una reivindicación "de la clase obrera" y "para" la clase obrera, pero, en beneficio de toda la sociedad.

Si bien las primeras leyes españolas tenían su origen en esta problemática social traída por la evolución histórica del momento, posteriormente se fueron ampliando los beneficiarios de estas políticas sobre vivienda, comprendiendo a militares, funcionarios o personas de clase social media.

El interés por las políticas sobre vivienda en España se inspiraba también en lo que estaba ocurriendo en otros países: en Francia, por ejemplo, la *Loi Sigfroid* había ya recogido este derecho años antes, y políticos como George Picot

alertaban de los riesgos de estas políticas con afirmaciones tan drásticas como "darle una vivienda a un obrero y no trabajará nunca"; y, en Alemania, también la Constitución de Weimar de 1.919 recogía ya este derecho.

La Constitución Española, siguiendo esta evolución histórica del derecho a la vivienda, con apenas 100 años de antigüedad, se presentó como la culminación de todas estas normas, concediendo un reconocimiento constitucional a este derecho.

Dando continuidad a estas políticas, tras la aprobación de la Constitución de 1.978, se fueron sucediendo distintas Leyes y Planes Nacionales de Vivienda mediante los que se intentaba preservar este derecho pero además servían como una forma, para el Estado, de generar empleo público. También las normas preconstitucionales se sirvieron de las políticas de vivienda para generar empleo y las cíclicas crisis económicas han revelado el valor que tiene la vivienda en la económica, y en el sector financiero, desde distintas perspectivas.

El artículo 47 CE configuró el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo y como un mandato a los poderes públicos, pero, sin embargo, no fue incluido dentro de los conocidos como "derechos fundamentales" y se incluyó dentro de los "Principios rectores de la Política Social y Económica", lo que, como se expone en el presente trabajo, tiene una especial trascendencia desde el punto de vista jurídico.

Hasta la crisis de 2.008 no surgió la necesidad de revisar el derecho a la vivienda y su naturaleza jurídica así como su encaje en la Carta Magna.

Es precisamente, ese tenor literal de la Constitución lo que ha llevado 46 años después y transcurridos 16 años de la crisis económica de 2.008, a plantear si la ubicación del derecho a la vivienda fuera de los derechos fundamentales es o no correcta y si es necesario, en su caso, reformar la Constitución o bastaría con hacer una interpretación y aplicación adecuada de la misma.

Las movilizaciones sociales y el inicio y evolución de la crisis económica de 2.008 provocó que, ante la alarma social generada, los Juzgados intentasen dar

soluciones a la ciudadanía a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, alterando "de facto" las normas procesales que ordenaban el procedimiento en un intento de preservar la situación del deudor hipotecario ante la extraordinaria situación de crisis.

Cuando la crisis económica se encontraba en un estado avanzado, los Jueces empezaron a adoptar un papel protagonista reinterpretando las normas procesales para forzar de esta forma cambios desde la Jurisprudencia.

Así, si hasta el momento del procedimiento de ejecución hipotecaria se había interpretado en términos estrictos y literales, se inician cambios en la práctica judicial dotando de una mayor flexibilidad el procedimiento y apartándose de la literalidad de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil adaptando el proceso a la protección del deudor hipotecario.

La modificación por vía Jurisprudencial de cuestiones importantes en el procedimiento hipotecario estaba operando una incidencia en la dinámica contractual en el contrato de préstamo hipotecario, y, por tanto, en la contratación bancaria.

Las primeras reticencias a estas interferencias de la Jurisprudencia en la interpretación y ejecución del contrato de préstamo hipotecario, procedían de las entidades Bancarias ejecutantes, al esgrimir la necesidad de aplicar el tenor literal de los contratos bancarios y de las normas procesales y la aplicación estricta del principio de legalidad y de seguridad jurídica.

Para las entidades bancarias, el contrato de préstamo hipotecario se había conformado desde la libertad y modificar el contenido del mismo era menoscabar el principio de autonomía de la voluntad, el principio de legalidad, y el de seguridad jurídica.

Las primeras modificaciones de la contratación bancaria se empiezan a producir en sede judicial a través del propio procedimiento que incide en el contenido del contrato bancario.

Al inicio de la crisis, se observó la figura del prestatario como "consumidor" intentando otorgarle una especial protección pero pronto dicha protección fue extendiéndose también a profesionales que originariamente habían sido excluidos en atención a los conocimientos y formación que tenían que supuestamente les permitían conocer el alcance de los contratos.

La autonomía de la voluntad es fuertemente cuestionada en estos contratos durante la crisis económica y se apunta de forma directa a la nulidad del consentimiento por no conocer el alcance real de las cláusulas pactadas, o en su caso, por no existir realmente libertad en la conformación de la voluntad contractual.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias supone una refundición y revisión del Estatuto Jurídico de Protección al Consumidor que, curiosa y paradógicamente coincide prácticamente, en el tiempo, con el año 2.008, fecha de inicio de la crisis.

En el artículo 1 de la Ley se plasma una percepción de lo que la protección de los derechos del consumidor que, ciertamente, parecía premonitoria, cuando se dice que se regularán en éste los derechos que conformen el estatuto jurídico de protección del consumidor pero se hace una clara alusión al sistema económico como marco para delimitar esos derechos.

Para abordar el estudio de las incidencias y cambios que la crisis económica ha provocado en la contratación bancaria hay que partir de la consideración y naturaleza jurídica que tiene el derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico, ya que las modificaciones contractuales tienen su origen en la voluntad de proteger este derecho.

La disposición legal de límites a los contratos de adhesión utilizados por la Banca no sólo no evitó el desahucio de miles de ciudadanos sino que ha resultado insuficiente para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda. En la actualidad, y, transcurridos ya 16 años del inicio de la crisis de 2.008, el problema en estos

momentos parece centrarse ya, no tanto en los desahucios por falta de pago de las hipotecas sino en la práctica imposibilidad de acceder a una vivienda, especialmente en régimen de propiedad.

El rescate de la Banca y las sucesivas reformas introducidas por la vía del Decreto Ley, a requerimiento de la ciudadanía y de los movimientos sociales, con la finalidad de "parchear" un sistema que hacía aguas, nos lleva a la conclusión de que son muchos los factores que han influido en esta distorsión del Derecho de Obligaciones y de las Normas que regulan el Funcionamiento de la Banca.

La búsqueda del origen de la actual situación debe servir para rehacer todo lo que ha contribuido, de alguna forma a que una relación contractual, aparentemente bilateral y sinalagmática, haya provocado imposibilidad absoluta de acceder a una vivienda para una gran parte de la población.

Las condiciones en las que se generaron los contratos de préstamos hipotecarios en aquella época provocaron no sólo que los ciudadanos se vieran perjudicados por una mala praxis bancaria sino que se provocaran los temidos efectos "sistémicos" y su traslado al mercado secundario con los graves efectos que esto representa en una economía globalizada.

Al inicio de la crisis, la Defensora del Pueblo, Mª. Luisa Cava de Llano y Carrió, emitió un Informe titulado "Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo" en el que analizaba con gran rigor la situación de los ciudadanos inmersos en una crisis que parecía no ver su fin.

En este Informe, la Defensora del Pueblo partía del análisis del sistema hipotecario como origen de la crisis económica y concluía que la situación de los ciudadanos requería de la intervención directa del Estado, ya que se demostró que los mercados no siempre son capaces de autorregularse sin remover los cimientos de una sociedad, razón por la cual los mecanismos del libre mercado deben tener límites.

Los Poderes Públicos comparecieron, en el desarrollo de la crisis, como meros convidados de piedra incapaces de auxiliar a sus ciudadanos, e incapaces de buscar soluciones de calado que supusieran una revisión profunda del sistema.

Posiblemente, la propia dependencia de las Administraciones Públicas de la financiación de las entidades bancarias, y su alto nivel de endeudamiento[1], pueda explicar, en parte, la pasividad de los Gobiernos ante este tipo de prácticas. Pensemos que, al mismo tiempo que se hablaba del "sobreendeudamiento familiar" se hablaba de la necesidad de reducir el déficit público y de la creación de líneas de financiación desde el Gobierno Central hacia las Administraciones Autonómicas.

La falta de control y de imparcialidad por parte de las instituciones y organismos llamados a impedir que se produjesen distorsiones del sistema bancario facilitaron que todo tipo de prácticas se legitimasen.[2].

Dos elementos parecen tener un especial protagonismo en la crisis económica de 2.008 y el derecho a la vivienda: por una parte, el sistema hipotecario, y, por otra, el sistema financiero y bancario. Nunca antes se había sentido la necesidad de revisar una garantía real como la hipoteca que pocas dudas ofrecía en su configuración y que siempre se interpretó con rotundidad por los "aplicadores del Derecho".

1. https://elpais.com/economia/2018/03/22/actualidad/1521730103_189756.html#?ref=rss&format=simple&link=link. El 21 de Marzo de 2.018 el Gobierno de España anunció que se había conseguido el cumplimiento del régimen del déficit público desde el inicio de la crisis económica en los términos exigidos por Bruselas. Si bien las autoridades comunitarias no consideraron suficiente esa reducción sí descartaron que España quedara fuera del Procedimiento de Déficit Excesivo (PDE). Aunque el déficit público se redujo en 2.017 al 3,07% Bruselas consideró que España era el único país que tras los diez años de crisis económica debía continuar todavía dentro del PDE. Dos años después, el 14 de Junio de 2.019, el ECOFIN (Consejo de Asunto Económicos y Financieros compuesto por los Ministros de Economía y Finanzas de la Unión Europea) aprobó la salida de España del Procedimiento por Déficit Excesivo tras diez años de apertura del expediente que se inició el 18 de Enero de 2.009, durante el Gobierno del Presidente Mariano Rajoy, por sobrepasar el límite del 3% de déficit público.
2. Hay que tener en cuenta que el partido que ha presidido el Gobierno, en cada mandato, ha asumido la designación del cargo de Gobernador del Banco de España y, el partido mayoritario de la oposición, la del Vice Gobernador del Banco de España, lo que, lógicamente, dificultaba la independencia de este órgano.

El sistema financiero y bancario, configurado como un sistema especialmente estratégico para un Estado, fue alzándose sobre un entramado de normas nacionales, comunitarias e internacionales que parecían haber contemplado todas las posibilidades habidas y por haber, y que hacían que fuera imposible llegar a una situación como la actual.

Las normas de transparencia interbancaria o el Sistema de Bancos Centrales parecían garantizar la legalidad de las operaciones, así como la imposibilidad de que se produjeran situaciones de falta de liquidez.

Sobre las garantías del sistema de Bancos Centrales, se llegó a cuestionar el papel del Banco de España, de la CNMV, del FROB[3], y del ICAC[4] en el caso Banco de Valencia y Bankia, lo que nos hace reflexionar sobre la llamada "seguridad jurídica" a la que tanto se ha recurrido para justificar ciertas prácticas.

La incardinación de ambos sistemas, el hipotecario y el financiero y bancario, permitió la creación de un sistema especulativo que se prevalía de la clara

3. Jornada Debate "Las vías penal, civil, y administrativa y sus consecuencias para los afectados por el Banco de Valencia y Caso Bankia". Celebrada el día 27 de Abril de 2.017 en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia y realizada en el marco del Proyecto de I+D+i de la Generalitat Valenciana "La protección del inversor-consumidor. Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte. GVAICO2.016-066. La Jornada parte del Procedimiento Penal incoado por la Querella interpuesta contra Bankia y su matriz BFA y contra el Banco de Valencia, por los delitos de asociación ilícita, apropiación indebida, falseamiento de cuentas y administración desleal. En este procedimiento el Juez Santiago Pedraz amplió hasta el 6 de Junio de 2.017 la fase de instrucción de la causa en la que investigaban presuntas irregularidades del Banco de Valencia por los que ostentaban la condición de "investigados", trece antiguos miembros del Consejo de Administración del Banco. En dicho procedimiento se cuestionó la intervención del ICAC y también de la Entidad Auditora Deloitte.
4. Consulta a la página web oficial, transcripción literal de la información ofrecida en la misma: www.icac.meh.es. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), es un Organismo Autónomo, adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que ejerce una Función Supervisora. Las funciones atribuidas legalmente al ICAC conforme dispone el artículo 1 de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas (LAC) es la "revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros".

situación de vulnerabilidad de los ciudadanos, con la complicidad, por qué no decirlo, de los poderes públicos.

La necesidad de las entidades financieras de obtener financiación y la falta de controles de la calidad del crédito tuvo consecuencias nefastas para una economía globalizada que aun hoy se intentan remediar.

La normativa MIFID II y la Ley de Crédito Inmobiliario buscaron reforzar la transparencia en la contratación bancaria, proteger al consumidor y dotar la concesión del crédito de mayorías garantías que redundasen en la seguridad en la seguridad y estabilidad financiera.

El inicio de la crisis económica coincidió en el tiempo, no sólo con la aprobación del Texto Refundido de la LGDCU, como ya se ha dicho, sino también con la aprobación de la Ley 41/2.007, de 7 de Diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario, que reformó y legitimó el contenido de los préstamos modificando el artículo 12 LH para que se inscribiera en el Registro de la Propiedad el tenor literal de las cláusulas contractuales: las cláusulas contractuales y las cláusulas financieras que conformaban el contrato.

Para que el contenido de las Escrituras Públicas de compraventa de vivienda con préstamo hipotecario (con el contenido del contrato de préstamo hipotecario) accediese al Registro de la Propiedad, el Registrador de la Propiedad tenía que ejercer su función calificadora, lo que, durante un periodo de tiempo, se producía casi de forma automática y sin que se cuestionase ninguna de las cláusulas contenidas en el contrato.

Mediante la modificación del artículo 12 LH se "blindaba" el contenido de la escritura frente a cualquier control de legalidad posterior a su inscripción legitimando estas cláusulas en un ulterior proceso de ejecución.

El artículo 130 LH estableció que la ejecución se despacharía en los términos que se desprendiesen de la inscripción registral, por lo que, las cláusulas debidamente inscritas, no podrían ser controvertidas en un procedimiento de ejecución posterior.

La "apariencia de buen Derecho" amparó prácticas bancarias que resultaron ser absolutamente nocivas para la sociedad y que, han supuesto, un antes y un después en la historia de la contratación bancaria.

Hasta la Crisis de 2.008, la evolución de la situación económica, el precio de la vivienda y las posibilidades financieras de acceso al mercado inmobiliario abrieron una "oportunidad de negocio" a la Banca que prescindió de los análisis de riesgo necesarios y que se prestó a la especulación a través de la titulización de hipotecas.

Las Entidades Bancarias y las Agencias de Calificación no llevaron a cabo los debidos controles de calidad del crédito y tampoco el resto de entidades de control y supervisión de la ordenación bancaria.

En aquel momento, se hablaba de forma recurrente del "sobreendeudamiento familiar"[5], hasta llegar incluso a caricaturizar el drama de la sociedad recurriendo a extendida consideración de que *"la gente había vivido por encima de sus posibilidades".*

Sin embargo, respecto a la Banca, la otra parte fundamental en el contrato, nadie se permitía afirmar con esa rotundidad que la *"Banca había vivido por encima de sus posibilidades"* y que las entidades que fueron creadas para controlar

5. Consulta realizada en https: //elpais.com/economia/2018/01/31/actualidad/1517398728_54243…. "El Director General de Caixa Bank se disculpa por decir que los desahucios son una "leyenda urbana"". El 31 de Enero de 2.018 El País publicaba un artículo en el que se hacía eco de las afirmaciones realizadas por el Director General de CaixaBank que había afirmado públicamente que los desahucios eran una "leyenda urbana". El Director General de Negocio de CaixaBank, Juan Antonio Alcaraz afirmó en unas Jornadas organizadas por IESE que los desahucios formaban parte de una leyenda urbana y que el asunto de las cláusulas suelo fue utilizado para que las entidades financieras pagaran la crisis. Como recoge el artículo, Juan Antonio Alcaraz tuvo que retractarse públicamente de sus declaraciones. Sobre esta cuestión, véase también el artículo "Cuántas familias perdieron su casa por la "leyenda urbana de los desahucios" (publicado en https: //cinco días.elpais.com/cincodias/2018/01/30/midinero/151733984.." Consulta realizada el día 01/02/2018 en el que se recogen los datos estadísticos del impacto que tuvo la crisis en el número de ejecuciones hipotecaria incoadas judicialmente.

a la Banca fueron cómplices y copartícipes[6] tanto de estas prácticas como de los beneficios mediante las mismas.

En este contexto, la "socialización" de las pérdidas aparece como un claro ejemplo de injusticia institucionalizada y resulta legitimada la necesidad de permitir la omisión de los controles debidos en el desarrollo de la contratación bancaria bajo el pretexto de la necesidad de obtener financiación y liquidez por parte de las propias entidades Bancarias.

Durante los años previos a la crisis económica, la construcción de viviendas se convirtió en una actividad especialmente especulativa por la incidencia que tenía en los distintos sectores de la sociedad: la vivienda es necesaria, las entidades bancarias hacen girar su actividad en torno a la vivienda y a su vez el Estado recurre cíclicamente a la construcción como forma de generar empleo[7]. Dieciséis años después, el derecho a la vivienda sigue siendo un problema fundamental para la sociedad y la contratación bancaria parece haberse descartado completamente de la solución al problema. Las posibles soluciones se aproximan a la limitación del derecho de propiedad o a la creación de viviendas públicas, pero no parece posible que puedan alterarse los elementos sustanciales de la contratación bancaria.

6. La ampliación de la fase de instrucción, el pasado 6 de Junio de 2.017, de la causa seguida ante la Audiencia Nacional, por parte del Juez Santiago Pedraz, con la finalidad de poder dilucidar posibles responsabilidades de las Administraciones Públicas en el Caso Bankia y Banco de Valencia, abre el debate sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas en las actuaciones llevadas a cabo por las Entidades Bancarias. Se plantean distintos tipos de responsabilidades: la civil, la administrativa y la penal, y, por lo novedoso del planteamiento, parece que se plantean dudas técnicas desde el punto de vista del derecho sustantivo y también desde el punto de vista del derecho procesal. La competencia judicial, el resarcimiento y la responsabilidad, o el grado de intervención de dichas Administraciones son cuestiones controvertidas, y también los son las consecuencias jurídicas que se derivan de las distintas opciones y posibilidades.
7. Curiosamente, y, a pesar de ubicar el origen de la crisis financiera en el sector de la construcción, las Administraciones han recurrido durante la crisis a la creación de Planes de Empleo basados en la construcción de obra pública precisamente para generar empleo. Como exponemos en el Capítulo I de la Parte I, las normas preconstitucionales en materia de vivienda también eran utilizadas como una forma de generar empleo.

La idea de Justicia es vital en un Estado como el nuestro, y, sustenta los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho que promulga la Constitución Española, por lo que el desarrollo de la sociedad, y sus avances normativos y políticos deben aspirar siempre a la igualdad y a la justicia[8].

La presente investigación se divide dos partes: la PARTE I, relativa al derecho a la vivienda y la crisis económica, y, la PARTE II, relativa al desarrollo de la contratación bancaria durante la crisis económica y los cambios operados en la dinámica contractual del préstamo hipotecario.

En la Primera Parte se analiza la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda, sus orígenes y su progresiva configuración en el ordenamiento jurídico con la finalidad de poder analizar en la Segunda Parte la incidencia del derecho a la vivienda en la contratación bancaria así como sus límites y su alcance.

Tratándose de un bien de especial valor económico, la financiación para su adquisición representa un elemento de especial trascendencia en la relación contractual, lo que hace que sea tan necesaria una regulación específica, un estatuto jurídico propio que permita proteger la vivienda como un bien de primera necesidad.

El artículo 47 CE nos sirve de punto de partida para examinar los orígenes de la configuración del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada al que se dedica la Parte I del presente trabajo.

8. Como veremos en la Parte II relativa a la contratación bancaria, en tiempos de crisis y de situaciones excepcionales e imprevisibles por las partes, se hace necesario renegociar los contratos o ajustar su interpretación a la luz del contexto económico y social si concurren circunstancias que no pudieron ser previstas por las partes en un momento inicial. En estas situaciones, nos referiremos a las cláusulas "rebus sic stantibus", más adelante, que resultan correctivos para reequilibrar justamente los derechos y obligaciones de las partes. Esta doctrina fue aplicada, por ejemplo, en Alemania (doctrina de la pérdida de la base del negocio) en tiempos de inflación y fue creada por el Tribunal Supremo alemán en 1923 aplicada a contratos de alquiler y a la subida desmedida de la renta. Sobre esta cláusula véase "La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus". Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado, Thomson Reuters, Civitas, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2ª Edición, 2.017, Cruz Menor (Navarra).

Examinaremos brevemente los antecedes históricos preconstitucionales en materia de vivienda y también haremos una reseña a otros ordenamientos jurídicos y a las normas y Pactos Internacionales, sin profundizar en los aspectos históricos por no ser objeto del presente trabajo. La Parte I tiene por finalidad contextualizar la Parte II y comprender las incidencias del derecho a la vivienda en la contratación bancaria durante la Crisis de 2.008.

El Capítulo II de la Parte I, se adentra ya en la crisis económica y la crisis inmobiliaria. En este Capítulo se han seleccionado aquellos aspectos más especiales que han influido de forma directa en la materia que nos ocupa, es decir, en la contratación bancaria, y más concretamente en el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda. El presente trabajo se centra en el contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda por lo que, las referencias al sistema bancario y bursátil y financiero se restringen a aquellas cuestiones que, por su naturaleza, inciden en la Fase Precontractual de dicho contrato y en las Fases posteriores de la vida del contrato, como la Fase de Perfección del Contrato o la de ejecución del mismo.

En el Apartado 1 del Capítulo II se exponen algunas consideraciones sobre el precio de la vivienda, la hiperproducción de viviendas y el sobreendeudamiento familiar y en el Apartado 2 se abordan aspectos relevantes del sistema bancario durante el desarrollo de la crisis, como por ejemplo las causas de la crisis, la solvencia de las entidades bancarias y la intervención de las entidades supervisoras.

El Apartado 3 del Capítulo II analiza la situación del mercado hipotecario durante la crisis económica y la necesidad de la banca de buscar financiación en el mercado secundario así como las incidencias procesales surgieron durante la Fase de ejecución de los contratos como consecuencia de los impagos, de la intervención de terceros como garantes de las operaciones, de la insuficiencia del bien realizado para cubrir la deuda, de la cesión de créditos y de las titulizaciones

Una vez estudiado el derecho a la vivienda y su incardinación dentro de la crisis económica e inmobiliaria, la Parte II de este trabajo analiza el desarrollo de la contratación bancaria y los cambios introducidos en la dinámica contractual del préstamo hipotecario durante la crisis económica.

La investigación se centra en el estudio de las distintas fases que conforman el contrato de préstamo hipotecario y los cambios que la crisis económica introdujo en la contratación bancaria tanto por la Jurisprudencia como por las normas aprobadas durante estos años con la finalidad de proteger el derecho a la vivienda.

La PARTE II se inicia con el Capítulo III en el que se aborda la fase previa a la perfección del contrato centrándose el estudio en la fase precontractual. Si bien, en términos generales, la fase precontractual abordaría la negociación entre las partes, la configuración de las voluntades y de los elementos esenciales del contrato. En el caso del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda esas cuestiones revisten características especiales cuya mención merece un especial tratamiento en el presente trabajo.

El derecho a la información previa a la contratación, la claridad en la redacción de las cláusulas, la aparente imposibilidad de establecer desequilibrios o cláusulas oscuras o abusivas que perjudicaran a la parte más débil, se configuró como un logro en Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta necesidad de limitar el derecho de obligaciones en aquellos supuestos en los que hay claros desequilibrios entre las partes, ya fue advertida mucho antes por políticos como Azcárate que promulgó la Ley de Represión de la Usura de 23 de Julio de 1.908, aún vigente en la actualidad.

A pesar de tratarse de una Ley promulgada hace 116 años, y a pesar de que tan sólo tiene 16 artículos, de su lectura se desprende que ya en aquella época los prestamistas se prevalían de cláusulas abusivas en sus contratos que podían tener como consecuencia jurídica la nulidad de las mismas.

Pero, entonces, como ahora, se advertía claramente que los abusos solo son posibles en situaciones de necesidad y de desigualdad, en las que una parte ostenta una posición fuerte y en las que la parte débil actúa movida por la necesidad más que por la voluntad.

El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación sólo se respeta cuando hay un justo equilibrio, no tanto de posiciones sino de motivaciones que llevan a la contratación. Sólo cuando actuamos desde la libertad podemos negociar en igualdad de condiciones ya que la necesidad anula la libertad.

El Código Civil consagró el principio de autonomía de la voluntad, pero en su origen no estaba pensando en la contratación en masa, ni en los contratos de adhesión, ni en las prácticas bancarias, ni tampoco en la falta de información precontractual.

El principio de autonomía de la voluntad en la contratación bancaria ha sido reinterpretado durante la crisis económica a través de la Jurisprudencia (tanto nacional como comunitaria) haciendo especial hincapié en la fase precontractual, y en las normas de transparencia, lo que se plasmó, a nivel legislativo, en la Ley 5/2.019, de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

La creciente competitividad en el sector financiero se presenta para unos como un abanico de posibilidades donde el consumidor pueda elegir (en las mejores condiciones) y, para otros, como un riesgo sistémico que no nos podemos permitir.

El llamado fenómeno del “shadow banking” (o banca a la sombra), y la combinación de la llamada “big data” y las “fintech” han traído al panorama financiero entidades como GOOGLE o AMAZON o incluso, empresas de telecomunicación como ORANGE, que se constituyen en las nuevas entidades financieras, lo que dificultará la transparencia en la contratación en un futuro e introducirá nuevos riesgos para el consumidor inherentes al uso de las tecnologías.

La Banca tradicional, alerta sobre los riesgos de una Banca no controlada pero olvida que la Banca convencional ha resultado altamente nociva para el

sistema. La Banca tradicional, insatisfecha con la falta de liquidez que le aportaron las hipotecas durante años, debido a los mínimos históricos del Euríbor, estimuló el aumento del crédito al consumo, mejor remunerado, hasta que el Euribor iniciase un ciclo alcista, produciéndose ya una subida de los tipos de interés desde 2.022 de forma progresiva, y manteniéndose durante los años 2.023 y 2.024 a esperas de que se anuncien posibles bajadas de los tipos de interés de forma progresiva al considerarse que se empieza a controlar la inflación que motivó la subida de los tipos.

Sin embargo, la hipoteca y la vivienda siguen siendo la piedra angular del sistema bancario. Al mismo tiempo que la Banca tradicional intenta sobrellevar el periodo de tipos de interés bajos que no aportan rentabilidad a sus hipotecas, mediante el fomento del crédito al consumo, se intenta promover nuevamente el fenómeno de la compra de vivienda forzando la subida de los precios del alquiler (mediante actuaciones como las llevadas a cabo principalmente por Fondos de Inversión, de los que trataremos en el capítulo correspondiente).

En el Apartado 2 del Capítulo III de la PARTE II analizamos la posición de la Banca y del comprador-prestatario en el contrato. Estudiaremos las prácticas bancarias, el concepto de crédito responsable, y algunos cambios relevantes introducidos durante la crisis económica como la nueva interpretación de la Ley 57/68, de 27 de Julio, sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas tras la STS de 21 de Diciembre de 2.015, así como la Ley 5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

El Capítulo IV de la PARTE II se centra en el contenido y alcance de las cláusulas contractuales en el préstamo hipotecario, analizando los límites a la contratación y los controles que desde distintas vertientes se han llevado a cabo o se deberían haber llevado a cabo. En este Capítulo se analiza el control por parte de las entidades supervisoras, el control Notarial (reforzado a través de la Ley

5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario), el control Registral y el control judicial.

El control judicial ha impulsado los cambios en la dinámica contractual conforme iba avanzando la crisis y sus consecuencias se agravaban. Las reivindicaciones sociales exigían soluciones a los problemas de los ciudadanos y fue precisamente esta presión lo que provocó que la Jurisprudencia hiciera un especial esfuerzo por reinterpretar tanto normas procesales y como de derecho sustantivo.

Las cláusulas suelo y las cláusulas de vencimiento anticipado han sido especialmente importantes ya que su revisión y reinterpretación ha provocado indirectamente la revisión de todo el contrato y de los principios que rigen la contratación bancaria.

En el Capítulo V de la PARTE II se dedica al cumplimiento y ejecución del contrato y a la gestión del incumplimiento contractual. Es estos Capítulos estudiaremos las distintas posibilidades de cumplimiento y ejecución del contrato y los efectos que los procedimientos de ejecución hipotecaria han tenido en la contratación bancaria.

En definitiva, la crisis económica ha supuesto una revisión de la contratación bancaria partiendo del derecho a una vivienda digna y del contrato de préstamo hipotecario.

En el presente estudio se investigan los cambios introducidos en la contratación bancaria y en la dinámica contractual, por la Jurisprudencia y por las Leyes, con la finalidad de proteger el derecho a una vivienda, de adecuar el contenido de los contratos al contexto social y económico, y de buscar, en definitiva, soluciones justas para las partes.

# PARTE I.

# EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA CRISIS DE 2.008.

## CAPITULO I.

## EL DERECHO A DISFRUTAR DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

SUMARIO:

I.BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1. La llamada "cuestión social" como origen del derecho a la vivienda en las normas preconstitucionales. 2. Las Leyes de Casas Baratas. 2.1. La Primera Ley de Casas Baratas. 2.2. La Segunda Ley de Casas Baratas. 2.3. La Tercera Ley de Casas Baratas. 3. La Ley del Régimen de Protección de Vivienda Reducida de 19 de Abril de 1.939 y la Ley de Viviendas de

Renta Limitada de 15 de Junio de 1.954. 4. Los Planes Nacionales de Vivienda.II.EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978: EL ARTÍCULO 47. 1.El Derecho a la vivienda tras la aprobación de la Constitución. 1.1. El derecho a la vivienda como Principio Rector de la Política Social y Económica y como derecho subjetivo. 1.2. Características y configuración del derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada. 1.2.A. Alcance de la expresión "derecho a disfrutar". 1.2.B. Concepto de vivienda digna y adecuada. 1.2.C. El derecho a la vivienda y la reforma de la Constitución Española: su reconocimiento como derecho fundamental. III. La Ley 12/2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda: Primera Ley Estatal de desarrollo del art. 47 CE. 1.Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley: El Informe del CGPJ de fecha 22 de Enero de 2.022**.** 2. La Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda. 3. Breve mención a los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda.

## I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

### 1.La llamada "cuestión social" como origen del derecho a la vivienda en las Leyes preconstitucionales.

La Constitución española recoge en el art. 47 el derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada y uno de sus referentes fue la Constitución de Weimar de 1.919. Pero, nuestra Constitución no sólo tuvo esta referencia sino que también se basó en el desarrollo de las políticas sociales que se sucedieron en el S.XIX y S. XX como consecuencia de los movimientos sociales, políticos e intelectuales que promovieron reivindicaciones sociales y mejoras para la clase obrera durante la Revolución Industrial.

La necesidad de una vivienda aparecía vinculada al concepto de dignidad. Las condiciones insalubres de precariedad y pobreza social de la época provocaron

el interés de las instituciones de iniciar políticas sociales y constituyeron los prolegómenos del Estado Social.

Un Estado tuitivo para con sus ciudadanos preserva instituciones de carácter social, como la que nos ocupa, y, en un estadio más avanzado, amplía su protección a cuestiones más actualizadas y recientes como la protección del consumidor en los mercados.

En la época a la que nos remontamos, la clase social obrera vivía en condiciones que, efectivamente eran insalubres, y vejatorias, y, es precisamente, en un intento de recobrar la dignidad humana que los autores ven la necesidad de mejorar sus condiciones físicas y morales, siendo la vivienda un elemento importantísimo en el desarrollo de la dignidad, como apuntamos al inicio de este trabajo.

Para los autores franceses que repararon en la importancia de que las personas tengan derecho a una vivienda no pasó ya entonces desapercibida la necesidad de que hubiera, sobre todo, voluntad para conseguir garantizar este derecho, o como escuchamos en la actualidad, de forma muy recurrente, "voluntad política".

Sin embargo, hace más de cien años, GEORGE PICOT[9] ya apuntó que para conseguir garantizar ese derecho a la vivienda, lo que hace falta es voluntad[10].

9. PICOT, GEORGES [PICOT, 1885]. François Marie Denis Georges-Picot (París, 21 de diciembre de 1870 – París, 20 de junio de 1951) fue un diplomático y abogado francés 1885 Un devoir social et les logements d'ouvriers Calmann-Lévy. Paris.
10. A.CASTRILLO ROMÓN, MARÍA. Influencias Europeas sobre la "Ley de Casas Baratas de 1.911": el referente de la "Loi des Habitations Á Bon Marché de 1.894". Cuadernos de Investigación Urbanística, Nº 36 /2.003. Red de Difusión de la Investigación en Castellano. Sección de Urbanismo del Instituto Juan de Herrera (SPyOT), p. 7, Madrid, 2.003: "Por otro lado, aquellos ejemplos adquirieron también un valor orientativo de la acción legisladora. Se razonaba que, si la reforma de la vivienda –y, en última instancia, la reforma social- podía ser un negocio privado, entonces lo único preciso para su realización era que los privados tuviesen –como tenían aquellos promotores modélicos- los conocimientos técnicos necesarios para acometer tales negocios y la voluntad de hacerlo ("¡Es preciso además querer!"[CHALLAMEL, 1895]). El Estado, por tanto, podía y debía limitarse a estimular ese tipo de iniciativas y la ley no debía velar más que por la realización del libre mercado y por la divulgación de esas informaciones precisas para la puesta en marcha de las empresas[CHALLAMEL, 1895]"; ARIAS GONZÁLEZ, LUIS. "Las Casas Baratas" (1.911-

El interés por las políticas sociales se ubica en el inicio de la Restauración (1.875) ya que es a partir de este momento cuando, desde los poderes públicos se realizan estudios sociológicos (promovidos por los intelectuales de la época) en los que se analizan los distintos problemas que acucian la sociedad.

Fueron los políticos SEGISMUNDO MORET y ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO quienes crearon la llamada COMISIÓN DE REFORMAS SOCIALES (mediante Real Decreto de 5 de Diciembre de 1.883). Como explica ÁNGEL LUIS SÁNCHEZ MARÍN[11], las políticas sociales tenían una relación directa con la mejora de las condiciones laborales de los obreros, lo que redundaba directamente en una mejora de su calidad de vida, y, por tanto, en una mejora del conjunto de la sociedad.

Como analizaremos a lo largo de este trabajo, las conocidas como Leyes de Casas Baratas[12], y otras normas que se sucedieron trataron ya de buscar una solución definiendo un concepto de vivienda básica garantizada por el Estado. Estas normas pretendían desarrollarse mediante la intervención de todos los Agentes implicados: el Estado, las Administraciones, el sector privado (constructores y promotores), y, por supuesto la Banca que, inicialmente fue privada, y, también la Banca pública cuando la falta de capital en el mercado provocó su creación.

La primera norma importante que supone el inicio de las políticas sobre vivienda, la encontramos en 1.878, la llamada Ley sobre "Construcción de Barriadas Obreras" que contemplaba la cesión de terrenos por parte del Estado y de las Administraciones municipales para la construcción de casas obreras.

1937), primer gran ensayo de la "vivienda social" en España", SAMBRICIO, C (Editorial), En 100 años de historia de la intervención pública en la vivienda y la ciudad, Madrid, 2.008.

11. SÁNCHEZ MARÍN, ÁNGEL LUIS. "El Instituto de Reformas Sociales: Origen, Evolución y Funcionamiento", *Revista Crítica de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 8 (Mayo 2.014).
12. Véase ORTEGA GIL, PEDRO. *Las casas baratas. La obra del Instituto de Reformas Sociales*. Iustel, Madrid, 2.006.

Imponía además un modelo urbanístico que suponía edificar de tal forma que se construyeran viviendas para todas las clases sociales en una misma zona.

El Real Decreto de 5 de Diciembre de 1.883 creó la Comisión de Reformas Sociales que fue el antecedente del Instituto de Reformas Sociales de 1.903 (creado por Real Decreto de 30 de Abril de 1.903, cuya actividad de investigación perduró hasta la Segunda Ley de Casas Baratas de 1.924 y fue la base para la elaboración de esta Ley). Hacemos alusión a la actividad investigadora del Instituto de Reformas Sociales porque se conformó de políticos intelectuales de la época con grandes inquietudes en esta materia que quisieron crear un órgano consultivo que sirviera para informar la creación de leyes y políticas sociales, el INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES[13], que impulsó la primera Ley que contempló la necesidad de garantizar la dignidad de las personas interviniendo en los mercados[14].

13. El Instituto de Reformas Sociales fue creado mediante REAL DECRETO DE 23 DE ABRIL DE 1903, (publicado en la Gaceta de Madrid nº120, jueves 30 de abril, págs. 371 y 372) y por REAL DECRETO DE 15 DE AGOSTO DE 1903, SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES. (Gaceta de Madrid nº230, martes 18 de agosto, págs. 1970 a 1973). En estos preceptos se regulaba la intervención de los distintos agentes sociales implicados en el proceso de construcción como sectores importantes a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre la materia. Por otra parte, destaca que ya en esta norma se analizaban las circunstancias económicas de los ciudadanos para determinar su capacidad adquisitiva teniendo muy en cuenta los ingresos y los gastos de los ciudadanos para determinar su posibilidad de adquirir una vivienda. Sobre los orígenes de la vivienda social véase ARIAS GONZÁLES, LUIS. "Socialismo y vivienda obrera en España (1.926-1.939)". Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca Abril 2.003.
14. SÁNCHEZ MARÍN, ÁNGEL LUIS. "El Instituto de Reformas Sociales: Origen, Evolución y Funcionamiento", *Revista Crítica de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 8 (Mayo 2.014). Como apunta el autor, el origen del Instituto de Reformas Sociales proviene del análisis sociológico realizado por los intelectuales de la época que analizaron las constantes convulsiones sociales del momento entre la burguesía y el proletariado. Los intelectuales del momento ubicaron el derecho a la vivienda dentro de un estatuto jurídico que debía crearse para mejorar las condiciones sociales de los obreros y paliar de esta forma los constantes enfrentamientos. En la época se acuñó el término de "cuestión social" para referirse a todas aquellas cuestiones relativas a lo que hoy entendemos como derechos sociales. Pero esta "cuestión social" no era otra cosa que la problemática existente en la sociedad proveniente del incipiente movimiento revolucionario de las clases obreras frente a la burguesía y a los órdenes sociales impuestos. Evidentemente, el origen de este malestar social no era otro que la precariedad y la indigencia en la que vivía la clase social obrera, de ahí que el derecho a la vivienda venga históricamente vinculado

La COMISIÓN DE REFORMAS SOCIALES se creó como un órgano de estudio y reflexión que pretendía realizar una labor de investigación sociológica que permitiera establecer los cimientos del Estado social. La Comisión no legisló, pero promovió el estudio de cuestiones que, hasta el momento no habían preocupado a los poderes públicos.

Ese interés por las cuestiones sociales fue interpretado con cierta suspicacia o escepticismo por parte de los distintos sectores políticos que desconfiaban de la "buena voluntad de los gobernantes".

En la actualidad no podemos predicar este derecho como propio de "la clase obrera" ya que el artículo 10 de la Constitución Española supera este tipo de distinciones de índole política y habla de la dignidad de las personas, en general, independientemente de cuál sea su condición política, social, económica o religiosa.

Recordemos cómo, ya a principios del Siglo XIX, se apuntaba la necesidad de que las personas vivieran en condiciones dignas que les permitieran desarrollar los hoy conocidos como derechos de la personalidad, pero advirtiendo sobre el peligro que representaba una política excesivamente proteccionista para los propios ciudadanos.

El INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES inició su actividad teniendo en cuenta la necesidad de que existieran viviendas sociales[15]. En 1906 el Instituto de

al movimiento obrero y al concepto de dignidad, motivo por el que frecuentemente se vincula esta materia a aquellas tendencias políticas que tuvieron su origen histórico en movimientos obreros. Realmente en esta problemática subyace un debate moral e ideológico, ya que se trata de estudiar la condición humana y reconocer la dignidad como un derecho irrenunciable con el que los Estados no pueden negociar, ni siquiera en pro de la estabilidad financiera. Lógicamente, este debate choca siempre con los principios de la economía de mercado.

15. SÁNCHEZ MARÍN, ÁNGEL LUIS. "El Instituto de Reformas Sociales: Origen, Evolución y Funcionamiento", ob.cit., pág. 23: "Específicamente, en el tema de la vivienda popular, el Instituto de Reformas Sociales, desplegó su actividad en torno a las tres clásicas actividades de la Administración: fomento, policía y servicio público...La técnica de fomento se caracteriza por ser un conjunto de medidas potenciadoras de las actividades de los particulares con el fin de que dichas actividades repercutan directamente en aras del interés público".

Reformas Sociales publicó en su Boletín la primera proposición de Ley sobre Subvenciones a las Sociedades Constructoras de casas para obreros que dio lugar a la elaboración del Proyecto de Ley de Habitaciones Higiénicas y Baratas de 1.908. Este proyecto contemplaba la creación de unos organismos, de ámbito municipal, llamados "Juntas de Fomento y Mejora de las Habitaciones Baratas", cuya función sería la de promover y estimular la construcción de habitaciones baratas y de mediar incluso entre las sociedades constructoras y las entidades financieras. También se contemplaba la cesión de terrenos de dominio público para la construcción de este tipo de viviendas.

Este Proyecto del INSTITUTO REFORMAS SOCIALES no llegó a convertirse en una Ley pero fue un claro antecedente para las que se aprobaron después. Así, en 1911 las Cortes aprobaron la Ley de Habitaciones Higiénicas y Baratas, que se basaba en otro proyecto de ley de 1.910, que, a su vez coincide con el proyecto del Instituto de Reformas Sociales de 1.908.

La Ley de Habitaciones Higiénicas y Baratas de 1.911 fue desarrollada mediante el Reglamento que elaboró el Instituto de Reformas Sociales, siendo aprobado por el Gobierno en 1.912. Años después, en el 14 de Mayo de 1.921 se redactó un nuevo Reglamento de la Ley de Casas Baratas.

A partir de este momento, se sucederían Leyes que implicaban una intervención directa de la Administración en el desarrollo y efectividad del derecho a la vivienda que fueron dándole carta de naturaleza hasta su expreso reconocimiento en el art. 47 de la Constitución Española de 1.978.

Sin embargo, aunque el objeto del presente trabajo no es el estudio de estas Leyes hemos de destacar que en las mismas ya aparecían elementos tan relevantes como el de la financiación cualificada, la valoración de los ingresos de quienes adquirían las viviendas o las características de la vivienda para considerar una edificación como tal distinguiendo distintos tipos de viviendas, estableciendo condiciones de habitabilidad, e incluso, haciendo mención a la urbanización de los terrenos y a las infraestructuras necesarias para garantizar unas condiciones de

vida ( tales como colegios o centros médicos) promovidas por la Administración, todo ello con carácter previo a la aprobación de la Constitución Española.

Por tanto, las Leyes que a continuación citamos configuran el contenido preconstitucional del derecho a la vivienda y, que, en buena medida, en lo fundamental, sigue plenamente vigente en la actualidad.

## 2. Las llamadas "Leyes de Casas Baratas".

### 2.1. La Primera Ley de Casas Baratas: la Ley de 12 de Junio de 1.911.

A partir de 1.911 se aprobaron distintas Leyes que se denominaron "Leyes de Casas Baratas". Como su propio nombre indica la Administración del momento pretendía, con estas normas, procurar el acceso a la vivienda.

La primera de las conocidas como "leyes de casas baratas" fue la Ley de 12 de Junio de 1.911, tenía como finalidad solucionar un problema social de salubridad y de higiene en las clases sociales más oprimidas, concretamente la clase obrera y fue la primera Ley en contemplar la necesidad de regular el concepto de *vivienda digna* (asociada en aquel entonces, a las clases obreras) configurando un sistema urbanístico denominado "Ciudades Satélites de Casas Baratas"[16].

La Ley de Casas Baratas de 1.911 tiene su referente en la Ley francesa conocida como "Loi des Habitations À bon Marché" de 30 de Noviembre de 1.894, conocida también como "Loi Siegfried"[17].

16. Las Casas Satélite se consideran el antecedente de la Ciudad Jardín o viviendas adosadas y, a modo de ejemplo, podemos citar las Casas Baratas de Málaga o las Casas Baratas de Tarragona (construidas en 1.930 por la cooperativa de Casas Baratas "La Colectiva").
17. Loi Siegfried (Loi du 30 novembre 1894 relative aux Habitations à Bon Marché).

La Loi Siegfried tenía por objeto fomentar el acceso a la vivienda en propiedad de las clases obreras[18], pero en condiciones económicas y dignas, para lo que era necesario regular el mercado en este punto[19]. Vemos como, tanto la Ley Siegfried como la Ley de Casas Baratas de 1.911, pretendían hacer efectivo el derecho a la vivienda mediante el acceso a la propiedad.

En efecto, aunque el derecho a la vivienda puede procurarse de distintas formas en aquella época el modelo que se siguió de forma mayoritaria para facilitar el acceso a la vivienda fue mediante la adquisición de la propiedad.

18. Ver "Reconvención y Revolución. Industrialización y Patrimonio en el Puerto de Sagunto", UNIVERSITAT DE VALENCIA, Vicerrectorat de Cultura, Ajuntament de Sagunt, Port de Sagunt, Gener- Febrer 2.001. Se trata de un Estudio sobre el fenómeno de los AHV en Sagunto que generó un modo de vida en los trabajadores de la industria siderúrgica. La creación de un núcleo de población en torno a la industria originó la necesidad de dotar de recursos a los trabajadores, creándose viviendas destinadas a la clase obrera.
19. A.CASTRILLO ROMÓN, MARÍA. "Influencias Europeas sobre la "Ley de Casas Baratas de 1.911": el referente de la "Loi des Habitations Á Bon Marché de 1.894". *Cuadernos de Investigación Urbanística, Nº 36 /2.003*. Red de Difusión de la Investigación en Castellano. Sección de Urbanismo del Instituto Juan de Herrera (SPyOT), Madrid, 2.003, p.6. Apunta que lo que la Loi Siegfried pretendía era fomentar la construcción de habitaciones familiares higiénicas y económicas, a las que pudiera acceder la clase obrera interviniendo para ello en el mercado pero fomentando la iniciativa privada, pero sólo en el sentido de alentar a las empresas constructoras y promotoras en esta dirección, sin que en ningún caso se impusiesen condiciones de contratación o de construcción. De ahí que la autora destaque esta diferencia respecto a la Primera Ley de Casas Baratas. La autora reproduce y cita literalmente en su artículo a George Picot como uno de los autores franceses más influyentes de la época que ya apuntaba la dificultad de que el Estado interviniese en el derecho de vivienda sin que esto tuviera consecuencias negativas para el mercado, y, curiosamente, hasta para los ciudadanos: "Para autores tan influyentes como Georges Picot (Figura 2), esta última condición era indiscutible: "La subvención dada por el Estado, por los Departamentos o por las comunas podrá quizá asegurar el éxito de una casa, de una sociedad [de construcción de casas para obreros]; pero, por este mismo precio, tendremos la certeza de paralizar en la región cualquier acción libre [...] No sólo la ayuda oficial es mortal para la iniciativa privada, sino que además corrompe al obrero [...] Por el contrario, lo que los poderes públicos pueden hacer es orientar hacia soluciones verosímiles, dar impulso, provocar una emulación generosa"[CHALLAMEL, 1895]. Cita, por su importancia a autores como GEORGE PICOT y JULES CHALLAMEL. CHALLAMEL, JULES [CHALLAMEL, 1.853-1.927. Abogado y Político, Doctor en Derecho, Paris 1.878. Fundador y Presidente de la l'Alliance catholique savoisienne de Paris1895]. Sobre este autor, véase, «Communication de M. ... sur les habitations à bon marché en Belgique et en France», *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, nº2, vol. 24, Février 1895.Existe otra edición como folleto, Pichon. Paris.

La pugna entre el derecho a una vivienda digna y la intervención del Estado para garantizarla y los principios que rigen el mercado ya fue valorada por los autores contemporáneos de la Loi Siegfried y sigue vigente en la actualidad.

La Loi Siegfried creía compatible la construcción de viviendas a bajos costes (sin que se eliminara la rentabilidad), en condiciones de higienidad y salubridad aceptables, sin coartar con ello los principios que rigen la economía de mercado.

La normativa en política de vivienda fue impulsada a través de distintos organismos que, aunque originariamente fueron órganos consultivos y con una actividad investigadora en el ámbito social, serían el antecedente del Ministerio de Trabajo, tal y como hoy lo entendemos.

A pesar de lo anterior, la primera Ley de Casas Baratas no consiguió realmente promover la construcción de viviendas realmente necesarias en aquel momento, ya que La Ley tuvo un periodo de vigencia de 1.921 a 1.924 y durante este periodo se construyeron únicamente 1.290 viviendas en todo el país.

Tras esta Ley se aprobó la Segunda Ley de Casas Baratas que ampliaría y continuaría perfilando el concepto de derecho a la vivienda a través de distintas instituciones.

### 2.2. La Segunda Ley de Casas Baratas: La Ley de 1.924.

En esta Ley, conocida como la Segunda Ley de Casas Baratas, aparece ya el sector público como el promotor de la vivienda social. Es la primera vez que aparece la intervención del Estado o del sector público en el sector de la vivienda de una forma clara, pero, a pesar de que era más completa que la anterior, tampoco consiguió alcanzar la producción del parque inmobiliario necesario, fracasando, en este sentido, de la misma forma que su antecedente.

Cuestiones como las subvenciones, exenciones fiscales, destino de terrenos de dominio público así como el establecimiento de condiciones especiales en los préstamos, fueron ya introducidas en estas Leyes de principios de Siglo.

La Segunda Ley de Casas Baratas creó las "Juntas de Casas Baratas". Se trataba de un órgano de la Administración con personalidad jurídica propia que prestaba servicios a particulares y que partía de la consideración de la función social de la propiedad. Como se observa, algunos elementos configuradores del concepto del derecho a la vivienda actual ya existían en las normas preconstitucionales como por ejemplo la intervención de las Administraciones, de los poderes públicos en la materia y la consideración de la función social de la propiedad (hoy recogida en el art. 33 CE), partiendo incluso, de la existencia de terrenos de dominio público para hacer efectivo este derecho.

El INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES se debilitó con la entrada en la Primera Guerra Mundial y el retroceso en la lucha de los derechos sociales. Entre 1919-1920 el INSTITUTO se reestructuró y se creó el MINISTERIO DE TRABAJO.

Tras el golpe de Estado del General Primo de Rivera, en Septiembre de 1.923, el INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES chocaba con los principios políticos del momento por lo que Eduardo Aunós[20] ordenó su disolución en 1.924 y lo sustituyó por un nuevo órgano que denominó MINISTERIO DE TRABAJO[21]. Durante esta época se continuó con el desarrollo de esta materia y se aprobó la Tercera Ley de Casas Baratas.

### 2.3. La Tercera Ley de Casas Baratas.

Llegada la República, el Ministro Federico Salmón creó las llamadas *"casas de renta"* mediante la que se denominó "Ley Salmón". La crisis económica del momento se intentó paliar a través del fomento de empleo público y este fue el

20. AUNÓS PÉREZ, EDUARDO (Lérida, 1894 - Madrid, 1967). Abogado y político español. Militante de las juventudes mauristas, fue diputado en Cortes en 1916. Colaboró con el régimen dictatorial del general Primo de Rivera desempeñando la cartera de Trabajo.
21. El Instituto de Reformas Sociales fue absorbido por el Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, por Real Decreto de 2 de Junio de 1.924 (Gaceta de Madrid, 6 de Junio de 1.924). Esta Real Orden dispuso que quedaban en suspenso las funciones del Instituto de Reformas Sociales. Los miembros del Instituto de Reformas Sociales pasaron a ser funcionarios del Ministerio de Trabajo como consecuencia de esta absorción.

motivo por el que se promovió la construcción de viviendas públicas, sin obviar que la necesidad de vivienda seguía vigente en la sociedad. Las llamadas "casas de renta" no permitían el acceso a la propiedad ya que se trataba de casas alquiladas, pero satisfacían en cierta medida la necesidad de vivienda y generaban empleo público. También en este momento histórico se utilizó la actividad de la construcción como forma de crear empleo, dinámica que ha sido utilizada desde entonces, de forma recurrente, por todas las Administraciones, hasta la actualidad.

El 25 de Junio de 1.935 se aprobó la llamada "Ley Salmón" (tomando el nombre del Ministro que la desarrolló) que era una ampliación y aplicación de la Ley de Paro de 7 de Julio de 1.935. Esta ley otorgaba beneficios fiscales a la construcción de todo tipo de viviendas precisamente para promover el empleo y reducir el paro.

Durante la Segunda República, se ampliaron las medidas orientadas a la mejora y fomento de la vivienda social. Estas medidas consistieron básicamente en la imposición a los Ayuntamientos de la obligación de promover viviendas sociales reservando terrenos para este uso; se aumentó la partida presupuestaria dedicada a esta materia y se establecieron medidas fiscales más favorables así como un estatuto jurídico propio.

Con la Tercera Ley de Casas Baratas se crearon cinco grupos distintos de viviendas: "Casas Ultrabaratas o Populares", "Casas Baratas", "Casas Económicas" (para la clase media), "Casas para funcionarios" y "Casas para militares".

Analizando esta clasificación de tipos de vivienda comprobamos que realmente no estaban dirigidas a la clase obrera, como parecían apuntar las primeras iniciativas, sino que cubren distintas clases sociales con diversas realidades económicas.

A pesar de su antigüedad, estas normas presentan puntos comunes con las normas más recientes que regulan el derecho a la vivienda y con otros aspectos

relacionados como pueda ser la utilización del proceso de construcción de viviendas como forma de generar empleo y motor de la econonomía.

El Decreto-Ley de 29 de Julio de 1.925 de Casas Económicas extendió esta normativa a la clase media, y, el Decreto-Ley de 15 de Agosto de 1.927, a los funcionarios.

El régimen jurídico de las "Casas Baratas" se componía de estas tres normas que contemplaba a distintas clases o colectivos sociales: la clase obrera[22], la clase media, y los funcionarios. Estas normas estuvieron en vigor hasta 1.939.

Entre 1.911 y 1.937 se promulgó legislación complementaria en materia de casas baratas y vivienda obrera. El General Franco dispuso en el FUERO DEL TRABAJO de 1.938 que el Estado debería proporcionar a los españoles *"las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana"*[23]*.* La frase utilizada en el FUERO DEL TRABAJO define claramente la necesidad de que las personas tengan una vivienda que les permita desarrollar los derechos de la personalidad en condiciones de dignidad.

### 3. La Ley del Régimen de Protección a la Vivienda de Renta Reducida de 19 de Abril de 1.939 y la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de Junio de 1.954.

Unos días después de acabar la Guerra Civil, el día 19 de Abril de 1.939 se promulgó la "Ley del Régimen de Protección a la Vivienda de Renta Reducida" en la que se contemplaba la creación del INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA[24].

22. En 1.939 se promulgó la Ley de 19 de Abril de 1.939 sobre el Régimen Legal de las Viviendas Protegidas que creó el Instituto Nacional de la Vivienda. Esta normativa se extendió a la clase media mediante la Ley de 25 de Noviembre de 1.944.
23. El Fuero del Trabajo fue aprobado por Decreto de 9 de Marzo de 1.938, de la Jefatura del Estado (Boletín Oficial del Estado, núm. 505, 10 de Marzo de 1.938, págs. 6.178-6.181). El Fuero del Trabajo dispone que "el crédito se ordenará a desarrollar la riqueza nacional y que el Estado reconoce la propiedad privada pero también el fin social de la propiedad".
24. En el INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA destacó la figura del Arquitecto JOSÉ FONSECA LLAMEDO (Inspector Nacional del Ministerio de Vivienda hasta su nombramiento como Consejero del CONSEJO SUPERIOR DE LA VIVIENDA) que, en 1.945,

En 1.943 se puso en marcha un Plan de Viviendas en el que el punto débil fue, como ocurrió con las anteriores normas y proyectos en la materia, la financiación de las entidades bancarias. Las entidades bancarias no obtenían grandes beneficios en operaciones de esta naturaleza y este fue el principal motivo que impidió que estas iniciativas pudieran llevarse a cabo de un modo efectivo.

Para intentar activar este sector se promulgaron distintas normas como la Ley de 25 de Noviembre de 1.944, sobre reducción de contribuciones e impuestos en la construcción de casas de renta para la clase media, y el Texto Refundido de la Ley de 19 de Noviembre de 1.948, que establecía el Régimen de lo que se denominaron Viviendas Bonificables.

Posteriormente, mediante el Decreto-Ley de 14 de Mayo de 1.954, se creó la categoría de "vivienda de tipo social" para las clases más desfavorecidas.

Por su parte, la Ley de 15 de Junio de 1.954 de Viviendas de Renta Limitada integró las normas anteriores e introdujo los denominados "Poblados dirigidos"[25], que consistían en una actuación urbanística planificadora que tenía como finalidad proporcionar vivienda a los inmigrantes y obreros de la construcción y reducir el paro.

Mediante el Decreto-Ley de 25 de Febrero de 1.957 se creó el Ministerio de la Vivienda, que se encontraba adscrito al Instituto Nacional de la Vivienda.

**4. Los Planes Nacionales de Vivienda.**

Con la aprobación de la Ley de Viviendas de Renta Limitada y el inicio de los Planes nacionales de vivienda se inició también la técnica de planificación urbanística y se aprobó la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de Mayo de

afirmó que la vivienda es un derecho natural del individuo y para todo aquél que trabaje el "Estado tiene la obligación de esforzarse en satisfacer ese derecho".

25. Los "Poblados Dirigidos" se regulan en el Decreto de 8 de Marzo de 1.957, en la Orden de Noviembre de 1.957, el Decreto de 15 de Enero de 1.959, la Orden de 10 de Febrero de 1.959, la Orden de 12 de Mayo de 1.959 y el Decreto de 6 de Abril de 1.961.

1.956. A través de esta normativa el Ministerio de Vivienda comenzó a desarrollar los llamados Polígonos Residenciales del INV. que eran polígonos residenciales destinados exclusivamente a Viviendas de Protección Oficial.

La creación de los Polígonos Residenciales se producía a instancias del Instituto Nacional de la Vivienda. El INV encargaba al Instituto Nacional de Urbanización (INUR) que, al amparo del Plan Nacional de la Vivienda, elaborase un Plan Parcial para la construcción de viviendas de protección oficial.

En estos Polígonos se ubicaban tanto viviendas de promoción pública, para familias con escasos recursos económicos, como viviendas subvencionadas para familias de clase media, adjudicándose todas ellas a través de los correspondientes procedimientos administrativos.

Los llamados Polígonos Residenciales se ajustan ya plenamente a las exigencias actuales de lo que es una vivienda digna y adecuada ya que el Estado no sólo diseñaba una zona residencial con viviendas en las que controlaba el diseño y la calidad de la construcción sino que también las dotaba de las infraestructuras necesarias para permitir el desarrollo social de la ciudadanía.

Así el sistema dotacional incluía la construcción de centros de enseñanza primaria y secundaria, centros sanitarios, asistencia religiosa, centros culturales (bibliotecas), zonas verdes y zonas de ocio[26].

La ejecución del Plan Parcial se llevaba a cabo a través de la expropiación en los términos establecidos en la Ley de 16 de Diciembre de 1.954 de Expropiación Forzosa y la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1.956.

El INV se encargaba de la ejecución del Plan Parcial, es decir, de la gestión de la expropiación así como de la posterior ejecución del proyecto y de la urbanización de los terrenos que conformaban el Polígono. Posteriormente, el

26. MUÑOZ PÉREZ, DAVID. "Reconstrucción del derecho a la vivienda en España: una nueva perspectiva constitucional". Wolters Kluwer España, 2.019.

Instituto Nacional de la Vivienda se encargaba de las adjudicaciones públicas directas de las viviendas de protección oficial[27].

En cuanto a la calidad técnica de estas edificaciones así como a las exigencias sobre habitabilidad se aprobó la Orden de 29 de Febrero de 1.944 sobre Habitabilidad (que se considera el precedente de la actual normativa sobre Ordenación de la Edificación). Como hemos expuesto anteriormente, también un aspecto como la habitabilidad, ligada al concepto de vivienda digna y adecuada actual, era ya contemplada en una norma preconstitucional.

Posteriormente, el Instituto Nacional de la Vivienda impulsó distintos Planes de Vivienda específicos en determinadas ciudades que coexistían con la anterior legislación[28].

El segundo Plan Nacional de Vivienda (1.961-1.976) creó las llamadas viviendas "subvencionadas". Este Plan de Vivienda fue aprobado mediante la Ley de 23 de Diciembre de 1.961, que dio lugar al nacimiento de las viviendas de protección oficial[29].

Posteriormente se sucederían distintos Planes Nacionales de Vivienda incluso después de la aprobación de la Constitución hasta la actualidad, con distintas características dependiendo de las circunstancias económicas y sociales de cada periodo.

27. Un ejemplo de este tipo de promociones lo encontramos en el Residencial de "Rafalafena" en Castellón de la Plana, en el que coexisten distintos tipos de viviendas de protección social y en el que se estableció un sistema dotacional al que pudieran acceder todas las viviendas en condiciones de igualdad.
28. El primer Plan Nacional 1.955-60 coexistió con otros Planes de Vivienda como el Plan de Madrid de 1.955, el Plan de Barcelona de 1.955, el Plan de Urgencia de Madrid de 1.957, el Plan de Urgencia Social de Barcelona de 1.958, el Plan de Urgencia Social de Vizcaya de 1.958, el Plan de Urgencia Social de Asturias de 1.958, el Plan de Urgencia Social de Vizcaya de 1.959, así como ocurriría también con el Plan Nacional de Vivienda para los años 1.961 a 1.976.
29. Texto Refundido aprobado por Decreto 2.131/1.963, de 24 de Julio, modificado por el Decreto 3.964/1.964, de 3 de Diciembre (rectificado) en lo concerniente a la adaptación de la legislación de viviendas de protección oficial a las disposiciones de la Ley 41/1.964, de 11 de Junio, de Reforma del Sistema Tributario, reglamentado por el Decreto 2.144/1968, de 24 de Julio.

La Orden de 12 de Julio de 1.955 aprobó una serie de normas constructivas que fueron antecedente de la actual legislación en la materia, y, posteriormente, se aprobó la Orden de 20 de Mayo de 1.969, que contenía normativa técnica que había evolucionado respecto a la anterior Orden de 1.955 y que venía referida al diseño de este tipo de viviendas[30].

El 30 de Julio de 1.976 se aprobó el Decreto-Ley 12/1.976, de 30 de Julio, sobre Inversión en Vivienda que se refería a la promoción privada con intervención de la Administración y que fue derogado mediante el Real Decreto Ley 31/78, de 31 de Octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial.

Como apunta MARIA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS, dentro del Instituto Nacional de la Vivienda había una divergencia de opiniones en torno a lo que a principios del S. XIX se denominó la "cuestión social". De una parte, FONSECA concebía la vivienda como un derecho necesario y su preocupación era que los ciudadanos pudieran acceder a la misma, mientras que CÉSAR CORT[31] concebía el fenómeno de la construcción como un negocio especulativo, más cerca de la visión que tenemos en la actualidad de esta cuestión.

La Ley de 15 de Julio de 1954 sobre Protección de Viviendas de Renta Limitada[32] derogó la Ley de 1939 de Viviendas de Renta Reducida y la Ley de 1.944

30. Posteriormente se aprobarían las Órdenes Ministeriales de 24 de Noviembre de 1976 y de 17 de Mayo de 1.977 sobre Calidad que estuvieron en vigor hasta la aprobación de la Ley 38/1.999, de 5 de Noviembre, de Ordenación de la Edificación y del Código Técnico de la Edificación (aprobado por Real Decreto 314/2.006, de 28 de Marzo).
31. CORT BOTÍ, CÉSAR (1893 – 1978) Perito industrial, Aparejador, Ingeniero Industrial y Arquitecto español, primer Catedrático de Urbanismo en la Escuela de Arquitectura de Madrid y Académico de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.
32. La Ley de 15 de Julio de 1.954 sobre Viviendas de Renta Limitada deroga la Ley de Viviendas Protegidas de 19 de Abril de 1.939, la Legislación de Viviendas Bonificables de 25 de Noviembre de 1.944 y los Decretos-Leyes de 19 de Noviembre de 1.944 y 27 de Noviembre de 1.953. Fue desarrollada mediante Reglamento aprobado por Decreto de 24 de Junio de 1.955. El artículo 2º de la Ley de 15 de Julio de 1.954, define el concepto de vivienda de renta limitada y establece dos grupos o tipos de viviendas. Se entiende vivienda de renta limitada la que se construye conforme a los proyectos aprobados por el Instituto Nacional de la vivienda por reunir las condiciones que se señalan en el Reglamento y en las Ordenanzas que se dicten para ello. El artículo 2 establece dos tipos o grupos de viviendas: las viviendas de renta limitada del primer grupo son aquellas para

de Viviendas Bonificables. La Ley de Protección de Viviendas de Renta Limitada se aleja del inicio de las políticas sociales sobre vivienda y se centra en la clase media y en un tipo de viviendas que superan las expectativas inicialmente generadas entre los primeros intelectuales y políticos que se iniciaron en la investigación de esta cuestión.

La Ley de Protección de Viviendas de Renta Limitada de 1.954 conjugaba en su artículo 3º los dos elementos que siempre pugnan en esta materia la protección social y del derecho de vivienda y los principios de libre mercado[33]. El artículo 3 de

---

las que no se solicitan "auxilios económicos" directos al Estado; el segundo grupo viene referido a aquellas para las que se soliciten auxilios directos del Estado. Dentro de estas viviendas de renta limitada del segundo grupo la Ley establece a su vez en tres categorías que fijará el Reglamento en función de su superficie y presupuesto por metro cuadrado de edificación. La Ley extiende su protección también a edificaciones complementarias, incluso a ampliaciones horizontales y verticales de edificios. Tal es la protección que pretende otorgar la Ley que incluso contempla las viviendas rurales y extiende la protección a los anejos agrícolas hasta el 50% como máximo del presupuesto de las viviendas.

33. En los artículos 33 y 34 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada se establecía que la política sobre vivienda sería competencia del INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA que dependía orgánicamente del Ministerio de Trabajo. La Ley creó en su artículo 35 el CONSEJO NACIONAL DE LA VIVIENDA al que le atribuía la alta dirección de la política general de vivienda. Junto a las autoridades incluidas en el organigrama de funcionamiento del Consejo aparecía el Director del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, en representación de la Banca Oficial; un Director o empleado, con categoría análoga, de Establecimiento de crédito, como representante de la Banca privada, y demás Instituciones de Crédito y Ahorro, designado por la Junta Económica del Sindicato de la Banca; y, el Jefe Nacional de Urbanismo. En cuanto a la financiación del INSTITUTO NACIONAL DE LA VIVIENDA, el artículo 38 de la Ley disponía que había de financiarse de las subvenciones que fijaran el Estado y las Administraciones en sus presupuestos a tal efecto así como los bienes y derechos con los que contaba el disuelto Patronato de Política Social Inmobiliaria. La Ley contemplaba como posibles promotores, tanto a empresas privadas, Administraciones y particulares, siempre que se acogiesen a las condiciones prescritas en la norma. Como régimen excepcional, y, ante la insuficiencia de promociones, el Instituto Nacional de la Vivienda podía encargar promociones a cualquiera de las entidades contempladas expresamente como "promotores" en el artículo 5 de la Ley. La aplicación del régimen jurídico previsto en la Ley de Viviendas de Renta Limitada suponía la aplicación de una serie de beneficios tales como exenciones y bonificaciones fiscales, suministro de materiales, derecho a la expropiación forzosa de terrenos edificables, anticipos sin interés reintegrables a largo plazo, y, préstamos complementarios en las condiciones previstas en el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley. A los efectos del presente estudio, nos interesa especialmente analizar este beneficio que incidía en el préstamo y en sus condiciones (condiciones que han sido cuestionadas en estos últimos años). Respecto a los préstamos hipotecarios, el artículo 10 apartado

la Ley atribuía al Instituto Nacional de la Vivienda la misión de orientar socialmente la construcción de viviendas en beneficio de las familias económicamente débiles y de proteger económicamente la edificación de tales viviendas, confiriéndoles los beneficios previstos en la Ley, velar por su mejor uso, aprovechamiento y administración y atraer y fomentar la iniciativa privada, a fin de lograr su concurso para la edificación de toda clase de viviendas.

De este régimen se podría criticar que la creación de un estatuto jurídico específico de protección del derecho a la vivienda no debe nacer como excepción a las normas del libre mercado para propiciar que, aprovechando un tratamiento especial de carácter social, se pueda especular en el mercado y obtener un beneficio económico. Esta situación es precisamente la que se ha producido en los últimos años: viviendas que fueron adquiridas en unas condiciones especiales amparadas por el régimen de protección pública fueron vendidas posteriormente generando unos cuantiosos beneficios para sus propietarios, contribuyendo a la especulación y a la creación de la burbuja inmobiliaria.

Cuarto establecía la exención de los préstamos hipotecarios con las siguientes limitaciones: "Los contratos de préstamo hipotecario que se destinen exclusivamente a la construcción de viviendas de "renta limitada", conforme a proyecto aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda, siempre que el interés concertado no exceda del 4,5 por 100 y su plazo no sea inferior a diez años. Del mismo beneficio gozará la cancelación, ampliación, modificación, posposición y prórroga expresa de estos préstamos". El apartado Sexto del artículo 10 aplicaba también las exenciones y bonificaciones a la concesión de anticipos y préstamos por parte del Instituto Nacional de la Vivienda. El apartado Décimo Primero del artículo 10 recogía la posibilidad de transmitir el dominio de estas viviendas cuando aplica las exenciones fiscales también a la primera transmisión del dominio de la vivienda de renta limitada siempre que tuviera lugar dentro de los veinte años siguientes a la fecha de su calificación. El artículo 15 contemplaba la concesión por parte de la Administración de lo que denominaba "anticipos sin interés", es decir, ayudas directas para la construcción de viviendas de renta limitada tanto a entidades constructoras públicas como privadas y también a particulares. El anticipo se concedía con garantía hipotecaria a favor del Instituto Nacional de la Vivienda y su devolución se realizaba en un plazo no superior a cincuenta años, comenzando su devolución a partir de la fecha de ocupación de la vivienda, y, en todo caso desde su calificación definitiva.

La Ley de 12 de Mayo de 1.956 del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, destacó por ser la primera ley en otorgar a los poderes públicos la potestad de interferir y ordenar el planeamiento urbanístico[34].

Posteriormente, y, mediante Decreto-Ley de 25 de Febrero de 1.957 se creó el Ministerio de la Vivienda del que dependía el Instituto Nacional de la Vivienda.

La Ley del Suelo de 1.956 regulaba el llamado derecho de superficie como una técnica al servicio de la acción urbanística pública y privada. El derecho de superficie atribuye a su titular ("el superficiario") la facultad de construir y edificar, en la rasante, el vuelo y el subsuelo de una finca ajena manteniendo la propiedad temporal de la construcción o edificación realizada. Estas construcciones generan el correspondiente título de propiedad que accede al Registro de la Propiedad mediante su plasmación en una escritura pública. Por tanto, el derecho de superficie distingue entre la propiedad de lo edificado y la propiedad del suelo.

A cambio, el titular del suelo recibe una contraprestación y la duración del derecho de superficie que no puede exceder del plazo máximo de noventa y nueve años. El derecho de superficie puede transmitirse y gravarse[35].

34. Respecto a la relación entre urbanismo y vivienda véase ALLI ARANGUREN, J.C. "Urbanismo y vivienda: la interrelación de las políticas de suelo y vivienda", *Revista de Derecho urbanístico y medio ambient*e, nº 219, 2.005; BURÓN CUADRADO, JAVIER., "Las reservas de suelo para vivienda protegida: lecciones del caso de Vitoria-Gasteiz", ACE: Arquitecture, city and enviroment (idem), 2.006 y "La política de vivienda protegida: la arquitectura autonómica" en AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (Coord.), *El modelo de ordenación territorial, urbanismo y vivienda vasco: aplicación práctica,* Oñati, IVAP, págs.. 257-344, 2.011; GARCÍA ÁLVAREZ, GERARDO. "Las reservas de suelo para viviendas de protección pública", en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO (Coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, págs. 383-410, Marcial Pons, 2.010, Madrid.
35. TEJEDOR BIELSA, JULIO. "Derecho a la Vivienda y Burbuja Inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y rehabilitación". Íbidem, p.122, Ed. La Ley, 2.012, Madrid. El autor cita como primer proceso de liquidación de suelo con superficiarios titulares de vivienda protegida el que se inició mediante la Orden de 21 de 2.010, del Consejero de Viviendas, Obras Públicas y Transportes. Mediante esta Orden se posibilitó la compra del suelo de viviendas en derecho de superficie por las personas titulares de viviendas de protección oficial edificadas en derecho de superficie y calificadas provisionalmente con anterioridad a 1 de Enero de 2.003. pág. 149. Como recuerda el autor, en el caso de las viviendas de protección oficial era normal que llegado el momento de la adjudicación no existieran problemas con la financiación. Sin embargo, es precisamente la adjudicación en propiedad (como hemos dicho, lo habitual) ya que queda condicionada a la concesión del préstamo hipotecario

Del anterior análisis de la evolución de las políticas de vivienda se extrae claramente que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la vivienda se ha proveído mediante la construcción de viviendas públicas subvencionadas, promovidas por el Estado, y de las que se disfruta mediante el acceso a la propiedad y que las familias españolas han dedicado la mayor parte de su ahorro precisamente a dicha adquisición y a la financiación del negocio inmobiliario e hipotecario[36].

Si bien la Administración Pública ha sido la gran impulsora y protagonista de estas políticas de vivienda, la evolución de los Planes Estatales de vivienda es una expresión del declive de este sistema[37].

El crédito y las políticas públicas sobre vivienda están estrechamente relacionados y tienen una clara incidencia en el derecho a la vivienda. Tan sólo cuando el acceso a la propiedad ha empezado a ser un problema por la dificultad de acceder a la financiación se han empezado a plantear otros modos o alternativas para acceder a la vivienda.

correspondiente. Ante la imposibilidad del adjudicatario de subrogarse en el préstamo hipotecario, se ve en la necesidad de desistir o renunciar a la adjudicación.

36. Véase "Las reservas de suelo para viviendas de protección pública", en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010; GARCÍA CALVENTE, Y., «La protección del derecho a una vivienda digna a través del sistema tributario», en Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega, Lex Nova, Valladolid, t. I, 2005; GONZÁLEZ POVEDA, P., «La Ley de Ordenación de la Edificación y derechos de los consumidores», en M. P. LEDESMA IBÁÑEZ (dir.), Derecho y vivienda, CGPJ, Madrid, 2006; IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social», Documentación Administrativa, nº 271-272, 2005.– «Régimen jurídico de la vivienda protegida y políticas de suelo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 12, 2008.
37. Respecto a la intervención de la Administración en las políticas sobre vivienda véase IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social», Documentación Administrativa, nº 271-272, 2005. – «Régimen jurídico de la vivienda protegida y políticas de suelo», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 12, 2008.– «La planificación de la vivienda protegida», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), Construyendo el derecho a la vivienda, Marcial Pons, Madrid, 2010; LEAL, J., «La política de vivienda en España», Documentación Social, nº 138, 2005.

## II.EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978: EL ARTÍCULO 47.

### 1.El derecho a la vivienda tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978.

#### 1.1. El derecho a la vivienda como Principio Rector de la Política Social y Económica o derecho subjetivo.

En el Capítulo I analizaremos el Derecho a la vivienda para poder comprender su encaje en la contratación bancaria que se analiza en los Capítulos siguientes.

En primer lugar, debemos partir del artículo 47 de la Constitución Española de 1.978 como norma suprema del ordenamiento jurídico español, pero veremos que también resulta necesario acudir a normas preconstitucionales y otras normas fundamentales que sirvieron como antecedentes en la configuración de este Derecho.

La evolución en el tiempo de la Jurisprudencia y de las políticas de vivienda ha ido configurando el concepto de derecho a la vivienda que sigue completándose de forma constante en las normas que se suceden. Como exponemos en este trabajo, la Jurisprudencia tiene un papel fundamental, ya que, normas incompletas o vacías de contenido material, han sido dotadas de efectividad mediante una aplicación de la regla jurídica adecuada a la realidad del momento y al "espíritu de la Ley".

En este análisis previo para poder ubicarnos en la materia, iniciaremos nuestro estudio partiendo del artículo 47 de la Constitución Española. El derecho a una vivienda digna y adecuada se recoge en el artículo 47 de la Constitución Española y supone el reconocimiento expreso de este derecho en la Constitución,

aunque, como hemos analizado en epígrafes anteriores, la existencia del mismo ya había sido reconocida en normas preconstitucionales.

El artículo 1.1 de nuestra Constitución configura a España como un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, la libertad, la justicia y el pluralismo político siendo este precepto el pilar fundamental sobre el que se sustenta el ordenamiento jurídico.

Nuestra Constitución aboga por un estado Social que proteja al ciudadano frente a las desigualdades, promoviendo y garantizando esa igualdad de forma efectiva. Pero, al mismo tiempo que se reconoce la creación del Estado Social, se reconoce el derecho a la propiedad privada (art.33 CE) y el derecho al libre mercado (art. 35 CE,) de tal forma que, la complejidad del esquema constitucional previsto en el art. 1.1. CE radica en lograr los mecanismos para que puedan conjugarse todos estos elementos sin que ninguno de ellos resulte menoscabado.

Las normas preconstitucionales españolas y normas como la Constitución de Weimar de 1.919 ya recogían de distintas formas el derecho a disfrutar de una vivienda. La Constitución Española dispone en su art. 47 que:

"Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en la plusvalía que genere la acción urbanística de los entes públicos".

A pesar de que el art. 47 CE reconoce el derecho a la vivienda y a pesar de que este reconocimiento tiene su origen el reconocimiento del Estado Social

(art.1.1. CE)[38], su ubicación en el Texto Constitucional ha generado no pocas dudas respecto a su naturaleza jurídica, esto es, respecto ante qué clase de derecho nos encontramos, y, en consecuencia, al alcance de su aplicación y exigibilidad por parte de los ciudadanos.

La determinación de la naturaleza jurídica de este Derecho permite determinar, a su vez, qué competencias atribuye la Constitución para su regulación (al Estado, a las CCAA o Administraciones locales) y cuál es alcance real de su regulación.

La determinación de la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda pudiera parecer una cuestión innecesaria si no fuera porque su ubicación en el texto constitucional suscita no pocas dudas, ya que se regula dentro del Capítulo III del Título Primero, titulado *De los principios rectores de la política social y económica,* lo que genera dudas acerca de la naturaleza jurídica de este derecho[39] y de la protección que del mismo ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución reconoció el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada pero no lo configuró como un derecho fundamental ya que hubiera sido necesario incluirlo de forma expresa dentro de los denominados derechos fundamentales[40] para reconocerle tal condición.

38. GUILLÉN, A., El origen del Estado de Bienestar en España (1876-1923): El papel de las ideas en la elaboración de políticas públicas, Estudios Working Papers, Madrid, 1990; GONZÁLEZ MORENO, B., El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas, Madrid, 2002; BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1.979". Revista de Derecho Urbanístico nº 85. 1.983.
39. Respecto a la configuración del derecho a la vivienda como derecho subjetivo así como su naturaleza jurídica véase FERNÁNDO LÓPEZ RAMÓN. "Aproximación a la configuración jurídica del derecho a la vivienda dentro del ordenamiento jurídico español", ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES, Revista Opinión Jurídica, Vol. 14, nº 28, págs. 79-90. Universidad Medellín. Julio-Diciembre de 2015, Medellín, Colombia; y, "El derecho subjetivo a la vivienda", Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 102, Septiembre- Diciembre (2.014), págs. 49- 91.
40. Respecto al concepto de derecho fundamental véase FUERTES LÓPEZ, J., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea. Ciudadanos y Carta de Derechos Fundamentales», en J. ENÉRIZ (coord.), Derecho de la Unión Europea, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006; GAMBINO, S., «Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores

Si nos atenemos al tenor literal del texto, el derecho a la vivienda sería lo que se denomina un principio rector de la política social y económica. Sin embargo, un examen de este derecho y la importancia vital que tiene en el desarrollo y ejercicio de otros derechos, como el derecho a la dignidad o a la intimidad, nos lleva a hacer una lectura distinta.

Acerca del contenido del derecho y, pese a su ubicación en el Texto Constitucional, se plantean dudas sobre si el derecho a la vivienda es un derecho fundamental (por no haberse incluido dentro de los llamados derechos fundamentales); si se trata de un derecho subjetivo, sin más (como pudiera serlo el derecho a la propiedad privada, por ejemplo); si estamos ante un derecho social[41], que merece una tutela especial o ante un mero principio programático que únicamente informa el ordenamiento jurídico pero no es exigible de forma individualizada salvo que existan normas de desarrollo que así lo permitan.

Existe un debate sobre si el derecho a la vivienda debe considerarse un derecho subjetivo o principio rector, dada su ubicación en el Texto Constitucional[42]. Al respecto, un sector mayoritario considera que no se trata de

---

del siglo XXI», Revista de Estudios Políticos, nº 117, 2002; GARCÍA MACHO, R., Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda, IEAL, Madrid, 1982.– «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad», Revista Catalana de Derecho Público, nº 38, 2009; FREIXES SANJUÁN, T., Constitución y derechos fundamentales (I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos en la Constitución Española de 1978), PPU, Barcelona, 1992. – «La justiciabilidad de la Carta Social Europea», en L. JIMENA QUESADA coord.), Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.–«Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de derechos fundamentales», Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 4, 2005.

41. GARZÓN VALDÉS, E., «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», en R. ALEXY y otros, Derechos sociales y ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007; MARTINEZ DE PISÓN, J., Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales, Tecnos, Madrid, 1998. «Los derechos sociales: unos derechos controvertidos», en V. ZAPATERO y Mª I. GARRIDO (eds.), Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, Universidad de Alcalá, 2009.; PEÑA, L. «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en Los derechos positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones, Plaza y Valdés, Madrid, 2006.
42. Véase GÓMEZ-FERRER, RAFAEL. "Artículo 47", en M.E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. Comentarios a la Constitución Española. Madrid, 2.008. Fundación Wolters Kluwer, págs. 1.101-1112.

un derecho subjetivo sino de un Principio Rector de la Política Social y Económica recogidos en Capítulo III Título I de la Constitución Española. Esta consideración supone que el mandato va dirigido a los poderes públicos sin que se trate de un derecho subjetivo del que sea titular el ciudadano, por tanto, la tutela judicial viene dada por lo dispuesto en el art. 53.3 CE, y no existe una tutela judicial directa que permita a los ciudadanos la exigencia del derecho a la vivienda como Derecho subjetivo[43].

Los Principios Rectores informan el ordenamiento jurídico, son mandatos directos a los poderes públicos y sirven como bases y límites a la configuración de las Leyes. Sólo su concreción en Leyes permite la constitución de verdaderos derechos subjetivos que el ciudadano pueda exigir de forma directa[44]. Sin embargo, aunque decimos que los Principios Rectores de la Política Social y Económica deben informar el ordenamiento jurídico no debemos confundirlos con los principios recogidos en el art. 1.4 Cc (algunos recogidos también en el art. 9.3 CE)[45].

Conforme a este criterio, el derecho a la vivienda, considerado como Principio Rector serviría exclusivamente para vertebrar políticas de vivienda. Únicamente sería exigible a los poderes públicos de forma genérica y su eficacia

43. LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO. "El derecho subjetivo a la vivienda". Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 102, Septiembre- Diciembre 2.014, págs. 49-91. Respecto a los autores que consideran que el derecho no es un derecho subjetivo sino un Principio Rector cita R. GARCÍA MACHO (1.982) y a M. BASSOLS COMA (1.983); GARRIDO GUTIÉRREZ, P. «Derecho a la vivienda», en C. MONEREO ATIENZA y J.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Artículo 47», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ PIÑERO (dirs.), Comentarios a la Constitución Española, Walters Kluwer, Madrid, 2009.
44. Sobre la oponibilidad y cumplimiento del acceso a la vivienda, véase SIMÓN MORENO, H. (2015). "El cumplimiento del derecho a la vivienda en España. Especial referencia a la asequibilidad, estabilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda", CEF Legal. Revista Práctica de Derecho, núm. 169, Febrero 2015; véase, a modo de ejemplo en Derecho comparado, SCALON, K.; KOCHAN, B. (2016). La experiencia del derecho 'oponible' de acceso a la vivienda DALO en Francia, en "Jornada sobre la Ley Vasca de Vivienda", Bilbao 20-4-2016.
45. Véase la STS, Sala 3ª, 3663/ 1.987, de 26 de Mayo de 1.987, Ponente: JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ en la que se analiza la diferencia entre los Principios Rectores de la Política Social y Económica y el Derecho a la vivienda.

quedaría supeditada a la discrecionalidad política y a las condiciones financieras: se trataría, por tanto, de principios meramente programáticos[46].

La llamada política social tiene su origen en la concepción social del Estado como ente que debe procurar proveer a los ciudadanos de necesidades básicas inherentes al ser humano promoviendo y, garantizando condiciones de igualdad en la ciudadanía.

En este punto, existen distintas referencias que han servido a la configuración de lo que se conoce como el Estado Social o Estado del Bienestar[47].

Uno de los referentes más emblemáticos, respecto al concepto de derecho a la vivienda, es la Constitución de Weimar de 1.919 que, aunque breve en el tiempo (apenas perduró durante el periodo de entreguerras), es considerada una Constitución social de referencia.

No obstante, aunque la Constitución de Weimar es considerada un modelo de constitución social importante, existieron ya en aquella época otros textos constitucionales que también recogían el concepto de Estado Social.

La Ley Fundamental de Bonn de 1.949 recoge los denominados derechos fundamentales sociales la Constitución de Weimar y se considera su antecedente inmediato aunque se cuestione su aceptación por la ciudadanía por considerarse una "constitución fallida" al haber posibilitado la llegada de Hitler al poder.

46. Respecto a la efectividad del derecho resulta interesante, a modo de ejemplo, la llamada Doctrina Mont Laurel (creada a partir de los casos Mont Laurel I y II, en 1.975 y 1.983 respectivamente, por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey ( EEUU), que impusieron a los poderes públicos la obligación de garantizar el derecho a una oportunidad realista de vivienda asequible. Sobre el derecho a la vivienda al inicio de la crisis en EEUU véase BRATT, R.G.; STONE, M.E. y HARTMAN, C.; "Why a right to housing is needed and makes sense", en A right to housing. Temple University Press, Filadelfia, 2.006; BRYSON, D.B. "The role of the Courts and a right to housing" en BRATT, R.G.; STONE, M.E. y HARTMAN, C. A right to housing. Temple University Press, Filadelfia, 2.006.
47. Véase GARRIDO GÓMEZ, I., Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho, Dilex, Madrid, 2007, GARCÍA HERRERA, M. A., «El fin del Estado social», Sistema, nº118-119, 1994, – «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española», Revista de Derecho Político, nº58-59, 2004; GARCÍA SILVERO, E. A., «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº2, 2002.; GARRORENA MORALES, A. El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, Tecnos, Madrid, 1984.

Con estos antecedentes históricos, la Constitución Española de 1.978[48], recoge de forma expresa la configuración del Estado como un Estado Social, reconociendo el derecho a la vivienda en el art.47[49].

Por su ubicación en el Texto constitucional, se trataría de un mandato a los poderes públicos, de carácter programático, en cuanto a su exigibilidad[50], que requeriría de un desarrollo en Leyes concretas para configurarse como un verdadero derecho subjetivo.

Para dotar de eficacia el derecho contemplado en el art. 47 CE surge también la duda de determinar cómo se puede realizar ese desarrollo normativo y qué organismos son competentes para desarrollarlo.

Esta cuestión ha provocado conflictos de competencia entre el Estado y las Administraciones Autonómicas ya que, si bien en materia de vivienda hay competencias transferidas a las CCAA, existen otras materias, como la ordenación del crédito respecto de las cuales existe una competencia exclusiva a favor del Estado[51] para la regulación de las "bases" del crédito, pero su desarrollo puede ser objeto de competencia por parte de las CCAA.

48. Véase BASSOLS COMA, MARTÍN. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1.978". Revista de Derecho Urbanístico, Año 17, núm. 85, págs. 13-4, 1.983.
49. Véase, por ejemplo, la Constitución de Portugal de 1.976, que dos años antes de que se promulgara nuestra Constitución también establecía en su artículo 65.1 declaraciones en materia de vivienda como uno de los aspectos propios de un Estado Social.
50. Respecto a la exigibilidad de los llamados derechos sociales véase GARCÍA MORALES, A. F., La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Universidad Complutense, Madrid, 2003.PISARELLO, GERARDO. "Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible". Barcelona, Icaria, 2.003; GARCÍA CANTERO, GABRIEL. "¿Hay un derecho constitucional a la vivienda?". Revista Jurídica del Notariado, núm. 74, págs. 491-510.
51. Véase TRILLA, C. "Una reflexión sobre el modelo español de política de vivienda", J.Leal, La Política de Vivienda en España. Sobre las competencias de la Comunidad Valenciana en materia de ordenación del crédito y la banca, y el art. 50.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana véase MARIMÓN DURÁ, RAFAEL. Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana: (según redacción dada por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de Abril, de Reforma de Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana) / Vicente Garrido Mayol (dir.), 2013, págs. 1781-1798.

El Derecho Estatutario, conformado por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas ha desarrollado lo dispuesto en el art. 47 CE en materia de vivienda, sirviendo a su vez como punto de partida de distintas normas autonómicas en la materia.

En nuestro derecho estatutario[52] se ha recogido el derecho a la vivienda en algunos de los más recientes Estatutos de Autonomía como por ejemplo el Estatuto de Cataluña de 2.006 (art. 26); el Estatuto de la Comunidad Valenciana de 2.006 (art.16); y el Estatuto de las Islas Baleares de 2.007 (art. 22).

En el caso del Estatuto de Cataluña, el texto diferencia claramente este derecho de los principios rectores (art. 47) y además le atribuye una tutela judicial expresa en el art.38.2. En estos Estatutos parece querer configurarse el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo, mientras que en otros Estatutos queda clara su configuración como principio rector de la política social y económica como, por ejemplo, el Estatuto de Andalucía de 2.007 (art. 25); el Estatuto de Aragón de 2.007 (art. 27); o el Estatuto de Castilla y León de 2.007 (art. 16)[53].

En la Legislación autonómica, además de los Estatutos de Autonomía, encontramos también normas que reconocen el derecho a la vivienda como por

52. Sobre la materia véase, por ejemplo, AGUDO ZAMORA, M. "Derecho a la vivienda y reformas estatutarias", Anuario de Facultade de Dereito da Universidades da Coruña, nº 14, 2.010; AJA, E. (Coord.) "El artículo 149.1. de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social", en AAVV, La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de atribución de competencias, IEA, Barcelona, 1.992.
53. Respecto a las leyes autonómicas en materia de vivienda y la naturaleza jurídica de los principios rectores de la política social y económica véase IGLESIAS GONZÁLEZ, FELIPE. "Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal", en GARCÍA MORENO, FERNANDO, y GONZÁLEZ GARCÍA, FRANCISCO (Dirs.), Reflexiones sobre la vivienda en España, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 15-61, 2.013.; AGUDO ZAMORA, M. "Derecho a la vivienda y reformas estatutarias", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 14-2.010; APARICIO, M., JARIA, J. y PISARELLO, G. "Los derechos y principios del ámbito civil y social en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en M.A. APARICIO (ed.) y J.M.CASTELLÀ y E. EXPÓSITO ( Coords), Derechos y principios rectores de los Estatutos de Autonomía, Cedecs, Barcelona, 2.008; CARRILLO, M. "Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía", Revista de Derecho Constitucional, nº 80, 2.007. Véase, también, respecto a los municipios, BASSSOLS COMA, M. (2003). La exclusión social y la contribución de los municipios a la satisfacción del derecho a la vivienda, Revista de estudios de la administración local, nº 291, 2003.

ejemplo la Ley de Andalucía de 2.010[54]; la Ley de Castilla-La Mancha de garantías del acceso a la vivienda de 2.011 (que fue derogada en 2.012)[55]; y, la Ley de Vivienda de Galicia de 2.012[56] y que también inciden en aspectos fundamentales del derecho a la vivienda más allá de lo previsto en el ar. 47 CE.

Respecto al derecho estatutario, queda claro que se trata de normas que no pueden contravenir en modo alguno lo dispuesto en la Constitución. Sin embargo, la configuración que algunos Estatutos de Autonomía recogen del derecho a la vivienda parece apartarse de la configuración del derecho a la vivienda como principio rector de la política social y económica y cambiar su naturaleza jurídica, con la finalidad de dotarlo de una mayor eficacia y exigibilidad.

Si el art. 47 CE reconoce el derecho a la vivienda como principio rector de la política social y económica, no parece posible que un Estatuto de Autonomía pueda reconocer al derecho a la vivienda otra naturaleza jurídica.

Si consideramos que el art. 47 CE reconoce un principio rector que puede ser desarrollado por normas y que es ese desarrollo normativo el que configura el derecho subjetivo exigible por los ciudadanos, podría entenderse que los Estatutos de Autonomía pueden convertir un derecho programático en un derecho subjetivo plenamente exigible ante los Tribunales por los ciudadanos. Pero esta consideración nos llevaría a admitir que existieran Comunidades Autónomas en las que el derecho a la vivienda fuera un derecho subjetivo y otras en las que fuera un derecho programático, un mero principio informador, no exigible de forma directa e individualizada ante los Tribunales. Esta asimetría parece difícil de fundamentar.

Sobre este aspecto y, respecto a la interpretación del art. 47 CE, existe una interpretación, la mayoritaria, que considera que no se trata de un derecho

54. Ley 1/2010, de 8 de Marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía.
55. La Ley 1/2011, de 10 de febrero, de garantías en el acceso a la vivienda en Castilla-La Mancha, fue derogada por la Ley 1/2012, de 21 de febrero (disposición derogatoria, apartado 2).
56. Artículo 3 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda de Galicia.

subjetivo sino de un Principio Rector de la Política Social y económica. Se trata de mandatos constitucionales o estatutarios que no reconocen una verdadera naturaleza de derecho subjetivo porque esto provocaría una clara desigualdad de derechos entre ciudadanos.

Sin perjuicio de la configuración del derecho a la vivienda en el art. 47 CE y en los Estatutos de Autonomía, destaca que existan otras normas en el ordenamiento jurídico que sí parecen estar reconociendo el derecho a la vivienda como un derecho subjetivo, como por ejemplo el art. 4 a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2.008[57], lo que parece habilitar la reformulación doctrinal de este Derecho con base en el resto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el proceso constituyente culminó con la redacción de un precepto que configuraba el derecho a la vivienda como derecho subjetivo de los ciudadanos y como mandato a los poderes públicos para que promoviesen y garantizasen las condiciones del ejercicio del derecho subjetivo siendo ésta finalmente la opción acogida[58].

El art. 47 CE se ubica en el Capítulo III del Título Primero, lo que limita los mecanismos de defensa de este derecho y ello plantea no pocas dudas respecto a su naturaleza jurídica[59].

57. Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. El precepto transcrito coincide con el artículo 4.a) de la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo.
58. Compartimos, en este sentido, la opinión de autores como CALVO ORTEGA, R. "Reflexiones sobre los principios rectores de la política social y económica en la Constitución", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nº37, Madrid, 2.007.
59. Véase RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO. "El Derecho Constitucional a la vivienda. Un enfoque sustantivo y competencial". Pág. 28. Edita Secretaría General Técnica Centro General de Publicaciones. Ministerio de Vivienda. Gobierno de España,2.008. Como explica el autor, si bien el derecho a la vivienda no fue configurado como un derecho fundamental, no cabe duda de que su vinculación con los derechos fundamentales es directa ya que el acceso a una vivienda digna permite el ejercicio de otros derechos que sí han sido configurados como fundamentales como la dignidad, o los derechos de la personalidad en general: "…El acceso a una vivienda se convierte así en el mejor instrumento para asegurar unas mínimas condiciones de vida, como soporte físico que delimita una esfera de privacidad donde es posible el despliegue de la personalidad individual".

El Estado se encuentra bajo el mandato constitucional de garantizar la protección de los derechos sociales, aunque para garantizarlos tenga que disponer de bienes o derechos a favor del interés general. El artículo 128 CE legitima al Estado[60] a intervenir en el mercado para garantizar recursos o servicios esenciales[61].

Si el artículo 33 CE[62] consagra el derecho a la propiedad pero, al mismo tiempo, también la función social de la propiedad[63], no parece que la norma

60. Respecto a la pugna de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de vivienda, la cuestión fue resuelta por la STC 152/ 1.988, de 20 de Julio, que reconoció la competencia al Gobierno de la Nación en materia del Plan Estatal de Vivienda amparándose en el art. 149.1 CE, en las materias 11 y 13 relativas a las bases de ordenación del crédito. La STC 152/1.988, de 20 de Julio acumula los conflictos positivos de competencia 325/84, 410/84 y 615/84, promovidos por el Gobierno Vasco, en relación con el Real Decreto 3280/1.983, Orden del MOPU de 27-1-84, Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27-1-84, Orden del MOPU de 7-3-84, y, conflicto positivo número 880/87, promovido por el Gobierno de la Nación contra el Gobierno Vasco, en el que se reconoce al Gobierno de la Nación la competencia en materia de vivienda.
61. Véase la LEY 19/2017, de 20 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Renta Valenciana de Inclusión. (DOGV núm. 8196 de 22.12.2017). La norma impulsada por Mónica Oltra regula como el derecho a una prestación para tener una "vida digna".
62. Respecto a la configuración y análisis del art. 33 CE véase "Comentarios a la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA". Directores MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE. Tomo I. Págs. 1.147- 1.175. Ed. BOE, 1ª Edición, Madrid, 2.018.
63. Respecto a la función social de la propiedad y a la interpretación de la misma en situaciones de emergencia social, véase MOREU CARBONELL, ELISA. "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de la función social o en circunstancias de emergencia social" en ALONSO PÉREZ, MARIA TERESA (Dir.), Vivienda y crisis económica, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 369-420. Cizur Menor (Navarra), 2.014. Respecto al uso del mecanismo de la expropiación forzosa como forma de garantizar el derecho a la vivienda, han sido las CCAA las que mediante distintas leyes autonómicas han hecho uso de dicha institución en ejercicio de sus competencias, en relación con las cuales ya se pronunció el TC en Sentencias como la STC 21/2019, de 14 de Febrero, sobre la Ley de las Cortes de Aragón 10/2016, de 1 de Diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda; la STC 8/2019, de 17 de Enero, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de Diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; la STC 5/2019, de 17 de Enero, sobre el Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de Diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; la STC 106/2018, de 4 de Octubre, sobre la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2017, de 17 de Febrero, de emergencia social de la vivienda; la STC 102/2018, de 4 de Octubre, sobre la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 10/2016, de 7 de Junio, de reforma de la Ley de vivienda y

suprema impida la creación de un estatuto jurídico propio que garantice el derecho a la vivienda a todos los ciudadanos.

La ubicación de este derecho en el bloque correspondiente a los principios rectores de la política social y económica lo excluyó de la posibilidad de ser considerado un derecho fundamental y obtener así una tutela jurisdiccional directa.

El artículo 51.1 CE recoge la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante "procedimientos eficaces" y especialmente en situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión[64].

La crisis económica ha afectado de una forma muy importante al derecho a la vivienda que ha obligado a reflexionar sobre la naturaleza jurídica de dicho derecho y sobre la protección y la tutela que ofrece el ordenamiento jurídico[65].

---

el estatuto de los consumidores y usuarios; la STC 97/2018, de 19 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de Junio, de vivienda; STC 80/2018, de 5 de Julio, sobre la Ley de las Cortes Valencianas 2/2017, de 3 de Febrero, por la función social de la vivienda; la STC 16/2018, de 22 de Febrero, sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018, de 12 de Abril, sobre la Ley del Parlamento de Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; la STC 43/2018, de 26 de Abril, sobre la Ley del Parlamento de Canarias 2/2014, de 20 de Junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; la STC 93/2015, de 14 de Mayo, sobre el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de Abril, y la STC 16/2021, de 28 de Enero, sobre los Decretos-leyes del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, 1/2020 y su acuerdo de convalidación.

64. El Ministerio Fiscal es uno de los Poderes Públicos llamados a proteger a los consumidores y usuarios y desde un punto de vista procesal, la LEC 1/2000 fue reformada por Ley 39/2002, de 28 de Octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Esta modificación introdujo la legitimación activa del Ministerio Fiscal en el art. 11.4.
65. RUIPÉREZ ALAMILLO, JAVIER. "La necesidad de Constitucionalizar como "Fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona". Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, nº 28. Prólogo de ALFONSO GUERRA (Ex Vicesecretario General del PSOE, Ex Vicepresidente del Gobierno Español, Ex Presidente de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados). Andavira editora, Julio 2.017. En esta obra el Autor reflexiona sobre el art. 47 CE en el que se regula el derecho a una vivienda digna. Analiza el proceso constituyente y las voluntades que concurrieron y configuraron el art. 47 CE en los términos que finalmente quedó aprobado el texto constitucional. El art. 47 CE recoge el derecho a la vivienda digna como derecho subjetivo del ciudadano y como mandato a los poderes públicos pero no como derecho fundamental. Para el autor, tal y como expone en

La trascendencia del derecho a la vivienda obliga a revisar su configuración y reconocerlo como un derecho fundamental.[66]

La crisis económica de 2.008 puso de manifiesto la necesidad de proteger el derecho a la dignidad de las personas (artículo 10 de la Constitución Española) por encima de otros derechos como el derecho a la propiedad privada (artículo 33 de la Constitución Española) o el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución Española).

el título de esta obra, es necesario llevar a cabo una reforma de la Constitución para reconocer como fundamentales aquellos derechos que conciernen a la dignidad de la persona, entre los que se encuentra el derecho a la vivienda. Alfonso Guerra apunta en el prólogo las palabras de Javier Ruipérez que resumen ciertamente la naturaleza de los derechos que vienen recogidos en la Constitución: "como afirma Javier Ruipérez "la Constitución sólo puede ser cabalmente comprendida cuando se la entiende en términos de realidad constitucional", pág. 13. Apunta también hacia una "reconstrucción" del derecho a la vivienda. Para el autor queda claro que la Constitución reconoce el derecho a la vivienda y que éste está estrechamente ligado a la dignidad humana reconocida en el art.10 CE. Aunque, en principio, el derecho parece reconocerse sólo a los españoles lo cierto es que, por su vinculación con la dignidad humana, debe otorgársele un carácter universal. El derecho a la vivienda no se circunscribe a la propiedad (que estaría más vinculado al art. 33 CE) o al alquiler, sino a cualquier fórmula jurídica que permita a los poderes públicos proveer efectivamente este derecho. En este contexto, no sería necesario reformar la Constitución sino simplemente cumplirla, ya que considera que el mandato previsto en el art. 47 CE permite a los poderes públicos llevar a cabo políticas sociales que, efectivamente, provean este derecho. La emergencia social provocada por la crisis económica y los movimientos sociales y plataformas reivindicativas surgidas en torno a la defensa de este derecho, aflora la necesidad de revisar el sistema. La configuración del derecho a la vivienda como un principio programático deja en manos del legislador su efectivo desarrollo y cumplimiento. El "mandato" recogido en el art. 47 CE no se limita al legislador sino al Estado en su concepción amplia, entendido como poder compuesto, y esto introduce la complejidad territorial y competencial del mismo que se trasladaría a su vez a las políticas sociales y de vivienda.

66. Sobre este planteamiento y la consideración del derecho a la vivienda como un derecho fundamental véase "El derecho fundamental de la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial". NESTOR OSUÑA PATIÑO. Revista Derecho del Estado, nº14, Junio 2.013, págs. 95-100; Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia; GOLAY, CH.; ÖZDEN, M. (2007). El derecho a la vivienda. Un derecho humano fundamental estipulado por la ONU y reconocido por tratados regionales y por numerosas constituciones nacionales, Una colección del Programa Derechos Humanos del Centro Europa - Tercer Mundo (CETIM), 2007. Disponible en:http://www.agirpourlesdesc.org/IMG/pdf_el_derecho_a_la_vivienda_2007_CETIM.pdf

El incremento de las ejecuciones hipotecarias provocó que se cuestionase la legitimidad del sistema, ya no sólo desde un punto de vista estrictamente legal, sino desde un punto de vista moral[67].

El derecho positivo, definido como el conjunto de normas vigentes en un momento y en un lugar determinado, debe aspirar, en un sistema democrático, a ser justo, a perseguir, en todo momento la justicia material[68]. Por tanto, si nuestra Constitución consagra en su Artículo 1, como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, debemos entender que todas las normas deberán aspirar, en todo caso, a preservar estos valores.

El legislador quiso otorgar una protección especial cuando impuso en el artículo 58 CE los mecanismos de protección al consumidor, contemplando un

67. Véase BARCELÓN COBEDO, D. y QUINTERO LIMA, G (comprobar estos autores). "El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones Públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 1, 2.011.
68. Recordemos que la definición de Justicia realizada por el jurista romano Ulpiano, y, recogida posteriormente por Justiniano en el Digesto: D. 1.1.10 pr: *«Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere.*»"La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo." La Jurisprudencia considera que la buena fe debe presidir todas las normas, así por ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°. 10 de Barcelona, Sentencia de 7 Dic. 2016,Proc. 732/2015 citada en este trabajo relativa al principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1.911 Cc alude a la buena fe contractual y en las relaciones jurídicas: "En tercer lugar para que una cláusula contractual pueda ser calificada como abusiva, ha de contravenir las exigencias de la buena fe. En relación con el concepto de buena fe, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 2001) que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7.1 del Código Civil, constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo. Igualmente, es doctrina constante y reiterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 y las que en ella se citan), que la buena fe es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, y leal, que supone una exigencia de actuación coherente y de protección de la confianza ajena. Como señala la STS de 25 de marzo de 2002, es cierto que el principio de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, «y será preciso el estudio personalizado de cada caso por caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía»."

estatuto jurídico específico para proteger al ciudadano cuando actúa en el mercado.

La experiencia y la crisis económica de 2.008 han evidenciado la necesidad de distinguir entre quienes conocen los riesgos del mercado cuando operan en el mismo y quienes actúan desde el desconocimiento y desde la necesidad, y, en consecuencia, desde la más absoluta indefensión.

La Ley Hipotecaria de 1.861 y el procedimiento judicial creado en 1.872[69] para el Banco Hipotecario supusieron la creación de una serie de derechos para proteger el crédito que se extendieron a todos los Bancos en 1.909 y que hoy presentan dudas en la interpretación y un complejo encaje con los derechos del consumidor.

La valoración del consentimiento prestado por el consumidor y de los términos en los que se desarrolla la contratación bancaria ha abierto un debate sobre la verdadera protección otorgada al consumidor.[70]

El Código Civil en su artículo 40 hace alusión a la vinculación de la vivienda (entendida como domicilio habitual) para determinar el ejercicio de derechos y obligaciones.

El artículo 18 CE dispone la inviolabilidad del domicilio como espacio privado que merece una protección especial ya que en el mismo se desarrolla la intimidad de las personas[71].

69. El procedimiento de ejecución hipotecaria creado por la Ley de 2 de Diciembre de 1.872 de creación del Banco Hipotecario de España.
70. MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. "Estudios Jurídicos sobre el Derecho a la Vivienda", pág. 34, cita las consideraciones de Canaris a propósito de la idea de justicia en la contratación: "Canaris, desde un punto de vista sustancial de la libertad contractual, se refiere al carácter fundamentalmente "procedimental" (procedural) de la justicia conmutativa en el actual Derecho contractual: "…a) En un Ordenamiento Jurídico en el que el principio de la libertad contractual sea uno de su valores centrales, el criterio más importante para garantizar la justicia conmutativa consiste en la voluntariedad del vínculo contraído por las partes. Esto es coherente con la máxima *volenti non fit iniuria*, que expresa una idea fundamental de la justicia, en cuanto respeta la autonomía de la persona y su dignidad".
71. Sobre el derecho a la intimidad, en el marco constitucional, véase GARCÍA GARCÍA, C., El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

El artículo 202 CP recoge también la inviolabilidad del domicilio tipificando, como delito, la vulneración de inviolabilidad[72]. A su vez, el artículo 18 CE exige la necesidad de autorización judicial para la práctica de una entrada y registro, y sólo la existencia de un delito flagrante permite un acceso sin autorización judicial.

Incluso, el artículo 250 CP relativo al delito de estafa, incluye un tipo agravado (apartado 1, 1º) cuando recaiga sobre cosas de primera necesidad o viviendas.

Por tanto, el ordenamiento jurídico parece otorgar una especial relevancia a la vivienda, entendida como domicilio o residencia habitual, intentando protegerla con normas de distinta naturaleza. El concepto al que aluden los anteriores preceptos pretende proteger realmente la intimidad y la dignidad de las personas, y el libre desarrollo de la personalidad.

En la actualidad, parece claro que es necesario reconocer el derecho a una vivienda digna y adecuada como un derecho fundamental[73]. Si bien la Constitución española tomó como referente, entre otras normas, el art. 155 de la Constitución de Weimar[74] y el modelo de Estado Social, las políticas de vivienda fueron

72. Respecto a la relevancia otorgada al concepto de inviolabilidad del domicilio véase la interpretación que realiza la STS Nº 590/2.020, de 11 de Noviembre, en la que se concluye que la sospecha de la comisión de un delito no habilita a la Policía a acceder a una vivienda.
73. Ibíd. p. 67. El PROF. RUIPÉREZ destaca que fue precisamente en la Constitución de Weimar la primera vez que el derecho a la vivienda digna se incorporó a un texto Constitucional abandonando el ámbito del Derecho Privado : "…Y así lo hicieron consignar, en el art. 155 del Texto de 1.919, que "El reparto y aprovechamiento del suelo será inspeccionado por el Reich de manera que impida los abusos y tienda a la meta de que cada alemán cuente con una vivienda digna, y que todas las familias alemanas (…), tengan a su disposición un hogar y un patrimonio económico adecuado a las necesidades domésticas". (p. 71).
74. La Constitución de Weimar es el primer ejemplo europeo constitucional en el que se hace alusión al Estado Social. KELSEN Y SCHMITT son los dos juristas de referencia cuando se analiza la Constitución de Weimar y ofrecen una visión distinta de la construcción y configuración del texto fundamental. La Constitución de Weimar se presenta como un texto que abre paso al Estado Social frente a las carencias del liberalismo político. Sobre la llamada "Teoría Constitucional de Weimar" Véase "La Constitución y su Estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional Europeo: el Método Jurídico y Régimen Político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar (I y II). JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO, UNED, Teoría Realidad Constitucional, núm. 22, 2.008, pp. VOL I y PARTE II 255-295. Este trabajo se presentó a las Jornadas sobre Orientación y Métodos del Derecho Constitucional organizadas por la revista Teoría y Realidad Constitucional el 16 de

cubriendo esta necesidad de forma más o menos solvente y esto favoreció que no se reivindicase el derecho a la vivienda como un derecho fundamental[75].

La Constitución de Weimar de 1.919[76] construyó un constitucionalismo social que se abría paso en el fallido modelo liberalista que prestaba poca atención a las desigualdades sociales. A pesar de la relevancia de la Constitución de Weimar los acontecimientos históricos y la llegada al poder de Hitler no permitieron contemplar al resto de países europeos la aplicación, y desarrollo de la primera Constitución de carácter social.

Dicha Constitución, en la que subyace la idea de democracia económica y servirá como antecedente a diversos textos constitucionales en Europa[77], en Asia[78]

Noviembre de 2.007. La primera parte del mismo (apartados I a IV) en el núm. 21 de la Revista.

75. En este sentido, como ya hemos expuesto, las normas preconstitucionales y también las normas aprobadas durante la democracia centraban la política sobre vivienda en la vivienda protegida. Sirva a modo de ejemplo que, incluso, las propias Leyes Fundamentales recogían también en el art. 31 del Fuero de los Españoles la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vivienda.
76. La Constitución de Weimar fue promulgada en la República de Weimar el 11 de Agosto de 1.919 y publicada el día 14 de Agosto de 1.919, fecha en la que entró en vigor.
77. En España la Constitución de 1.931; en Irlanda la Constitución de 1.937, y, en Francia la Constitución de 1.946.
78. Las Constituciones de China (1.954) y Taiwán ( 1.947).

y en América Latina[79], que incorporaban expresiones como "derechos sociales"[80] y "Estado social de derecho"[81].

También la constitución bolchevique de 1.918 aludía al constitucionalismo social, pero, sin duda alguna es la Constitución de Weimar la que ha venido a ser considera ejemplo de Texto constitucional democrático y social[82].

79. La Constitución Peruana (1.933), de Uruguay (1.934), Cuba ( 1.940) y de Brasil ( 1.934).
80. Respecto a los llamados "derechos sociales" y a su exigibilidad por parte de los ciudadanos véase por ejemplo ATRIA, F., "¿Existen los derechos sociales?", Discusiones, nº 4, 2.004; BERNAL PULIDO, C "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", Discusiones, nº 4, 2.004; ABRAMOVICH, V y COURTIS, C., "Los derechos sociales como derechos exigibles", Trotta, Madrid, 2.002 y "Los derechos sociales en el debate democrático", Bomarzo, Madrid, 2.006; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., "Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en L. JIMÉNEZ QUESADA (coord.), Escritos sobre Derecho Europeo de los derechos sociales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.004; ALONSO GARCÍA, E., "Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del Welfare State en Norteamérica", Revista Española de Derecho Constitucional, nº 11, 1.984; ANSUÁTEGUI ROIG, J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en V.ZAPATERO y M.I. GARRIDO ( eds.), Los derechos sociales como una exigencia de la justicia, Universidad de Alcalá, 2.009 y "Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada", en Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor GREGORIO PECES-BARBA, Dykinson, Madrid, Vol. III, 2.008; AÑON ROIG, M.J. y GARCÍA AÑON, J., (Coords.), Lecciones de derechos sociales. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2.004; AUSÍN, T. "Tomando en serio los derechos de bienestar". Enrahonar, nº 40-41, 2.008.
81. Véase, VITA, LETICIA, "Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer". Universidad de Buenos Aires-CONICET (Argentina). Historia Constitucional, Nº 19, 2.018, págs. 565-591, https: //www.historiaconstitucional.com. El artículo se centra en la aportación que hizo el diputado socialdemócrata Hugo Sinzheimer´s a la Constitución de Weimar en el proceso constituyente a la Asamblea Nacional de Weimar. La visión social que aportó este Diputado a la constitución tenía su origen en el derecho laboral y aunque destacó la creación del llamado derecho de autodeterminación que no era otra cosa que lo que hoy entendemos como negociación colectiva en el ámbito del derecho laboral, supuso también una aportación importante al derecho constitucional en el sentido de que incorporó al texto constitucional derechos y reivindicaciones que provenían del ámbito laboral tales como la educación, o la vivienda. La llamada democracia económica tiene su origen en la conjugación de los derechos fundamentales y la economía propios del Estado social como el derecho al trabajo, la libertad de asociación, el derecho a la educación o la función social de la propiedad.
82. Respecto al llamado Estado Social y Democrático véase BALAGUER CALLEJÓN, F., "El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en J.l.MONEREO PÉREZ, y otros, Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2.002; BARBER, S. "Welfare and the Constitution", Princeton University Press, Princenton, 2.003;

El proceso constituyente alemán generó una auténtica Teoría Constitucional que se forjó en el periodo de entreguerras y que sirvió como cimientos en los procesos constituyentes de otras Constituciones como la española.

Resulta paradógico que una Constitución que sirvió como referente en la construcción de los derechos sociales y de la llamada democracia económica, pudiera resultar derogada y permitiera el ascenso de Hitler al poder. La República de Weimar fue el primer periodo de democracia alemana y por eso quizás, resulte tan llamativo que a un periodo de democracia y a una Constitución socialdemócrata le sucediera un gobierno como el de Hitler.

El modelo constitucional creado por la Constitución de Weimar es aún hoy el referente de Carta Magna y de Estado Social y Democrático de Derecho y sigue siendo objeto de estudio aún hoy como un modelo perfectamente actual[83].

En este contexto histórico, nuestra Constitución recogió en el art. 1 el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho[84] que consagra el modelo de

83. Véase, por ejemplo, "La Constitución y su Estudio. Un Episodio en la Forja del Derecho Constitucional Europeo: Método Jurídico y Régimen Políticio en la llamada Teoría Constitucional de Weimar" ( I) y (II). RUIPÉREZ ALAMILLO, JAVIER. UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 22, 2.008, pp. 255-295; "L´ Italia, la Germania e l´incubo di Weimar". LANCHENTER, FULCO. Sapienza Università di Roma. Revista de Historia Constitucional. ISSN 1.567-4.726, Nº 20, 2.019, http: // www.historiaconstitucional.com, págs. 415-433. El artículo analiza la importancia de la Constitución de Weimar que relaciona con la Constitución de Bonn y con la Constitución Italiana, poniendo en valor, su estructura, y los mecanismos de defensa del propio texto así como el sistema de reforma y control de legalidad de la misma. A pesar de que pudiera considerarse una Constitución "fallida" porque no impidió la llegada al poder de Hitler se resalta su innovadora y sólida construcción desde el punto de vista del Derecho Constitucional. El Autor analiza la evolución de los procesos constituyentes en el periodo de entreguerras comparando la Contitución de Weimar, con la de Bonn y la de Italia así como su evolución histórica posterior hasta la actualidad así como de las distintas instituciones políticas; "El tamaño de la Decisión. La Imagen de la Constitución de Weimar en la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt". SARALEGUI, MIGUEL. Revista de Historia Constitucional. ISSN 1576-4729, Nº 20, 2.019. http: //historiaconstitucional.com, págs. 401-414; "La Constitución de Weimar en su Centenario (1.919-2.019)". ÁLVAREZ ÁLVAREZ, LEONARDO. Revista de Historia Constitucional. ISSN 1576-4729, Nº 20, 2.019. http: //historiaconstitucional.com, págs. 201-202.; "Kelsen y Schmitt: dos Juristas en Weimar". BÁRCENA, JOSU DE MIGUEL y TAJADURA TEJADA, JAVIER. Revista de Historia Constitucional. ISSN 1576-4729, Nº 20, 2.019, http: //www.historiaconstitucional.com, págs.. 367-400.
84. Véase ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1", en M.E. CASAS BAAMONDE y M.RODRÍGUEZ PIÑERO (Dirs.). Comentarios a la Constitución Española, Wolters Kluwer, Madrid, 2.009;

Estado que condicionaría las políticas sociales llevadas a cabo con posterioridad, y especialmente, las políticas de vivienda.

### 1.2. Características y configuración del derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada en el art. 47 CE.

#### 1.2.A.Alcance de la expresión "derecho a disfrutar".

El art. 47 recoge el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La expresión utilizada en el art. 47 CE "derecho a disfrutar" permite que el mandato dirigido a los poderes públicos se pueda materializar a través de cualquier fórmula jurídica, ya que lo que se debe procurar es la posesión y no necesariamente la propiedad[85].

Cabe diferenciar lo que es el *derecho al acceso a la vivienda* que se circunscribe a la configuración del derecho en los términos expuestos hasta ahora, de lo que sería *el derecho al mercado de la vivienda*, en el que entran en juego otros conceptos distintos y que se circunscribe y desarrolla en el ámbito del consumidor.

A la hora de analizar el derecho a la vivienda, debemos tener en cuenta que su configuración presenta distintas aristas:

85. Sobre esta cuestión, las políticas de vivienda de protección oficial permitían la adquisición de la propiedad y su posterior introducción en el mercado como un bien especulativo. Véase al respecto TEJEDOR BIELSA, J., Sobre la evolución del acceso a la vivienda en España y el paso de la propiedad al alquiler véase Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación, La Ley, Madrid, 2012 y respecto al acceso a la vivienda pública a través del alquiler véase por ejemplo, las consideraciones al respecto en TRILLA, C; BERMÚDEZ, T. (2014). Un parque de viviendas de alquiler social. Una asignatura pendiente en Cataluña, Dossier Catalunya Social. Propostes des del Tercer Sector, Núm. 39, Octubre 2014.

-el acceso a la vivienda[86];

-el acceso al mercado de la vivienda[87], y

-y, la conservación del derecho a la vivienda, entendida como la no privación del derecho a quienes ya lo tienen (estos es, el desalojo forzoso)[88].

El reconocimiento del derecho a la vivienda no es realmente el reconocimiento de un derecho real[89] sino algo mucho más importante que eso: se trata de dar carta de naturaleza de forma expresa a uno de los distintos derechos

86. Sobre el acceso a la vivienda véase CABRERA CABRERA, P.J., "El difícil acceso a la vivienda en España",http://www.enredpsh.org/IMG/pdf/FEANTSA_2001_Informe_espa_ol_Accesibilidad_.pdf. ; y SALVADOR, ANA MANERO. "El acceso a la vivienda. Comentario de las iniciativas del Consejo de Europa". Revista General de Derecho Europeo. Nº 14, 2.007; NASARRE AZNAR, S. y SOLER, Mª. J. (2013). Altres formes d'accés a un habitatge: antecedents, concepte i càlcul de l'esforç familiar, Observatori Local de l'Habitatge. Revista Digital Apunts d'Habitatge, Núm. 4.
87. Véase RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO, (2014). La lenta reacción del mercado de vivienda, Ciudad y Territorio, Vol. XLVI, núm. 180, verano 2014; ECHAVES GARCÍA, ANTONIO, "El difícil acceso de los jóvenes al mercado de vivienda en España: precios, regímenes de tenencia y esfuerzos". Cuadernos de Relaciones Laborales. Ediciones Complutense 35 (1) 2.017; 127-149.
88. Se trata del llamado derecho al respeto del domicilio o del hogar ( the right to respect for the home) reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ( art. 8). Véase la aplicación de esta Doctrina que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los Casos McCann v. The United Kingdom, núm. 19009/04, Sentencia del TEDH de 13 mayo de 2008, par. 50, y Kay and others v. The United Kingdom, núm. 37341/06, Sentencia del TEDH de 21 de septiembre de 2010, par. 68. Casos McCann ( (2.008) y Kay (2.010), así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Monika Kusionová ( 2.014) Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, cuestión prejudicial en el caso Monika Kusionová v. Smart Capital, par. 64-66. Sobre el acceso a la vivienda en Europa, véase NASSARRE AZNAR, SERGIO, "Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva Europea", Cuadernos de Relaciones Laborales, Ediciones Complutense 35 (1) 2.017: 43-69. Se encuadra dentro proyecto coordinado de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad "Reformando las Tenencias de Vivienda: El acceso a través del alquiler, la propiedad y su tributación y Propuesta Tributaria para una ordenación integral de la Vivienda en Propiedad y en Alquiler" (el alquiler, DER2014-55033-C3-1-P) y a la concesión al autor del premio ICREA Academia 2016-2020.
89. Véase LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, "El Reconocimiento Legal del Derecho a disfrutar una vivienda", Universidad de Zaragoza, *Revista de Administración Pública*. 212, 297-308. D https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212. 2.020.

que permiten el desarrollo de la dignidad humana y de los derechos de la personalidad[90].

La Constitución reconoce el derecho a la vivienda pero utiliza la expresión "derecho a disfrutar" de lo que se extrae que el mandato a los poderes públicos para promover el efectivo ejercicio de este derecho comprende la posibilidad de que se garantice mediante la propiedad o mediante la posesión.

Históricamente, en nuestro ordenamiento jurídico, la forma más común en la que se ha dado efectividad a este derecho ha sido a través de la adquisición de la propiedad[91] pero el derecho a una vivienda digna y adecuada no exige la adquisición de la propiedad[92].

Las políticas preconstitucionales sobre vivienda favorecían el acceso a la vivienda mediante la adquisición de la propiedad. Tras la aprobación de la Constitución española, los Planes de Viviendas seguían optando por el acceso a la propiedad[93], como forma de proveer el derecho a la vivienda.

90. Véase DINISI, ALESSANDRO, "Posesión y derecho a la vivienda", Universidad de Pisa y Universidad Rovira y Virgili, dentro de HOUSING, Revista de la Cátedra UNESCO de vivienda, Núm. 9 de 2.019, Sección 2. Cátedra de Derecho a la Vivienda, Universidad Rovira i Virgili. Cataluña.
91. TEJEDOR BIELSA, JULIO. "Derecho a la Vivienda y Burbuja Inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación". P. 96. LA LEY. Wolters Kluwer. Madrid. Marzo, 2.012. EL autor explica que, en España, a diferencia de otros países europeos, se ha potenciado el acceso a la vivienda a través de la propiedad fomentándolo las propias políticas de vivienda. Para el autor, esto explica que, el sector financiero y el sector promotor hayan sido los fundamentales interlocutores de la Administración Pública en materia de vivienda. De esta forma, los ciudadanos, aunque eran los destinatarios de estos Planes de Vivienda, han pasado a un segundo plano. Respecto a la adquisición de la vivienda en propiedad véase NASSARRE AZNAR, S. La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria, Teoría y Derecho: *Revista de Pensamiento Jurídico*, 16/2014.
92. Véase el Real Decreto 3148/78, de 10 de Noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto -Ley 31/1.978, de 31 de Octubre, sobre política de viviendas de protección oficial (BOE núm. 14 de 16 de Enero de 1.979) que constituye todavía normativa estatal general y supletoria que contempla la satisfacción del derecho al acceso a una vivienda tanto por vía de la adquisición de la propiedad como del arrendamiento. Esta normativa faculta incluso que se haga efectivo dicho derecho mediante la promoción de viviendas de protección oficial sobre terrenos en los que el promotor ostente el derecho de propiedad o disponga de cualquier título que le faculte para ello, admitiéndose incluso el acceso a una vivienda de protección oficial por transmisión del derecho de superficie.
93. Véase, GÓMEZ JIMÉNEZ, Mª LUISA, "La intervención administrativa en la vivienda en España 1.938-2.005", Montecorvo, Madrid, 2.006; VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ, "La

La subida del precio de la vivienda empezó a ralentizar la adquisición de la propiedad de las viviendas llegando incluso a darse situaciones en las que el comprador compraba sobre plano una vivienda protegida y llegado el momento de subrogarse en el préstamo hipotecario la entidad bancaria no autorizaba la operación frustrándose así la compraventa.

El "derecho a disfrutar" de una vivienda digna al que alude el art. 47 CE comprende cualquier forma de disfrute amparada por el ordenamiento jurídico sin que fuera admisible, hasta hace unos años, el llamado "fenómeno de la ocupación de viviendas"[94] que motivó que la Fiscalía General del Estado emitiese la Instrucción nº 1 /2.020, de 15 de Septiembre en la que se establecían unos criterios de actuación respecto a la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles. En el mismo sentido, el Ministerio del Interior creó un Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ocupación ilegal de viviendas mediante la Instrucción nº 6 /2.020.

En el ámbito civil, la Ley 5 /2.018, de 11 de Junio de Reforma de la LEC creó una tutela sumaria para recobrar la posesión de las viviendas ocupadas.

Teniendo en cuenta que se trata de un precepto constitucional y que España es un Estado Social y Democrático de Derecho, no cabe legitimar de ninguna forma

reserva de suelo para vivienda protegida" en VOLUMEN COLECTIVO, El Derecho urbanístico en el siglo XIX. Libro Homenaje al profesor Martín Bassols Coma, Madrid, Editorial Reus, págs. 633-673; TEROL GÓMEZ, RAMÓN. "Régimen básico de las viviendas protegidas". Aranzadi Cizur Menor (Navarra), 2.012; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, "El Derecho a una vivienda digna en la Ley del Suelo de 2.008". Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2.008; sobre las políticas de vivienda en España véase PAREJA EASTAWAY, M.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T. (2012), La política de vivienda en España: lecciones aprendidas y retos de futuro, *Revista Galega de Economía*, vol. 21, núm. 2. A modo de ejemplo, respecto a las políticas sociales llevadas a cabo por otros países, véase LAMBEA LLOP, N., Gestión de vivienda social: comparativa entre España y el Reino Unido, Quaderns per a la Inclusió Social, nº4, 2015; TRILLA, C,. "La política de vivienda en una perspectiva europea comparada". Colección de Estudios Sociales, núm. 9, Fundación La Caixa, Barcelona, 2.001.

94. Sobre la ocupación ilegal de viviendas véase la SAP Madrid nº 49 /2.019, de 6 de Febrero de 2.019 que consideró que la ocupación ilegal de viviendas, la ocupación no consentida ni tolerada, no es título de acceso a la posesión de una vivienda ni encuentra amparo alguno en el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna".

las llamadas "ocupaciones" ilegales de viviendas, y ello por cuanto, legitimar estas situaciones implicaría autorizar cualquier forma arbitraria de ejercicio de los derechos[95]. La ocupación de viviendas no deja de plantear modificaciones legislativas y cambios constantes en la interpretación de la Jurisprudencia[96].

El derecho a la vivienda ha sido calificado como un "derecho existencial," porque el derecho a la vivienda digna permite al ciudadano desarrollar una vida en condiciones de dignidad y de normalidad social que le permita ejercer todos los derechos que son inherentes a la personalidad[97].

Con anterioridad al inicio de la crisis económica de 2.008 y durante los años en los que se forjó la misma, el fenómeno de la llamada "burbuja inmobiliaria"[98] fomentó que se cambiase la visión de la vivienda pasando a considerarla un bien de inversión en un lugar de un bien de uso[99].

95. A modo de ejemplo, pensemos en el derecho a la legítima defensa previsto en el Código Penal. El ordenamiento jurídico no admite que se vulnere el derecho a la vida, aunque sea en legítima defensa, si no concurren unos determinados requisitos legalmente previstos.
96. Respecto a las modificaciones en la materia, véase el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de Diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes por el que se reguló, durante el estado de alarma, el procedimiento de desahucio y lanzamiento arrendaticios en el caso de personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional. También la Jurisprudencia ha ido evolucionando y reinterpretando el concepto de ocupación ilegal de viviendas. Véase, por ejemplo, la STS nº 614 /2.020, de 14 de Noviembre que desestima el desahucio de una vivienda ocupada por haber participado el ocupante en la construcción de la misma o la STS nº 1.581/2.020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de Noviembre, en virtud de la cual se deniega la entrada en un domicilio ocupado, propiedad de la Comunidad Autónoma, de Madrid por falta de previsión de medidas de protección de personas de especial vulnerabilidad.
97. MUÑOZ PÉREZ, DAVID. "Reconstrucción del derecho a la vivienda en España". Íbidem, p. 46.
98. Véase CORTES ALCALÁ, L. "La crisis de la vivienda", Documentación Social, nº138, 2.005; ALONSO PÉREZ, MARIA TERESA. "Vivienda y crisis económica (Estudio Jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)". Cizur Menor. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2.014. Respecto a la evolución del concepto de vivienda y la relación con la vivienda en la sociedad española véase Fotocasa Trends (2014), "Los españoles y su relación con la vivienda", 2013;AGUADO MONTIEL, ARACELI Y OTROS (A.A.V.V.A), "Estudios Jurídicos sobre Vivienda y Desahucios, Análisis críticos y propuestas alternativas". Junta de Andalucía. Consejería de Fomento y Vivienda. Secretaría General Técnica. Grupo de Investigación "El Derecho Civil del Siglo XXI". 2.015.
99. TEJEDOR BIELSA, JULIO, "Derecho a la Vivienda y Burbuja Inmobiliaria, De la propiedad al alquiler y rehabilitación". P. 59. LA LEY. Wolters Kluwer, Madrid, Marzo 2.012.

La visión de la vivienda como bien de inversión se ajustaba plenamente al fenómeno inmobiliario especulativo del momento e incluso provocaba cierto reconocimiento social la acumulación de inmuebles como exteriorización de riqueza.

Sin embargo, durante la crisis económica se volvió a retomar la concepción de la vivienda como bien de uso (en su vertiente social), ligada a la dignidad de las personas, reprobando socialmente el concepto de vivienda como bien de inversión[100].

La crisis económica implicó el desalojo forzoso de ciudadanos de miles de viviendas como consecuencia de las ejecuciones hipotecarias. Bajo el reclamo social de que todo el mundo tenía derecho a una vivienda digna se desarrolló el movimiento "okupa" que, aunque para algunos[101], y, durante una época, era visto como un movimiento social heroico, poco después se reveló como una modalidad delictiva que poco tenía que ver con su apariencia originaria.

La crisis sanitaria provocada por la pandemia internacional del COVID 19 introdujo un nuevo giro en la interpretación del concepto de ocupación ilegal con la aprobación de normas que protegen a los ocupantes de viviendas en supuestos determinados.

100. Respecto a la evolución de la oferta y la demanda de vivienda en España, véase RODRÍGUEZ, JULIO. (1993), Problemas y cuestiones de la vivienda en los años noventa en Revista Española de Financiación a la Vivienda, nº23-24, págs. 7-16; RODRÍGUEZ, JULIO. (1994). La política de vivienda. Evolución reciente y aproximación al caso de España, Instituto de Estudios Fiscales. Septiembre de 1994; RODRÍGUEZ, JULIO. (1994-2010). La oferta de vivienda en España, en LEAL MALDONADO, J. (coord.) La Política de vivienda es España. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, págs. 66-93; RODRIGUEZ, J. (2010b). Demanda de vivienda y esfuerzo económico, en LEAL MALDONADO, J. (coord.) La Política de vivienda es España. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, págs. 38-65.; ROGER, G. (2010). La producción de suelo en LEAL MALDONADO, J. (coord.) La Política de vivienda es España. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, págs. 160-184.
101. Véase HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos okupa y mobbing inmobiliario», en M. P. LEDESMA IBÁÑEZ (dir.), Derecho y vivienda, CGPJ, Madrid, 2006.

En 2.016, el Defensor del Pueblo inició de oficio actuaciones ante la Secretaría de Estado de Seguridad y la Fiscalía General del Estado[102], como consecuencia de las quejas recibidas por los ciudadanos respecto a este fenómeno. Ya entonces, el Defensor del Pueblo, recomendó la adopción de medidas urgentes de carácter cautelar que restituyesen de inmediato la legítima posesión del inmueble a los titulares mediante la tramitación de un juicio rápido.

El 12 de Junio de 2.018 se publicó en el BOE La Ley 5/2018, de 11 de Junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, con la finalidad de evitar la ocupación ilegal de viviendas de particulares[103].

102. Respecto a la figura del Defensor del Pueblo y su intervención en la defensa de los derechos de los ciudadanos, véase ARENAS MEZA, M., "Algunas reflexiones en torno al papel del Defensor del Pueblo Europeo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea", en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (coord.), Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Marcial Pons, Madrid, 2.008.

103. Ley 5/2018, de 11 de Junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. La Ley reformó el artículo 250.1.4º LEC con la finalidad de habilitar un cauce procesal adecuado para restituir la posesión a sus legítimos titulares en el caso de las ocupaciones ilegales de viviendas que se habían producido durante la crisis económica. La Ley recoge en el Preámbulo las referencias al contexto socioeconómico y las circunstancias que motivaron su aprobación. Se alude, por una parte, a los numerosos desahucios que fueron produciendo durante esos años y que sumieron a familias en el umbral de la pobreza y en una situación de exclusión social, y, de forma simultánea al desarrollo del llamado fenómeno "ocupa". El Preámbulo va más allá de las cuestiones relativas a las normas procesales civiles y no duda en hacer una mención expresa al carácter delictivo de las actuaciones que se han llevado a cabo en este contexto. Se hace alusión a la extorsión a los propietarios legítimos para restituirles la posesión a cambio de dinero y de otras prácticas, ciertamente constitutivas de delito. Respecto al fenómeno de la ocupación, al que se refiere la Ley, el Preámbulo deja claro que no se vincula a situaciones de extrema necesidad. En el Preámbulo se definen estos fenómenos como ocupaciones ilegales premeditadas, con finalidad lucrativa que " aprovechando de forma muy reprobable la situación de necesidad de personas y familias vulnerables, se han amparado en la alta sensibilidad social sobre su problema para disfrazar actuaciones ilegales por motivaciones diversas, pocas veces respondiendo a la extrema necesidad" (Preámbulo de la Ley).El Preámbulo hace alusión al artículo 245.2 CP y al delito de usurpación, pero recuerda que el Derecho Penal debe ser aplicado como "ultima ratio" y que no puede ser una solución generalizada ni sustituir los mecanismos civiles legalmente previstos para la tutela y restitución de derechos posesorios.

La Ley reconoce que los cauces civiles previstos para recuperar la posesión en términos generales en la legislación civil y en la LEC (en cuanto a los procedimientos) resultaban insuficientes e inadecuados para otorgar una verdadera protección al legítimo titular de la posesión; y establece un procedimiento específico mediante la modificación de las normas procesales que permita una recuperación sumaria de la posesión en los supuestos de ocupación ilegal y lo regula en los artículos 437, 441 y 444 de la LEC[104]. Ante el auge de la ocupación ilegal de viviendas, la Fiscalía tuvo primero iniciativas de ámbito territorial como la de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Islas

104. La Ley modifica el art. 441 LEC introduciendo el nuevo apartado 1º bis, que recoge el supuesto de que el "ocupante ilegal" se encontrara en situación de vulnerabilidad social. En estos supuestos se regula la obligación de los Juzgados de poner en conocimiento de los servicios públicos competentes dicha situación, debiendo mediar el consentimiento del ocupante. A los mismos efectos, la Ley introduce un nuevo apartado 4 en el art. 150 LEC, en virtud del cual en todos los procedimientos en los que recaiga resolución en la que se ordene el lanzamiento de una vivienda, independientemente de los motivos de la ocupación, se dé traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si requirieran su intervención. La Disposición Adicional de la Ley establece medidas de coordinación entre las distintas Administraciones con la finalidad de proveer una solución rápida y eficaz en los supuestos de vulnerabilidad social.

Baleares[105] y la Fiscalía Provincial de Valencia[106] y, que fueron ratificadas después por la Fiscalía General del Estado[107], que vio la necesidad de establecer unos

105. Con fecha de 10 de Junio de 2.019 el Fiscal Superior de la Fiscalía de las Islas Baleares dictó una Instrucción en materia de ocupación ilegal de viviendas. La Instrucción establece que la fuerza actuante procederá al inmediato desalojo de quienes ocupen una vivienda en los supuestos en los que estemos ante un delito menos grave de allanamiento de morada flagrante (art.202.1 CP) que se agrava cuando se realiza con violencia o intimidación (art.202.2 CP). Respecto a la segunda vivienda ocupada por su titular en determinadas épocas del año aplica el mismo tratamiento jurídico, remitiéndose, entre otras, a la STC Nº 852/2.014, de 11 de Diciembre, que concluye que es irrelevante que la vivienda constituya la primera o segunda residencia. La Instrucción distingue que no toda "perturbación posesoria" puede ser calificada penalmente como ocupación, y en este sentido, cita la STS Nº 800/2.014, de 12 de Noviembre. Véase que, respecto a las ocupaciones que no son constitutivas de infracción penal el art.37.7 de la LO 5/2.015, de 30 de Marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, tipifica como infracción administrativa de carácter leve la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificios ajenos o la permanencia en ellos en contra de la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal, remitiéndose a lo dispuesto en el art. 44 y siguientes de esta Ley respecto a la tramitación del procedimiento administrativo. Con la finalidad de dar una solución rápida y efectiva ante el progresivo aumento de los casos de ocupación ilegal de inmuebles, la Junta de Jueces de Instrucción de Palma de Mallorca acordó en su reunión de 23 de Mayo de 2.019 que en estos supuestos, si se solicitase una medida cautelar al formular denuncia, el Juez debería resolver sobre dicha medida con carácter urgente de conformidad con lo dispuesto en la Norma 3B. "Diligencias Urgentes Juzgado de Guarda sin asumir competencias".
106. La Fiscalía Provincial de Valencia (Jefatura) aprobó el Decreto de fecha 20 de Agosto de 2.020 por el que establecía la Unificación de Criterios de Actuación respecto del art. 245.2 del Código Penal (Ocupación de bien inmueble sin violencia o intimidación). El Decreto parte del marco normativo que configuran los arts. 18.2 CE ( que establece la inviolabilidad del domicilio); el art. 33 CE ( que reconoce el derecho a la propiedad privada) y el art. 47 CE ( que reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) para atribuir al Ministerio Fiscal un papel tuitivo y activo importante en estos supuestos atribuyéndole de forma expresa la obligación de interesar el desalojo inmediato como medida cautelar en las distintas fases del procedimiento respecto del enjuiciamiento del delito de usurpación previsto en el art. 245.2 C.P.
107. La Fiscalía General del Estado aprobó la Instrucción nº 1/ 2.020, de 15 de Septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles en la que pretendía completar y dar respuestas a iniciativas surgidas en la Fiscalía anteriormente con carácter territorial como es el caso de la Instrucción del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares de 10 de Junio de 2.018 y el Decreto de la Fiscalía Provincial de Valencia de fecha 20 de Agosto de 2.020. Teniendo en cuenta que se trata de medidas cautelares tendría que acreditar la concurrencia del peligro de mora procesal (*periculum in mora*), la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la proporcionalidad. Sobre el análisis de este requisito, en la materia que nos ocupa, véase la STS 18-9-2015, así como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13 de Diciembre de 2.018 (Asunto Casa di Cura Valle Fiorita SRL contra Italia), que considera que la demora en la tramitación

criterios o parámetros que otorguen a la Fiscalía un papel activo en cuanto a la protección de los derechos de las víctimas en los casos de ocupación.

La intervención de la Fiscalía se predica en todas las fases del procedimiento y se concreta en la solicitud de medidas cautelares entre las que se puede encontrar tanto el desalojo forzoso e inmediato como la orden de alejamiento respecto a la víctima.

En estas situaciones, la Fiscalía puede solicitar las medias cautelares previstas en el art. 13 LECrim y también las previstas en el art 544 Bis o la orden de protección prevista en el art. 544 Ter LECrim.

El fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas ha provocado no pocas reformas desde el inicio de la crisis económica hasta la actualidad cuestionando dónde están los límites del derecho a una vivienda y si ese derecho debe conseguirse, a toda a costa, contraviniendo la legalidad misma y los legítimos derechos de los propietarios.

**1.2.B. Las exigencias de dignidad y adecuación de la vivienda y su relación con la función social de la propiedad.**

El derecho a la vivienda recoge de forma expresa una alusión al concepto de dignidad humana ( art. 10.2 CE)[108] al establecer el art. 47 CE que existe el derecho

del procedimiento y del desalojo forzoso de los ocupantes por parte de las Autoridades vulnera el derecho del legítimo poseedor a un proceso equitativo ( art 6.1. CEDH) así como el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo Núm. 1 CEDH). No obstante, una vez finalizado el procedimiento y, desde que se dicte Sentencia hasta que la misma adquiera firmeza, se puede aplicar el art. 13 LECrim como medida cautelar. Por otra parte, el art. 704 LEC permitiría al Ministerio Fiscal interesar que, por concurrir motivos humanitarios justificados, se concediese al condenado el plazo máximo de un mes para desalojar el inmueble voluntariamente y, en caso contrario, proceder al desalojo forzoso.

108. Sobre el concepto de dignidad humana y su presencia en la configuración de nuestro Derecho Constitucional así como en el Derecho Internacional véase, DE KONINCK, T., "De la dignidad humana", Dykinson, Madrid, 2.006; BASTIDA, F.J., "La dignidad de la persona en la Constitución Española: Naturaleza jurídica y funciones". Cuestiones Constitucionales, nº 14, 1.992; FERRANDO NICOLAU, E., "El derecho a una vivienda digna y adecuada", Anuario de Filosofía del Derecho, T. IX, 1.992; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., "La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español, Universidad, León, 1.996; del mismo autor, "Reconocimiento constitucional de la dignidad humana:

a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Este concepto debe ser interpretado no sólo en el contexto de nuestra Constitución sino también poniéndolo en relación con las normas Internacionales que han sido ratificadas por España (art. 96 CE).

El requerimiento de que la vivienda sea "digna" nos hace pensar que en el texto constitucional se tenía conciencia de la clara vinculación que tiene el derecho a la vivienda con el derecho a la dignidad de las personas reconocido en el art. 10.1 CE.

La vivienda forma parte del conjunto de necesidades que conforman la dignidad humana, de la misma forma que lo son la Educación (art. 27CE), la Sanidad (art. 41 CE) o el acceso a la Justicia (art. 24 y art.119 CE), que se configuran como pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 39 CE).

El concepto de vivienda digna y adecuada viene recogido en numerosos preceptos como el art. 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el art. 11.1 del PIDESC; el art. 6 del Tratado de la Unión Europea; el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que se remite al anterior); el art. 31 de la Carta Social Europea[109] y el art. 14.2.h, de la Convención de la ONU para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

significado y alcance", en El Libro homenaje a Don Íñigo Cavero Lataillade (coord. Por J. PEÑA GONZÁLEZ). Tirant lo Blanch / Universidad San Pablo CEU, Valencia, 2.005; AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales, Amnistía Internacional, Madrid, 2.005; CANO BUESO, JUAN, "El derecho constitucional a una vivienda digna". Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 291, págs. 143-171; RUIZ, GERARDO JOSÉ RUIZ-RICO, "Una aproximación básica al derecho constitucional a la vivienda", en Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al Profesor Jordi Solé Tura. Vol. 2, 2.008, p. 1.409-1.424; GONZÁLEZ PÉREZ, J., La dignidad de la persona, Civitas, Madrid, 1986.– El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo 2008, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008; MUÑOZ CASTILLO, J., El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa, Colex, Madrid, 2000.– Constitución y vivienda, CEPC, Madrid, 2003; BORGIA SORROSAL, SOFÍA, "El derecho constitucional a una vivienda digna. Régimen Tributario y propuestas de reforma". Dykinson, Madrid, 2.009.

109. El texto originario es de 1.961 y no incluía mención alguna a la vivienda. España no ratificó este texto hasta el 29 de Abril de 2.021 (BOE de 11 de Junio de 2.021) sin llegar a ratificar el texto actual que es de 1.996.

mujer de 1979), por razón de raza (art. 5.e.iii, de la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965), o por razón de edad (art. 27.1 de la Convención de la ONU sobre Derechos del niño de 1989).

En el ámbito internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25) y el PIDESC (art. 11) recogen el derecho a la vivienda, así como la Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, HABITAT II, celebrada en Turquía en 1.996, o el art. 34.3 de la Carta Europea de los Derechos Humanos.

El derecho a la vivienda digna configurado en el art. 47 CE constituye un Principio Rector de la política social y económica porque se encuentra dentro del Capítulo III del Título I de la CE y, como hemos dicho, no es un derecho fundamental.

La ONU, consciente de la relevancia jurídica del concepto, publicó un estudio titulado "La mujer y el derecho a la vivienda adecuada" en el que ponía de manifiesto que la falta de una vivienda tiene consecuencias nefastas en la vida de una persona, ya que condiciona notablemente su desarrollo y su papel en la sociedad. El derecho a la vivienda va más allá del derecho a la propiedad, y trasciende de la configuración jurídica de los derechos reales. El estudio configura el derecho a una vivienda adecuada recurriendo al concepto configurado por los tratados internacionales en materia de derechos humanos[110] y por acuerdos políticos de carácter mundial y regional que aclaran el marco legal sobre la materia[111].

110. Véase KENNA, PADRAIC. "El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Revista de Derecho Político UNED. Nº 74, págs. 479-501, 2.009 y "Los derechos a la vivienda y derechos humanos", Associació Prohabitatge, págs. 255, Tarrasa, 2.006; BONDIA GARCÍA, D. y BONET I PÉREZ, J. "La Carta Social europea", en F. GÓMEZ ISA y J.M. PUREZA (Coords,) La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XIX, Universidad de Deusto, 2.004.
111. La mujer y el derecho a la vivienda", p.32 Publicaciones de la ONU, Nueva York y Ginebra, 2.012. El estudio se refiere al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales Culturales y a la interpretación que hace el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

El PIDESC[112], establece en su artículo 11, párrafo 1 que: "Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (art. 11, párr. 1)".

La ONU considera, conforme al precepto anteriormente transcrito, que el derecho a la vivienda adecuada debe tener un carácter universal, es decir, debe garantizarse a todas las personas por el mero hecho de serlo. No se trata de un derecho estático[113] sino que el ser humano debe tener la constante aspiración de mejorar sus condiciones de vida ("mejora continua de las condiciones de existencia") y que los Estados deben promover la efectiva existencia del derecho.

---

Culturales en la Observación General Nº4 (1.991) sobre el concepto de vivienda adecuada recogido en el Pacto: "Los siete aspectos que definen la "adecuación"—es decir, la seguridad jurídica de la tenencia; la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura; la ubicación; la habitabilidad; la asequibilidad, la accesibilidad; y la adecuación cultural— ponen de manifiesto los requisitos para que una vivienda se ajuste a lo dispuesto en el Pacto". El Comité se refirió también a los desalojos forzosos en la Observación General Nº7 (1.991): "La Observación General Nº7 (1997) sobre desalojos forzosos detalla varias obligaciones que los Estado parte deben asumir en el contexto de los desalojos forzosos, como la consulta con los afectados, el ofrecimiento de reparaciones e indemnizaciones y una serie de requisitos de procedimiento". "Como se expone en el artículo, el derecho internacional recoge el derecho a una vivienda digna o adecuada y hace alusión a que una de las primeras normas internacionales que reconocieron esta materia fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948 en su artículo 25, párrafo 1 y posteriormente lo recogería el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1.966, en su artículo 11, párrafo 1, considerado la fuente jurídica internacional del derecho a una vivienda adecuada.

112. Véase MILÁ MORENO, J., «El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en F. GÓMEZ ISA y J. M. PUREZA Coords.), La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Universidad de Deusto, 2004.

113. RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO. Ob.cit. pág. 29. El Autor considera también que la propuesta recogida en el art. 47 CE hace alusión a un derecho dinámico y no estático que variará en función de las circunstancias personales, familiares y económicas de sus potenciales beneficiarios lo que deberá ser valorado por los poderes públicos en cada momento. Para la delimitación del concepto "adecuada" el autor propone recurrir a los criterios hermenéuticos que fijó el TC en su STC 11/1.981 en la que se identifica el "contenido esencial" de un derecho como lo que reconocer el derecho conforme a la idea generalmente aceptada de lo que es ese derecho en un momento histórico determinado.

La importancia del derecho a la vivienda adecuada vinculada al derecho a la dignidad, se recoge también en la Convención sobre los Derechos del Niño que expone que: "*Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación (art. 16, párr. 1).*

Asimismo, la Convención de Derechos del Niño, hace mención expresa al "nivel de vida adecuado" como un elemento de vital importancia para el desarrollo de las personas en su art. 27

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en la Observación General Nº4 (1991) reconoció el derecho a la vivienda en un sentido amplio, relacionándolo con el principio fundamental de la dignidad humana y definió el derecho a la vivienda adecuada como el derecho a vivir en algún lugar con seguridad, paz y dignidad.

No solo el concepto de vivienda adecuada ha sido contemplado y perfilado por el derecho internacional, principalmente en Pactos y Convenios en materia de derechos humanos sino también el concepto de "desalojo forzoso", o, lo que es lo mismo, la privación del derecho a la vivienda adecuada[114].

Como apunta ALFONSO GUERRA existe una "responsabilidad de carácter mundial con los Derechos Humanos" y España ha intervenido en la ratificación e involucración de la defensa de estos derechos a nivel internacional[115].

114. Respecto a la importancia del Derecho Internacional en la protección del derecho a la vivienda véase "Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial Referencia a los Derechos Sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos". FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 101, Mayo-Agosto (2.014), págs. 79-124; y "Los Derechos Económicos y Sociales en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una selección", CARMEN MORTE GÓMEZ, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42 (2.018), págs. 551-568.
115. Íbidem, pág. 16. El derecho a la vivienda se consagra en el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948. Con fecha de 26 de Septiembre de 1.978 España suscribió el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La Asamblea General de Naciones Unidas en 1.998 pidió a los Gobiernos de sus Estados Miembros que, con motivo de su 50 Aniversario, llevasen a cabo una serie de actuaciones de difusión activa de la defensa de los derechos humanos.

El Tratado de Reforma de la Unión Europea, de Lisboa, de 2.009 definió los derechos sociales como derechos fundamentales y creó las bases para que los países europeos pudieran asumirlos como tales en sus textos constitucionales mediante la llamada Carta de los derechos fundamentales de la Unión[116], que se incorporó al Tratado de Lisboa de 2.009 y que era acorde con la Doctrina de la Resolución de Naciones Unidas de 2.006[117].

El derecho a la vivienda previsto en el art. 47 CE se procurará por cualquier forma de acceso a la posesión que se sea legal y que permita el disfrute, pero, por otra parte, el precepto exige que se trate de una vivienda "digna y adecuada" [118].

Como hemos dicho la dignidad está claramente vinculada a este derecho de ahí que la vivienda deba reunir unas características mínimas para tener tal consideración[119].

116. Véase ANDRÉS SAEZ DE SANTA MARÍA, P. "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica Española", Revista de Derecho de la Unión Europea, nº15, 2.008. Véase "El Derecho a una vivienda digna en el Derecho Internacional y Constitucional comparado (Notas para un Proyecto de Ley Asturiana de Garantía del Derecho a la Vivienda Digna". ÁLAEZ CORRAL, BENITO. Doutrina Estrangeira. Direitos Fundamentais & Justiça nº14, JAN-MAR. 2.011; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. "La Justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana", Jueces para la Democracia, nº40, 2.001.
117. En contraste con este empeño en revestir el derecho a la vivienda como un derecho fundamental encontramos que en nuestro texto constitucional la vivienda aparece también como un pilar fundamental de un sector económico disponiendo una competencia estatal en la materia a través del art. 149, 1ª, 13 CE.
118. Véase, respecto al ámbito europeo y la configuración el derecho a la vivienda, las Conclusiones de la Conferencia Europea de la Vivienda, CECODHAS, Valencia, 1.997, página 7, Conclusiones en la que se concluye la necesidad de reconocer el derecho a una vivienda para todos los habitantes de Europa así como la Resolución del Consejo y de los Ministros de Asuntos Sociales de la Comunidad de 29 de Septiembre de 1.989 y del Consejo en su Reunión de 24 de Junio de 1.992 (el Consejo alude al " derecho fundamental de la persona a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana). El Parlamento Europeo en su Resolución de 13 de Julio de 1.993 habla de garantizar a todo ciudadano un hábitat de calidad; véase KENNA, P., «El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Revista de Derecho Político, nº74, 2009
119. GARCÍA ÁLVAREZ, G., «Las conexiones entre urbanismo, vivienda y medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Revista Catalana de Derecho Público, nº38, 2009.

El derecho a una vivienda adecuada[120] se reconoce por el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y se consagra en el artículo 1.1., párrafo 1 del PIDESC[121] de 1.966: *"el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua en las condiciones de existencia".*

El concepto de vivienda entendido como vivienda "adecuada", es decir, digna, ha sido objeto de estudio desde distintas perspectivas por la importancia que tiene para el desarrollo de los derechos de la personalidad y de la dignidad humana[122].

120. Véase NACIONES UNIDAS, "El derecho humano a una vivienda adecuada", Nueva York, Folleto No. 21/ Rev. 1, 2010, 6. Miloon Kothari, ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada, la definió así: "El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad". "La mujer y el derecho a una vivienda adecuada", publicación de la Oficina del Alto Comisionado sobre vivienda adecuada de Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2.012. Como recoge la anterior publicación (p.12) 4 de Abril de 2.003, Miloon Kothari declaró ante la Comisión de Derechos Humanos explicando la estrecha vinculación del derecho a la vivienda adecuada con la dignidad de las personas: "En el cumplimiento de mi mandato he seguido un enfoque global basado en la realidad de que todos los derechos humanos están relacionados entre sí y son indivisibles. El derecho a una vivienda adecuada no puede hacerse plenamente efectivo si se desvincula de otros derechos, como el derecho a la alimentación, al suministro de agua, a servicios sanitarios, al suministro eléctrico, a la atención de salud, al trabajo, a la propiedad, a la seguridad de la persona, a la seguridad de la vivienda, y a la protección contra tratos inhumanos y degradantes. Este enfoque me ha obligado a examinar una serie de cuestiones relacionadas con la vivienda adecuada, como la tierra, los desalojos forzosos, el acceso al suministro de agua y a servicios sanitarios, la atención de salud, la pobreza y los efectos de la globalización".
121. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.
122. Sobre la vinculación existente entre el derecho a la dignidad y el derecho a la vivienda véase, por ejemplo: "El derecho a una vivienda digna en el Derecho Internacional y Constitucional comparado (Notas para un Proyecto de Ley Asturiana de Garantía del Derecho a la Vivienda digna)". BENITO ARRAEZ CORRAL, Doutrina Estrangeira, Direitos Fundamentais e Justiça, nº 14, Jan-Mar, 2.011; VV.AA. "El derecho de la Vivienda en el S. XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y urbanismo. Con un análisis específico de la Ley Catalana 18/2.007, de 28 de Diciembre, del derecho a la vivienda, en el contexto del derecho español, europeo e internacional.". ( Coords. JULI PONCE SOLÉ, Y DOMÈNECH SIBINA TOMÁS, Marcial Pons, Madrid, 2.008, 856 págs.) RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS. *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid. Septiembre-Diciembre (2.009), págs. 425-469.; "El derecho a una vivienda digna y adecuada". ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Nº IX (1.992), págs. 305-322.

Para determinar lo que es una vivienda digna y adecuada se manejan parámetros como los siguientes:

-que se cumpla la normativa sobre seguridad, salubridad y habitabilidad prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación y en el Código Técnico de la Edificación y normativa complementaria[123]. Sobre esta cuestión, resulta peculiar la tendencia arquitectónica de las llamadas "minicasas" (tiny houses) que aboga por el concepto mínimo de vivienda, considerando que el ser humano no necesita más que un espacio reducido para vivir en condiciones dignas. Esta tendencia consiste en reducir el concepto de vivienda a apenas 40 metros cuadrados poniendo un especial énfasis en la reducción de costes que esto representa y un mayor ahorro energético. Es decir, se presenta este "producto" como una solución no sólo al problema de la vivienda sino también como una medida de ahorro energético.

-y, que se cumpla la normativa sobre diseño y calidad así como el resto de normativa urbanística relativa al entorno geográfico de la vivienda y al sistema dotacional[124].

En la actualidad, y después de 40 años de reconocimiento de este derecho la cuestión relativa al derecho a la vivienda sigue siendo importante pero para combatir el alto precio de la vivienda se apuntan soluciones que representan, que pueden representar un claro retroceso en la materia[125].

---

Valencia; MUÑOZ CASTILLO, JOSÉ. "El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa". Colex. Madrid. 2.000.

123. Véase ESCARTÍN ESCUDÉ, V., "Seguridad y Calidad en la vivienda", en F. LÓPEZ RAMÓN (Coord.), Construyendo el derecho a la vivienda, Marcial Pons, Madrid, 2.010.
124. MUÑOZ PÉREZ, DAVID. "Reconstrucción del derecho a la vivienda en España", íbidem p.53. Véase también la STC 113/1.989 de 22 de Junio, en la que se relaciona el derecho a la vivienda digna y adecuada con la protección a la familia (art.39) y con la protección a la salud (art 43) con relación a la dignidad humana (p. 56).
125. Sobre la evolución del tratamiento legislativo del derecho a la vivienda véase ÁVILA ORIVE, J.L. y ARNÁEZ ARCE, V.M., "Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional", Revista Vasca de Administración Pública, nº 87-8, 2.010; BERMEJO LATRE, J.L., "La evolución de las políticas de vivienda en la España del S. XX", en F. LÓPEZ RAMÓN ( coord.), Construyendo el derecho a la vivienda, Marcial Pons, 2.010.

Se insiste en restar importancia a la adquisición de la vivienda en propiedad, y en restar también valor a la necesidad de que la vivienda reúna unas condiciones adecuadas para el desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana[126].

La opción por este tipo de viviendas plantea una cuestión de no poca trascendencia a los efectos que nos ocupan. Si este tipo de viviendas no tiene la consideración de bienes inmuebles o "bienes raíces", si no se adquiere la propiedad del suelo sino de una estructura transportable a cualquier lugar, debemos plantearnos si el sistema hipotecario basado en la garantía sobre bienes inmuebles y el sistema financiero que sigue teniendo como activo los inmuebles, tendrían realmente interés en fomentar este tipo de viviendas[127].

Otro tipo de viviendas impulsadas por estos movimientos arquitectónicos y sociales son las llamadas "mobile homes" de un tamaño superior a las "tiny

126. La creación de estas viviendas tiene su origen en Japón en la década de los 90 y se justificó por el alto precio alcanzado por la vivienda pero realmente su desarrollo y potenciación se produce en EEUU como consecuencia de la crisis inmobiliaria y económica de 2.008. En Reino Unido existe, incluso, una asociación de propietarios de casas pequeñas. En España, sin embargo, todavía no tiene ningún arraigo este tipo de vivienda. Se trata, en definitiva, de viviendas prefabricadas, de dimensiones mínimas, desmontables y transportables y de un valor económico mínimo comparado con el valor de mercado de una vivienda al uso. Para justificar la viabilidad de estas viviendas se destaca en este tipo de construcción, la importancia de los metros cúbicos frente a los metros cuadrados. Se construyen distintos tipos de minicasas con distintos tamaños para para que tenga la consideración de vivienda debe tener más de 36 metros cuadrados en general. Las llamadas "tiny houses" de las que se empezó a hablar hace más de veinte años pueden aparecer como soluciones al problema de la vivienda porque se abaratan costes pero, es muy cuestionable que sean compatibles, en muchos casos, con el concepto de dignidad. Sobre el concepto de vivienda véase también la obra de la Arquitecta SARAH SUSANKA en la obra "The Not So Big House" (Una casa no muy grande, Ed. Taunton Press Inc., 17 Octubre 2.002 ) o RENZO PIANO en "Casita DIOGENE" ( Proyecto publicado en 2.009 en la Revista Abitare, http://www.abitare.it/it/tag/renzo-piano/?refresh_ce-cp) en la que reivindican el concepto de vivienda mínima. Señala CORBÍ que "Las leyes del suelo se hicieron para evitar la creación de asentamiento urbanos ilegales que demandasen suministro de agua, luz y saneamiento. Esto se salva si son casas autosuficientes", por lo que parece que no existe óbice a que este tipo de viviendas efectivamente se generalicen.

127. Resulta curioso el que el eslogan publicitario de la Compañía francesa Ma Petite Maison es "Más vale un espacio pequeño tuyo que uno grande en casa de otros". Este eslogan, resume, en buena medida, la filosofía que orienta este tipo de construcciones y apunta también a la diferencia respecto de las viviendas gravadas con hipoteca. http://www.expansion.com/fueradeserie/arquitectura/2018/03/19/5aa67859468aebc3428b457c.html. ¿Por qué las tiny houses o mini casas son las viviendas del futuro en Europa?.

houses" pero igualmente transportables. Para justificar la defensa de este tipo de viviendas se recurre a argumentos no solamente arquitectónicos (como la diferencia de costes en la construcción, o la falta de suelo edificable) sino a otro tipo de argumentos cuasi-morales tales como la innecesariedad de vivir en viviendas grandes o suntuosas[128].

A modo de ejemplo encontramos una iniciativa empresarial que surgió en Barcelona que pretendía comercializar viviendas en las que sus dimensiones no permiten calificación de vivienda digna y así se manifestó por parte del Ayuntamiento. La Alcaldesa Ada Colau rechazó públicamente la iniciativa considerando que era inaceptable y contraria a la dignidad humana[129].

128. LOREAU, DOMINIQUE. "El arte de simplificar la vida". Ed. Urano. Edición 2.012. En este sentido establece un símil entre una vivienda pequeña y un barco con la intención de justificar que el modelo convencional de vivienda habitual es innecesario para el desarrollo de la personalidad y dignidad del ser humano.
129. https://verne.elpais.com/verne/2018/09/06/articulo/1536240064_094730.html. ¿Qué es una vivienda según el Ayuntamiento de Barcelona?. Héctor Llanos Martínez 6 SEP 2018 - 18:50 CEST. El artículo hace referencia a la oferta promovida por la empresa Haibu 4.0 de la venta de los llamados "piso colmena" que imitan, en cierto modo, los hoteles cápsula japoneses, y que cuestan 200 euros al mes (incluye electricidad, agua, wifi, servicio de limpieza de zonas comunes, aire acondicionado, mantenimiento de la "colmena" y gastos de seguridad, según oferta en su página web. La empresa pretende alojar 15 personas en 100 metros cuadrados lo que provocó el rechazo de la Alcadesa Ada Colau considerando que una edificación de estas características no podía considerarse una vivienda digna. La Alcaldesa Ada Colau recuerda que las exigencias que debe cumplir una vivienda son los dispuestas en al Decreto 141/2012 de la Generalitat sobre las condiciones mínimas de las viviendas y la cédula de habitabilidad. Estas normas establecen que una vivienda deberá tener como mínimo 40 metros de superficie y la altura libre entre el pavimento y el techo debe ser como mínimo de 2,50 metros. El Decreto establece también el número de personas que pueden ocupar una vivienda en función de su superficie o una habitación, también en función de la superficie. En defensa de estas viviendas, la empresa argumenta que existen otras viviendas en Barcelona que no cumplen con esta normativa y sin embargo el Ayuntamiento no impide que se destinen a vivienda. Concretamente se trata de los llamados "quarts de casa" del Barrio de la Barceloneta que son viviendas del S. XVIII que se han dividido en varias partes y se han creado viviendas inferiores a los 30 metros cuadrados. Respecto a esta excepción, la Alcaldesa expuso que estas construcciones tienen la consideración de Patrimonio Histórico y que además son preexistentes al primer Decreto sobre normas de habitabilidad.

Como comenta en su obra MARIA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS[130] fueron los llamados "Escraches"[131] y determinados movimientos políticos y sociales los que alertan sobre las deficiencias de lo que en el siglo pasado se vino a llamar la "cuestión social".

130. GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA JOSÉ. "El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo". Universidad de Zaragoza. Colección de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Editorial DYKINSON. Madrid 2013. Pp 18 y 19. Comenta la autora que los "Escraches", los desahucios, y las reivindicaciones sociales han sacado del debate político estas cuestiones y han provocado que se legislara de forma rápida e improvisada. Recuerda, incluso, el caso del controvertido Decreto de Andalucía, que entró en vigor el 12 de Abril de 2.013, que permitía que la Administración pudiera expropiar casas que estuvieran en poder de los bancos con motivo de una ejecución hipotecaria. Esta norma fue cuestionada por la Comisión Europea que consideró que creaba incertidumbre entre las competencias atribuidas a las CC.AA y las atribuidas al Estado y, por este motivo, con fecha de 27 de Junio de 2.013, recurrió dicho Decreto ante el Tribunal Constitucional. Con fecha de 11 de Julio de 2.013 el Tribunal Constitucional acordó la suspensión cautelar del Decreto. El Recurso interpuesto por el Gobierno Español se basó en la competencia exclusiva atribuida a las Cortes Generales respecto a la legislación sobre el derecho a la propiedad de la vivienda y su contenido esencial. La STC de 14 de Mayo de 2.015 resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 4286-2013 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

131. La práctica conocida como "Escraches" es una forma de protesta colectiva que nació en la Argentina de los años 90 contra lo que se denominaron las Leyes de punto y final. La Ley 23.492 de Punto y Final fue promulgada el 24 de Diciembre de 1.986 en Argentina por el Presidente Raúl Alfonsín y disponía la paralización de procesos judiciales contra los imputados de ser autores penalmente responsables de haber cometido el delito de desaparición forzada de personas durante la dictadura. Meses después fue complementada con la Ley de Obediencia Debida (23.521) también dictada por Alfonsín el 4 de junio de 1987, y estableció una presunción iuris et de iure (es decir, que no admitía prueba jurídica alguna en contrario) respecto de que los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas no eran punibles. Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, junto a los indultos realizados por Carlos Menem (1989–1990), son conocidas entre sus detractores como leyes de impunidad. La palabra nació en su uso político en 1995 en Argentina, utilizada por la agrupación de derechos humanos HIJOS para denunciar la impunidad de los genocidas del proceso liberados por el indulto concedido por Carlos Menem. Escrache es el nombre dado en Argentina, Uruguay, Paraguay y España a un tipo de manifestación en la que un grupo de activistas se dirige al domicilio o lugar de trabajo de alguien a quien se quiere denunciar. Se trata de una palabra en jerga para referirse a un método de protesta basado en la acción directa, que tiene como fin que los reclamos se hagan conocidos a la opinión pública. En España, el uso de este término se generalizó a partir de marzo de 2013 para referirse a las protestas de acción directa de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

Sobre la "función social de la propiedad" se ha pronunciado el Tribunal Constitucional resolviendo que el Gobierno de Navarra podrá expropiar viviendas que se encuentren desocupadas por un tiempo superior a dos años pero debe tratarse de viviendas que sean propiedad de personas jurídicas y no personas físicas (particulares). Aunque el TC ha anuló parte de la Ley Foral de la Vivienda de 2.013 por invadir competencias del Estado los preceptos anulados disponían que era posible, una expropiación de viviendas, con carácter de emergencia social, en aquellos casos de personas que hubieran sido desahuciadas de sus viviendas por entidades bancarias.

Con el mismo fundamento se inició la tramitación de un anteproyecto de Ley de Vivienda de Aragón presentado por el Consejero de Vertebración de Territorio el 6 de Marzo de 2.018[132], cuya aprobación está prevista para el año 2.025, con el que se pretende convertir la vivienda en un derecho subjetivo y que un ciudadano pueda exigir a la Administración un piso de alquiler o una prestación social que le permita el acceso a una vivienda.

Con esta Ley el Gobierno de Aragón pretendía beneficiar a 7.500 unidades familiares con una renta anual inferior a 14.910 euros. El Ante Proyecto planteaba la creación del Fondo de Vivienda Social de Aragón, para gestiones los inmuebles sociales de las Administraciones fuera cual fuera su procedencia articulándolo a través de un sistema informático que permitiera conocer a la Administración la información necesaria respecto a las personas en riesgo de perder su vivienda. El Anteproyecto iba más allá de la constitución de un mero registro y pretendía obligar a otras entidades distintas a esta Administración (entidades financieras, sociedades inmobiliarias, Sareb y grandes propietarios) a comunicar esta información a la Administración.

132. https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2018/03/06/la-vivienda-sera-derecho-subjetivo-aragon-podra-expropiar-1228547-300.html. "La DGA garantizará por ley el acceso a una vivienda digna a los que carezcan de recursos".

El Anteproyecto de Ley de Vivienda de Aragón menciona también las modificaciones respecto al régimen de VPO con la finalidad de evitar abusos del sistema[133]. En este sentido es especialmente relevante, a mi juicio, que la calificación de "protección oficial" de la vivienda la acompañe durante toda la vida útil del inmueble y no se permita el cambio de calificación que suponga introducir un bien de estas características en el mercado especulativo, pero esta normativa no tendrá carácter retroactivo.

El Anteproyecto contempla la posibilidad de expropiar viviendas que no cumplan con la función social de la propiedad (uso residencial o efectiva ocupación).Incluye, como novedad, la obligación de la Administración de prestar una alternativa ocupacional a quienes pierdan sus viviendas. Otra de las novedades que contempla es la configuración del concepto legal de "vivienda desocupada" que permita, jurídicamente, la inclusión de una vivienda en el llamado Fondo de Vivienda Social de Aragón.

Según manifestó públicamente José Luis Soro[134], Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda, del Gobierno de Aragón, esta política de vivienda se basa en cuatro pilares:

1º.- La vivienda concebida como un derecho subjetivo y no como un bien de mercado. Se regula por primera vez la función social de la vivienda y se define por primera vez el concepto de vivienda desocupada.

2º.- El derecho de acceso a la vivienda y la competencia de los Gobiernos autonómicos para efectivo dicho acceso mediante la regulación de un régimen

133. https://www.elconfidencial.com/espana/pais-vasco/2018-09-06/san-sebastian-vpo-pisos-turisticos-ilegales-inspeccionalquiler_1611996/?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=amp"Así caza San Sebastián a los dueños de VPO que ofrecen el piso en alquiler o intercambio". José Mari Alonso. San Sebastián06/09/2018 05:00 - Actualizado: 06/09/2018 13:47. El artículo hace alusión a que la persona que ofrece en alquiler una vivienda de VPO se enfrenta a una multa de entre 3.000 y 20.000 euros y a perder su VPO por un incumplimiento grave de la normativa reguladora del uso de las viviendas públicas.
134. http://www.elmundo.es/economia/vivienda/2018/03/06/5a9eb57de2704e287d8b46ac.html. "La vivienda será en Aragón un derecho subjetivo exigible ante los tribunales".

jurídico de alternativa habitacional (bajo cualquier régimen jurídico de tenencia acompañado de un sistema de prestaciones económicas).

3º.- El derecho al disfrute pacífico de la vivienda.

4º.- El derecho a una vivienda digna y adecuada que permita un nivel de vida de calidad.

El Gobierno de Aragón, contempla las políticas de alquiler como una de las opciones que permitan garantizar el derecho al acceso a la vivienda.

El Anteproyecto pretende influir incluso en la información, la publicidad y los requisitos de los contratos de vivienda regulando por primera vez los derechos del usuario de la vivienda. Se recurre a la Rehabilitación de Inmuebles y a un Plan de Vivienda que permita hacer efectivas las medidas que contempla la norma proyectada.

Como otra de las novedades del Anteproyecto de Ley de Vivienda de Aragón destaca la importancia que conceda a la financiación ya que es imprescindible para el acceso a la vivienda. Coincidimos plenamente, como apuntamos a lo largo de este trabajo, en la importancia que tiene la financiación y la contratación bancaria en el acceso a la vivienda y en la gestión de la ejecución del contrato y de las posibles consecuencias de los incumplimientos contractuales.

Otra novedad relevante a nuestros efectos es la obligatoriedad de la mediación en el caso de los préstamos hipotecarios.

Respecto a la función social de la propiedad y a las facultades expropiatorias de las Administraciones, el TC en su ratificó que el Gobierno de Navarra[135] pudiese expropiar vivienda con una función social. Concretamente declaró esta facultad cuando la viviendas que se expropiasen fueran propiedad de empresas hubieran estado desocupadas dos años, lo que provocó las críticas del sector inmobiliario de forma similar a lo ocurrido con la llamada Ley de desahucio exprés de ocupas.

135. https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_021/2013-6036STC.pdf.

En el mismo sentido se pronunció el TC que permitió también la expropiación forzosa de viviendas al Ayuntamiento de Barcelona con un fin social.

La intervención pública en un derecho privado como es el derecho a la propiedad ha planteado distintas cuestiones tales como la naturaleza jurídica del derecho a la propiedad privada, tal y como se configura en la Constitución, y si el Estado puede intervenir en la configuración de dicho derecho con base en la llamada "función social de la propiedad" que también viene reconocida en la Constitución.

La crisis económica de 2.008 motivó que distintas Administraciones autonómicas (Navarra, Andalucía, Canarias y Valencia)[136] optasen por crear normas en virtud de las cuales intervenían de alguna forma sobre el derecho de propiedad recurriendo a la función social de la misma.

En cuanto a las dudas que suscita el ejercicio de la función social de la propiedad por parte del Estado, el TC se pronunció en la STC 80 /2.018, de 5 de Julio (BOE de 6 de Agosto de 2.018)[137] en el Recurso de Inconstitucionalidad

136. Estas normas fueron recurridas en su día ante el TC y han sido ya resueltas como recuerda la STC 80 /2.018, de 5 de Julio de 2.018 en su Fundamento Jurídico Segundo:" 2. El contenido de los preceptos del denominado primer bloque resulta ser muy similar al de otras normas autonómicas en materia de vivienda que han sido ya impugnadas ante este Tribunal. Similitud que, igualmente, ha sido puesta de manifiesto por el Abogado del Estado en la propia demanda. En efecto, sobre las normas que cita el Abogado del Estado ya han recaído diversos pronunciamientos de este Tribunal. Se trata, concretamente, de la STC 16/2018, de 22 de febrero, que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; de la STC 32/2018, de 12 de abril, que ha dado respuesta al recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 1 y la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; y de la de la STC 43/2018, de 26 de abril, que ha decidido el recurso de inconstitucionalidad contra diversos apartados del artículo 1 y disposiciones adicionales segunda y cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. También, debe tenerse en cuenta la STC 93/2015, de 14 de mayo, en la que se resolvió la impugnación del Decreto-ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, precedente de la mencionada Ley 4/2013."
137. Pleno. Sentencia 80/2018, de 5 de julio de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 5425-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación procesal,

interpuesto recurso de inconstitucionalidad núm. 5425-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado contra los artículos 5.3 (letra b); 6.1, en la medida en que establece la acción pública frente a los órganos jurisdiccionales; 12; 13; 14; 15; 16; 18; 19; 23, en relación exclusivamente con el suministro de gas y electricidad (apartados tercero y quinto); 30; 31; 33 (apartado segundo y apartado tercero, letras b y g); anexo I y anexo II de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana.

Indica la Sentencia que "en materia de vivienda, el artículo 6.1 se impugna en la medida en que establece la acción pública frente a los órganos jurisdiccionales, es decir, no frente a los órganos administrativos".

El TC analiza la primera de las impugnaciones realizadas que es la concerniente a los artículos 5.3 b), 14, 15,16, 18 y anexo I, 19, 33, apartados segundo y tercero b) y anexo II, que se refieren al concepto de vivienda deshabitada y las consecuencias que se derivan para los grandes tenedores.

Uno de los motivos de impugnación alegados por el Abogado del Estado dentro del primer bloque es la alegación de la vulneración de los títulos competencias estatales en materia de ordenación de la economía (149.1.13 CE) y ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE).

Sobre este punto, la Sentencia recuerda en su FJ 4 que el TC ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre este punto: "Sobre el alcance de la competencia exclusiva estatal ex artículo 149.1.13 CE y su relación con la competencia ex artículo 149.1.11 CE, este Tribunal ha recordado en la STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 17, que «habida cuenta de la relevancia que presenta el sistema financiero para el funcionamiento de la economía en su conjunto, la presencia de una regla competencial específica, como es, en lo que ahora

crédito, ordenación general de la economía y energía: nulidad de los preceptos legales autonómicos que establecen la acción pública frente a los órganos judiciales, regulan situaciones sobrevenidas consecuencia de desahucios e introducen medidas para prevenir y paliar la pobreza energética.

exclusivamente interesa, la relativa a la ordenación del crédito y la banca, no puede significar el completo desplazamiento de la regla competencial atinente a la planificación general de la actividad económica. Al respecto, este Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que dentro de la competencia de 'ordenación general de la economía' tienen cabida 'las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector'."

Para resolver esta cuestión el TC reitera, en el FJ 3 y se remite a lo ya resuelto en 2.015 respecto al "Decreto andaluz": A este respecto, la STC 93/2015, FJ 18, ya razonó que una medida autonómica como la prevista en la disposición adicional segunda del Decreto-ley andaluz 6/2013, consistente en la expropiación del uso de la vivienda objeto de un procedimiento de ejecución, por un plazo máximo de tres años a contar desde el lanzamiento acordado por el órgano judicial, difiere sustancialmente y resulta incompatible con las medidas adoptadas por el Estado en ejercicio de su competencia, ex artículo 149.1.13 CE, para atender a las mismas necesidades. Esa misma conclusión, examinando las normas estatales posteriores al dictado de la STC 93/2015, se ha ratificado en la STC 16/2018, FJ 13, en la que se ha declarado que los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, añadida por el artículo 7 de la Ley Foral 24/2013, que regulaban una expropiación de uso similar a la anterior, suponían «un uso de la competencia autonómica en materia de vivienda que, al interferir de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (artículo 149.1.13 CE), menoscaba la plena efectividad de dicha competencia estatal». Más recientemente, en la STC 32/2018, de 12 de abril, FJ 5, se ha declarado inconstitucional y nula la disposición adicional primera de la Ley andaluza 4/2013, por idéntica razón. Y, finalmente, la STC 43/2018, de 26 de abril,

FJ 4, ha declarado inconstitucional y nula la disposición adicional cuarta de la Ley canaria 2/2014, por los mismos motivos".

Por aplicación de la anterior Doctrina, que ya ha resuelto respecto a preceptos similares en las distintas normas autonómicas citadas, el TC resuelve el artículo 13 y el anexo I, de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana deban ser declarados inconstitucionales y nulos.

Sin embargo, respecto al resto de los preceptos, concretamente respecto al art. 12 el TC considera que esta cuestión ya ha sido resuelta anteriormente y que no cabe declarar nulo el precepto por cuanto "no es posible apreciar que interfieran significativamente en la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE. En efecto, las SSTC 16/2018, FJ 16; 32/2018, FJ 6, y 43/2018, FJ 4, ya han desestimado esta misma tacha, en su momento formulada sobre preceptos similares de otras normas autonómicas, con argumentos que son en todo aplicables al presente caso y a los que ahora procede remitirse."

Por tanto, el TC considera respecto a la posible vulneración del artículo 149.1.13 CE, que no existe tal vulneración salvo en el art. 13 y anexo I de la Ley, que declara inconstitucionales y nulos.

Continuando con el resto de impugnaciones contenidas en el primer bloque del recurso, el Abogado del Estado impugna los artículos 5, apartado tercero, letra b), 14, 15, 16, 18, 19 y 33, apartados segundo y tercero b) y anexo II de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por considerar que condicionan y modulan el contenido del derecho de propiedad, por cuanto imponen al propietario una obligación de uso de las viviendas, afectando así a su contenido esencial, que es indisponible para el legislador y que, además estos preceptos son contrarios a lo dispuesto en los artículos 149.1.1 y 149.1.8, en relación con el artículo 33 de la CE relativos a las competencias estatales.

Los intentos autonómicos por desarrollar el derecho a la vivienda en el ejercicio de las competencias transferidas a las CCAA en materia de vivienda

plantea no pocas cuestiones de difícil encaje con el resto de títulos competenciales regulados en la Constitución lo que dificulta que exista una normativa uniforme y no discriminatoria en todo el territorio nacional y que no se produzcan vulneraciones de competencias en otras materias, estrechamente relacionadas con el derecho a la vivienda, como puede ser la competencia relativa a la ordenación del crédito, atribuida en exclusiva al Estado.

## III.LA LEY 12/2.023, DE 24 DE MAYO DE 2.023, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA: PRIMERA LEY ESTATAL DESARROLLO DEL ART. 47 CE.

### 1.Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley: El Informe del CGPJ de fecha 22 de Enero de 2.022.

Transcurridos dieciséis años desde que se iniciase en 2.008 la Crisis Económica Inmobiliaria, y, en un momento de inestabilidad política, tras haber atravesado también la Pandemia COVID y la crisis económica provocada por la magnitud de la misma, el 24 de Mayo de 2.023 se aprobó la llamada Ley por el Derecho a la Vivienda, con la pretendida finalidad de convertir el derecho a la vivienda contenido en el art. 47 CE en un derecho efectivo y real.

Transcurrido año y medio desde la aprobación de la Ley, se puede constatar no sólo su ineficacia, sino los numerosos problemas que ha ocasionado, desde un punto de vista jurídico, como por ejemplo los de índole competencial entre las CCAA y el Gobierno Central, al tratarse de una Ley que interviene en una materia que se encuentra cedida a las CCAA.

Como hemos analizado en los apartados anteriores, los elementos configuradores del derecho a la vivienda reconocido en el art. 47 CE plantean no pocas dudas respecto a su contenido, alcance, oponibilidad y exigibilidad tanto

frente a los Poderes Públicos como frente a los propios ciudadanos, dando lugar a determinados conflictos entre particulares como el llamado fenómeno "okupa".

La Ley por el Derecho a la Vivienda, nace con "llamadas de alarma" desde distintas instituciones, tanto del sector público como privado, que apuntan hacia posibles conflictos entre derechos de distinta naturaleza, como por ejemplo el derecho a la propiedad privada (en el ámbito privado), o las competencias reconocidas en materia legislativa a las CCAA y sus limitaciones (en el ámbito del Derecho Público).

Sobre estas cuestiones y problemáticas que podían surgir como consecuencia de aprobar una Ley en dichos términos, se pronunció, con carácter previo, el CGPJ, en el Informe Jurídico que emitió a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda (en lo sucesivo, AL, ALDV, o el anteproyecto).[138]

El Informe del CGPJ parte del análisis previo del derecho que pretende regular la Ley a fin de determinar sus propias competencias especto a la emisión del Informe Jurídico.

La primera cuestión que plantea el CGPJ es la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda y expone que la Ley pretende regular el derecho constitucional "a una vivienda digna y adecuada", reconocido en el art. 47 CE, pero advierte, ya desde el inicio, de que no se trata de un derecho fundamental sino de un principio rector de contenido económico y social. No obstante, se reconoce en el Anteproyecto de Ley sobre el que recae el Informe la voluntad de equiparar dicho principio rector a un derecho fundamental, y, ésta es, precisamente, una de las

138. CGPJ, Informe Jurídico emitido con fecha de 27 de Enero de 2.022 con motivo de la tramitación del Anteproyecto de Ley de la Ley por el Derecho a la Vivienda, suscrito por D. José Antonio Ballestero Pascual y D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva, Vocales del CGPJ.

cuestiones jurídicas más problemáticas que presenta la efectividad del derecho a la vivienda[139].

El art. 53.3 CE impone a los poderes públicos la obligación de actuar respetando los principios rectores de la política social y económica que deberán informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en las leyes que los desarrollen.

Otra de las cuestiones que analiza el Informe y que ponen de manifiesto la clara contradicción del Anteproyecto de Ley con el estatuto jurídico relativo al derecho de propiedad, es la imposición por parte de los poderes públicos a los propietarios de la necesidad de que sus viviendas sean, necesariamente, destinadas a la "habitación". En este sentido es claro el CGPJ al argumentar que no es inherente al derecho de propiedad de una vivienda la obligación del propietario de destinar la misma a "uso habitacional" y que esta imposición que contempla el Anteproyecto de Ley atiende más bien a la voluntad de los poderes públicos que al contenido real del derecho de propiedad, por lo que también este planteamiento resulta incompatible con el ordenamiento jurídico[140].

---

139. El Informe recuerda que el Tribunal Supremo ya se pronunció sobre el derecho a la vivienda concluyendo que se trata de un Derecho subjetivo (STC 32/2019, de 28 de Febrero, FJ 6).

140. Ibíd. Informe CGPJ, p. 35. El CGPJ recuerda la posición del TC que ya se pronunció respecto a esta cuestión: "Nada más lejos de la realidad si hemos de atenernos a la doctrina del Tribunal Constitucional. El FJ 7 de la STC 32/2018, de 12 de Abril, haciéndose eco de la STC 16/2018, de 2 de Febrero aclaró que este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en el que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad". El contexto normativo nos lo ofrece ahora el artículo 2 del anteproyecto que gira bajo la rúbrica" Fines de la políticas públicas de vivienda" y que reza así: "La acción de todos los poderes públicos en materia de vivienda debe perseguir, cualquiera que sea la formulación de sus políticas en el marco de sus respectivas competencias, los siguientes fines comunes:…b) Asegurar el uso y disfrute efectivo de la vivienda, en virtud del régimen legal de tenencia, así como su mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación y mejora, de acuerdo con lo previsto en esta ley". Sobre la consideración de vivienda habitual de aquellas viviendas que no están

En segundo lugar, se plantea la cuestión relativa a los títulos competenciales reconocidos en la Constitución en materia de legislación. El art. 47 CE regula el derecho a la vivienda y efectivamente existe una trasferencia de competencias legislativas en la materia pero, no así, en otras materias a las que afectaría, como por ejemplo la regulación de todo lo concerniente al derecho de propiedad privada. Como apunta el CGPJ en el Informe, la regulación del Anteproyecto de Ley afecta a distintos títulos competenciales previstos en el art. 149.1.1º, 6º, 8º y 13º CE, siendo absolutamente necesario deslindar las competencias y analizar las mismas, para poder determinar el alcance de la regulación del derecho.

Una vez determinada la cuestión competencial, será necesario analizar también el alcance del mandato constitucional previsto en el art. 47 CE respecto al derecho de propiedad reconocido en el art.33 CE, así como la incidencia de la Ley en el resto de normas sustantivas y, también, procesales.

Como expone el Informe, la vivienda constituye una materia de titularidad autonómica, pero aclara que esto implica implementar aquellas condiciones que puedan dotar de efectividad dicho derecho pero no regular el derecho en sí mismo considerado, concluyendo de forma muy precisa, desde un punto de vista terminológico, que puede regular políticas de vivienda pero no el derecho en sí mismo: "Ésta podrá ser, por lo tanto, una ley sobre las condiciones básicas del derecho de la vivienda, su promoción y protección, o, como dice su título, una ley por el derecho a la vivienda, pero no, en puridad, "la ley de vivienda" o "del derecho a la vivienda"[141].

El CGPJ destaca también la importancia de que el Consejo informe, con carácter consultivo, sobre cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, cuestiones que resultan de gran importancia, ya que el empleo de una incorrecta técnica legislativa pude tener como consecuencia la frustración en

permanentemente ocupadas por sus propietarios véase también la Resolución de la DGSJ y FP, de 3 de Agosto ede 2.020.

141. Ibíd. Informe CGPJ, p.11.

los Tribunales del objetivo perseguido por una Ley en el momento de su elaboración: no basta con regular un derecho, sino que su regulación debe permitir un correcto encaje constitucional y en el resto del ordenamiento jurídico.

El CGPJ es crítico con las cuestiones que introduce y plantea el Anteproyecto de Ley y destaca que tiene un "clara vocación jurídico-pública, lo que le lleva a obviar a menudo, cuando no contradecir, la regulación civil de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, tanto reales como obligacionales, alcanzadas por el anteproyecto". El Informe reconoce la necesidad, de que, tratándose de dicha materia, deban existir normas de naturaleza administrativa y normas que planteen tratamientos excepcionales y temporales, pero que no suponga una derogación implícita definitiva del derecho codificado y de las relaciones jurídico-privadas. Esta afirmación parece constatar claramente la vulneración del Derecho Privado por intervención directa del Derecho Público lo que puede plantear problemas de legalidad y de seguridad jurídica (art.9 CE).[142]

El CGPJ deja claro que la elaboración del Informe parte del art. 47 CE y de las interpretaciones realizadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional exponiendo que se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador concretar en cada momento su alcance respetando los límites impuestos por el art. 47 CE.

El Informe se centra en analizar si la construcción del derecho a la vivienda que contempla el Anteproyecto de Ley tiene o no encaje constitucional en los distintos aspectos que regula.

Tras el análisis de distintas cuestiones a fin de determinar ese "encaje constitucional", destacamos la Conclusión Decimoséptima del Informe, que viene a concluir, no sólo que el Anteproyecto se aparta del cumplimiento de normas imperativas y de suma relevancia en nuestro ordenamiento jurídico sino que, además, implica una derogación del derecho de propiedad (art. 348 Cc) y de la Teoría General de las Obligaciones y contratos. El Anteproyecto traslada al

142.Ibíd. Informe CGPJ, p. 5-6.

propietario obligaciones que corresponden a los poderes públicos, "a su costa", dejándolo desprovisto de los medios de defensa que hasta la fecha otorgaba el ordenamiento jurídico y legitimando actuaciones que pudieran ser constitutivas de delitos, o de infracciones del ordenamiento jurídico[143].

**2.La Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda.**

El proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda fue aprobado por el Consejo de Ministros el 1 de Febrero de 2022, por el Congreso el 27 de Abril de 2023 y definitivamente por el Senado el 17 de Mayo de 2.023.

A pesar de las anteriores consideraciones del CGPJ, el 24 de Mayo de 2.023 se aprobó la Ley por el Derecho a la Vivienda (BOE nº 124, 25-5-23) que entró en vigor el pasado 26 de Mayo de 2.023 como una de las reformas recogidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España[144].

La Ley se presenta como un aparente desarrollo efectivo del derecho a una vivienda digna y adecuada recogido en el art. 47 CE, pero, lógicamente, la trasversalidad de las materias y competencias que afectan al derecho a la vivienda implica las limitaciones a la hora de legislar que ya apuntaba el CGPJ en su Informe al Anteproyecto.

Asentado ya que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental ( en un sentido constitucional), el Preámbulo de la Ley se prevale de otros derechos que sí tienen la consideración de derechos fundamentales para justificar la

143. Ibíd. Informe CGPJ, p. 63. Conclusiones: "DECIMOSÉPTIMA.- La Disposición Final Quinta de modificación de la LEC tiene, también, una farragosa regulación, susceptible de no pocos conflictos a decidir en sede jurisdiccional civil. Se "carga" al propietario –que puede ser persona física igualmente vulnerable—, y no a la Administración, con el costo de mantener la ocupación, normalmente arrendaticia sin pago de renta alguna, es decir ahora en precario, durante un largo período…Es el propietario privado quien soporta el derecho de su incumplidor inquilino al disfrute de una vivienda digna y adecuada, en este caso del derecho a la conservación gratuita del inquilinato, contrato estructuralmente oneroso…".

144. https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/202310/0310203_adenda_plan_de_recuperacion_componente2.pdf

"intervención" de los poderes públicos en materias en las que el ordenamiento jurídico no lo permitiría sin más como por ejemplo el derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad ( art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física o moral (art. 14 CE) o, el derecho a la intimidad personal y familiar (art.18 CE).

Si bien no se puede sostener que, a la luz del tenor literal del texto Constitucional, podamos definir el derecho a la vivienda como un derecho fundamental, el legislador utiliza el resto de derechos ( estos sí, definidos claramente como "derechos fundamentales") para "traspasar" el mismo tratamiento jurídico argumentando a favor de esta teoría la incidencia que el derecho a la vivienda tiene ( sin ser un derecho fundamental) en otros derechos que sí tienen la consideración de derechos fundamentales.

Desde el punto de vista del Derecho Constitucional y de la clasificación de los derechos, es así como se "salva" la distinción entre un derecho no fundamental y los que sí lo son, y se justifica la intervención de los poderes públicos en la materia, en los términos que regula la Ley.

En cuanto al intervencionismo de los Poderes Públicos, el art. 1.1 CE configura el Estado Español como un "estado social y democrático", pero el art. 33 CE reconoce la propiedad privada y el art. 39 CE la libertad de Empresa. Y es en este marco donde hay que cuadrar el intervencionismo del Estado en esta materia y la afectación de los derechos reconocidos en la Constitución y de los pilares básicos que configura el Estado.

Para hacer compatible la intervención del Estado en materia de vivienda y justificar la "adaptación" de los anteriores preceptos a la Ley por el Derecho a la Vivienda, recurre el Legislador al "mandato constitucional" a los poderes públicos de cumplir los Principios Rectores de la Política Social y Económica, y a promover las condiciones óptimas para que sean efectivos (art. 9.2 CE, art. 33.2 CE, relativo a la función social de la propiedad; incluso recurre al interés legítimo de los consumidores y usuarios, art. 51.1 CE).

Dado que la intervención del Estado en la materia no sólo afecta a derechos, sino también a competencias, la Ley recurre al art. 14 CE y al art. 139 CE, para salvar esas limitaciones, bajo la premisa de que hay que garantizar la igualdad en todo el territorio español y esto justificaría una Ley Estatal en materia de vivienda. Esta interpretación es incompatible con la regulación de las competencias en la CE, ya que existe reserva de competencias en la legislación de determinadas competencias y el art. 14 CE no puede amparar la derogación tácita de esa reserva de competencias, debiendo respetarse la distribución de materias entre el Estado y las CCAA[145].

Esta afectación de la regulación del derecho a la vivienda de distintos ámbitos jurídicos es lo que el Preámbulo de la Ley denomina las "múltiples dimensiones constitucionales".

Como ya expusimos al inicio de este Capítulo, el derecho a una vivienda digna ha venido reconocido en el ámbito del Derecho Internacional desde hace mucho tiempo, citando más recientemente la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de Enero de 2.021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible[146].

Sin embargo, todas las alusiones contenidas en normas y pactos internacionales o europeos vienen a ser meras declaraciones de intenciones. En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 148.3 CE, atribuye a las CCAA una competencia plena en materia de vivienda pero sin duda, y como reconoce el Preámbulo de la Ley por el Derecho a la Vivienda la regulación del derecho a la vivienda implica también la regulación de otras materias respecto de las que existen reservas de competencia a favor del Estado, lo que dificulta seriamente la viabilidad de una Ley de estas características.

145. Poco más de un año después de la aprobación de la Ley este problema ya se ha constatado, por ejemplo, en el caso de la Comunidad de Madrid que se niega a aplicar la Ley en determinados aspectos lo que ha provocado apercibimientos por parte del Gobierno Central sobre las posibles responsabilidades que pudiera acarrear a la Comunidad Autónoma dicho incumplimiento.
146. Véase el INFORME del Parlamento Europeo -A9-0247/2.020, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, y la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de Enero de 2.021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible.

El Preámbulo de la Ley hace alusión a los Planes Nacionales de Vivienda de los que ya hablamos en anteriores apartados. La Ley recurre a la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio, que tuvo como objeto de análisis uno de los planes de vivienda estatales de protección pública a la vivienda y que amparó la dinámica de dichos planes, como punto de apoyo de la intervención del Estado la materia. Sin embargo, la justificación jurídica que sustenta esta intervención es que la creación de Planes Nacionales de Vivienda constituye realmente una actividad de "planificación general de la actividad económica, en concreto el establecimiento de bases y coordinación de esta planificación" y bajo esta consideración se admite tal posibilidad con base en el art. 149.1.13ª CE que atribuye al Estado esta competencia.

Del análisis de los distintos Planes de Vivienda que se fueron sucediendo tras la aprobación de la CE, no se extrae en modo alguno una intervención del Estado en los términos que plantea esta Ley. Los Planes Nacionales de Vivienda partían siempre de la creación de un parque de vivienda pública que fue evolucionando conforme las circunstancias sociales y económicas también lo hicieron. Sin embargo, la mayor crítica que se puede realizar a esta Ley es que, como apunta el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley al que nos hemos referido en el apartado anterior, el Estado se desentiende de su responsabilidad y traslada al ciudadano "titular de una propiedad privada" la carga de soportar la obligación de proveer ese "derecho a la vivienda" para con el resto de sus conciudadanos. No se crea "*ex novo"* un parque de vivienda pública para dar cobertura a la eficacia de la Ley sino que se dispone de bienes privados restringiendo derechos de su legítimos titulares y tenedores, que se ponen al servicio de esta Ley. Este planteamiento jurídico se aparta completamente de las políticas de vivienda que se ordenaban mediante la aprobación de Planes de Vivienda como los que habíamos conocido hasta ahora y tiene un carácter expropiatorio.

La facultad expropiatoria o la función social de la propiedad siempre ha existido pero si algo caracteriza ambas instituciones es la excepcionalidad: es

decir, no se pueden convertir en la norma general frente al derecho de propiedad privada porque sería tanto como derogarlo.

Sin abundar en cuestiones que son ajenas al presente estudio, resulta especialmente importante, a los efectos que nos ocupan, la incidencia de la actuación del Estado en la contratación bancaria vinculada a la financiación de la adquisición de las viviendas.

No podemos olvidar que ha sido en el ámbito del Derecho Mercantil en el que se han desarrollado las cuestiones económicas que ha afectado de forma directa a la imposibilidad de adquirir una vivienda o de poder asumir el pago de la misma una vez ya adquirida. Las normas que rigen el mercado parecen escapar a los controles y límites que esta Ley establece ya que sólo un parque inmobiliario estatal podría atenuar estos efectos. La subida de los tipos de interés, la crisis económica inmobiliaria de 2.008, de la que parte el presente trabajo como punto de inflexión, y la necesidad de obtener financiación para la adquisición de la vivienda, colocan la contratación bancaria en un papel protagonista.

La Ley no es ajena a esta cuestión y la introduce también en el Preámbulo, cuando menciona las competencias estatales en materia mercantil (art. 149.1.6ª CE) y civil (art. 149.1.8ª CE), en relación con los contratos vinculados a la vivienda y también respecto al establecimiento de las bases de ordenación del crédito, banca y seguros (art. 149.1.11ª CE), aludiendo tanto a la financiación que requieren las empresas promotoras de vivienda como la financiación que requieren los ciudadanos para su adquisición.

La contratación mercantil se inserta en el sistema financiero, lo que incide también, como apunta el Preámbulo, con la Hacienda General del Estado y la Deuda Pública (art. 149.1.14ª CE) y, desde esta perspectiva se alude a los préstamos conveniados o cualificados y a las ayudas públicas.

Aunque la Ley pretende regular el derecho a la vivienda, se asume de forma expresa la incidencia que tiene la regulación de dicha materia en la economía y la

necesidad de conciliar todos los derechos que pudieran verse afectados como consecuencia de la Ley.

En cuanto a los objetivos que persigue la Ley y que relaciona en el Preámbulo, el primero de ellos consiste en establecer los derechos y deberes que tienen los ciudadanos en relación con el derecho a la vivienda, así como de los asociados a la propiedad privada. En este primer punto destaca que se hable, no sólo de regular los derechos con relación al derecho de vivienda, sino también los deberes que trae consigo y de relacionar también esos deberes con el derecho de propiedad.[147]

Más allá de la mención constitucional a la función social del derecho de propiedad (art.33.3 CE), no se había regulado, hasta la fecha de una forma tan expresa la imposición de los deberes asociados a la propiedad privada ordenados o vinculados al derecho a la vivienda.

La insuficiencia de parques inmobiliarios públicos o la falta de eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos no puede corregirse a costa de la propiedad privada o de derechos legítimos de los titulares de la propiedad privada.

El presente trabajo no estudia el derecho a la vivienda desde un punto de vista constitucional sino desde la perspectiva de la contratación bancaria y su incidencia en la misma ya que el punto de partida es la situación generada por la Crisis inmobiliaria de 2.008 y las ejecuciones hipotecarias que se produjeron de forma masiva como consecuencia de la subida de los tipos de interés y el resto de circunstancias expuestas en este trabajo. Por este motivo, únicamente destacaremos algunos aspectos de la Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo, por el derecho

147. Véase MAS BADÍA, Mª. DOLORES, Un "SOKA-TIRA" SOBRE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA, Comentario a la STC 79 /2.024, de 21 de Mayo*, Revista de Derecho Civil*, Vol. XI, núm. 5 (2.024), Ensayos págs.167-205, Universidad de Valencia; «Derecho a la propiedad», en E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, (dirs.), Comentarios a la Constitución Europea, Libro II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 599-653.; ¿Una habitación propia? Arrendamiento y propiedad en la Ley por el derecho a la vivienda, Marcial Pons, Madrid, 2024.

a la vivienda, sin entrar en otras materias, como por ejemplo los contratos de arrendamientos, por ser ajenas a esta materia.

El estudio del derecho a la vivienda en la contratación bancaria nos obliga a analizar, como se hace en el presente Capítulo, el concepto de "derecho a la vivienda" y las circunstancias históricas, sociales, económicas y políticas que fueron perfilando este concepto antes y después de la Constitución Española.

Sin embargo, es en el seno de la contratación bancaria y en el inicio de la Crisis Inmobiliaria de 2.008, cuando se ubica un punto de inflexión en las consideraciones sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada.

Las políticas sociales en materia de vivienda, anteriores a 2.008 pero posteriores a la Constitución Española no tuvieron que convivir nunca con los altos precios alcanzados antes de que estallara la burbuja inmobiliaria, y ello permitió que, en otros periodos de crisis económica pudieran "sobrellevarse" los efectos de la subida de unos tipos de interés sobre capitales tan altos.

Es en la ejecución de contratos bancarios con garantía hipotecaria en 2.008 cuando parece existir un punto de inflexión en la materia relativa al derecho a la vivienda.

Transcurridos dieciséis años desde el inicio de la Crisis de 2.008 y cuatro años de la Declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19, el 14 de Marzo de 2.020, la Ley por el Derecho a la Vivienda de 24 de Mayo de 2.023, no regula en modo alguno, el derecho a la vivienda dentro de la contratación bancaria[148].

148. Como recoge la Ley 12/2.023, de 24 de Mayo, por el Derecho a la Vivienda, en su Preámbulo, a partir de 2.008 empezó a reorientarse la política en la materia hacia la rehabilitación y el alquiler, con el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2.009-2.012, regulado por el Real Decreto 2.066 /2.008, de 12 de Diciembre y los siguientes Planes Estatales de Vivienda: el Plan Estatal de Fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas 2.013-2.016, regulado por el Real Decreto 233 /2.013, de 5 de Abril; el Plan Estatal de Vivienda 2.018-2.021, regulado por el Real Decreto 106/2.018, de 9 de Marzo, y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2.022-2.025, regulado por el Real Decreto 42 /2.022, de 18 de Enero. Por otra parte, la Crisis ocasionada por la Pandemia a partir de 2.020 agravó aún más la situación

La Ley por el Derecho a la Vivienda únicamente configura dos tipos de viviendas para garantizar el derecho previsto en el art. 47 CE pero, a pesar de la importancia de la financiación en la adquisición de las viviendas, no se hacen menciones a esta cuestión[149].

La Ley distingue dos categorías de vivienda protegida: la vivienda social y la vivienda de precio limitado. Si bien pudiera parecer que la Ley aspira a regular el derecho a la vivienda previsto en el art. 47 CE desde el ámbito del intervencionismo en la materia, de su lectura se puede concluir que traslada a los propietarios la obligación de satisfacer dicho derecho para con quien no ostentan una vivienda.

La vivienda social se configura como una vivienda de titularidad pública destinada al alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal, por lo que parece excluir la adquisición de la propiedad y, en consecuencia, no requeriría de ningún tipo de financiación. Bajo esta consideración, la vivienda social no debería tener ninguna incidencia en la contratación bancaria.

Las viviendas sociales se conformarían por aquellas viviendas que se encuentran en terrenos calificados urbanísticamente como dotacionales públicos mientras que la vivienda protegida se define como la vivienda de precio limitado o sujeta a limitaciones administrativas en los precios de venta y /o alquiler por un plazo de tiempo determinado.

Por otra parte, la Ley configura un segundo tipo de vivienda protegida: la vivienda protegida de precio limitado. Se trataría de viviendas de titularidad

que se venía constatando desde 2.008, aprobándose el Real Decreto-Ley 11 /2.020, de 32 de Marzo por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 en materia de vivienda.

149. La Ley por el Derecho a la Vivienda, hace una mención sucinta en el Preámbulo a las competencias en materia de vivienda a las Administraciones Locales o Municipales haciendo alusión a que se les atribuye como competencia propia la promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera en virtud del art. 25.2 de la Ley 7 /1.985, de 2 de Abril, de Bases del Régimen Local. Pero esta mención a la "sostenibilidad financiera" viene más bien referida a la gestión de los recursos públicos y de los presupuestos y gastos de las Administraciones que a las cuestiones financieras atinentes a la adquisición de las viviendas.

pública o privada, excluida la vivienda social o dotacional pública a la que nos hemos referido anteriormente, y estaría sujeta a limitaciones de precios y otros requisitos que se establezcan legalmente. En este caso, la tenencia de la vivienda también sería temporal, y, por tanto, tampoco podrían producirse incidencias en la contratación bancaria.

La vivienda protegida estaría sujeta a un procedimiento administrativo de calificación mientras que la vivienda asequible incentivada no se encuentra sujeta al procedimiento formal de calificación como vivienda protegida.

La única mención que pudiera incidir en la contratación bancaria vuelve a situarse nuevamente en el ámbito de la ejecución hipotecaria mediante la Disposición Adicional Cuarta que regula la aplicación de los recursos de los Planes Estatales en materia de vivienda en los trámites de intermediación y conciliación previos a la presentación de la demanda, introducidos en la modificación de la Ley 1 /2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recoge en la Disposición Final Quinta de la Ley, por lo que, tratándose de cuestiones de naturaleza procesal, las trataremos en el Capítulo relativo a la Ejecución del Contrato[150].

Respecto a las cuestiones relativas a los contratos de arrendamiento, a los que se refieren en buena medida distintos preceptos de la Ley por el derecho a la Vivienda, así como anteriores reformas introducidas con anterioridad a esta Ley, no haremos mención por no ser objeto del presente estudio[151].

150. La Disposición Transitoria Tercera establece la sujeción de los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto- Ley 11 /2.020, de 31 de Marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 al procedimiento de conciliación o intermediación previsto en la modificación de la Ley 1 /2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recoge en la Disposición Final Quinta de la Ley.
151. La Ley por el derecho de vivienda recoge modificaciones en materia de arrendamientos urbanos, modificando nuevamente la Ley 29/1.994, de 24 de Noviembre de Arrendamientos Urbanos, que ya había sido modificada anteriormente por el Real Decreto-Ley 6/2.022, de 29 de Marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania.

Además de las viviendas protegidas (conformadas por las viviendas sociales y las viviendas protegidas de precio limitado), se crea otro tipo de viviendas que se denominan viviendas asequibles incentivadas. Estas viviendas, que son de titularidad privada, se destinarán a residencia habitual en régimen de alquiler o de cualquier otra fórmula de tenencia temporal, reconociendo la Administración a los titulares de la propiedad beneficios de carácter urbanístico, fiscal o de cualquier otro tipo vinculados a las limitaciones de uso, temporales y de precios máximos que determine la Administración competente.

No obstante, y, a pesar de la anterior, la contratación bancaria puede verse afectada, por las modificaciones de la LEC introducidas por la Ley por el Derecho a la Vivienda, en lo relativo a algunos de los preceptos que regulan el proceso de ejecución hipotecaria, por lo que, simplemente los indicamos en este apartado pero serán objeto de exposición con más detenimiento en el Capítulo relativo al incumplimiento contractual.

De analisis de las políticas de vivienda, tanto preconstitucionales como postconstitucionales, se aprecia un elemento de distorsión en la dinámica contractual, y, no proviene del Derecho Mercantil, ni del contrato bancario, sino del Derecho Administrativo, al introducir en el mercado viviendas protegidas, transmitiendo la propiedad a los compradores, y, permitiendo que un bien adquirido en esas condiciones especiales y ventajosas, se incorparase posteriormente al mercado inmobiliario contribuyendo a la especulación y al vaciamiento constante del parque inmobliario público.

De la lectura del art. 47 CE concluimos que la adquisición de la propiedad no es necesaria para garantizar el derecho a la vivienda. El artículo no menciona que el derecho a la vivienda deba proveerse por el Estado mediante la adquisición de la propiedad, ya que, el tener literal del precepto utiliza la palabra “disfrutar”.

La conclusión es que, no sólo no es necesaria la adquisición de la propiedad sino que es incompatible con una verdadera protección del derecho a la vivienda.

La única fórmula que permite garantizar el derecho a la vivienda y el mantenimiento de un parque de vivienda social, es la intervención del Estado mediante la creación de un parque público de viviendas que siempre estuvieran disponibles para cubrir esas necesidades habitacionales sociales, lo que irremediablemente implica que no se transmita la propiedad.

Las viviendas serían propiedad de la Administración pero esto requeriría también un control administrativo de las circunstancias económicas de los ciudadanos que disfrutaran de esa cobertura social excepcional y privilegiada respecto al resto de los ciudadanos. El mecanismo de control de la Administración no sería otro que el que aplica normalmente cuando revisa las condiciones económicas que motivan, por ejemplo, una subvención o bonificación en el pago de un impuesto, etc.

Del análisis de las Leyes preconstitucionales y de los Planes Nacionales de Vivienda posteriores a la Constitución se concluye claramente que ha existido una hiperproducción de vivienda pública (bajo distintos regímenes legales, al amparo de distintas leyes) sin ningún tipo de control por parte de la Administración, lo que ha provocado que incluso, los ciudadanos, a lo largo de los años, pudieran adquirir más de una vivienda de este tipo.

Esta inadecuada política de vivienda ha provocado además, que las Administraciones hayan promovido viviendas públicas que nunca se han incorporado al patrimonio de la Administración de tal forma que la Administración no ha sido capaz de crear viviendas que se encuentren permanentemente al servicio de las personas de las personas vulnerables, eliminando así la existencia de un servicio social real para cubrir las necesidades habitacionales.

En nuestra opinión se puede hablar claramente de un fracaso de las políticas de vivienda, ya que no se han adecuado a las necesidades reales de la sociedad en evolución constante, y, no se ha controlado de ninguna forma la eficacia y eficiencia de los recursos públicos.

La constatación de esa política de vivienda fallida, lejos de llevar a las Administraciones a retomar el control de las políticas de vivienda desde otra perspectiva, creando parques inmobiliarios propiedad de la Administración, ha traslado al ámbito del Derecho Privado sus consecuencias: de una parte, al contrato bancario y su ejecución, iniciando una época de revisión y reinterpretación constante del mismo, y alterando la teoría general de las obligaciones y contratos; y, de otra, repercutiendo en el ciudadano las obligaciones de la Administración.

La Administración ha "señalado" la propiedad privada, recurriendo con total normalidad, a introducir en el debate público y en las "soluciones sociales de la Administración" la limitación del derecho de propiedad, la función social de la propiedad, la posibilidad de la expropiación de derechos legítimos, e, incluso, yendo más allá en las transgresiones del art. 33 CE, sancionando incluso administrativamente la "condición de propietario" como si se tratase de una situación jurídica contraria a Derecho.

Esta postura de la Administración revela una incapacidad absoluta de proveer el derecho a la vivienda desde el ámbito del Derecho Público del que nunca debió salir, traslado al Derecho Privado las obligaciones del Estado.

Esta inoperancia de las Administraciones no sólo resulta insatisfatoria desde un punto de vista social, porque no soluciona el problema de la vivienda, sino que genera otros problemas añadidos, como la inseguridad jurídica, la imposibilidad de acceder a la vivienda por parte de una gran cantidad de ciudadanos, y el fomento de fenómenos como la ocupación ilegal de inmuebles bajo la aparente premisa de la vulnerabilidad.

La Ley 12/2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda, se presenta como la primera Ley Estatal que desarrolla el art. 47 CE, y transcurrido más de un año desde su aprobación, podemos concluir su absoluta ineficacia, ya que la Administración continúa desentendiéndose de sus obligaciones, como

principales responsables del mandato contenido en la Constitución y de la obligación de asumir los Principios Rectores de la Política Social y Económica.

La Crisis de 2.008, ha revelado en definitiva un concepto obsoleto e insuficiente del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. De la misma forma que se habla del *smart contract* y la teconología *blockchain* y las nuevas tecnologías parecen ya estar abriéndose camino en la contratación, debiéramos revisar no sólo la forma (el formato) de los contractos, sino también el fondo.

La contrucción del derecho de obligaciones y contratos heredara del Derecho Romano es absolutamente impecable desde un punto de vista técnico y es precisamente éste el motivo por el sigue siendo plenamente actual y perdura en el tiempo, únicamente se trata de explorar nuevas construcciones utilizando como materiales los elementos que ya han sido creados por el Derecho.

El contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda requiere una revisión integral, en toda su extensión temporal, con la finalidad de preservar el contrato mismo, y el derecho a la vivienda, en la medida de lo posible, sin alentar el incumplimiento voluntario, ni afectar a la seguridad jurídica ni al sistema financiero.

Podemos concluir que el derecho a la vivienda, en su vertiente social (propio del Estado Social) debe separarse del derecho a la vivienda en el ámbito de la renta libre y del libre mercado, también reconocido en la Constitución Española, junto con el Derecho a la propiedad privada. Es justamente en el ámbito de la adquisición de vivienda en el libre mercado inmobiliario donde debe operar el contrato bancario, ya que se requiere financiación en la mayoría de los casos por el alto precio de la vivienda.

Por la importancia económica del contrato bancario en la adquisición de vivienda y, por lo gravoso que es para el adquirente de vivienda estar pagando una hipoteca durante un periodo de tiempo de 30 años, el aquirente de la vivienda

de renta libre merece también una especial protección legal frente a la complejidad del contrato.

De la misma forma que concluimos que el Estado (o las CCAA) deben asumir la protección del derecho a vivienda, de forma directa, en el caso de los ciudadanos que lo requieran, las Administraciones no pueden dejar desasistidos a quienes acceden el mercado libre de la vivienda sin la protección de la Administración.

No es posible que el Estado procure a todos los ciudadanos viviendas protegidas, ya que no sólo es inasumible en términos económicos sino que además es incompatible con la configuración del Estado reconocida en la Constitución, que consagra no sólo el Estado Social sino también la economía de libre mercado y el derecho a la propiedad privada.

La revisión de las cláusulas consideradas abusivas, ha supuesto un peregrinaje judicial, que, lejos de introducir una reformulación del contrato bancario, dando lugar a un nuevo modelo, únicamente ha servido para demorar los desahucios, o generar, a favor del consumidor, pequeños créditos contra las entidades bancarias, como por ejemplo, pequeñas reclamaciones de cantidad por gastos de operación, por comisiones, etc.

La Crisis de 2.008 no distinguió el derecho social del derecho que opera en el libre mercado; no se distinguieron ambas perspectivas, y la necesidad de tratamientos jurídicos distintos. Sin embargo, transcurridos más de 16 años, ahora parece estar reparándose en esta necesidad.

La Ley de Vivienda, presentada casi como un hito legislativo histórico, es, a nuestro juicio absolutamente irrelevante e ineficaz, y lejos de buscar soluciones genera aún más problemas si cabe a la "cuestión social" de la vivienda.

La Ley traslada la obligación de los poderes públicos, de cobertura de los derechos sociales, a los propietarios, desentendiéndose claramente de sus atribuciones legales.

La política de vivienda social o protegida sin control, perduró durante años, y hasta poco antes del inicio de la Crisis de 2.008. No se puede "producir" vivienda social para la totalidad de la población y sin embargo, la vivienda social conformaba un porcentaje considerable de la totalidad de viviendas construidas hasta 2.008.

La falta de control permitió, incluso, la adquisición de más de una vivienda protegida (bajo distintas Leyes o normas) por un mismo ciudadano; su venta posterior; la especulación con estas viviendas; no se controlaron los requisitos económicos de los adquirentes, que acudían en muchos casos a adquirir las viviendas de forma individual, con la finalidad de que constaran inferiores ingresos económicos, para posteriormente incorporar la vivienda a una sociedad matrimonial de bienes gananciales, evitando así que los ingresos de la unidad familiar no les permiteran acceder a estas viviendas.

Tampoco se establecieron controles a posteri que permitieran determinar cuál era la situación económica de los adquirentes en años posteriores ya que al haber optenido viviendas a precios tan ventajosos, los propietarios pudieron incluso adquirir segundas residencias con posterioridad.

Trascurrida la Crisis de 2.008, contrato bancario permanece indemne y asisitimos a las últimas soluciones de la Jurisprudencia sobre claúsulas abusivas en un debate ya casi agotado.

La estructura del contrato bancario no ha sido alterada de forma sustancial e innovadora, lo que hace prever que, ante una nueva Crisis economica, subida de tipos de interés, pérdida de empleo por parte de los adquirentes, el resultado nos abocaría al mismo punto de inicio: se produciría la pérdida de miles de viviendas.

A nuestro juicio se ha perdido la oportunidad de utilizar el principio de conservación de los contratos como una herramiento útil y tremedamente flexible que permita conservar el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en el mayor número de casos posibles, aun sabiendo, que

con ello no se impedirán las consecuencias del impago pero sí se podrán reducir en buena medida.

Los controles del contrato bancario *a posteriori* son ineficaces, por lo que la conclusión es que el contrato bancario debe reconstruirse y, una vez reconstruido introducirse en el tráfico jurídico. Somos consciente de que dicha labor implica un cambio considerable en la contratación bancaria, pero ya se han admitido por el Derecho y por la sociedad, otros cambios, como la permanente y progresiva introducción de la tecnología en la contratación.

La estructuración del cumplimiento del contrato bancario por partes implicaría también un aumento de laseguridad jurídica que facilitaría la negociación, de ser necesaria en algún momento.

La correcta configuración del contrato permitiría distinguir situaciones temporales de impago con expectativas reales de reconducción de la situación y la posibilidad de preservar el contrato, de otras situaciones de abuso o de corruptela contractual con impagos voluntarios.

Finalmente, debemos concluir que, para que la creación de un contrato de estas características sea viable es necesario ser muy rigoroso en su contenido ya que deben depurarse todas las opciones que puedan permitir abusos del prestario que intencionadamente demore los pagos sintiéndose protegido por el contrato ya que esto fomentaría justamente el efecto contrario: la seguridad jurídica sería el primer principio que se truncaría, con las consecuencias que esto implica para la concesión del créditos y el endurecimiento de sus condiciones.

## 3.Breve mención a los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 12 /2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda.

Como ya apuntaba el CGPJ en el Informe al Anteproyecto de Ley, la Ley por el Derecho a la Vivienda, plantea numerosas cuestiones jurídicas controvertidas

que hacían más que previsible la interposición de Recursos de Inconstitucionalidad.

Los distintos Recursos de Inconstitucionalidad han sido promovidos por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados[152], por el Parlamento de Cataluña[153] y por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas de Andalucía[154], Illes Balears[155] y Madrid[156].

152. Recurso de inconstitucionalidad n.º 5514-2023, contra los artículos 15.1 b), c), d) y e); 16.1 d); 18.2; 18.3; 18.4; 27.1; 27.3; 28.1 b), c) y d); 29.2; 31.1; 31.2; Disposición Adicional Tercera; Disposición Final Primera Tres; Disposición Final Cuarta; Disposición Final Quinta Dos y Disposición Final Quinta Seis de la Ley 12/2023, de 24 de Mayo, por el Derecho a la Vivienda. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 26 de Septiembre de 2023, acordó admitir a trámite el Recurso de inconstitucionalidad número 5514-2023, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra los artículos y Disposiciones anteriormente reseñados de la Ley.
153. Recurso de inconstitucionalidad n.º 5580-2023, contra los artículos 2, letras c), d), e), f), g), h), i), j), m), n), o), p), q), r) y s); 15, apartados 1.b) y 1.d), y apartados 2, 3 y 4; 16; 17; 18.1 y 18.4; 27.1, párrafo tercero, 27.2 y 27.3; 28; 29; Disposición Transitoria Primera, párrafo segundo; Disposición Transitoria Segunda y Disposición Final Séptima, apartado 1, de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 26 de septiembre de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5580-2023, promovido por el Parlamento de Cataluña, contra los artículos y Disposiciones de la Ley anteriormente reseñados.
154. Recurso de inconstitucionalidad n.º 5491-2023, contra los artículos 3 f), g) y k); 8 a) y c); 9 e); 11.1 e); 15.1 e); 16; 18 apartados 2, 3 y 4; 19 apartado 1, inciso segundo, y apartado 3; 27 apartado 1, párrafo tres, y apartado 3; 28; 29; 32; 33; 34; 35 y 36; Disposición Adicional Tercera; Disposición Transitoria Primera; Disposición Final Primera, apartados uno, tres y seis; y Disposición Final cuarta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 26 de septiembre de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5491-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra los artículos y Disposiciones de la Ley anteriormente reseñados.
155. Recurso de inconstitucionalidad n.º 5516-2023, contra los artículos 8 a) y c); 11.1 e); 15.1; 16.1 d); 18.2, 3 y 4; 19.1 y 3; 27.1 y 3; 28.1; 35; Disposición Adicional Tercera; Disposición Transitoria Primera, párrafo 2; Disposición Final Primera, apartados uno, tres y seis; y Disposición Final Quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 26 de septiembre de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5516-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears, contra los artículos y Disposiciones de la Ley anteriormente reseñados.
156. Recurso de inconstitucionalidad n.º 5518-2023, contra los artículos 8 a); 15.1; 16.1.d); 17.4; 18.2, 3 y 4; 19.3; 27.1 y 3; 28.1; y Disposición Final Quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 26 de septiembre de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5518-2023, promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, contra los artículos y Disposiciones de la Ley anteriormente reseñados.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos contra numerosos preceptos de la Ley, entre los que destacan el 8 a), el 15.1, el 16, varios apartados de los art. 18, 19 y 27 así como la Disposición Adicional Tercera, la Disposición Transitoria Primera y varios apartados de la Disposición Final Primera[157].

Los Recursos de Inconstitucionalidad se centran, principalmente, en cuestiones de competencia, en la distribución de competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

El Recurso de Inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Popular, además de las anteriores cuestiones, se centra también en la posible vulneración del derecho de propiedad, el derecho a la tutela judicial efectiva y de la autonomía local.

El Gobierno Andaluz impugna dieciséis artículos y cuatro disposiciones de la Ley Estatal de Vivienda por considerar que el Gobierno de España invade competencias en materia de vivienda atribuidas en exclusiva al Estatuto de Autonomía de Andalucía, considerando que, el Estado no puede legislar, ni tan siquiera de forma supletoria, en materia de vivienda conforme ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en otras ocasiones[158]. La Junta de Andalucía recurre la Ley impugnando conceptos regulados en la misma tales como el concepto de vivienda protegida, vivienda asequible incentivada, gran tenedor y parque público, considerando que se ha excedido en las competencias vulnerando los límites del artículo 3, donde se recogen las definiciones de estos conceptos, como su posterior desarrollo en los artículos 9 (apartado e), 16, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35 y 36, así como la Disposición Transitoria Primera. El Gobierno Andaluz considera que la regulación en la materia es tan completa que agota todas las competencias atribuidas a las CCAA eliminando una posible regulación en la

157. Véase la Nota Informativa nº 74 /2.023, publicada por el Tribunal Constitucional, Gabinete de Prensa, Oficina de Prensa, de fecha 26 de Septiembre de 2.023.
158. https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/infraestructuras/184829/JuntadeAndalucia/ConsejodeGobierno.

materia por parte de las Administraciones Autonómicas lo que supone que quedan desprovistas de competencias.

La Junta de Andalucía recurre también los artículos 8 (apartados a y c) y 11.1 (apartado e) de la Ley, relativos a la regulación de una regulación de los derechos y deberes de los propietarios de viviendas y su estatuto jurídico, por considerar también que se trata de competencias atribuidas a las CCAA.

El Gobierno andaluz también impugna la Disposición Adicional Tercera, que revisa los criterios para identificar las zonas de mercado residencial tensionado; la Disposición Final Primera en su apartado 1.3, 3 y 6 y el artículo 15.1 (apartado e) y la Disposición Final Cuarta de la norma estatal, relativos a cuestiones como el porcentaje de reserva para vivienda sujeta a algún régimen de protección pública de alquiler y de reserva en zonas de mercado residencial tensionado para la construcción y gestión de viviendas sociales o dotacionales por considerar que estos apartados vulneran el articulo 56.3 y 5 del Estatuto de Autonomía de Andalucía relativos a la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo[159].

Planteadas estas cuestiones y tras habiendo trascurrido más de un año desde que se aprobara la Ley por el Derecho a la vivienda, se ha podido constatar que no sólo no ha sido efectiva sino que ha generado una seri de controversias jurídicas entre el Gobierno Central y las CCAA pendientes de su resolución.

Tras analizar las anteriores cuestiones, y, a la revisión histórica del origen y desarrollo del derecho a la vivienda se extraen dos conclusiones que dificultan su incardinación en el Derecho Mercantil: de una parte, su origen social, vinculado a

159. Según el Gobierno Andaluz, tras la aprobación la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que se ha mantenido en la vigente Ley de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía (LISTA), en Andalucía existe suficiente reserva de suelo para vivienda protegida, por lo que la regulación de la Ley Estatal supone una vulneración de sus competencias. https://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/infraestructuras/184829/JuntadeAndalucia/ConsejodeGobierno

la clase obrera y a lucha por sus derechos, mejoras sociales y por la reivindicación de la dignidad de las personas, y de otra, la existencia de un parque público de vivienda inmobiliaria hasta la Crisis de 2.008 en el que los ciudadanos adquirían la propiedad de la vivienda protegida.

Las normas preconstitucionales estudiadas coinciden en configurar el derecho como un derecho social, esto es, más propio del Estado Social del Bienestar que de un Estado liberal.

Si bien la configuración del derecho a la vivienda tiene un origen histórico social, vinculado a los movimientos obreros y a la mejora de los derechos de los trabajadores, tras la evolución de las politicas de vivienda, y, el desarrollo económico y social operado en los últimos años, podemos diferenciar claramente el derecho a la vivienda de carácter social, que debe ser proveído por el Estado, del contenido del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, ya que el primero quedaría reservado al ámbito del Derecho Público, mientras que el contrato bancario se encontraría dentro del ámbito del Derecho Privado, con las salvedades y matizaciones que se exponen en los siguientes Capítulos.

A nuestro juicio, el derecho a la vivienda, se debe proveer por el Estado en los supuestos en los que los ciudadanos no puedan acceder a la misma por sus circunstancias económicas. En estos casos, el Derecho a la Vivienda debería hacerse efectivo a través de la creación de un parque inmobiliario de viviendas cuya propiedad perteneciera a la Administración.

Para garantizar este derecho a los ciudadanos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, el derecho tendría que tener un carácter temporal, estableciendo unos requisitos en el ciudadano que debieran acreditarse y mantenerse en el tiempo para no perder el derecho.

El control y establecimiento de estos derechos estaría sujeto al Derecho Administrativo, y desaparecida la necesidad del ciudadano o su condició

vulnerable, podrían destinarse estos recurso públicos a otra persona, que sería la nueva perceptora ese derecho.

De esta forma el parque inmobiliario de vivienda pública sería permanente, sin que existiera un problema habitacional en casos de ciudadanos que no pudieran acceder a la vivienda y se encontraran en situación de vulnerabilidad. Se evitaría que viviendas protegidas se utilizaran por quienes las adquirieron en condiciones especiales, para especular, y, obtener un enriquecimiento injusto a costa de los derechos sociales, pervirtiendo así el sistema de ayudas sociales.

La necesidad de introducir este cambio en la política de vivienda ha quedado absolutamente demostrada en los últimos años, ya que, incluso hay ciudadados que son propietarios de más de una vivienda, siendo todas ellas, en su origen viviendas protegidas.

No basta con un sistema de descalificación de la condición social de la vivienda, porque, esta opción, también constituye un abuso del Estado Social, al permitir, introducir en el mercado libre la vivienda protegida con una mera tramitación formal o incluso con un límite de precio que beneficiará injustamente al nuevo adquirente.

Podemos concluir que la vivienda debe ser titularidad del Estado (o CCAA, de la Administración), y, que el art. 47 CE permite claramente esta opción, ya que el tenor literal del precepto utiliza la expresión *disfrutar,* lo que no implica el acceso a la propiedad necesariamente.

Del anális del derecho a la vivienda, de su orígen histórico y de su naturaleza se concluye que se trata de un derecho que debe preservarse por el Derecho Público, no pudiendo repercutir en la esfera del Derecho Privado, en los ciudadanos, obligaciones que son exigibles a las Adminstraciones. Y podríamos concluir también que debe proveerse a personas vulnerables, ya que no es posible reconocer una suerte de derecho universal a que el Estado facilite una vivienda a todos los ciudadanos independientemente de sus circunstancias económicas.

## CAPITULO II.

## LA VIVIENDA EN EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL: LA CRISIS ECONÓMICA DE 2.008.

SUMARIO.

I.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL ANTES DE 2.008.1. Evolución del sistema financiero durante los años anteriores a la crisis económica. 2.Del depósito bancario como fuente principal de financiación al crédito hipotecario como activo principal.3 La vivienda como pieza clave de la financiación bancaria y de la obtención de liquidez en los mercados. 4. El control de la calidad del crédito y la quiebra de los mecanismos de garantía. II. EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL A PARTIR DE 2.008. 1. La evolución del precio de la vivienda y el sobreendeudamiento familiar. 2.Las llamadas hipotecas "subprime": su incidencia en el sistema financiero. III. EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL TRAS LA FINALIZACIÓN DE LA CRISIS ECÓMICA: SITUACIÓN DE LA VIVIENDA A PARTIR DE 2.018.

### I.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL PREVIO A 2.008.

#### 1.Evolución del sistema financiero español durante los años anteriores a la Crisis económica.

En el anterior Capítulo hemos analizado el concepto de derecho a la vivienda y el origen histórico de este derecho, así como su tratamiento y progresiva configuración a través de distintas Leyes, hasta la aprobación de la Constitución Española y su reconocimiento en el art. 47 CE y la reciente aprobación de la Ley por el Derecho a la Vivienda.

El análisis realizado en el Capítulo I nos permitirá encajar este Derecho en el resto del ordenamiento jurídico en el que conviven normas de distinta naturaleza que inciden de distintas formas en la configuración y desarrollo del derecho a la vivienda.

De la misma forma que en el Capítulo I analizamos el Derecho a la vivienda, en el Capítulo II analizaremos determinados aspectos de la crisis económica y de la crisis inmobiliaria de 2.008 y la incidencia del derecho a la vivienda en la contratación bancaria.

La evolución del precio de la vivienda, la necesidad de obtener financiación bancaria para la adquisición de las viviendas, y la práctica desaparición del parque inmobiliario "protegido" por el Estado son algunos de los aspectos que han determinado las características del contrato bancario para la adquisición de vivienda.

Pero, también, la necesidad de las entidades financieras de obtener liquidez en los mercados; la evolución del mercado hipotecario y la asunción de riesgos desmesurados, han configurado una las distintas aristas que presenta el derecho a la vivienda.

En este Capítulo analizamos cómo la configuración del derecho a la vivienda transciende del concepto de derecho social, que estudiamos en el primer Capítulo, y también del derecho constitucional, suscitando cuestiones mucho más complejas al insertar el derecho a la vivienda y su efectividad dentro de la contratación bancaria.

En la relación Estado- ciudadano (sobre la que se estructura el Estado Social) aparece un tercero ajeno que son las entidades de crédito, con un protagonismo que nunca antes se había producido en la adquisición de vivienda.

Hasta el año 2.008, el nivel de endeudamiento de las familias no había condicionado en exceso la adquisición de las viviendas, ya que, apenas 8 años antes, la mayoría del parque inmobiliario español era de vivienda protegida en sus distintas modalidades.

Pero, en ese intervalo (2.000-2.008) desaparecida prácticamente la vivienda protegida y ante un aumento constante de la vivienda de renta libre, los precios se elevaron en muy poco tiempo y la necesidad de financiación aumentó de forma proporcional a los precios.

A pesar de la constante subida de los precios de la vivienda, los salarios y el nivel adquisitivo de la población no evolucionó en la misma medida, lo que propició que la adquisición de la vivienda habitual supusiera un endeudamiento de las familias desproporcionado y con una asunción de riesgo extrema, acompañado de un periodo de crecimiento y concesión de crédito excesivo a bajos tipos de interés, que facilitaba el acceso al crédito en el periodo anterior a 2.008.

Al inicio de la crisis, la baja rentabilidad de los activos marca la necesidad de que la Banca inicie la búsqueda de liquidez en los mercados al haber dejado atrás del modelo tradicional de financiación a través de los depósitos como activo principal. En esta búsqueda de liquidez constante y en una economía globalizada, las llamadas hipotecas suprime se convirtieron en la principal fuente de financiación pero ésta no fue la única causa de la crisis económica y de su afectación al derecho a la vivienda.

Si la creación de la Banca privada tuvo su origen en la necesidad de obtener financiación de terceros que no podía procurar una banca pública, la crisis económica puso de manifiesto un cierto retroceso en la confianza en la banca privada, ya que el colapso que se generó provocó la necesaria intervención de algunas entidades bancarias por parte del Estado.

El Estado resultó cuestionado en su papel en la crisis económica, ya que las distintas instituciones supervisoras y de regulación no pudieron preservar la seguridad y la estabilidad del sector financiero.

Los sistemas de Bancos Centrales, las entidades de Calificación del Riesgo y todos aquellos organismos, instituciones o entidades que intervenían de alguna forma en el control del mercado hipotecario y financiero se vieron cuestionadas al revelarse que ejercían controles insuficientes que no impidieron una crisis de más de diez años de duración.

Desde entonces, la supervisión y la regulación del mercado crediticio tradicional se enfrenta a nuevos retos que parecen insalvables como las llamadas Fintech que aparecen como entidades que participan del mercado de la actividad

financiera pero que escapan al control de las entidades supervisoras de regulación, en el marco de lo que se ha venido a denominar *Shadow Banking* o "banca en la sombra".

En este Capítulo II, también incluido en la PARTE I de la Tesis, estudiaremos brevemente el contexto financiero y económico que propició la Crisis de 2.008 para poder comprender el análisis realizado en la PARTE II de este trabajo, en el que analizamos la incidencia que tuvo en la contratación bancaria, en la fase precontractual, en la fase contractual de perfección del contrato y configuración de su contenido, como también en lo relativo a la ejecución del contrato en supuestos de incumplimiento contractual.

Los incumplimientos contractuales masivos producidos durante la Crisis de 2.008, ante la imposibilidad de los adquirentes de hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias, hicieron revisar todas las fases del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda con la finalidad de preservar, en la medida de lo posible, el derecho a la vivienda.

Más adelante analizaremos las distintas fases del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda y las normas y Jurisprudencia más relevante que se dio en la materia.

En este Capítulo, abordaremos exclusivamente aquellos aspectos del sistema hipotecario y financiero que inciden de forma directa o indirecta en el desarrollo del contrato en todas sus fases, y, especialmente en la posible fase de incumplimiento contractual que analizamos en el Capítulo V.

La Fase de Incumplimiento contractual fue origen de la revisión de la contratación bancaria con motivo de la crisis económica y financiera de 2.008 y el punto de inflexión que abrió el debate respecto al derecho a la vivienda, y su configuración y límites frente al Sistema Financiero y al Derecho Bancario.

**2. Del Depósito bancario como fuente principal de financiación al crédito hipotecario como activo principal.**

El inicio de la crisis económica se ha venido a ubicar, casi de forma unánime, en el año 2.007, aunque es cierto que se fraguó años antes, y que en el año 2.007 ya habían aflorado las consecuencias de una política nefasta en materia de vivienda y de un absoluto descontrol del mercado hipotecario[160].

La Banca, los constructores y los promotores participaron de un negocio que incrementaba de forma espectacular a un coste social altísimo, y los Estados centraron su interés en satisfacer a quienes ostentaban el poder fáctico.

La crisis económica ha demostrado la incapacidad de los mercados para autorregularse y también las limitaciones de los poderes públicos frente a situaciones como las provocadas desde el inicio de la crisis.

JUAN FERNANDEZ DE GUEVARA analiza las consecuencias de la crisis económica y apunta que ha supuesto una pérdida de riqueza, entendida, no sólo en un sentido material sino también en términos de capital social. El autor define el capital social como "un activo intangible en la disposición a cooperar, muy importante para el comportamiento de las economías de cualquier nivel de desarrollo"[161].

160. A pesar de que se considera que se ubica el inicio de la crisis económica e inmobiliaria en el año 2.007, los Informes y datos que hemos consultado a lo largo de esta investigación ratifican que en realidad, en el año 2.007 afloraron los síntomas de algo que se fraguó durante los años anteriores. Así, por ejemplo, ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España) emitió dos Informes en el año 2.007 en los que alertaba de la situación de sobreendeudamiento familiar y del inminente estallido de la "Burbuja inmobiliaria": Véase "Los Consumidores y las Hipotecas, Créditos Rápidos y los Servicios de Reunificación de Deudas ante la coyuntura alcista de tipos" y "La realidad del Crédito en España, Hipotecas, Créditos Rápidos y Reunificación de Créditos", ADICAE, Zaragoza, 2.007.

161. FERNÁNDEZ DE GUEVARA RADOSELOVICS, JUAN FERNÁNDEZ. PÉREZ GARCÍA, FRANCISCO Y SERRANO MARTÍNEZ, LORENZO (AAVV). "Crisis Económica, confianza y capital social". 1ª Ed. Bilbao, FUNDACIÓN BBVA, p. 12, 2.015. Publicado dentro del Programa de Investigaciones Económicas desarrollado conjuntamente por la Fundación BBVA y el Ivie (dentro de una línea de investigación sobre el capital social).

El inicio de la crisis económica se ubica de forma casi unánime en el año 2.007 aunque los cimientos de la crisis se asentaron años antes y es en el año 2.007 cuando los efectos de la Crisis eran reconocidos de forma plena. La titulización hipotecaria y las llamadas "subprime" precedieron el inicio de la crisis[162] y supusieron que el riesgo sistémico y la globalización económica hicieran prácticamente previsible lo que ocurriría después.

La Comisión de Investigación de la Crisis Financiera en el Congreso de los Diputados fue recogiendo los distintos Informes en los que se apuntaban las que se consideraban las distintas causas de la crisis financiera.[163]

162. MARIMÓN DURA, RAFAEL. "Delimitación y perspectivas de regulación del sistema bancario en la sombra" en AA.VV. (dir. R. Marimón), *La regulación del "shadow banking" en el contexto de la reforma del mercado financiero*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2.015, pg. 39. Como apunta el autor, las titulizaciones y la falta de controles de calidad sobre las mismas introdujeron una inseguridad en el sistema que tuvo unas consecuencias nefastas: "En efecto, se ha constatado que durante la etapa que precedió a la crisis de 2.007 los activos titulizados sufrieron una progresiva diversificación, introduciéndose en el mercado instrumentos cada vez menos seguros. Además, se produjo una relajación de los originadores en los criterios y controles de calidad de los activos subyacentes y en el seguimiento de su evolución, propiciada en buena medida por el efecto procíclico del sistema".

163. La Comisión del Congreso de los Diputados que investiga la crisis financiera y el programa de asistencia a la banca aprobó un plan de trabajo y convocó una serie de comparecencias a fin de que se fuera aportando información sobre las cuestiones tratadas. A estas comparecencias, fueron citados: -Miguel Ángel Fernández Ordóñez, ex Gobernador del Banco de España; los Vicepresidentes Económicos: Rodrigo Rato (ex Presidente de Bankia); Pedro Solbes y Elena Salgado; Luis de Guindos, ex Ministro de Economía; Narcís Serra, ex Presidente de Caixa Cataluña y ex Vicepresidente del Gobierno; Luis María Linde, Gobernador del Banco de España.-Ángel Ron, Ex Presidente del Banco Popular.-Juan Hernández Moltó, Ex Presidente de la Caja Castilla- La Mancha; José Ignacio Goirigolzarri, Presidente de Bankia; José Luis Oliva, ex Presidente de Bancaja; y, Emilio Saracho, ex Presidente del Banco Popular. Sin embargo, los ex Presidentes del Gobierno José María Aznar y José Luis Rodríguez Zapatero no fueron citados porque se consideró que era suficiente con que comparecieran sus Ministros en su representación. Por otra parte, se acordaron también las comparecencias de los responsables de las entidades que auditaron las cuentas de las instituciones financieras como KPMG, Deloitte y Pwc, el Directordel FROB, Jaime Ponce; el Presidente de la SAREB, Jaime Echegoyen, la ex Presidenta de la CNMV, Elvira Rodríguez; y el ex director del FROB y ex vicepresidente de la CNMV, Fernando Restoy. También se acordó la comparecencia de Elke Köning, Presidenta de la Junta Única de Resolución (JUR) y del Mecanismo Único de Resolución por la decisión que autorizó la intervención del Banco Popular el 7 de Junio de 2.017 que posteriormente sería comprado por un euro por el Banco Santander. La Comisión solicitó a la JUR el Informe de la auditora Deloitte que valoró el Banco Popular en un euro pero la JUR se negó a entregarlo. Respecto a las Buenas Prácticas bancarias Cortázar reconoció

La crisis económica se presentó como la "crisis del despilfarro" y así todas las políticas que se han venido aprobando se basan en la contención del gasto público y en la reducción del déficit, lo que indudablemente, se ha traducido en el menoscabo de derechos que deberían ser inviolables.

Estas políticas afectan al Estado Social y Democrático de Derecho, y provocan una absoluta desigualdad entre los ciudadanos. Conceptos como "estabilidad financiera y sostenibilidad presupuestaria" encierran un mecanismo que legitima la derogación de todos los logros sociales alcanzados hasta la fecha.

ADORACIÓN GALERA VICTORIA[164] observa el ordenamiento jurídico Español desde su incardinación en el marco y en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Como explica la autora el Estado Español depende orgánicamente de la Unión Europea que es una unión de estados soberanos (en parte) que, para permanecer en la Unión, debe reducir el déficit público hasta unos límites que representan un auténtico ataque al Estado Social del Bienestar.

La autora apunta justamente que para mejorar la situación económica es necesario mejorar la situación social y que la solución a la crisis no pasa por una desaparición progresiva de derechos sociales sino por una ampliación y fortalecimiento de los derechos sociales.

ante la Comisión de Investigación que habían llevado a cabo actuaciones irresponsables como la concentración del riesgo y la falta de control, el hecho de destinar demasiados préstamos al sector de la construcción de la vivienda. A pesar de la situación vivienda desde antes incluso del inicio de la crisis, Cortázar reconoció que la Banca estaba actuando de nuevo de forma negligente al fomentar la venta de hipotecas a tipo variable en atención a los bajos tipos de interés actuales, considerando que éste era un error que en un futuro podría ser muy perjudicial. Respecto a la mala praxis bancaria véase NASSARRE AZNAR, S (2011). Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria, Revista, Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 727, 2011, pp. 2665 a 2737.

164. GALERA VICTORIA, ADORACIÓN. Papeles en el tiempo de los derechos. "Los derechos sociales en tiempos de crisis económica". RED TIEMPO DE LOS DERECHOS. Nº19. AÑO 2.014. Este trabajo tiene su origen en una comunicación presentada en el Congreso Internacional "El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI", organizado en el marco del proyecto 'El tiempo de los derechos. Consolider-Ingenio 2010 y celebrado en la Universidad de Cádiz del 5 al 7 de junio de 2014, p.3 y4.

Para ADORACIÓN GALERA la economía de mercado no es incompatible con el Estado del Bienestar[165]. La Constitución Española dispone que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho y no en vano el adjetivo Social aparece el primero ya que es el pilar y la *conditio sine qua non* de un Estado Democrático y de Derecho. De lo que se trata es de lograr una "socialización del Mercado" y la "existencia de espacios de intervención pública".

Los derechos sociales no son derechos subjetivos directamente aplicables o exigibles. Los objetivos del Estado social son ciertamente los derechos sociales, y el artículo 1.1. CE lo configura como uno de los pilares de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como bien apunta la autora, estos derechos sociales se enmarcan dentro del artículo 53 CE que en cierta medida, menoscaba la importancia de estos derechos al supeditar su exigibilidad material a la existencia de una norma que efectivamente los desarrolle.

La autora destaca que el hecho de que el Estado se encuentre inserto en una política supranacional limita y condiciona la política nacional en esta materia y que el Estado transformador de la sociedad que prevé la Constitución Española cede ante la primacía de la economía y de las directrices impuestas desde la Unión Europea como medidas para lograr la reducción del déficit público y la estabilidad presupuestaria, lo que se traduce en una reducción del gasto social y en una legitimación de políticas contrarias a lo dispuesto en la Constitución Española[166].

165. GALERA VICTORIA, ADORACIÓN. Íbidem. pp. 3 y 4: "…debilitar al Estado por la vía de la reducción del gasto social y de los servicios esenciales para los individuos y los grupos sociales (como educación, sanidad o servicios sociales), no es asumible desde el constitucionalismo del Estado social. Las respuestas a la crisis pueden y deben resultar compatibles con las políticas de crecimiento económico y con el mantenimiento de la función social del Estado. Es más, en esta dialéctica entre mercado y Estado social, se han planteado soluciones de política económica que defienden precisamente un mayor desarrollo del Estado social mediante una mayor inversión en el gasto social, para relanzar la economía y, con ello, una mayor protección y efectividad de los derechos sociales. Es necesario pues, buscar un camino que permita remontar la situación de crisis económica garantizando a su vez, los derechos individuales y colectivos en general y los derechos sociales en particular."
166. "Las Reformas del Gobierno de España. La determinación frente a la crisis". Secretaría de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia. Septiembre de 2012. Texto

En el Informe emitido por la Secretaría de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia en 2.012 publicado en la página web oficial de La Moncloa se realiza, en el ANEXO III una Propuesta Española de Unión Bancaria.

El Informe comienza hablando de la situación económica de España pero la primera mención que encontramos a la ubicación de España en la Eurozona es que España es la cuarta economía de la Eurozona y la quinta de la Unión Europea por su Producto Interior Bruto. Expone que, desde la implantación de la Unión Económica y Monetaria y posterior creación del Euro como moneda común (1.999), España siempre ha venido cumpliendo con los mandatos contenidos en el Pacto para la Estabilidad y Crecimiento de la Eurozona.

En el Informe se hace referencia al Banco Central Europeo como el único organismo que dispone de competencia en política monetaria en la Unión Europea, teniendo competencia exclusiva también en políticas de tipos de interés. Como veremos a lo largo de este trabajo, los tipos de interés y su regulación han tenido una especial importancia esta materia ya que el alto precio de la vivienda ha hecho necesaria la financiación en la mayoría de los casos.

La Banca ha sufrido una evolución en los últimos años en cuanto a la forma de autofinanciación predominante en cada momento histórico. Si bien los depósitos bancarios fueron durante mucho tiempo los activos predominantes, posteriormente fueron sustituidos por los créditos hipotecarios. Con ello se ve que la importancia pasa de la parte pasiva de balance que permite a la sociedad bancaria obtener fondos propios de respaldo de sus inversiones, al lado activo, a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, que constituyen activos de riesgo contenido, pero que computan en el coeficiente de solvencia limitando las posibilidades de inversión de la entidad. Sin embargo, las cesiones de créditos y la

disponible en www.lamoncloa.gob.es/ .Madrid Septiembre de 2.012. El Informe recoge las medidas o reformas previstas por el Gobierno en el año 2.012 para reducir el gasto público.

titulización hipotecaria permitieron a las entidades bancarias obtener liquidez aunque haciendo uso de prácticas que nunca debieron ser permitidas.

En los últimos años, los bajos tipos de interés han provocado que las hipotecas existentes en el mercado resultaran insuficientes para sostener la banca lo que ha provocado que se busque la forma de suplir este periodo de intereses a la baja del euríbor. Para ello, las entidades bancarias han intentado potenciar el crédito al consumo o incluso potenciar el sector automovilístico y sin embargo esto no parece haber sido suficiente para producir un aumento de sus ingresos.

Desde Bruselas y el BCE alertan de que la banca española está en una situación de contracción de activos y recomiendan que la banca se concentre todavía más. Por otra parte, el Banco de España[167] sostiene que, si bien la solvencia de la Banca española ha mejorado desde el inicio de la crisis en 2.008, se ha producido un aumento significativo de la concentración.

Respecto a la posibilidad de limitar el precio a la vivienda, el principio de libre mercado consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española y el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 33, coartan, en principio, la posibilidad de limitar el precio de la vivienda.

Hasta Crisis de 2.008 no se pone de manifiesto la importancia de que el precio de la vivienda sea "razonable" y se ajuste a unos parámetros conforme a los costes y beneficios que genera la actividad de la construcción y se abre el debate sobre el alto precio de la vivienda y la imposibilidad de acceder a la misma.

Para conocer la evolución del precio de la vivienda debemos retomar sucintamente los periodos históricos a los que nos referimos en el Epígrafe 1 del Capítulo I.

Como exponemos en el Capítulo I, el derecho a la vivienda surge como un derecho social, como una reivindicación obrera, que tiene su origen en un contexto histórico y social muy determinado: el éxodo rural a las ciudades, el

167.https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/. Informe Anual del Banco de España 2.017.

proceso de industrialización, el hacinamiento de ciudadanos en condiciones insalubres y la necesidad de reconocer y proteger la dignidad de las personas.

Durante los inicios del desarrollo de estos derechos la intervención de los poderes públicos fue directa: en el caso de España las distintas Leyes (primero, las distintas Leyes de Casas Baratas) y, después las distintas Leyes sobre viviendas de renta protegida permitieron controlar tanto el precio de la vivienda como las condiciones de financiación para la adquisición.

En un contexto financiero no tan complejo como el actual (pensemos que han transcurrido 100 años desde la Primera Ley de Casas Baratas) el Estado tenía una mayor capacidad de intervención en la financiación de este tipo de viviendas y no existía una economía globalizada ni posibles riesgos sistémicos en el mercado financiero.

Durante todo el Siglo XIX y S. XX, es decir, desde principios de Siglo hasta prácticamente el año 1.997, la política de vivienda española se caracterizada por la intervención directa del Estado en el parque inmobiliario[168]. Sin embargo, a partir del año 2.000 empieza a decaer la creación de vivienda protegida con una clara tendencia a convertirse en periférica y residual frente al constante aumento de la vivienda residencial de renta libre y de complejos residenciales distintos a las viviendas construidas hasta el momento.

La Etapa comprendida entre los años 1.997-2.007 se considera una etapa de auge en el desarrollo del parque inmobiliario. Previamente, existieron también fuertes etapas de expansión en los periodos comprendidos entre 1.970-1.974 y 1.985 y 1.990.

168. RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO. "La vivienda en España tras la gran recesión. Problemas y expectativas". CUADERNOS ECONÓMICOS DEL ICE, Nº90. El Autor distingue distintos ciclos de mercado de la vivienda en España: en primer lugar, el periodo anterior al año 1.997, en el que el parque inmobiliario se conformaba prácticamente, en su totalidad, de vivienda protegida; un segundo ciclo, desde el año 1.997-2.007, un periodo de auge de la vivienda; y posteriormente, la fase de recesión de 2.007-2.013.

En el periodo comprendido entre el año 1.997 y el año 2.007 se produce un aumento progresivo del precio de la vivienda en un contexto de fuerte expansión de la financiación que se fue centrando en el negocio inmobiliario.

A nivel europeo, este periodo de subida de los precios de la vivienda coincidió con la creación de la Eurozona y de la implantación del Euro como moneda única. Las políticas llevadas a cabo por el Banco Centro Europeo eran de carácter expansivo, marcadas por una bajada de tipos de interés que facilitaba el acceso al crédito y el mayor nivel de endeudamiento.

El periodo comprendido entre 1.997-2.007 no sólo se caracterizó por un aumento del parque inmobiliario sino también por un importante crecimiento de la economía, pero, este crecimiento espectacular de la economía y esta vertiginosa evolución del mercado inmobiliario no vinieron acompañados de una evolución adecuada del mercado laboral ni tampoco de la mejora de la competitividad.

En 2.008 se inicia lo que se denominó la fase de recesión que comprendió el periodo de 2.008-2.013 y que dio comienzo con el "pinchazo" de la burbuja inmobiliaria que se había generado en el periodo anterior de 1.997-2.007.

Aunque la Crisis económica inmobiliaria en el año 2.007, ya en el año 1.998 los depósitos bancarios de las entidades de crédito españolas pasaron a ser inferiores a los préstamos[169] y se estaban colocando los cimientos de lo que sería la crisis económica y burbuja inmobiliaria 10 años después.

La sustitución de los depósitos por los préstamos y la baja rentabilidad de para la Banca provocó en las entidades bancarias la necesidad de captar financiación en mercados exteriores, de tal forma que el sobreendeudamiento no sólo se produjo en los ciudadanos sino también en las entidades bancarias que aumentaron su endeudamiento exterior. Las hipotecas garantizaban préstamos de una duración media de 30 años, es decir, a largo plazo, mientras que las

169. Véase RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO. "La vivienda en España tras la gran recesión. Problemas y expectativas". CUADERNOS ECONÓMICOS DEL ICE, Nº 90, pág. 11-29, 2.015.

entidades bancarias necesitaban financiación a corto plazo por lo que necesitaban captar financiación en el mercado exterior[170].

El excesivo precio alcanzado por las viviendas en el mercado[171] tuvo distintas consecuencias negativas que analizamos en este trabajo y que provocaron la ruina de las familias y la caída sistémica de los mercados.

El precio de la vivienda influye en el riesgo de la operación: evidentemente ante una situación de desempleo es más fácil hacer frente al pago de la cuota hipotecaria si se trata de una cantidad razonable que si se trata de un importe desproporcionado que supera más del 50% de los ingresos familiares[172].

La subida de los tipos de interés, en los casos en los que las cantidades prestadas son considerables y el interés pactado es variable, también supone el riesgo de no poder hacer frente al pago de la hipoteca.

Los precios altos generan a su vez, costes altos para el consumidor: a la hora de formalizar la operación (impuestos y gastos) y también durante la vida del préstamo (pago de intereses, y consecuencias nefastas en caso de incumplimiento).

170. Se trata de una función típica de las entidades de crédito, la de transformación de vencimientos, que en la época precrisis fue desarrollada ampliamente también por los *shadow banks* para replicar la actividad de intermediación financiera indirecta de las entidades de crédito, pero mediante estructuras distintas, más complejas y opacas, como la captación de fondos mediante *repos* a corto y su inversión en activos financieros con periodos de vencimiento más largos o la emisión de bonos para financiar la adquisición de activos bancarios titulizados (véase al respecto, MARIMÓN, R., "La delimitación del shadow banking...", ob. cit., pg. XXX).
171. BOVER, O. (1992): "Un modelo empírico de la evolución de los precios de la vivienda en España". Banco de España. Documento de Trabajo n. 9217. MARTÍNEZ PAGÉS, J. Y M.LL. MATEA (2002): "El mercado de la vivienda en España". Banco de España, Boletín Económico, septiembre, pp. 51-61. Ministerio de Fomento (2000): Índice de precios de las viviendas. Estadística de precio medio del m2: datos obtenidos de las tasaciones hipotecarias. TRILLA, C. (2001): La Política de Vivienda en una Perspectiva Europea Comparada, Colección de Estudios Sociales, 9, La Caixa. MARTÍNEZ PAGÉS, JORGE Y ÁNGEL MAZA, LUIS. Análisis del Precio de la Vivienda en España. Documento de Trabajo nº 0307. Banco de España, Servicio de Estudios, Ed. Banco de España, 2.003.
172. Como expusimos al inicio de este trabajo, la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1.954, valoraba, como parámetros a tener en cuenta, los ingresos y gastos del consumidor (referidos en aquella época al "obrero") a la hora de determinar su capacidad adquisitiva con relación a la vivienda.

Durante el periodo de crecimiento económico comprendido desde el año 1.997 hasta el año 2.007, el aumento del mercado inmobiliario y del precio de las viviendas no fue acompañado del aumento de la capacidad adquisitiva de los ciudadanos, elemento que contribuyó también a agravar las características de la crisis inmobiliaria[173].

Durante mucho tiempo se generó una expectativa de revalorización constante de los inmuebles y bajo esta creencia se generó una tendencia generalizada a la especulación. La subida desproporcionada de precios de las viviendas que no atendía a su valor real perjudicó también a las entidades bancarias cuando tenía que ejecutar las hipotecas y no era posible cubrir el importe adeudado mediante la realización del inmueble.

La fase de recesión económica comprende el periodo entre 2.008-2.013 y tiene, como punto de inflexión o de inicio la llamada crisis financiera de Estados Unidos y la quiebra de la entidad norteamericana Lehman Brothers.

La quiebra de esta entidad afectó a todos los mercados y lógicamente al mercado financiero español ya que, por una parte, se financiaba, desde 1.997 acudiendo al mercado exterior, y, por otra, la restricción del crédito no sólo mermó de forma considerable sino que además paralizó la compra de vivienda y la financiación de las nuevas promociones[174].

173. Respecto a la evolución del modelo productivo español y su incidencia en el desarrollo de la crisis económica de 2.007 véase MARTÍN URIZA, CARLOS (2007). "Los salarios en España. Las consecuencias sobre los salarios de un modelo de crecimiento poco productivo". Comisiones Obreras. Madrid.
174. RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO, op. cit. p. 16, véase la comparativa realizada por el autor respecto a la evolución de los distintos parámetros que maneja: "El hundimiento del mercado se advirtió sobre todo en la caída de las ventas y un prolongado descenso de las iniciaciones de nuevas viviendas. Los precios de las viviendas descendieron pero, en principio tal descenso resultó moderado, ligado a la política de las entidades de crédito, bancos y cajas de ahorros. Dichas entidades refinanciaron créditos de cuantías relevantes y sólo cuando en 2.012 cambió la normativa en materia de provisiones reflejaron en el balance unos precios de venta más coherentes con la situación real del mercado de la vivienda."

## 3.La vivienda como pieza clave de la financiación bancaria y de la obtención de liquidez en los mercados.

Históricamente la vivienda ha constituido una pieza fundamental en los ciclos de crecimiento económico. El sector de la construcción ha sido un motor importante de este proceso, pero también un elemento determinante en la agravación y dificultad de recuperación en las etapas de recesión.

La actividad de la construcción aparece como una constante tanto en las etapas de crecimiento o expansión económica como en las de recesión y posterior recuperación económica, teniendo un papel muy relevante en la Teoría del Crecimiento Económico.

Existe una clara relación entre la construcción de viviendas y el crecimiento económico, y tiene también una clara incidencia en el sistema financiero convirtiéndose en una pieza clave del mismo.

En los ciclos económicos de crecimiento, se produce un aumento del sector de la construcción, lo que, unido a unos tipos de interés bajo, y facilidades en la concesión del crédito, provoca el aumento de la adquisición de vivienda. Esta situación supone que, prácticamente la totalidad de los recursos financieros, se dediquen a la adquisición de vivienda y no a la innovación empresarial o al emprendimiento.

Si bien a priori la actividad de la construcción impulsa el crecimiento económico, para mantenerlo hay que potenciar medidas que lo sustenten.

Estas medidas de sostenimiento del crecimiento alcanzado deben procurarse desde las siguientes perspectivas:

-desde un punto de vista político: mediante la adopción de normas que implementen el sostenimiento del crecimiento económico una vez alcanzado (actividad legislativa en la materia) así como intervención de las Instituciones de Regulación y Supervisión.

-desde el punto de vista económico: mediante la intervención de los Bancos Centrales y del Sistema Financiero.

-y, desde el punto de vista del entorno empresarial, ya que el emprendimiento y la innovación son determinantes para el sostenimiento del crecimiento económico. En este sentido, el llamado "modelo del ladrillo" sirve como modelo económico de impulso de crecimiento para provocar ciclos de crecimiento, pero no permite el sostenimiento en el tiempo, que sólo invirtiendo en otros sectores económicos se puede consolidar. El impulso de los ciclos económicos mediante el "modelo del ladrillo" revela la especulación como característica inherente al mismo, con los riesgos que ello representa, de tal forma que tras el ciclo de crecimiento se provoca una asegurada recesión si no se recurre a otros modelos económicos que ofrezcan más garantías al sistema financiero en los periodos de recesión[175].

El precio de la vivienda aparece como un elemento fundamental y complejo en el caso del acceso a la compra de una vivienda y su complejidad viene determinada por los distintos elementos que lo componen[176].

175. GALINDO MARTÍN, MIGUEL ÁNGEL y SOSVILLA RIVERO, SIMÓN. "Construcción y crecimiento económico". Revistas ICE. Economía de la Vivienda en España, Julio-Agosto 2.012, Nº 867, pp. 39-49. Los autores analizan la incidencia del sector de la construcción en el crecimiento económico y la dinámica que provocan las llamadas "burbujas inmobiliarias" exponiendo cómo se utiliza el sector de la construcción como forma de generar periodos de crecimiento económico, destacando la necesidad no sólo de crear ciclos de crecimiento económico sino también de implementar medidas que permitan sostenerlo en el tiempo y progresar en términos cualitativos, lo que sólo parece posible a través de otros modelos, como el empresarial mediante la inversión en innovación.
176. En un parque inmobiliario anterior a la Crisis de 2.008 en el que el precio de la vivienda no planteaba problemas significativos por las características de su evolución y de las distintas políticas sobre vivienda llevadas a cabo durante el S.XX, debemos tener en cuenta que en otros países en los que el hacinamiento de la clase obrera y el crecimiento de las ciudades se desarrolló mucho antes, el precio de la vivienda ya fue objeto de estudio. Véase, por ejemplo, KONNUX, A.A. (1.924, 1939) "The Problem of the Taxe Index of Cost of Living", Econométrica, Vol. 7, pp. 20-27; QUIGLEY, J.M. "What have we learned about Housing Markets?". P. MIESZKOWSKY y M. STRASZHEIM (comps.), Current Issues in Urban Economics, Johns Hopkins Press,1.979; L.S. BOURNE (comp.). "The dinamycs of Housing Demand: Analityc Approaches", Urban Housing: Recent Directions in Research; University of Toronto Press, 1979.

En la ejecución del contrato bancario también es muy importante la relación existente entre el precio de venta y el valor de tasación. Aunque los importes del precio de venta y del valor de tasación pudieran coincidir o aproximarse, y, también el importe del préstamo concedido, la práctica demostró que tal coincidencia no era real en muchas de las operaciones de préstamo hipotecario y que se trataba de prácticas artificiosas para poder autorizar la operación.

En el caso de la economía española, los periodos en los que los tipos de interés se mantenían bajos facilitaban el acceso al crédito lo que a su vez permitía el auge del sector de la construcción y el consiguiente crecimiento económico.

El aumento de la demanda de vivienda provocaba la necesidad de contratar mano de obra para abastecer esos procesos constructivos de tal forma que muchos jóvenes abandonaban su formación para acceder a estos puestos de trabajo. Estas situaciones generaban una creencia de riqueza, una sensación de poder adquisitivo que aumentaba de forma vertiginosa y fomentaba la creación de la llamada burbuja inmobiliaria.

La subida de los tipos de intereses y la recesión económica provocan que las familias pierdan poder adquisitivo y, en muchos casos, pierdan también su empleo no pudiendo hacer frente al pago de las viviendas. Los bancos se encuentran con una cartera de activos que han perdido su valora original, no sólo porque puedan ser impagados sino, porque, además, fueron también objeto de especulación y "sobrevaloración" en su día.

Esta situación provoca una crisis de confianza en la economía:

-hay una crisis de confianza entre las entidades bancarias respecto a los posibles prestatarios

-y, una crisis de confianza entre las propias entidades financieras: se prestan dinero entre ellas y desconfían debido a esta situación; desconocen el valor real de los activos que tienen en su balance ya que se trata de activos sobrevalorados y tienen la certeza de que cuando se vendan sufrirán pérdidas.

Como consecuencia de la llamada "burbuja inmobiliaria" y de la crisis económica, las familias se encuentran en una situación de sobreendeudamiento y desempleo que no pueden asumir. El sector de la construcción se retrae y deja de promover la construcción de viviendas por lo que todos los jóvenes que abandonaron su formación para acceder a trabajos en la construcción se encuentran en desempleo.

Como consecuencia de lo anterior, el crédito se retrae, y también el emprendimiento y la inversión, incrementándose el gasto público y, por tanto, el déficit público. Además, el sector de la construcción atrae en su declive todas las actividades económicas relacionadas con este sector, lo que provoca que se contraigan las contrataciones en todos los sectores relacionados, disminuyendo la actividad económica y aumentando el desempleo.

Cuando se produce la crisis y la recesión se comprueban los efectos que tiene la construcción de viviendas en el sistema financiero, y en los ciclos económicos.

Esta situación provoca que se reduzcan los ingresos y aumente el gasto y el déficit público, lo que provoca a su vez la necesidad de recortes del gasto público al producirse una contracción de la demanda.

El sector de la construcción tiene una clara influencia negativa en la economía en los ciclos de recesión con un protagonismo especialmente relevante en la economía española, precisamente por tratarse del modelo económico prioritario.

La adquisición de viviendas también afecta al consumo como consecuencia de su papel como garantía en los préstamos. El aumento del precio de las viviendas supone un aumento del importe de los préstamos solicitados para su adquisición y, por tanto, un aumento del consumo y de la actividad económica.

Existe una relación entre la respuesta del consumo y el precio de las viviendas ante el aumento de los tipos de interés, ya que el precio de las viviendas tiene un efecto positivo en el consumo y provoca su aumento.

Las políticas monetarias también afectan al sector de la construcción de viviendas. Para la construcción de una promoción de vivienda nueva es necesario al menos un periodo de dos años, en el que las constructoras deben financiar los costes de construcción. La subida de los tipos de interés durante el proceso de construcción de las viviendas provoca que aumenten los costes de financiación lo que supone que se lleven a cabo menos proyectos inmobiliarios y se reduzca la oferta de viviendas[177].

El precio de la vivienda no sólo es determinante, en los aspectos comentados, sino que trasciende incluso más allá, determinando que el consumidor que ha perdido su vivienda en un proceso de ejecución hipotecaria, siga adeudando dinero a la entidad bancaria a pesar de haber perdido el inmueble.

El Derecho de Obligaciones y Contratos, contemplaba históricamente la posibilidad de establecer "cláusulas de estabilización"[178], pero en el caso de los

177. Véase LEÓN NAVARRO, MANUEL y TEJERA MARTÍN, ÍÑIGO. "Riqueza Residencial, Riqueza Financiera y Política Monetaria", Revista Economía de la Vivienda en España, ICE, Julio-Agosto 2.012, Nº867, pp. 67-87. Los autores analizan la relación entre los tipos de interés y las políticas monetarias con la adquisición de la vivienda y su incidencia en el consumo y en la llamada riqueza residencial y riqueza financiera. Como recoge el estudio, el aumento permanente unitario de los tipos de interés genera una caída en la tasa de crecimiento de la riqueza residencial. La relación entre la política monetaria del Banco Central y las consecuencias que se derivan para la adquisición de viviendas es clara. En los ciclos en los que los tipos de interés se encuentran más bajos, se facilita el acceso al crédito y a la vivienda, mientras que cuando los tipos de interés son altos, baja la demanda de vivienda y esto provoca a su vez que también baje el precio de la vivienda. Como apuntan los autores, una política monetaria restrictiva, reduce los créditos al consumo, provoca una bajada de precios y sirve como mecanismo de control de procesos inflacionistas. Asimismo, cuando empiezan a bajar los precios el Banco Central inicia también, una distensión de las medidas restrictivas. Con anterioridad a la Crisis económica de 2.008 se adoptó una política monetaria restrictiva que hizo aumentar el tipo de interés interbancario en un punto en 2.006, otro punto en 2.007 y medio punto en 2.008. En 2.009 se produjo una caída de dos puntos y otro punto más en 2.010. No obstante, la brutal caída de tipos de interés no consiguió aumentar el consumo en 2.009 y tampoco en 2.010. En 2.011 empezó a frenarse el consumo y en 2.012 el consumo era prácticamente 0.

178. Las cláusulas de estabilización o rebus *sic stantibus* fueron concebidas por el Derecho Romano como mecanismo correctivo de la dinámica de las obligaciones y los contratos en aquellas obligaciones de tracto sucesivo que por su prolongación en el tiempo estaban expuestas a riesgos que afectaran a los elementos definitorios del contrato y que pudieran, de esta forma, provocar un desequilibrio entre las partes (sobre el origen y evolución de la denominada cláusula rebus sic stantibus o regla de la supervención contractual, véase

préstamos hipotecarios nunca había sido necesario plantear esta cuestión porque durante el auge del mercado inmobiliario era frecuente que quien compraba un inmueble viera revalorizado su precio de mercado tan sólo unos meses después[179]. Así las cosas, en caso de no poder hacer frente al pago del préstamo, la revalorización del inmueble le permitía, saldar su deuda y incluso en algunos casos, obtener beneficios: la especulación con los inmuebles se producía incluso durante el periodo de construcción.

En el mismo sentido, si la entidad bancaria ejecutaba el préstamo y se adjudicaba el inmueble, también tenía la posibilidad de recuperar en el mercado el importe concedido, por lo que en esos años la dación en pago y otras fórmulas

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *Rebus sic stantibus y metodología jurídica. Una aproximación iusfilosófica en tiempos de pandemia*, Tirant lo blanch, 2022, pgs. 87 y ss. En relación con la contratación mercantil, BENITO OSMA, F., "La excesiva onerosidad de las prestaciones en la contratación mercantil", *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Prof. Rafael Illescas*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pgs. y MARIMÓN DURA, R., "La incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en la gestión de la contratación empresarial durante la pandemia"). Incorporar estas cláusulas al contrato de préstamo hipotecario, supone establecer mecanismos correctivos para el caso de que el valor real del inmueble no se ajuste al precio en su día pactado. Esta cláusula no suele introducirse en los contratos y, si menciona, es para excluirla. Sí puede aplicarse precisamente cuando en el contrato no hay previsión de reequilibrio o actualización, ni tampoco distribución de riesgos entre las partes. En estos casos las cláusulas supondrían la "revisión" del valor de tasación, de forma cíclica y el "reajuste" de las condiciones pactadas si así lo aconsejasen las circunstancias. Esta revisión de las condiciones pactadas y de los elementos del contrato podría provocar que se declarase el vencimiento anticipado de la obligación de considerar la entidad bancaria que su posición contractual hubiera empeorado o cambiado sustancialmente. De la misma forma, podríamos encontrarnos con una "sobregarantía" cuando la deuda estuviera ya pagada en buena parte y sin embargo la garantía continúa siendo la misma sin ningún tipo de limitación de la responsabilidad patrimonial.

179. PAGÉS, J.M. y L.A. MAZA. "Analysis of Houses Prices in Spain". Documento de Trabajo núm. 0307, Banco de España, 2.003.

para evitar el principio de responsabilidad patrimonial universal no parecía tener interés alguno[180].

Lo que subyace en todos estos planteamientos es la idea del equilibrio entre las partes en el contrato[181] y es este principio del derecho de la contratación lo que permite no sólo legislar garantizándolo sino aplicar la ley de forma que se preserve en todo momento el sentido de la justicia[182].

La relación jurídica bilateral existente entre la entidad bancaria y el adquirente de la vivienda debe ser justa incluso en el momento último en el que se pudiera producir la realización del bien.[183]

180. https://www.libremercado.com/2018-03-28/el-bbva-lanza-hipotecas-que-financian-el-100-de-la-vivienda-1276616215/. BBVA lanza hipotecas que financian el 100% de la vivienda. La entidad financiera se consolida como el primer banco que vuelve a ofertar préstamos hipotecarios que financian la totalidad del precio inmueble. A pesar de los problemas que generó que las tasaciones fueran forzadas con la única finalidad de alcanzar los porcentajes exigidos de financiación, recientemente se ha vuelto a ofrecer por parte de las entidades bancarias una financiación del 100% de la vivienda en la que se incluyen los gastos de la operación. Concretamente, la entidad BBVA anuncia este producto en su página web pero los condiciona a la concurrencia de una serie de requisitos destacando que el precio de la vivienda sea inferior al valor de tasación.
181. MARTINEZ ESCRIBANO, CELIA. INDRET, Revista para el análisis del Derecho. "La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales", Barcelona, Abril 2.014, pág.4. La autora apunta a la idea de justicia cuando se refiere a las situaciones en las que la entidad bancaria concertó una operación, a sabiendas del más que probable incumplimiento del deudor, para, posteriormente, adjudicarse el inmueble por un valor irrisorio y continuar reclamando al deudor el importe impagado. La idea de justicia debe presidir todas las normas y más aún si cabe, aquellas normas que regulan relaciones contractuales en las que una de las partes es especialmente vulnerable.
182. Véase La STS Nº 227/2.015, de 30 de Abril de 2.015, sobre la Doctrina "*rebus sic stantibus*" que consideró en un supuesto de compraventa de vivienda "sobre plano", adquirida con fines especulativos, que no cabía la resolución contractual por el hecho de que el precio de la vivienda sí hubiese bajado y se hubiera detenido la tendencia alcista del mercado (Fundamento Jurídico Décimo).
183. MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA.", Íbidem pág.6. considera que es lógico y normal que cuando un inmueble es subastado la ejecución hipotecaria concluya con un precio del inmueble por debajo del valor de mercado, considerando incluso que necesariamente ha de ser así. En este punto, discrepamos de la autora del artículo porque lo cierto es que tal posibilidad desvirtúa por completo el concepto mismo de la garantía real, ya que en su día se valoró como garantía bastante y como institución reconocida en el mercado por la seguridad jurídica que ofrece y, sin embargo, llegados al trámite de la subasta, parece haber perdido total validez. Esa minusvaloración del inmueble cuando nos encontramos en la ejecución provoca asimismo una clara situación de desequilibrio entre las partes.

Aunque la realización del inmueble se lleva a cabo en un contexto de necesidad, lo cierto es que las normas no debieran permitir que la ejecución pudiera continuar más allá de la realización del inmueble.

Una forma de evitar esto sería que, tratándose precisamente de contratos de tracto sucesivo, con una duración tan excesiva (pensemos en una hipoteca con un plazo de 30 años) el propio contrato contemplara la ejecución por tramos, de tal forma que cada tramo pudiera contemplar unas cláusulas expresas que dieran un tratamiento jurídico distinto dependiendo del momento en el que se pudiera producir el incumplimiento contractual[184]. Esta fórmula permitiría reajustar en cada momento "la vida de la hipoteca", precisamente para evitar distorsiones jurídicas que aboquen al consumidor a situaciones como las que hemos vivido desde el inicio de la crisis[185].

La compraventa de viviendas parece estar reactivándose y así lo confirman los distintos datos y estadísticas que se han realizado desde diferentes Instituciones y sectores profesionales relacionados desde 2.017 (sin perjuicio del periodo de tiempo de la Crisis del Covid 19) hasta la actualidad. La consideración

184. Pensemos, por ejemplo, en un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda con una duración de 30 años. Dada la extensa duración del contrato podría dividirse su ejecución en tres tramos de diez años cada tramo, con la finalidad de reequilibrar prestaciones y contraprestaciones a medida que avanzase la vida del contrato. En cada uno de esos tramos se pactarían unas condiciones concretas y cada tramo actuaría como un compartimento estanco evitando que cualquier incumplimiento pudiera aplicar las mismas consecuencias jurídicas independientemente del tramo en el que se produjese y evitando, también, que un incumplimiento producido en el primer tramo tuviera un efecto dominó que provocara el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato. Cada tramo regularía unas condiciones específicas en cuanto a las causas de incumplimiento y a sus distintas consecuencias jurídicas. Imaginemos que en el año 29 del contrato se produce un incumplimiento del mismo por imposibilidad de pagar la cuota, lo que técnicamente podría provocar un vencimiento anticipado, pero resulta evidente que esto supondría un claro desequilibrio entre las partes y una desproporción. Configurar un contrato en estos términos, restaría opciones a la banca y ello podría provocar una restricción del crédito y un endurecimiento de las condiciones de su concesión.

185. Téngase en cuenta que la larga duración del contrato de préstamo hipotecario y las incidencias que se producen a lo largo de la vida del mismo no afectan a la Banca que consigue quedar indemne porque, en última instancia, será el "Estado" el que asuma ese quebranto a diferencia de lo que ocurre con el consumidor que queda abandonado a su suerte. Esto genera un riesgo moral (*moral hazard*) que incentiva la comisión de prácticas ineficientes o abusivas

de la creación de una posible nueva burbuja inmobiliaria ya se apuntaba hace años sin que hasta la fecha se haya considerado que nos encontrásemos de nuevo ante un nuevo episodio de este fenómeno, a pesar del elevado incremento experimentado por el precio de la vivienda.[186]

En Enero de 2.018 la entidad tasadora Sociedad de Tasación publicó una infografía donde recoge una serie de cifras mediante las que realiza una comparación de cómo era el parque inmobiliario español a principios de los años ochenta y cómo era a la fecha del estudio[187]. Resulta curioso que, según se recoge por la Sociedad de Tasación en su estudio, en el año 1.982 el total de viviendas

186. http://www.asociacionaev.org/admin/uploads_doc/varios/10052018105425_180404_VIII_Observatorio_de_la_Valoraci%C3%B3n_4T_2017.pdf. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANÁLISIS DE VALOR. OBSERVATORIO DE LA VALORACIÓN. VIII EDICIÓN. ABRIL 2018. INFORME SOBRE EL MERCADO DE LA VIVIENDA. ESPAÑA, 2017. 4º Trimestre. PALOMA TALTAVULL - Universidad de Alicante. El Informe hace alusión al concepto de "burbuja inmobiliaria": La literatura define de diferentes formas el concepto de 'burbuja de precios'. En definición de Stiglitz o de Quigley, una burbuja es el crecimiento irracional de los precios (reales) no explicado por la evolución de sus fundamentos. Lind es más preciso ya que defiende que 'Hay una burbuja si el precio de un activo aumenta fuertemente primero y cae drásticamente después'. La intensidad del crecimiento y decrecimiento es clave para la clasificación de la burbuja, de manera que habría burbuja si los precios se doblasen en un plazo de cinco años y aumentasen un 50% en tres. Tras ese aumento, tendrían que hundirse hasta el nivel original en poco tiempo". El Informe realiza un análisis sobre la evolución de los precios pero de los datos que analiza concluye que no parece posible que de forma inminente se pueda volver a producir una burbuja inmobiliaria: "Esta información permite afirmar que no parece haber evidencia racional que adelante el que se vuelva a producir un proceso de fuerte aceleración de los precios en el conjunto del mercado residencial español. Sin embargo, no se descarta que aquellas áreas donde la concentración de la demanda se está produciendo, principalmente asociada a la demanda fundamental (empleo y necesidad de vivienda) y a la de segundas residencias, sí se produzca una fuerte revalorización. En estos casos, la potencial burbuja de precios de propiedad no será muy elevada, dadas las aún existentes dificultades de acceso a la compra de la mayor parte de los hogares que podrían ser demandantes efectivos. Sin embargo, no se diría lo mismo de los mercados con crecimientos fuertes de los precios de alquiler, donde es posible que sigan aumentando la tensión hasta alcanzar el techo máximo de capacidad de pago. Si esto ocurre, simplemente los hogares no podrán alquilar, quedarán unidades vacantes en este mercado y la demanda se moverá hacia otros mercados próximos, originando el tradicional efecto de contagio de los precios residenciales en el territorio".

187. Consulta realizada el 20 de Enero de 2.018 en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/18/midinero/151629524... "Así ha cambiado el mercado de la vivienda en 35 años". Sociedad de Tasación, tasadora inscrita con el número 1 del Registro del Banco de España, elaboró un informe coincidiendo con el 35 aniversario de la empresa en el que analizaba una serie de datos curiosos que ponían de manifiesto la evolución del mercado inmobiliario español.

iniciadas era de 226.000 mientras que el año 2.017 cerró con un total de 65.000 inmuebles iniciados. En cuanto a las viviendas terminadas, en el año 2.017 fueron 41.000 mientras que en el año 1.982 fueron 223.000. No obstante, a pesar de estas cifras, el parque inmobiliario español pasó de 14,7 millones en 1.982 a duplicar casi esta cifra, situándose en los 25,6 millones en 2.018.

**4.El control de calidad del crédito y la quiebra de los mecanismos de garantía de estabilidad del sistema financiero.**

Tras diez años de crisis económica, la compra de vivienda empezó a crecer durante el año de 2.017 volviendo a los niveles anteriores al inicio de aquélla[188].

La apuesta nuevamente por el mercado de la vivienda se fue evidenciado de forma progresiva, no sólo por los datos económicos que nos situaban ya en 2.017 en el volumen del año 2.008, en cuanto a la formalización de compraventas, sino porque la vivienda ha continuado siendo la pieza clave en el sector financiero.

En efecto, la vivienda "nutre" la economía y el sistema financiero. Como expusimos al inicio de este trabajo, la vivienda ha sido utilizada como forma de generación de empleo por los poderes públicos y como elemento reactivador de la economía y también como garantía en el sistema financiero y bancario[189].

La evolución del mercado hipotecario a partir de 2.017 hacía prever la absorción del parque inmobiliario generado durante la crisis económica y que

188. https://elpais.com/economia/2018/02/13/actualidad/1518510804_291555.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "La compra de viviendas creció un 14,6% en 2017, el mayor ritmo desde antes de la crisis". Se destaca la tendencia alcista del mercado de la vivienda y los temores a una nueva burbuja inmobiliaria ya que se ha vuelto a un volumen de ventas parecido al del año 2.008. En contra de la consideración de que estamos ante una posible nueva burbuja inmobiliaria, se apunta que no estamos en la misma situación porque los precios no son tan desorbitados como en el año 2.006, o en los años anteriores.
189. https://elpais.com/cincodias/2018/02/12/companias/1518460154_929231.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "Iberdrola, Sabadell y fondos se alían para construir 1.500 viviendas".

además se reactivaría la obra nueva, produciéndose un aumento de costes como consecuencia de la falta de mano de obra[190].

Sobre la subida del precio de la vivienda[191], se apuntan causas como la falta de mano de obra cualificada, en unos casos porque durante los diez años de duración de la crisis muchos trabajadores se jubilaron, y en otros porque se trataba de trabajadores que provenían del exterior y que posteriormente regresaron a los países de procedencia. Pero, sin duda, el precio de la vivienda también se ha visto afectado por la globalización de la economía y de los sistemas financieros[192].

Otros sectores responsabilizan a las Administraciones de que la vivienda se convierta en un negocio puramente especulativo. Las responsabilizan de no generar lo que denominan "suelos finalistas"[193] y de provocar retrasos en la

190. https://elpais.com/cincodias/2018/01/25/companias/1516889138_757283.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "Sin mano de obra para la construcción de vivienda: los costes se disparan un 12% en un año". La falta de mano de obra para la construcción de vivienda se refiere básicamente a la mano de obra cualificada que ha disminuido considerablemente, porque la larga duración de la crisis económica propició la marcha de estos profesionales fuera de España. Sin embargo, sobre el aumento de los precios como consecuencia de la falta de mano de obra, no todos comparten tal consideración. Ver https://elpais.com/economia/2018/03/21/actualidad/1521646014_284381.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "El modelo del negocio de la vivienda está caduco". El artículo destaca que la subida de los precios de la vivienda, ante una inminente recuperación del mercado inmobiliario, no debe atribuirse tanto a la falta de mano de obra como, más bien, a las características del modelo de negocio de la vivienda. Y concluye que "el derecho constitucional no puede seguir derivándose a la propiedad del inmueble, debiéndose cambiar esta tendencia por parte de las Administraciones Públicas. He aquí donde se encuentra la principal causa del modelo fallecido del sector residencial y la manifiesta falta de cobertura de las necesidades de la ciudadanía".

191. Respecto a la evolución del precio de la vivienda véase GARCÍA-MONTALVO, J. (2001). Un análisis empírico del crecimiento del precio de la vivienda en las Comunidades Autónomas españolas, en R.V.E.H, nº2-II/2001, págs. 118-136; Véase también BELLOD REDONDO, JOSÉ FRANCISCO. "El precio de la vivienda y la inflación en España". El Trimestre Económico; nº 302, Apr. -Jun 2.009; 79, 2; págs. 379- 405, Pro Quest.

192. Véase Algunas consideraciones sobre la subida global del precio de la vivienda durante la Crisis de 2.008 en TAIPALUS, K. "A Global House Price Bubble?" Evaluation Based on a New Rent- Price Approach. Bank of Finland Research Discussion Papers 29 / 2.006. Banco de Finlandia.

193. Por "suelos finalistas" entendemos suelos que se encuentran preparados para la edificación. Para los constructores y promotores la falta de "suelos finalistas" repercute en el encarecimiento de los terrenos y del precio final de las viviendas. En las Provincias

concesión de licencias (la Administración puede llegar a tardar más de un año en conceder una licencia, lo que demora el proceso de construcción y eleva los costes que hay que repercutir en la vivienda).

Para Juan Antonio Gómez Pintado, Presidente de los Promotores de Madrid (Asprima): "El suelo es un problema endémico del sector que puede llevarnos de nuevo a caer en los viejos problemas del pasado. Las subidas del precio del suelo acaban repercutiendo en el precio de la vivienda y esto a su vez repercute en otros factores, como por ejemplo en el esfuerzo de las familias para comprar casa"[194].

La aparente mejora de la economía parece propiciar el incremento de las compraventas de vivienda y la morosidad de la Banca se encuentra en los niveles más bajos desde Diciembre de 2.011, propiciados por la mejora económica, la bajada del paro, los bajos tipos de interés y la venta de carteras de activos inmobiliarios tóxicos por parte de los bancos.

Sobre la problemática generada en torno a la vivienda y su relación con el sector financiero se sigue apuntado a la existencia de una situación de peligro por los que se denominan "productos dañados o activos improductivos" que aún ostenta la Banca y que no contabiliza como tales, referidos tanto a supuestos de créditos morosos como a aquellos activos que provienen de la adjudicación en pago de la deuda, o los que se encuentran refinanciados[195].

---

en las que existe mayor demanda de viviendas no existe prácticamente suelo finalista y en buena medida ha sido comprado por promotores y constructores en los últimos años que repercuten el precio del mismo en la vivienda y que puede llegar a constituir aproximadamente el 50% del precio de la misma en las zonas en las que hay mayor demanda y menor oferta.

194. https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-03-31/el-caos-urbanistico-se-extiende-por-toda-espana-tras-el-boom_1520655/. "El caos urbanístico se extiende por toda España tras el 'boom'". Para los Promotores urbanísticos la falta de suelo es un problema recurrente que, según ellos, es el origen de las subidas del precio de la vivienda y de la adquisición de suelos finalistas con una clara finalidad especulativa. El sector de los promotores critica la inseguridad jurídica ocasionada por la falta de legislación sobre el suelo.
195. En este sentido, tanto la Comisión Europea como el BCE han pedido al sector que se desprendan de estos activos para mejorar su rentabilidad.

La compraventa de vivienda aumenta y equilibra tanto la venta de obra nueva como la de vivienda de segunda mano. Por su parte, el endeudamiento hipotecario empieza a aumentar y se opta en su mayoría por tipos fijos o por el Euríbor como índice de referencia en los variables.

## II.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL A PARTIR DE 2.008.

### 1.La evolución del precio de la vivienda y el sobreendeudamiento familiar.

A pesar de la situación generada por la llamada burbuja, superados una serie de parámetros económicos y sociales, a partir de 2.017 se empieza a percibir una clara tendencia a "inflar" de nuevo los precios de la vivienda, atisbándose ya rasgos meramente especulativos. Según un estudio realizado por la Tasadora Tecnocasa y la Universidad Pompeu Fabra[196], los propietarios que ponían a la venta su vivienda en 2.017 la estaban sobrevalorando en un porcentaje del 20% respecto al valor de mercado de inmuebles de iguales características en la misma zona.

Durante los primeros meses de 2018 la entidad BBVA puso nuevamente en circulación la oferta de una hipoteca en la que se financiaba el 100% del valor de tasación pese a las críticas del sector. La entidad ofrecía conceder financiación por el 100% del valor de tasación, y en el caso de las hipotecas variables ofrecía euríbor más un 0,99% de diferencial. La asunción de mayores riesgos lleva parejo que se impongan unas condiciones de vinculación más exigentes.

196. https://prensa.tecnocasa.es/category/informes-del-grupo-tecnocasa/informe-mercado-vivienda/. XXVI INFORME SOBRE EL MERCADO DE LA VIVIENDA. Coordinador del Informe: JOSE GARCÍA-MONTALVO Autores del Informe: JOSEP MARIA RAYA Y LUIS DÍAZ. El Informe sobre el mercado de la vivienda se crea en el marco de un proyecto encargado por el Grupo Tecnocasa a la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. El Proyecto se creó con la finalidad de analizar el mercado de la vivienda de segunda mano y el mercado financiero en España. El Proyecto se inició en 2.004 y se han ido realizando ediciones actualizadas semestrales hasta la fecha (Edición del Segundo Semestre de 2.017).

El mínimo de los precios de venta de la vivienda se registró en 2.013 tras un descenso iniciado en 2.011, por lo que se considera como la llamada fase de recesión el periodo comprendido entre 2.008-2.013.

Aunque se hablara del sobreendeudamiento de las familias, como apunta JULIO RODRÍGUEZ LÓPEZ[197], también las hipotecas concedidas a los promotores constituían indudablemente un producto financiero de alto riesgo porque la entidad financiera sólo recuperaba las cantidades prestadas si las viviendas se vendían.

Como vimos en el Capítulo I, el modelo de economía española se asentaba en la construcción y en la Banca, y la inserción dentro de los organigramas de la UE y la globalización provocó un fulgurante efecto dominó, para algunos, previsible y evitable[198]. Como ya analizamos, en el S. XIX y XX nació y se desarrolló un interés por las políticas sociales y por el desarrollo de la vivienda y la construcción de viviendas aparecía como una forma de estimular la economía y crear empleo.

197. RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO. Expresidente del Banco Hipotecario Español en la Comparecencia que realizó ante la Comisión del Congreso de los Diputados que investigaba la crisis financiera de España y el programa de asistencia a la Banca el día 1 de Septiembre de 2.017.

198. https://elpais.com/economia/2018/03/26/actualidad/1522086864_127826.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "EL FMI reclama activar un presupuesto anticrisis en la UE de 40.000 millones". La Presidenta del FMI Christine Lagarde instó a los países miembros de la UE a la creación de un instrumento inversor europeo que preservara la economía de la UE ante nuevas crisis económicas futuras. Los países del Norte de Europa no estaban dispuestos a crear un instrumento en virtud del cual se compartieran los riesgos si no se extremasen por igual las medidas de reducción de dichos riesgos en cada uno de los Estados miembros. Algunas de las características que tendría este instrumento sería la obligación de los Estados de contribuir fiscalmente con el 0,35% del PIB de cada país y que sólo se aplicara a los socios que cumpliesen con las reglas fiscales impuestas desde la UE para la recuperación económica ( como ya apuntamos, el pasado mes de Marzo, el Gobierno de la Nación hizo público el dato de que por primera vez se había cumplido el objetivo de déficit público desde el inicio de la crisis, pero aun, España es el único país de la UE que sobrepasa el 3% del PIB de déficit público.). Este instrumento funcionaría como una especie de seguro en virtud del cual la cobertura (o ayuda económica) recibida por un Estado en tiempos de crisis, vendría determinada por la prima (o aportación del porcentaje del PIB) que ese Estado hubiera realizado en tiempos de bonanza o normalidad económica. Por tanto, para el FMI la consolidación de un blindaje ante futuras crisis económicas pasaba no sólo por la adopción de medidas y políticas monetarias (como las que han sido utilizadas hasta la fecha) sino también de medidas y políticas fiscales.

SOLEDAD BECERRIL, la Defensora del Pueblo, publicó un Estudio sobre el sobreendeudamiento y la insolvencia familiar[199], en el que destacaba la necesidad de crear un procedimiento que permitiera a los deudores (personas físicas) hacer frente al conjunto de deudas que gravaban su patrimonio.

El Estudio hacía alusión a las distintas causas que provocaron el sobreendeudamiento, y analizaba un conjunto de circunstancias ajenas a la voluntad del deudor. En este Informe la Defensora pretendía llamar la atención de los poderes públicos respecto a las situaciones de insolvencia y sobreendeudamiento familiar[200].

Entre las normas de urgencia aprobadas con motivo de la crisis financiera destacan:

-El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios sin recursos[201].

199. "ESTUDIO SOBRE LA CRISIS ECONÓMICA E INSOLVENCIA PERSONAL: ACTUACIONES Y PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (Actualización a Octubre de 2.013)". Consulta pág. Web Defensor del Pueblo.
200. https://www.bde.es/webbde/es/estadis/ccff/ccff2.html. Conforme se recoge en las Cuentas Financieras publicadas por el Banco de España (Cuentas financieras (SEC 2010), Series Anuales (2.010-2.017) y Trimestrales (2.016-I / 2.017 -IV), desde el inicio de la crisis económica el sobreendeudamiento familiar se ha ido reduciendo progresivamente, continuó en 2.017 pero a un ritmo más lento.
201. Véase https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/multa-a-bankia-por-incumplir-el-codigo-de-buenas-practicas_576137_102.html. "Multa millonaria a Bankia por incumplir el Código de Buenas Prácticas". http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/09/07/5b92b6b246163faa3b8b45e1.html. El "Banco de España multa a Bankia con ocho millones por obviar la ley de protección de deudores". Las dos sanciones de cuatro millones de euros se impusieron por el Banco de España a Bankia por incumplir el Código de Buenas Prácticas del Real Decreto Ley 6/2012 del 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en concreto por haber incumplido las obligaciones de los artículos 5.4 y 5.9 de dicho Real Decreto-Ley. Las sanciones fueron firmes el pasado día 8 de Septiembre de 2.018 pero fueron impuestas en 2.017 por incumplimientos llevados a cabo por Bankia entre mediados de 2.013 y finales de 2.014. Según refiere el artículo, Bankia argumentó que los incumplimientos no fueron intencionados y que se debieron a su situación interna, ya que se encontraba en pleno proceso de reestructuración y tramitando el proceso de arbitraje de las preferentes. Bankia se adhirió de forma voluntaria a esta normativa en Marzo de 2.012 pero no la ha cumplido justificando este incumplimiento en la difícil situación interna por la que ha atravesado la gestión de las oficinas.

-El Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

**-**La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

-La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("Ley de emprendedores").

de la vivienda con las normas de libre mercado.

En una versión actualizada del Estudio sobre "*Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo"* presentada el 9 de Abril de 2.013, Soledad Becerril insistía nuevamente en la necesidad de crear un procedimiento de insolvencia específico para las personas físicas que permitiera la llamada "segunda oportunidad" que sí existía para las personas jurídicas, con la finalidad de evitar la exclusión social.

**2.Las llamadas hipotecas "suprime": su incidencia en el sistema financiero.**

La titulización hipotecaria es considerada como una de las principales fuentes de financiación, de obtención de liquidez y de mecanismo para la reactivación del crédito en momentos de recesión. Hasta el inicio de la crisis económica (2.007) la titulización hipotecaria se consideraba beneficiosa por ser un mecanismo que permitía estimular la actividad crediticia sin que se considerase que sus riesgos podían afectar a la actividad financiera, hasta que la crisis económica puso de manifiesto las terribles consecuencias que se podrían derivar de un uso fraudulento y abusivo de esta institución.

Como apunta MARIA DEL ROSARIO MARTÍN MARTÍN, a partir de 2.007, la titulización pasó de considerarse una de las más exitosas innovaciones financieras a calificarse como una de las causas de la crisis financiera más grave desde la Gran Depresión[202].

La distorsión de la titulización se produjo cuando las entidades supervisoras de esta actividad dejaron de controlar la calificación de los créditos y de asegurarse de que efectivamente, se llevaban a cabo todos los controles necesarios para no introducir en los mercados lo que se calificó como productos tóxicos o hipotecas *subprime*. Desde el inicio de la crisis económica la titulización se asoció a prácticas totalmente perniciosas y negativas para el mercado y para la estabilidad financiera[203].

Al inicio de la crisis económica la titulización fue utilizada por las entidades bancarias para obtener financiación (mediante la titulización de sus propios activos) de los bancos centrales que empezaron a inyectar liquidez en las entidades bancarias mediante la aprobación de medidas de urgencia por parte de los Gobiernos,[204] sin que entre los objetivos de tales medidas se encontrase la recuperación del mercado de las titulizaciones.

202. MARTÍN MARTÍN, MARIA DEL ROSARIO. "La titulización en Europa durante la crisis". Documentos de Trabajo nº 49. CNMV Comisión Nacional del Mercado de Valores. Julio de 2.011. P. 19.
203. Véase ANDREW JOHN O'FLYNN BRIGHT, ANDREW O'FLYNN, "Mortgage securitisation: origin, evolution, crisis and european regulation". Aranzadi Thomson Reuters. Derecho Mercantil: Seguros", Navarra, 2.023. DAVID RAMOS MUÑOZ, JAVIER SOLANA ÁLVAREZ. "A supplementary approach towards the regulation of financial contagion" En Crisis y reforma del sistema financiero. / coord. por Andrés Juan Recalde Castells, Ignacio Tirado Martí, Antonio B. Perdices Huetos, 2014, págs. 125-142. DAVID RAMOS MUÑOZ, ELIA CERRATO GARCÍA, CARLOS BOSQUE ARGACHAL**.** "Responsabilidad de los supervisores financieros y las autoridades de resolución en España". Revista española de derecho administrativo, Nº 221, 2022, págs. 109-154.DAVID RAMOS MUÑOZ. "Banca en la sombra: regulando el futuro con las dudas del pasado". Cuadernos de Información económica, Nº 241, 2014, págs. 63-75.
204. MARTÍN MARTÍN, MARIA DEL ROSARIO. Íbidem P. 14. Se trata de un trabajo sobre los mercados de titulización europeos en el período que va de 2.007 a 2.010 con el objetivo de recopilar las iniciativas y propuestas que en ese momento había sobre la titulización en el marco de la reforma financiera para reavivar la actividad. Respecto a las medidas de financiación adoptadas al inicio de la crisis explica que: "Las medidas de apoyo al sistema

Para la citada autora la incertidumbre del más que probable deterioro de las carteras de titulización a partir de 2.007 fue uno de los detonantes de la crisis económica ya que esta pérdida de confianza tuvo un impacto directo en los mercados.

En el Reino Unido el Banco de Inglaterra creó en 2.008 lo que denominó Special Liquidity Scheme[205], que consistía básicamente en un sistema en virtud del cual tanto las entidades financieras como las entidades constructoras podían intercambiar temporalmente activos líquidos por bonos del tesoro para obtener liquidez en los mercados, que tenía una vigencia de tres años. A finales de 2.008 el Banco de Inglaterra sustituyó este programa por otro que denominó Discount Facility Window[206].

financiero comenzaron a articularse a partir de octubre de 2.008. En Europa, aunque se decidió que la intervención pública se ejecutase a escala nacional, la Comisión Europea proporcionó unas líneas generales para el diseño y la implementación de las ayudas públicas a los bancos".

205. Consulta realizada en la página web oficial del Banco de Inglaterra www.bankofengland.co.uk. que define este programa de obtención de liquidez: "El Sistema Especial de Liquidez (SLS) fue introducido en abril de 2008 para mejorar la posición de liquidez del sistema bancario permitiendo a los bancos y sociedades constructoras intercambiar sus títulos de alta calidad respaldados por hipotecas y otros títulos por hasta tres años. El Plan se diseñó para financiar parte del saldo de activos ilíquidos en los balances de los bancos, intercambiándolos temporalmente por activos más fácilmente transables. Aunque el período de preparación del SLS se cerró el 30 de enero de 2009, el régimen se mantuvo durante otros tres años. El SLS cerró oficialmente el 30 de enero de 2012."
206. Consulta realizada en la página web oficial del Banco de Inglaterra www.bankofengland.co.uk., que define este programa de obtención de liquidez Discount Facility Window (DFW) Ventana de descuento en demanda en los siguientes términos "Permite a los participantes tomar prestados activos altamente líquidos a cambio de colaterales menos líquidos en un tamaño potencialmente grande y por un plazo variable".

En 2.008 se creó en España el llamado Fondo de Adquisición de Activos Financieros[207], que tenía como finalidad comprar cédulas hipotecarias y bonos[208] de titulización con máxima calificación crediticia a través de subastas realizadas entre los años 2.008 y 2.009.

MARIA DEL ROSARIO MARTÍN MARTÍN cita el discurso realizado por el Gobernador de la Reserva Federal Norteamericana en Mayo de 2.007[209] en el que reconocía que, como consecuencia de la prolífera actividad crediticia y la alta competitividad, se había reducido considerablemente el stándard de calidad del crédito, lo que, lógicamente suponía poner en riesgo el sistema financiero como posteriormente se pudo comprobar.

La titulización en el contexto al que se refiere el Gobernador de la Reserva Federal llevaba intrínseco el desarrollo de la crisis económica. Sobre esta cuestión, destaca la autora dos elementos fundamentales, con lo que coincidimos plenamente: de una parte, la asimetría informativa de los inversores y

207. El FAAF está regulado en el Real Decreto-Ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros y la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros y se define en el artículo 1 del Real Decreto-Ley como un órgano: "1. Se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía, con la finalidad de apoyar la oferta de crédito a la actividad productiva de empresas y a los particulares mediante la adquisición de activos financieros, en la forma y condiciones que determina el presente real decreto-ley". Consulta página oficial www.fondoaaf.tesoro.es/.
208. Las cédulas hipotecarias ("covered bonds") son valores de rentabilidad fija a medio plazo que pueden ser nominativos, a la orden o al portador. Se trata de un tipo de bono que únicamente pueden emitir las entidades autorizadas (entidades de crédito oficial, cajas de ahorro, y sociedades de crédito hipotecario), a un tipo de interés fijo, y que están garantizadas con la totalidad de los préstamos concedidos por el emisor. La garantía, por tanto, viene constituida por la cartera de préstamos hipotecarios que tiene concedidos la entidad bancaria. Las cédulas tienen un plazo aproximado de entre 1 y 3 años dependiendo de su garantía. Hay dos tipos de cédulas: cédulas hipotecarias con garantía especial (la garantía viene constituida por uno o dos préstamos hipotecarios o cédulas hipotecarias con garantía general en las que l garantía viene constituida por la totalidad de la cartera de préstamos que tiene la entidad bancaria a excepción de los préstamos que constituyan garantía especial en las cédulas hipotecarias con garantía especial. La entidad emisora se reserva el derecho de amortizar anticipadamente parte o la totalidad de la emisión.
209. Cita el Discurso de Ben S. Bernanke ante la Reserva Federal de Chicago en la 43 Conferencia Anual sobre Estructura Bancaria y Competencia, de 17 de Mayo de 2.007.

originadores y promotores, y, de otra, el papel de las agencias de calificación (aunque hay otros como, por ejemplo, la retribución a corto de los originadores).

La titulización es un producto financiero que, por sus propias características, requiere de la intervención de distintos operadores y esto supone una distribución de responsabilidades.

MARÍA DEL ROSARIO MARTÍN MARTÍN identifica los siguientes posibles eslabones en la cadena de la titulización de la siguiente forma:

1. (Primer Eslabón) Originadores especializados en la producción de préstamos que posteriormente:
    a. (Segundo Eslabón) Traspasan a otros inversores sin mantener ninguna exposición a los mismos (modelo "originar para distribuir") o
    b. (Tercer Eslabón) Retener una parte y colocar el resto en el mercado (modelo "originar y distribuir").

Según la autora el modelo "originar para distribuir" se generalizó y por este motivo disminuyó el control sobre la calidad del crédito. La autora concede un especial protagonismo al proceso de concesión del crédito del que destaca la decadencia de los controles de calidad al estar pensando la banca en la posterior titulización de las hipotecas.

La cuestión relativa a los controles de calidad ha sido tratada durante estos años como una cuestión especialmente relevante ya que, la premura por conceder operaciones primaba sobre el rigor a la hora de examinar la documentación entregada por los prestatarios relativa a su situación económica y también respecto a la situación de las garantías en las que se basaba la concesión. El hecho de que las entidades bancarias autorizaran operaciones con la intención de traspasar esos préstamos tenía como consecuencia la falta de controles de calidad.

La Encuesta de Préstamos Bancarios publicada por el Banco de España el 24 de Abril de 2.018[210] dejó constancia de la relajación de los criterios de concesión de los préstamos hipotecarios.

El origen de la titulización se sitúa en Estados Unidos y se distingue entre titulizaciones públicas, llevadas a cabo por las Agencias Gubernamentales Freddie Mac (Federal Home Loan Mortgage Corporation) y Fannie Mae (Federal National Mortgage Association), y titulizaciones privadas[211].

En el ámbito nacional también los controles sobre la calidad del crédito disminuyeron durante el periodo de tiempo en el que existía una expectativa de posterior titulización y aumentaron cuando dejó de ser factible esa titulización, volviéndose las entidades financieras claramente más exigentes a la hora de conceder una operación.

Ciertamente en la titulización intervienen una serie de agentes y cada uno de ellos asumen un protagonismo distinto pero el papel especialmente relevante es el de la entidad que genera el crédito, que es la que tiene un acceso directo a las condiciones en las que se basa la concesión, y la que, supuestamente, ejerce los controles de calidad desde el origen.

El análisis de los préstamos durante la crisis económica confirmó que los préstamos titulizados (tanto si fueron calificados como *prime* como si fueron calificados como *subprime*) tuvieron un mayor porcentaje de impagos que aquellos préstamos que fueron retenidos por los emisores del crédito.

Cita distintos trabajos de investigación realizados antes y durante la crisis económica que se centran en el deterioro progresivo de los controles de calidad

210. https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/2018/T2/Fich/beaa1802-art10.pdf. ENCUESTA DE PRÉSTAMOS BANCARIOS 2018.

211. Consulta www.cnmv.es. En España las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización son CAIXABANK TITULIZACION, SGFT, S.A. EUROPEA DE TITULIZACION, S.A., S.G.F.T. GESTION DE ACTIVOS TITULIZADOS, SGFT, S.A. HAYA TITULIZACION, SGFT, S.A. INTERMONEY TITULIZACION, S.G.F.T., S.A. SANTANDER DE TITULIZACION, SGFT, S.A. TITULIZACION DE ACTIVOS, S.A., S.G.F.T.

del crédito. Entre los trabajos que cita se refiere al de R. ELUL (2.009) que concluye que a los originadores de crédito les compensaba asumir el desprestigio de este tipo de prácticas y de las consecuencias nocivas que se pudieran derivar para los mercados frente a las importantes comisiones que cobraban por la venta de los préstamos.

Ahora sabemos que la conclusión extraída por R. ELUL en su trabajo fue totalmente acertada y que el sistema no ha depurado realmente responsabilidades frente a todos aquellos sujetos responsables de tales prácticas.

La autora se refiere a los conceptos de "selección adversa" e "información asimétrica"[212] en el contexto de la titulización refiriéndose a una serie de trabajos de investigación o estudios sobre estas cuestiones en los que se apunta que los originadores del crédito conocían la "mala" calidad de los créditos que vendían mediante la titulización[213] pero la rápida obtención de beneficios y liquidez a través de estas prácticas les llevaba a no aplicar estándares de calidad de concesión del crédito.

Estos dos conceptos son también aplicables a la relación existente entre la entidad bancaria y el prestatario. El prestatario, sin saberlo, era utilizado por la entidad bancaria para conformar una operación, en muchas ocasiones artificiosa, ofreciéndole una información que no se ajustaba a la realidad. El consumidor, no disponía de conocimiento ni de información suficiente que le permitiera valorar correctamente los términos del contrato, por lo que existía una clara asimetría en

212. ARTHUR AKERLOF, GEORGE. (1.940) Premio Nobel de Economía en 2.001 investigó los mercados con información asimétrica y desarrolló esta Teoría en un artículo que escribió en 1.970 titulado "El Mercado de Limones: Incertidumbre de calidad y mecanismos de mercado". Profesor de Economía en la Universidad de Berkeley.
213. En Junio de 2.018 la Comisión Europea lanzó una propuesta de "eurobonos light", es decir, titulizaciones de los bonos soberanos de la eurozona (sovereign bond-backed securities, SBBS), que se comparan con los activos hipotecarios que dieron lugar a la crisis financiera de EEEUU. El SBBS no supone una socialización de deudas entre los Estados miembros según se consignó en la propuesta borrador impulsada por la Comisión. Se agrupa la deuda soberana de los países del euro en función del peso de cada Estado en el BCE atribuyendo un porcentaje.

la información como han ratificado las Sentencias que han declarado la nulidad de determinadas cláusulas abusivas.

Los generadores del crédito podían prever la evolución del mercado pero los consumidores y adquirentes no. En la cadena de la titulización, las agencias de rating niegan haber prescindido de rigor en los controles de la calidad de los créditos pero los cierto es que, si todos los eslabones de la cadena hubieran sido estrictos con tales controles, no se hubiera producido una situación de esta gravedad.

La información recibida por los inversores respecto a las cédulas hipotecarias no tenía el rigor adecuado, ya que no se ofrecían datos correctos del crédito ni por parte de los emisores, ni por parte de los promotores. Las agencias de rating, que aparecían a priori como una garantía de esta información, se situaron bajo clara sospecha al ser contratadas por los propios emisores de los créditos. La situación de clara dependencia de las agencias de rating respecto de los originadores de los créditos condicionaba claramente las valoraciones que hacían sobre los créditos.

En Abril de 2.018 supimos que el Barclays Bank, el segundo mayor Banco de Reino Unido por activos, fue sancionado por las autoridades estadounidenses con una multa de 2.000 millones de dólares (el equivalente a unos 1.630 millones de euros de aquella fecha conforme a los tipos de cambio) por la venta de bonos respaldados con hipotecas basura vendidos entre 2.005 y 2.007. Para conseguir comercializar estos instrumentos financieros la entidad bancaria engañó a los pequeños inversores no informando de la calidad y calificación real de los créditos. En este caso, el Departamento de Justicia estadounidense sancionó también a dos exdirectivos de la entidad por conducta fraudulenta[214].

214. https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/barclays-pagara-2-000-millones-de-multa-por-las-hipotecas-basura_546245_102.html. "Barclays asume 2.000 millones de dólares de multa por las hipotecas basura".

El Gobierno Español reconoce los primeros síntomas de la crisis en el año 2.008, y los relaciona a lo que denomina una "elevada exposición financiera del sector inmobiliario"[215].

Durante el periodo de bonanza previo a la crisis de 2.008 el crecimiento del crédito y la excesiva liquidez evolucionó hasta iniciar un desapalancamiento progresivo que daría paso al inicio de la crisis. El apalancamiento es la diferencia entre la exposición acumulada (concentrado en el crédito inmobiliario, que suponía 60% del crédito al inicio de la crisis) y los fondos propios. Durante la época

215. Las Reformas del Gobierno de España. La determinación frente a la crisis". Secretaria de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia. Septiembre de 2012. Texto disponible en www.lamoncloa.gob.es/, P. 2. Madrid, Septiembre de 2.012. A la vista de los primeros síntomas de la crisis el Gobierno adoptó una serie de medidas que no dieron resultados favorables ya que la situación económica continuó empeorando. Aumentaron las necesidades de obtener financiación, la falta de liquidez, y la subida de la prima de riesgo. En la misma página 11 del Informe el Gobierno se alude a la creación de un único órgano de supervisión de los mercados y de la competencia: "Se ha abordado, asimismo, la reforma de los organismos supervisores y reguladores de los mercados para su reducción y creación de una única Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia"; "Se ha diseñado una estrategia integral de reforma del mismo que persigue aumentar la solvencia y la flexibilidad a largo plazo del conjunto del sector bancario, para restablecer su acceso al mercado y contribuir a que el crédito vuelva a fluir a la economía real. Esta estrategia se ha aplicado en distintas fases y con diferentes medidas. Las primeras medidas, de Febrero y de Mayo de 2012, se aprobaron con la finalidad de sanear y proteger los balances de las entidades financieras: se pone en marcha un proceso de saneamiento de activos inmobiliarios; se establece un régimen de fusiones de entidades; se aumenta el nivel de provisiones genéricas para los activos no problemáticos, y las necesidades de capital recibirán el apoyo del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).Paralelamente, en el mes de Mayo y a iniciativa del Gobierno, se encargaron a las Agencias Roland Berger y Oliver Wyman dos informes individuales de valoración externa del grado de saneamiento de los balances bancarios. Se trata de una medida de transparencia, en línea con los criterios de la Comisión Europea, del BCE y del FMI, para mejorar la credibilidad del sistema financiero español y despejar dudas sobre los balances bancarios." La conclusión extraída de los Informes emitidos por las Agencias de Valoración fue la necesidad de recapitalización de las entidades motivo por el cual en Junio de 2.012 el Gobierno tuvo que solicitar asistencia financiera al Eurogrupo. Esta asistencia financiera se formalizó mediante la firma de un documento llamado Memorando de Entendimiento que recogía una estrategia global para que el crédito volviera a la economía real. El procedimiento para lograr que el crédito volviera a la economía real era un proceso de reestructuración y resolución de entidades y la creación de un mecanismo para la segregación de los activos deteriorados. El 31 de Agosto de 2.012 el Gobierno inició la reforma del sistema financiero con la aprobación del Real Decreto Ley de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito.

previa a la crisis económica, de fluidez del crédito, se produjo un importante apalancamiento, y, lo anterior, hay que añadir que la banca española tenía un gran problema de dependencia de liquidez del BCE.

El aumento de la morosidad provocó la necesidad de sanear los activos y de que muchas entidades bancarias recibieran ayudas públicas o solicitaran un rescate a través de los fondos europeos. El sector bancario necesitó ayudas públicas en forma de capital para absorber la deuda generada (de fondos europeos y también del Banco de España, a través del FGD).

La crisis económica dio lugar a la realización de una serie de reformas entre los años 2.008 a 2.016 con la finalidad de corregir todas aquellas cuestiones que dieron lugar a la crisis, la reestructuración, el saneamiento, la capitalización, la solvencia, y los bajos tipos de interés, lo que provocó una baja rentabilidad bancaria.

En los años posteriores el principal problema de la Banca ha sido la falta de rentabilidad sobre los fondos propios provocada por la existencia de un volumen importante de activos improductivos, el aumento de las exigencias regulatorias y los bajos tipos de interés que provoca una falta de atracción para los inversores.

Las medidas de corrección estaban ordenadas a aumentar el nivel de fondos propios, pero este aumento del nivel de tales fondos frente al nivel de exposición, dio lugar a una bajada de rentabilidad y a un encarecimiento del crédito.

Con la finalidad de intentar mejorar la competitividad y captar el crédito, las entidades bancarias han acudido a las fusiones para ahorrar costes, reduciéndose el número de bancos lo que ha provocado que se haya producido una concentración en el mercado bancario.

La situación de las entidades bancarias tras el periodo comprendido entre 2.008 y 2.016, como consecuencia de las medidas adoptadas supuso una reestructuración de la banca mediante las fusiones, que ya se iniciaron con las antiguas Cajas de Ahorros al comienzo de la crisis, la progresiva reducción de sucursales bancarias.

La crisis económica y financiera provocó un cambio en el modelo de negocio bancario. Uno de los cambios que operó la crisis económica se dio en la composición del balance. Respecto al activo, la banca se centró en realizar operaciones de intermediación tradicional consistentes en créditos y depósitos al sector privado no financiero produciéndose un incremento de los recursos propios como consecuencia de las medidas de capitalización.

La reducción de costes (mediante fusiones, reducción de oficinas bancarias y del número de empleados mediante la migración al negocio on line) tiene como finalidad aumentar el margen financiero, es decir, el porcentaje del activo total, ante una situación de bajos tipos de interés sostenidos en tiempo que aportan nula rentabilidad.

La banca no sólo ha recurrido a cambios de modelo de negocio estructurales (y cambios en el balance) sino que también en la búsqueda de fuentes de ingresos distintas a las que supone el margen neto de intereses. Más allá de los ingresos financieros y los no financieros (comisiones o ingresos procedentes de renta variable como los dividendos) la banca avanza hacia una superación del modelo tradicional de intermediación en una búsqueda de nuevos ingresos[216].

La situación de la banca se presenta en un contexto de mínimos históricos de tipos de intereses, de un control del capital y de la liquidez mediante la creación de normas regulatorias que si bien tienden a evitar que se vuelva a producir una crisis como la de 2.008 limitan la autonomía de las entidades bancarias; la unión bancaria aumenta la competitividad más allá del territorio nacional y amplía el mercado a nivel europeo; y, por último, la digitalización y la creación de las llamadas Fintech ofrecen un cambio sustancial de la banca tradicional en un futuro

216. Respecto al cambio del modelo bancario véase Marimón Durá, R., «Cambios en el mercado de crédito: Nuevos operadores y nuevos modelos de negocio», en AA.VV. (dirs. R. Marimón/J. Martí), *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente,* Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pgs. 39-104.).

inmediato que tendrá también su incidencia el en la contratación bancaria para la adquisición de vivienda como analizaremos en los Capítulos siguientes.

La imagen de la banca también ha resultado dañada como consecuencia de la mala praxis que se ha puesto de manifiesto en la comercialización de los productos y que ha dado lugar a una evolución casi constante en defensa de los consumidores e incluso de otros clientes, que sin, tener la consideración de consumidores podrían haberse visto afectados también por esa mala praxis. [217]

217. Álvarez, José Antonio. (2008): "La banca española ante la actual crisis financiera", Revista de Estabilidad Financiera del Banco de España, núm. 15, pp. 21-39. Amat, Oriol (2008). "Euforia y pánico. Aprendiendo de las burbujas y otras crisis: del crack de los tulipanes a las subprime". Profit Editorial. Barcelona. Blackburn, Robin (2008). "La crisis de las hipotecas 'subprime'". New Left review, nº 50, pp. 53-96.Naredo, José María (2009): "La cara oculta de la crisis. El fin del boom inmobiliario y sus consecuencias", en Revista de Economía Crítica, núm. 7, pp. 118-133.(2004). "Regulación macroeconómica y democracia ¿Justifica la economía que los gobiernos renuncien a gobernar?". En Alfonso Guerra, José Félix Tezanos (eds.), "Políticas económicas para el siglo XXI". Editorial Sistema. Madrid.y Garzón, Alberto (2009). "La crisis financiera. Guía para entenderla y explicarla". Attac, Madrid.Torres López, Juan. " Crisis Inmobiliaria, crisis crediticia y recesión económica en España". Papeles de Europa 19 (2.019): 82:107.FERNÁNDEZ OLIT, B. y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M. (2014). «Evaluación de impactos ambientales y sociales del negocio de banca comercial en Europa durante el periodo 2006-2010». Estudios de Economía Aplicada, 32-2, 567-592.MAUDOS, J. (2015). «Retos del sector bancario español tras la reestructuración», Cuadernos de Información Económica, 249, noviembre, 11-25. MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD (2016). VIII Informe de la Comisión de Control sobre el Cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la Reestructuración Viable de las Deudas con Garantía Hipotecaria sobre la Vivienda Habitual, Madrid.PÉREZ-RUIZ, A. y RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I. (2012). «La imagen de responsabilidad social corporativa en un contexto de crisis económica: El caso del sector financiero en España», Universia Business Review, primer trimestre, 14-29.RUZA PAZ-CURBERA, PAZ y DE LA CUESTA GONZÁLEZ, MARTA. "El negocio bancario en el punto de mira: ¿un nuevo paradigma?. Cuadernos Económicos de ICE, Nº 92 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del que es investigadora principal Marien Aguilera. UNED. DEN EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. REGLAMENTO (UE) No . 575/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de in versión, y por el que se modifica el Reglamento (UE ) no 648/2012 (26 de junio de 2013).DIRECTIVA 2013/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (26 de junio de 2013).Ibáñez Sandoval , J. P . y Domingo Ortuño, B. (2013). «La transposición de Basilea III

a la legislación europea». Revista de Estabilidad Financiera, núm. 25. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2014). Basilea III: marco del coeficiente de apalancamiento y sus requisitos de divulgación. DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 (4 de febrero de 2014).Analistas Financieros Internacionales (2015). «Titulaciones y cédulas en la cobertura de la liquidez (ratio LCR)». Nota Bancaria. DIRECTRIZ de la Autoridad Bancaria Europea sobre retrasos y ejecuciones (EBA/GL/2015/12). DIRECTRIZ de la Autoridad Bancaria Europea sobre el análisis de la capacidad de pago (EBA/GL/2015/11). MULLOR LORENA, y PEÑA, IRENE. "La nueva regulación y el crédito de la vivienda". Cuadernos Económicos de ICE, Nº 90. MAUDOS, J. (2016). «Márgenes bancarios y tipos de interés: España en el contexto de la Euroárea». Cuadernos de Información Económica, 255, 21-34. MAUDOS, J. y VIVES, X. (2016). «Banking in Spain», en T. Beck y B. Casu (eds.), Handbook of European Banking, Palgrave MacMillan. MAUDOS, J. (2017). «Modelos de negocio en la banca europea: cambios recientes». Cuadernos de Información Económica, 257, 11-25. CRUZ-GARCÍA, P.; FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J. y MAUDOS, J. (2017). «Interest rates and net interest margins: the impact of monetary policy», en G. Chesini, E. Giaretta y A. Paltrinieri (eds.), The Business of Banking: Models, Risk and Regulation. Basingstoke (Reino Unido): Palgrave Macmillan. COMISIÓN EUROPEA (2017). Informe sobre España 2017, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos. COM (2017) 90, final. CRUZ-GARCÍA, PAULA y MAUDOS, JOAQUÍN. "La situación del sector bancario español en el contexto europeo: retos pendientes". Universidad de Valencia. Cuadernos Económicos de ICE Nº 92 (dentro del proyecto de investigación ECO2013-43959-R, Ministerio de Ciencia e Innovación; proyecto de investigación PROMETEOII/2014/046, Generalitat Valenciana ; Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte (FPU2014/00936) CAMPOS ECHEVERRÍA, J. L. (2008), La burbuja inmobiliaria española. Barcelona, Marcial Pons. CARBÓ VALVERDE, S. (2008): "La crisis económica y el crédito bancario: ¿crédito Cruncho corrección?", en CIE, 205, pp. 33-35. REVESCO Nº 113 - MONOGRÁFICO: Crisis económica actual y sus posibles repercusiones en la economía social - ISSN: 1885-8031 - www.ucm.es/info/revesco. CGPJ (2013), Estadística Judicial. Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales: cuarto trimestre de 2012. www.poderjudicial.es. ETXEZARRETA, A., CANO, G, HOEKSTRA, J. y DOL, K. (2012), de la burbuja inmobiliaria a las ejecuciones hipotecarias, Revista Ciudad y Territorio, Estudiosterritoriales, Vol. XLIV., nº 174, pp. 597-613.RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. (2009), "La crisis de los mercados inmobiliario e hipotecario. Factores explicativos", en Papeles de Economía Española 122, 236-253.Roch, F. (2003). La ciudad inmobiliaria y el precio de la vivienda". Papeles de la FIM, 20, 115-129. Gutiérrez, A. y Vives-Miró, S. (2018). Acumulación de viviendas por parte de los bancos a través de los desahucios: geografía de la desposesión de vivienda en Cataluña. EURE, 44(132), 5-26. doi:10.4067/s0250-71612018000200005.Ayuso, J. y del Rio, A. (2013). La resolución de activos bancarios a través de "bancos malos". Revista de Estabilidad Financiera, Banco de España, nº 23.Banco Central Europeo (2009). Financiación de la vivienda en la Zona del Euro, Boletín Mensual, Agosto.Banco de España (2013). Informe de Estabilidad Financiera, mayo. Rodríguez López, J. Cuad. relac. labor. 35(1) 2017: 71-99 99De Juan, A.; Uría, F. y de Barrón, I. (2013). Anatomía de una crisis, Ediciones Deusto, Barcelona.Economist, The, (013). The dangers of debt. Lending weight, 14 de septiembre. Economist, The, (013). The origin of financial crisis. Crash course", 7 de septiembre. García Montalvo, J. (2012). Generar confianza, ¿prendiendo fuegos?", La Vanguardia, 13de mayo. García Montalvo, J. (2008). De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado, Antoni

En el presente trabajo se analizan las distintas perspectivas que afectan de una manera u otra al derecho de vivienda en la contratación bancaria.

El Banco de España tiene atribuidas funciones de supervisión y control de transparencia de los servicios bancarios, en conducta de mercado y transparencia informativa a través del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR)[218].

Bosch editor, Barcelona. Inspectores del Banco de España, Asociación, (2006). Nota informativa al ministro de Economía y Hacienda, 26 de mayo. Maudos, J. (2013). Propuestas frente a la crisis. Cinco Días, 20 Diciembre Myro, R. (2015). Recuperación económica y cambio político, Ahora, 9-15 de octubre Rodríguez López, J. (2012). Crisis bancaria y financiera. Recogido en "No es economía, es ideología". Economistas frente a la crisis, Deusto, Grupo Planeta, Barcelona. Agencias de calificación causaron daño y están indemnes, BBVA PEDVAR . Portafolio ; Bogotá (Mar 4, 2014). Eugenio Rodríguez Cepeda* ataques legislativos a la eficacia de la hipoteca. Economía de la vivienda en España julio-Agosto 2012. N. o 867 ICE. Miguel Ángel Galindo Martín* Simón Sosvilla Rivero** Construcción y crecimiento económico. economía de la vivienda en España julio-Agosto 2012. N. o 867 ICE. Gonzalo Bernardos Domínguez* CREACIÓN Y DESTRUCCIÓN DE LA BURBUJA INMOBILIARIA EN ESPAÑA. LA PRIMERA CRISIS GLOBAL: PROCESOS, CONSECUENCIAS, MEDIDAS Septiembre-Octubre 2009. N.º 850 ICE.EE UU cumple: investigará a las agencias de calificación. Información de publicación: Cinco Dias;Madrid [Madrid]10 Feb 2013.Aurelia Valiño Castro* EFECTOS DE LA CRISIS EN LA ACCESIBILIDAD A LA VIVIENDA DE LAS FAMILIAS EN FUNCIÓN DE SU COMPOSICIÓN Y RESIDENCIA. Vivienda en España Julio-Agosto 2012. N. o 867 ICE.Ángel Berges Lobera* Daniel Manzano Romero* Francisco J. Valero López* SISTEMA BANCARIO Y VULNERABILIDAD FINANCIERA. EURO Y CRISIS ECONÓMICA Noviembre-Diciembre 2011. N.º 863 ICE. El papel de las agencias de calificación en la crisis de la deuda. Nuria Alonso y David Trillo. Relaciones Internacionales, núm. 21, octubre de 2012 GERI – UAM. La crisis financiera diez años después. Revista de Economía ICE. Nº. 906, Enero-Febrero 2.019. La reglamentación europea en materia de agencias de calificación crediticia: perfiles de responsabilidad. Carlotta Rinaldo**. Revista de Derecho Privado, n.º 32, enero - junio de 2017, pp. 353 a 381.José Viñals Íñiguez* LA RESPUESTA DE EUROPA A LA CRISIS FINANCIERA**. CRISIS Y REFORMA REGULATORIA DEL SISTEMA FINANCIERO EN LA UE Septiembre-Octubre 2013. N.o 874 ICE .José María Roldán Alegre* LA RESPUESTA REGULATORIA A LA CRISIS FINANCIERA GLOBAL. EURO Y CRISIS ECONÓMICA Noviembre-Diciembre 2011. N.º 863 ICE. Manuel León Navarro* Íñigo Tejera Martín** riqueza residencial, riqueza financiera y política monetaria. Economía de la vivienda en España julio-Agosto 2012. N. o 867 ICE.

218. El DCMR asumió las competencias supervisoras en esta materia el 1 de Octubre de 2.014.

La Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente en las entidades financieras (en adelante, la Orden 734/2004 o, simplemente, la Orden), que desarrolla los artículos 29 y 31 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero establece los requisitos y el marco legal aplicable a los servicios financieros.

El Banco de España es el órgano competente para recibir y resolver las reclamaciones que los consumidores puedan plantear sobre productos financieros y servicios bancarios frente a resoluciones dictadas por los SAC de las entidades.[219]

El Banco de España tiene entre sus competencias la función de controlar y supervisar el funcionamiento de los SAC y las tramitaciones que realizan de las reclamaciones presentadas.

Las funciones y competencias que tiene atribuida el SAC el Banco de España reconoce los siguientes: Además de la función más evidente y explícita relacionada con la tramitación y resolución de reclamaciones, la Orden 734/2004, implícita o tácitamente, atribuye otra a la figura obligatoria del SAC incardinada dentro del marco de las funciones de control con que la entidad ha de contar. Tal función ha de ubicarse, en el marco del ya clásico modelo de las «tres líneas de defensa» asumido por los organismos regulatorios internacionales en el ámbito financiero, como segunda «línea defensiva», es decir, formando parte del conjunto de unidades encargadas de garantizar el control adecuado de los riesgos, una conducta empresarial prudente, el cumplimiento de las leyes, normativas y

219. Sobre los cambios que se producirán en el futuro mediante la aprobación del Proyecto para la creación de la Autoridad Administrativa Independiente véase VICENTE CUÑAT EDO, RAFAEL MARIMÓN DURÁ, "Análisis crítico de la proyectada regulación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero", E Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano José Antonio García-Cruces González (coord.) Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (hom.), pp.2905-2944.Tirant lo Blanch, 2.023; RAFAEL MARIMÓN DURÁ, "La Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero: reclamaciones y conductas de mercado". Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, Núm. 197, pp. 77-106. Universidad de Valencia, 2.024.

requisitos de los supervisores, así como el de las políticas y procedimientos internos de la entidad, razón por la cual debe gozar de la suficiente independencia de las áreas de negocio sobre las que gira su verificación"[220].

Las llamadas SOCIMIS (Sociedades Anónimas cotizadas de inversión en el sector inmobiliario) tienen su origen en la Ley 11/2.009 pero fueron creadas por la Ley 16/2.012 y con la Ley que modificó la Ley 11 /2.009. Se trata de vehículos de inversión financiera que ya se utilizaban en otros países bajo el nombre de REIT (Real Estate Investment Trusts). En EEUU se aprobó este instrumento en 1.960 para que los pequeños inversores pudieran invertir en el sector inmobiliario.

Se trata de fondos inmobiliarios que tienden a especializarse por sectores y subsectores diversificando diferentes áreas de inversión. Los ingresos de las Socimis provienen principalmente de las rentas que generan estos activos. La principal característica de las Socimis es que están exentas del pago del Impuesto de Sociedades y tienen una bonificación del 95% en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Las Socimis cotizan en el MAB (Mercado Alternativo Bursátil)

El 28 de Enero de 2.018 Sareb ofreció un encuentro en la Bolsa de Madrid titulado "Oportunidades de Inversión en el Sector Inmobiliario" en el que se presentó la nueva Socimi del Sareb que se llamaba Témpore Property, destinada a pequeños y medianos inversores que quisieran lucrarse por medio del alquiler residencial en la periferia de las ciudades[221].

220. https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/adenda/Adenda_independiente.pdf. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA. BANCO DE ESPAÑA. Criterios de organización y funcionamiento. Pág. 10. Madrid 2.017.
221. https://www.elsaltodiario.com/vivienda/como-funcionan-socimis-sareb-especulacion-inmobiliaria. "Socimis y Sareb la última vuelta de tuerca del capitalismo gorrón". Sobre la actual situación inmobiliaria se empieza a apuntar a una segunda burbuja inmobiliaria y al interés que parece existir en potenciar la subida de alquileres con la finalidad de incentivar la compraventa de inmuebles y la consiguiente concesión de hipotecas. En este artículo el autor pone de manifiesto la sospechosa creación de la Socimi Témpore Property por parte del Sareb, y destaca que la gestión de los activos de la Socimi se ha atribuyó a Azora empresa a la que se adjudicó la venta de 2.935 viviendas de Ivima ( Instituto de la

El derecho de tanteo se suprime cuando la vivienda se vende junto con el resto de viviendas que forman parte del mismo inmueble. También tienen la posibilidad de reducir a tres años el derecho del inquilino a continuar en el arrendamiento.

Las Socimis aparecen como una forma de perpetuar la desigualdad entre los ciudadanos y de impedir el acceso a la vivienda, seleccionando y limitando las posibilidades reales de acceso a la misma. Su posición jurídica y económica les permite manipular el mercado y crear una "bolsa" de ciudadanos que se constituirán en arrendatarios obligados al no poder acceder de ninguna forma a la propiedad (por no poder obtener una hipoteca) y que, en este contexto, se verán obligados a satisfacer el alquiler que se imponga desde esta posición de poder.

La Sareb compró viviendas, solares y préstamos hipotecarios impagados durante la crisis a entidades como Bankia y la banca española (a excepción del BBVA) aportó 2.608 millones de euros a SAREB por lo que la banca privada adquirió el 55% del capital y el restante 45% se mantuvo en manos públicas.

En 2.014 la Sareb asignó la gestión de su patrimonio a sociedades filiales del Banco Santander, Banco Sabadell y CaixaBank y la inmobiliaria Haya Real Estate, que pertenece al Fondo Cerberus con sede en Nueva York. A esta inmobiliaria se le adjudicó la cartera de préstamos impagados de Bankia.

El Estado Español recibió un préstamo de la UE de 50.000 millones de euros para avalar la SAREB pero realmente ostentaba únicamente el 45% de la entidad por lo que, al no ser el socio mayoritario, esta deuda no computaba como deuda pública.

---

Vivienda de la Comunidad de Madrid) y que esta adjudicación se realizó a través de la empresa vehicular creada para la ocasión Encasa Cibeles, S.L. ( sobre la que la Fiscalía presentó un informe en Enero de 2.018 en el que se ponían de manifiesto numerosas irregularidades). El autor critica que una entidad como Sareb, que se financia con dinero público y con activos que provienen de un rescate bancario, pretenda competir en el mercado especulando y provocando subidas de precios intencionadas. El derecho de tanteo se suprime cuando la vivienda se vende junto con el resto de viviendas que forman parte del mismo inmueble. También tienen la posibilidad de reducir a tres años el derecho del inquilino a continuar en el arrendamiento.

La creación de la Socimi Témpore Property revela el fracaso de la SAREB y el retorno a la posición inicial en la que los contribuyentes tuvieron que asumir el coste de la socialización de las deudas.

La existencia de estos Fondos alarma sobre la posible generación de una segunda burbuja inmobiliaria.

La mayor crítica respecto a los Fondos se centra en el hecho de que el parque inmobiliario de la vivienda pública o social pueda acabar en manos de este tipo de entidades "a precio de saldo" y con fines especulativos: es decir, que el Estado social revierta en la especulación de este tipo de entidades.

Los Fondos pasan a ser propietarios de inmuebles que han adquirido por precios casi simbólicos (con motivo de la situación económica y de su naturaleza de vivienda pública) que luego alquilan a precios totalmente abusivos con la finalidad de provocar el desahucio (en algunos casos) y, en otra con la finalidad de fomentar la compraventa de viviendas.

En caso de la Socimi Témpore Property es un claro ejemplo de lo que estamos exponiendo, pero no el único. El llamado Fondo Fidere, por ejemplo, pagó 70.000 euros por viviendas públicas, de 50 metros cuadrados, de alquiler con opción a compra para jóvenes para posteriormente vendió por 180.000 euros a sus inquilinos[222].

222. https://www.cuatro.com/noticias/fondos-buitre-negocioviviendapublica_2_2553105142.html. "Los fondos buitre hacen negocio con vivienda pública". Véase también http://m.europapress.es/economia/noticia-sector-inmobiliario-ve-discriminatorio-sentido-excluir-fondos-ley-desaloj20180425121715.html. "El sector inmobiliario ve "discriminatorio" y "sin sentido" excluir a fondos de la ley de desalojo". Sin embargo, el sector inmobiliario se mostró crítico con estas consideraciones argumentando poco menos que los Fondos de inversión habían contribuido a la recuperación económica y objetan que la proposición de Ley que regula el desahucio de la ocupación ilegal de viviendas de particulares pretenda excluir su aplicación a los fondos de inversión. Para el sector inmobiliario los fondos deberían beneficiarse de esta norma porque considera que en los peores momentos de la crisis sirvieron a la recuperación económica.

La titulización de las hipotecas y su posterior ejecución mediante el correspondiente procedimiento judicial ha puesto sobre la mesa cuestiones tan relevantes como la legitimación activa en el procedimiento.

En Mayo de 2.018 un Juez de Alzira reconoció a un matrimonio el derecho de retracto respecto a un inmueble que era de su propiedad cuando se les concedió la hipoteca tras el impago de las cuotas hipotecarias. El crédito había sido cedido a un Fondo mediante la correspondiente titulización y el Juzgado les autorizó la compra por 152.736 euros del crédito hipotecario que tenía en ejecución por impago y que ascendía a 473.034 euros[223].

La hipoteca que gravaba el inmueble fue concedida y ejecutada por Bankia que posteriormente se desprendió del crédito mediante la correspondiente titulización cediéndolo dentro de un paquete de créditos al fondo Wind Luxemburg. Los cónyuges de Alzira requirieron a ambas entidades para conocer el importe de la cesión y poder ejercitar el derecho de retracto previsto en el artículo 1.535 Cc.

En el mismo sentido se pronunció un Juzgado de Primera Instancia nº 5 de La Coruña en Mayo de 2.018[224] al considerar que un Fondo sólo puede reclamar a los ejecutados el mismo importe por el que adquirió el crédito litigioso y no el importe por el que se despachó ejecución y que se adeudaba a la entidad bancaria. El Juzgado consideró que la empresa que había comprado el crédito únicamente podía reclamar a los ejecutados el importe por el que había adquirido el préstamo, es decir, un 4% del importe del préstamo hipotecario. Lo que se ejercita mediante el artículo 1.535 Cc es el derecho de retracto sobre un crédito litigioso a lo que, tanto en este asunto como en el anteriormente citado, las titulares de los créditos

223. https://valenciaplaza.com/un-matrimonio-libera-su-hipoteca-tras-ser-vendida-por-bankia-a-un-fondo-buitre. "Un matrimonio libera su hipoteca tras ser vendida por Bankia a un fondo buitre. Debía 473.000 euros y el juez le concede el derecho de retracto por 153.000".
224. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2018/05/17/fondos-buitre-compran-deuda-bancos-topan-justicia/0003_201805G17P33991.htm. "Los fondos buitre que compran deuda a los bancos se topan con la Justicia. Un juzgado coruñés establece que una firma de recobro solo puede reclamar por una deuda lo que pagó por ella".

alegaron que no se trataba de una cesión de crédito individual sino de un traspaso de cartera por lo que no era aplicable el plazo de nueve días de preaviso desde que se notificó la cesión. El Juzgado, sin embargo, no consideró que se tratase de un supuesto de reestructuración bancaria o cesión en bloque de una cesión en bloque de parte de una entidad.[225]

En un momento en el que parece haberse "oficializado" el final de la crisis económica desde algunos sectores se alerta sobre la formación de una nueva burbuja inmobiliaria pero, además, se siguen desvelando actuaciones que ciertamente fueron abusos por parte de las propias Administraciones que empeoraron sustancialmente la situación de los ciudadanos[226].

El 25 de Mayo de 2.018 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 29 de Madrid anuló la venta de 2.935 viviendas públicas del Plan Joven del IVIMA al Fondo de Inversión Azora Gestión. La Sentencia hace alusión a la falta de informes en la venta que justificaran que las viviendas públicas no eran necesarias.

Como hemos expuesto en el apartado anterior, fue en el verano de 2.007 el punto de inflexión de la crisis económica que se agravaría de forma determinante en Septiembre de 2.008 con la quiebra de la entidad Lehman Brothers.

Durante el periodo comprendido entre 1.997-2.007 la banca había buscado financiación en el mercado exterior recurriendo a la titulización de los créditos

225. Véase CARUANA FONT DE MORA, GONZALO. "Cesión de créditos litigiosos y Fondos de Inversión: una visión judicial". Revista Española de Capital de Riesgo, Nº 1-2.021. Instituto de Capital de Riesgo, Madrid.

226. http://www.lavanguardia.com/local/madrid/20180523/443747675273/botella-pelotazo-1000-millones-vpo-buitre.html. "La vivienda protegida que vendió Botella a los Fondos Buitre se han revalorizado un 184%". La noticia se hace eco de la adquisición por parte de Fondos de Inversión entre los años 2.012 y 2.013, 1.860 viviendas de protección oficial con inquilinos en su interior por algo más de 128 millones de euros (70.000 euros por cada vivienda). La compra fue autorizada por el Ayuntamiento de Madrid (Empresa Municipal de Vivienda y Suelo, EMVS) sin cumplir con la normativa administrativa sobre contratación según concluyó la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. Destaca que no se estableciera un valor previo de mercado de los inmuebles para fijar un precio de mercado. Cinco años después de la compra las viviendas "públicas" se han revalorizado en un 184%. El beneficio obtenido por Fidere, el Fondo de Inversión, sería de 127 millones de euros ( ya que en la actualidad se ha fijado en 145.600 euros el precio de cada vivienda) a lo que se añade una revalorización de un 3%.

previa relajación del nivel de exigencia y control de la calidad del crédito y esto se traducía en que en los balances de los bancos existieran activos de escaso valor, con las gravísimas consecuencias que esto tuvo para el sistema financiero.

Los llamados "Bancos Malos" son entidades públicas o privadas que adquieren activos dañados con un descuento significativo y tienen que ir liquidándolos en unos plazos determinados mediante recuperaciones o ventas. Los Bancos se sirven de estos "Bancos Malos" para limpiar sus balances y continuar con su actividad crediticia.

Hace seis años que se creó la SAREB con la finalidad de detraer los activos dañados de los balances de los Bancos salvándolos de esta forma de la liquidación, sin embargo, a fecha de hoy, en el sector se sigue hablando de la creación de este tipo de entidades de forma despectiva.

Los nuevos "Bancos Malos" están sujetos a la Directiva de Recuperación y Resolución de Bancos[227].

La Comisión Europea publicó en Marzo de 2.018 una Guía[228] con la finalidad de que los Estados miembros que lo deseasen pudiesen crear los llamados "bancos malos" con la finalidad de gestionar los activos deteriorados de sus Bancos tanto préstamos como inmuebles adjudicados[229].

227. El llamado MECANISMO ÚNICO DE RESOLUCIÓN, la máxima autoridad europea para reestructurar y liquidar bancos con dificultades.
228. EUROPEAN COMMISSION.Brussels, 18.1.2018 SWD (2018) 33 final COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN CENTRAL BANK First Progress Report on the Reduction of Non-Performing Loans in Europe {COM (2018) 37 final}
229. A pesar de que el sistema bancario optó por la creación de los llamados "Bancos Malos" que utilizaron para detraer de sus balances los activos tóxicos, el Banco Espirito Santo (BES), el Banco más importante de Portugal, optó por una solución, novedosa, e inversa, consistente en crear un nuevo Banco al que traspasar los activos no tóxicos (aunque esa ya había sido la idea de BFA con la creación de Bankia). El 4 de Agosto de 2.014 se creó la entidad Novo Banco que aglutinaría los activos no tóxicos. Sin embargo, ocho años después se pudo constatar que esta decisión no fue una solución para los activos tóxicos ya que Novo Banco fue adquirido en 2.017 por el Fondo norteamericano Lone Star. La compra se realizó por 0 euros y a cambio del compromiso de que el Estado inyectara liquidez cosa que ya se ha realizado a través del Fondo de Resolución.

La SAREB puso en venta una serie de activos en Abril de 2.018 de tipo residencial, viviendas en la costa, a través de una página web específica llamada www.tucasaatodacosta.com cuya venta se gestionaba a través de las entidades Haya Real Estate, Servihabitat, y Solvia, que son las cuatro servicers que gestionaron la comercialización de activos del SAREB.

Como apuntamos en la introducción de este trabajo, un de las mayores críticas que ha recibido el sistema por parte de los ciudadanos el llamado "rescate bancario".

El rescate bancario supone la intervención directa del Estado y las Autoridades monetarias con finalidad de impedir la resolución y liquidación de un banco por las nefastas consecuencias que se pudieran derivar para la estabilidad del sistema financiero.

A lo largo de este trabajo constatamos que el alcance real de los contratos bancarios no está dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad, y que en este contexto, poca protección le queda al consumidor o al pequeño inversor.

El dominio absoluto de la disposición de estos negocios jurídicos por parte de los bancos se aprecia no sólo en el caso de los contratos de préstamo hipotecario sino también en aquellos otros que aparecen más como instrumentos de inversión y especulación, como puedan ser la suscripción de acciones o de obligaciones suboordinadas, de productos financieros complejos, en definitiva.

Un caso emblemático, es el del Banco Monte dei Paschi en Siena, el Banco más antiguo del mundo, que fue rescatado por el Gobierno italiano. En el caso de España la situación del Banco Popular provocó la intervención del FROB y se consideró que se encontraba en una situación de iliquidez insostenible que hacía inviable a la entidad. La Junta de Mecanismo de Resolución encargó al FROB su venta que recibió una oferta de compra por parte del BBVA y otra oferta de compra por parte del Banco Santander. Finalmente el Banco Santander compró el

Banco Popular por un euro a cambio de convertir la deuda subordinada en acciones y ampliar el capital en 7.000 millones de euros[230].

Tal operación se justifica frente al ciudadano como una solución beneficiosa para el sistema en general ya que se evita la intervención del Estado.

El hecho de que un Banco pueda colocarse en una situación como la del Banco Popular nos lleva a analizar la función de las entidades y los organismos de control del sector financiero y bancario. El 3 de Abril de 2.018 tuvo lugar la

230. El Juzgado de Primera Instancia de Oviedo dictó Sentencia el 23 de Marzo de 2.018, en virtud de la cual declaró la anulación de la suscripción de acciones realizadas por un inversor entre el 6 de Junio y el 30 de Noviembre de 2.016. La Sentencia se basa en la información que la entidad bancaria ofrecía a los clientes en el folleto de ampliación de capital, que, como se constató con posterioridad reflejaba una situación de solvencia que no correspondía a la situación real. La Sentencia condena al Banco (después propiedad del Banco Santander) a devolver el dinero porque el folleto reflejaba una imagen errónea de la verdadera situación financiera del banco. Tras la liquidación del Banco Popular y su posterior venta al Banco Santander los accionistas perdieron su dinero, accionistas que, de haber conocido el verdadero estado financiero del Banco no hubieran suscrito las acciones. Tras la compra del Banco Popular, el Banco Santander ofreció la posibilidad de compensar a los accionistas mediante bonos pero en unos términos bastante complejos y nada favorables. Aunque el Banco Santander consiguió colocar el 78% de los bonos algunos accionistas prefirieron optar por la interposición de reclamaciones judiciales. Resulta especialmente interesante la distinción que hace la Sentencia entre lo que es una asunción voluntaria del riesgo inherente a los mercados y lo que es el claro engaño a los inversores ofreciendo una información falsa: "No se trata aquí de que las acciones hayan disminuido de valor como consecuencia de la marcha de la empresa (…) sino que es un hecho que la sociedad emisora de las acciones las ofrezca al salir a Bolsa mediante una información que reflejaba una situación financiera totalmente distinta de la real, algo por completo ajeno a las advertencias genéricas que pudiera haber hecho la demandada (el Popular) respecto a los riesgo de inversión". En la misma Sentencia se declara nula la compra de obligaciones subordinadas porque el inversor lo hizo movido por las recomendaciones de una empleada que le aseguraba una alta rentabilidad y condiciones muy ventajosas. Sin embargo, el TS ha obviado esta distinción en su reciente doctrina sobre la materia, que sigue disciplinadamente el criterio establecido por el TJUE en su Sentencia de 5 de mayo de 2022 en sus SSTS de 11 de julio de 2023 (RJ 2023, 5037), 12 de julio de 2023 (RJ 2023, 4427, 4428, 4429), 25 de julio de 2023 (RJ 2023, 5068) y 26 de julio de 2023 (RJ 2023, 5067). Recientemente, sobre este caso, véanse BUENOSVINOS GONZÁLEZ, H., "La responsabilidad contractual del sistema financiero: Especial estudio al caso del Banco Popular Español, SA", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 18, Febrero de 2023, pgs. 1645-1648 y MARIMÓN DURÁ, R., «Las OPS de acciones de entidades de crédito en la litigación civil: contraste entre Casos Bankia y Banco Popular», *RDSFin*, núm. 8, 2024, pgs. 1-40).

Celebración de una Conferencia Conjunta del FMI y del BCE en Madrid[231], en la que se autoexoneró de cualquier tipo de responsabilidad en la resolución del Banco Popular, aunque en Junio de 2.017 anunció que la resolución había sido un éxito. Ante las críticas realizadas a los órganos supervisiones respecto a que podrían haber evitado que los accionistas y bonistas perdieran su dinero con la resolución del banco, el BCE se apresuró a dejar claro que las resoluciones son tareas de cada Gobierno y no del banco central.

En un sentido parecido se pronunció la Audiencia Nacional en Mayo de 2.018 archivando el procedimiento sobre preferentes y exonerando de responsabilidad criminal a Caja Madrid y a Bancaja.

La Audiencia Nacional consideró que no había responsabilidad penal y remitió a un proceso civil para dilucidar las responsabilidades que correspondiesen. Se trataba de una pieza separada en la que se investigaba el diseño y la comercialización de las preferentes por Caja Madrid y Bancaja. La AN considera, de la misma forma que el Ministerio Fiscal, que las preferentes no se pusieron en circulación con la intención de engañar a los inversores. El Juzgado Central de Instrucción nº 4 concluyó que no se pudo acreditar que los directivos de Caja Madrid y Bancaja pusieran en circulación estos productos a sabiendas de que eran tóxicos ni de que se prevalieran de engaño para "colocarlos" entre sus clientes.

El procedimiento judicial trae causa de la interposición de una querella por parte de Unión Progreso y Democracia (UP y D) contra Miguel Ángel Fernández Ordoñez, ex Gobernador del Banco de España, y contra Julio Segura, expresidente de la CNMV, por un presunto delito de encubrimiento. Sin embargo, reconoce que se han podido producir graves deficiencias en la venta de estos productos pero remite a los inversores a la vía civil. La AN considera que no se ha existido estafa

231. https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/SobreElBanco/Conferencias/2018/Agenda.pdf. Spain: From Recovery to Resilience Joint Conference Banco de España and International Monetary Fund Madrid, April 3rd 2018 Spain: From Recovery to Resilience Banco de España, Alcalá 48, Madrid (Salón de Actos).

porque, para considerar la existencia del tipo penal, hubiera sido necesario que los Directivos que impulsaron la puesta en circulación de este producto conocieran la futura situación de insolvencia de Bankia considerando que no existió un plan preconcebido para su puesta en circulación.

## III.EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL TRAS LA FINALIZACIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA.

La Banca se encuentra en una constante búsqueda de financiación que la lleva a buscar todo tipo de soluciones financieras en un mercado cada vez más competitivo[232].

La información aparece como uno de los elementos más importantes en el ámbito de la competitividad ya que otorga poder a quienes tienen acceso a la misma. Entidades que, hasta la fecha, no tenían por objeto el mercado financiero están empezando a detectarse como posibles competidores potenciales en el mercado crediticio en un futuro[233].

232. Consulta en http: //cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/26/midinero/151697219… "Préstamos con prenda para comprar una casa y esquivar la hipoteca". Una de las opciones que encontramos en esta búsqueda de financiación es la de los llamados préstamos pignoraticios. Se trata de préstamos concedidos para financiar de una vivienda (por ejemplo) sin recurrir a la constitución de una hipoteca. En este tipo de préstamos la garantía se obtiene pignorando un activo financiero (acciones, participaciones en fondos, depósitos o seguros). El activo pignorado queda indisponible pero el cliente sí disfruta y dispone de la rentabilidad que genere. Entre las entidades que lo comercializaron se encuentran el Banco Santander, BBVA, Caixabank (lo ofrecía a clientes con un patrimonio entre 60.000 y 500.000 euros), Bankinter, Ibercaja (comercializa como Préstamo Credifondo), Kutxabank y Banco Mediolanum y lo ofrecen de forma residual a clientes selectos ("banca Premier o banca privada"). En este caso la negociación sí existe, efectivamente, de forma personalizada, porque se trata de productos financieros creados "ad hoc". En este caso los porcentajes de financiación dependerán de la fluctuación del activo o del valor de las prendas.
233. https://elpais.com/retina/2018/02/08/tendencias/1518067157_210061.html#?ref=rss&format=simple&link=link . "El "Big Data" como herramienta de fidelización para la Banca". El artículo hace alusión al Big Data como la cantidad de información sobre los clientes de la que dispone la entidad bancaria que le permite realizar un perfil óptimo del mismo y hacer una oferta de productos especializada. En palabras de Sergio Escorial, responsable de clientes y estrategia comercial de Deutsche Bank España, "El principal activo para las

La Crisis económica y financiera tuvo, como consecuencia, la reestructuración del sistema bancario que se tradujo en una concentración del mismo que aún hoy sigue operando[234].

Tras la celebración de las elecciones del 20 de Diciembre de 2.011, se aprobó el RDL 2/2.012, de 3 de Febrero[235] de saneamiento del sector financiero. Esta norma configuró los balances bancarios conforme a la siguiente clasificación: viviendas terminadas; promociones en curso y suelo y aumentó las provisiones y recursos propios respecto a los activos problemáticos.

En virtud del art. 4.1. RDL 2/2.012 una serie de cambios respecto a las Cajas de Ahorros especialmente relevantes.

Posteriormente se aprobó el RDL 18/2.012, de 11 de Mayo sobre saneamiento y venta de los activos mobiliarios del sector financiero[236], para sanear los balances bancarios y vender los activos inmobiliarios problemáticos.

Ambas normas se conocieron como los Reales Decretos "Guindos" en referencia al Ministro. Ambos Reales Decretos tenían como finalidad preservar la situación de la banca ante la previsible e inminente morosidad de la banca provisionando anticipadamente recursos.

---

empresas son los datos". Se habla de "reimaginar" la relación banca-cliente, lo que sin duda alguna atiende más a la necesidad de la banca se sobrevivir a las nuevas alternativas financieras (como el fenómeno del *shadow banking* o banca en la sombra), más que a la voluntad de proteger al cliente-consumidor y dotar el sistema financiero de una transparencia que proporcione seguridad jurídica como plantea la normativa MIFID II. Véase MARIMÓN DURÁ, R., «Cambios en el mercado de crédito: Nuevos operadores y nuevos modelos de negocio», ob. Cit, En "Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros", Aranzadi, 2.019, Navarra.

234. RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO. "La vivienda en España tras la gran recesión. Problemas y expectativas".Op.ct. p.19: "En 2.009 había en España 50 entidades de crédito que suponían la mayor parte de los activos bancarios, de las que 7 eran bancos y 43 eran cajas de ahorros. En 2.012, después de tres años de fusiones, intervenciones de cajas y de actuaciones del Fondo de Regulación Ordenada Bancaria (FROB), solo eran 17 las entidades resultantes, que controlaban el 88 por 100 de dichos activos. De ese grupo, cinco entidades procedían de bancos (Santander, BBVA, Sabadell, Popular y Bankinter) y controlaban el 47 por 100 de los activos bancarios nacionales. Las restantes entidades, que concentraban el 41 por 100, procedían de cajas de ahorros fusionadas o que habían sido absorbidas por otras cajas de mayor dimensión".
235. 235 BOE de 4 de Febrero de 2.012.
236. 236 BOE de 12 de Mayo de 2.012.

Posteriormente se aprobaría [237]la Ley 10/2014, de 26 de Junio de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito -LOSSEC- y la Ley 11/2015, de Recuperación y resolución de entidades de crédito y ESI, que sustituye a la Ley 9/2012).

Transcurridos 12 años de la Crisis de 2.008, tuvo lugar la Declaración del Estado de Alarma el 14 de Marzo de 2.020 lo que provocó nuevamente una crisis económica como consecuencia de la Pandemia que afectó notablemente a la situación económica de los países. Tras dos años de pandemia se declaró la Guerra de Ucrania que aún no ha finalizado, y que ha venido afectando a la economía internacional que ha provocado un largo proceso inflacionista no parece alcanzar su fin a pesar de las progresivas subidas de los tipos de interés tanto del Banco Central Europeo como de la Reserva Federal que, condiciona, como no puede ser de otra forma, las políticas monetarias de todo el mundo.

El aumento de la competitividad es considerado, para algunos, como algo positivo porque aumenta las posibilidades de elección del cliente pero, para otros, la digitalización de las relaciones contractuales representa un riesgo infinitamente más grande para el consumidor que el modelo clásico de contratación.

Empresas como AMAZON o GOOGLE que disponen de una Big Data importante y que tienen una fortaleza económica lo suficientemente considerable como para desarrollar actividades financieras, son uno de los peligros que acechan a la banca convencional. Empresas como ORANGE ya se han constituido en entidades financieras, aprovechando su gran capacidad económica y la información privilegiada que su propia actividad social les genera[238].

237. Véase UREÑA SALCEDO, JUAN A. "Crisis y transformación del sistema bancario". Revista General de Derecho Administrativo, Nº 40-2.015, IUSTEL, Universidad de Valencia.
238. http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-orange-ficha-directivo-bankinter-liderar-banco-espana-lanzara-finales-2019-20180214131024.htm."Orange ficha a un directivo de Bankinter para liderar su banco en España, que se lanzará a finales de 2019". El artículo hace mención a que la Compañía francesa Orange crearía en el año 2.018 la filial española de su entidad bancaria Orange Bank que comenzará a operar a finales de 2.019.

Respecto a la la Crisis de 2.008, podemos concluir que efectivamente pudo evitarse o al menos reducirse considerablemente sus efectos económicos en la población.

Si bien admitimos que la globalización de la economía y de los mercados provocan efectos sistémicos, se ha podido constatar que las entidades bancarias, las agencias de calificaciones y las Autoridades Reguladoras competentes hicieron una dejación de los controles de calidad del crédito con fines especulativos y con la mera finalidad de obtener liquidez en los mercados para preservar su propia continuidad, bajo la confianza de que, ante un posible colapso, como así ocurrió, el sistema de bancos centrales acudiría a salvar a los Bancos socializando las deudas para salvar el sistema financiero, por el bien de todos.

Aunque el origen de la Crisis de 2.008 se ubica en EEUU, se ha podido constatar posteriormente que el fenómo de las llamadas hipotecas "subprime" se produjo como consecuencia de una dejación de funciones de quienes debia ejercitar los sistema de control de la estabilidad financiera y los destinatarios últimos de la cadena iban a ser necesariamente los ciudadanos.

La evolución del precio de la vivienda, y, su constante subida hacen preveer la continuidad en un futuro de la necesidad de solicitar financiación mediante préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda a plazos considerables, lo que confirma la necesidad de articular la ejecución del contrato a través de distintos tramos, con distintas cláusulas y consecuencias jurídicas dependiendo del momento en el que se produzca un posible incumplimiento contractual.

La evolución del valor de los inmuebles en el mercado demuestra que se trata de una pieza clave en el sector financiero y que, no podemos esperar, como a veces se especula, una posible bajada del precio de las viviendas, no al menos, de forma sustancial.

Por este motivo debería adecuarse el contrato a las características de su objeto y al nivel de endeudamiento que requiere la adquisición de una vivienda, en la mayoría de los casos, con la finalidad de reequilibrar las obligaciones y

contraprestaciones establecidas y adecuarlas al principio de buena fe contractual y equidad durante toda la vida del contrato.

Respecto a la posibilidad de que pueda producirse nuevamente un fenómeno como el de la "burbuja inmobiliara", únicamente pueden asegurarse los controles de calidad de los créditos pero, de ninguna forma, puede limitarse el precio de la vivienda, siendo la única solución alternativa la vivienda "propiedad del Estado" que efectivamente cumple fines sociales y que atiende a la función social de la propiedad.

Un mercado inmobiliario controlado, y limitado restringiría el crédito y la actividad economica, frustrando la expectativas de inversión entre los ciudadanos y menoscabando el desarrollo económico.

# PARTE II.

# LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRÉSTAMO HIPOTECARIO: INCIDENCIA DE LA CRISIS DE 2.008 EN LA DINÁMICA CONTRACTUAL.

## CAPITULO III.

## LA FASE PRECONTRACTUAL: LA CONFORMACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN LOS TRATOS PRELIMINARES.

SUMARIO.

I.LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PRESTATARIO: PUBLICIDAD E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL. II. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS: LOS TRATOS PRELIMINARES.1.La Banca y su posición Jurídica en el contrato: consideraciones sobre las obligaciones exigibles a las entidades bancarias en la dinámica contractual**.**2.Concepto de "crédito responsable" y la "educación financiera": La Ley 2/2.011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible.3.El "derecho de información" y la "Ficha de información personalizada": el art. 147 del Reglamento del Notariado y el art. 193 del Reglamento Registral.4.La Directiva 2.014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Mayo, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifica la Directiva 2.007/92/CE y la Directiva 2.011/61/UE, de 16 de Junio de 2.014: MIFID II (Mercados de Instrumentos financieros, siglas en inglés).

## I.LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PRESTATARIO: PUBLICIDAD E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.

Para analizar la contratación bancaria en el ámbito al que se refiere el presente trabajo, es necesario mencionar también el contexto en el que se vino desarrollando dentro de la situación del propio sistema financiero.

El sistema financiero opera como el marco en el que se experimentan transformaciones en la realidad socioeconómica que posteriormente se incorporan al Derecho.

Desde el inicio de la crisis de 2.008, el sistema financiero fue el escenario en el que se fueron fraguando los cambios y modificaciones legislativas de todo tipo (pensemos, por ejemplo, en la normativa vía Decreto Ley mediante la que se fueron regulando los derechos del deudor hipotecario o en las modificaciones de la LEC, en la evolución de la Jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas y de comercialización irregular de productos financieros complejos), con especial incidencia en el régimen de protección de los consumidores.

Otro de los aspectos que influye considerablemente en el sistema financiero es la globalización de la economía, que puede provocar efectos sistémicos de difícil solución dado que la normativa y la soberanía de cada Estado limita su capacidad de intervención.

El sistema financiero español se integra por tres mercados:

1º. El mercado del dinero o del crédito (que comprende operaciones pasivas y activas), controlado y supervisado por el Banco de España.

2º. El mercado de inversión en activos inmobiliarios o mercado de valores, controlado y supervisado por la CNMV, y

3º. El mercado de seguros, controlado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía.

En el ámbito de la contratación bancaria, respecto del contrato de compraventa de vivienda con préstamo hipotecario, debemos tener en cuenta

que: por una parte, esta contratación se desarrolla dentro del sistema financiero, con las implicaciones que de ello se deriva; y, por otra parte, que, una de las partes, tiene, normalmente, la condición de consumidor.

La protección del consumidor se construye en torno a elementos fundamentales de difícil conciliación: el art. 51 CE (obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios y de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos); el art. 38 CE, que reconoce el derecho a la libertad de empresa y a la economía de mercado; y el art. 33 CE (el derecho a la propiedad privada y la función social de la misma).

Desde el punto de vista del Derecho comunitario, destaca el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que también obliga a los Estados que la componen a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores[239].

El art. 53 CE, establece una reserva de ley respecto al derecho de propiedad y de libertad de empresa, que, sin embargo, no establece en relación con la protección de los consumidores, como principio rector de la política social y económica, y esa es la única diferencia que existe entre los primeros y el último. Por lo demás, ninguno de estos derechos dispone de un procedimiento de especial protección, ni tienen acceso al recurso de amparo.

En este contexto, la autonomía de la voluntad, se desconfigura y pierde sus características esenciales que sirvieron para definir la Teoría General de la Contratación bajo los principios liberales.

La concepción clásica del contrato se basa en el principio de autonomía de la voluntad y conforme a esta concepción los sujetos privados son los únicos que deben intervenir en la relación que se plasma y regula a través del contrato.

239. Arts. 114 y 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece normas de aproximación de las legislaciones nacionales.

La evolución de la economía y la configuración del Estado social, han supuesto una revisión de la versión liberal del contrato[240] ya que no sólo despliega efectos frente a las partes sino que tiene otras implicaciones económicas que trascienden del contrato mismo y que afectan a la colectividad[241].

La evolución de la economía y el capitalismo financiero afectan al concepto clásico de la contratación y de la autonomía de la voluntad.

Para los mercantilistas su concepto fundamental es la empresa, en torno al cual construyen el resto de las normas y rechazan cualquier intervención judicial. El neoliberalismo rescata los conceptos liberalistas y subordina el orden jurídico al orden económico, apelando a la ciencia económica y al principio "*pacta sunt servanda"* en términos absolutos"[242].

La adquisición de la vivienda representa en la mayoría de los casos la necesidad de financiación y es por ello que, aunque el adquirente de la vivienda

240. SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. Íbidem, p. 10. Considera que para los juristas la visión liberal del contrato sigue siendo la que prima siendo su esencia la voluntad y considera que cuando el ordenamiento jurídico protege a uno de los contratantes, está derogando el principio de autonomía de la voluntad por razones de oportunidad: "Las desviaciones del modelo son imputables a factores de la realidad de carácter contingente, es decir, no es el modelo el que ya está históricamente superado por nuevas relaciones de poder, sino que es la realidad la inadecuada respecto al modelo. De modo que, todas las intervenciones del legislador en materia de relaciones contractuales no se deben considerar como indicios de una transformación estructural y funcional del contrato, sino como simples excepciones justificadas para corregir distorsiones de la realidad".

241. Un claro ejemplo, en la materia que nos ocupa, es la STS de 9 de Mayo de 2.013 que no reconoce la retroactividad de las cláusulas nula alegando que el reconocimiento del efecto retroactivo podría tener un alcance negativo en la economía colectiva (en doctrina luego rectificada por el TS en su STS de 24 de Febrero de 2017, a instancias de la STJUE de 21 de Diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo).

242. DE CASTRO, FEDERICO. Íbidem. Pág.2. El Prof. De Castro cita a la corriente doctrinal denominada "New Law and Economics" que se sirve de un "pretendido" (en palabras del Profesor) análisis económico del Derecho para sustituir la moral por la utilidad y considera que el contrato es un instrumento de "facilitación de los mercados" persiguiendo minimizar los costes de transacción. Uno de los principales exponentes de esta Escuela es PAZ-ARES (CÁNDIDO). El Prof. De Castro es crítico con esta Teoría y la califica despectivamente, a mi juicio, ya que afirma que mejor que llamarse Teoría Económica del Derecho debería llamarse Teoría Económica sin Derecho, ya que esta teoría se olvida de la esencia misma del Derecho y justifica las prácticas abusivas de la empresa envolviéndolas de un halo de modernidad y progreso. Considera, en suma, que atender sólo a la economía y al mercantilismo implica propugnar una sociedad amoral en la que se sacrifica a la parte más débil en pro de la eficiencia del mercado y en beneficio de los grandes de la economía.

ostenta la condición de consumidor sus derechos se solapan con otros derechos y normas de naturaleza puramente mercantil y financiera lo que genera conflictos de difícil solución.

El concepto de "consumidor" que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico tiene su origen en la Ley de 20 de Julio de 1.963, la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. La Ley, sin antecedentes en nuestro derecho, hace mención en su Exposición de Motivos a que sigue un movimiento que se inició en EE.UU con la promulgación de la Ley Scherman[243] contra monopolios y que también se desarrolló en países como Gran Bretaña y Alemania. La Ley se justifica no sólo uniéndose a este movimiento legislativo sino argumentando que es necesario controlar las prácticas restrictivas del mercado por la repercusión que tienen en el mismo, citando que incluso la propia UE ha incluido este tipo de cláusulas en Tratados como el de la Comunidad Económica Europea del Carbón y el Acero ( CECA) y el de la Comunidad Económica Europea (Mercado Común).

La Ley sigue la doctrina neoliberal que sostiene la necesidad de corregir los excesos de la autonomía de la voluntad. Respecto a la consideración de esta Ley, la valoración que parece haber predominado es la que entiende que la Ley protege al consumidor a través del control de prácticas restrictivas de la competencia ya que representa un mayor número de ofertas donde elegir y mejora los precios a la baja.

Esta Ley preconstitucional ya aludía a la obligación de los poderes públicos de proteger los derechos de los consumidores, obligación que posteriormente se consagraría mediante el art. 51 CE. Así en la Exposición de Motivos de la Ley se dice que la necesidad de promulgarla viene dada "por el indeclinable y

243. SHERMAN ANTITRUST ACT. Debe su nombre al Senador Estadounidense OHIO JOHN SHERMAN. La Ley fue publicada el 2 de Julio de 1.890 y se caracterizó por ser la primera Ley del Gobierno Federal Estadounidense que tenía como finalidad limitar los monopolios. La Ley declaró ilegales los Trust por considerarlos contrarios al comercio internacional.

permanente deber del Estado de defender al consumidor contra los abusos derivados de restricciones intencionadas a la competencia".

Sin embargo, y, a pesar de lo recoge la Exposición de Motivos de la Ley, tal y como explica el Prof. DE CASTRO la necesidad de proteger al consumidor no surge en ese momento con la promulgación de esta Ley y tampoco cuando se aprueba la Ley Sherman estadounidense[244]. La existencia de prácticas monopolísticas se remonta ya a la época del Derecho Romano aunque la alusión expresa a las mismas y a su prohibición fue apareciendo en las normas de forma progresiva.

En el Derecho Medieval se condenaban los monopolios con base en el Código Justineaneo aunque podían admitirse si los permitía el Príncipe. Posteriormente, Las Partidas acogieron el mismo criterio respecto a los monopolios.

Por no ser objeto del presente estudio, no abundaremos más en el concepto de libre competencia y de monopolio, ya que, a efectos del presente estudio, lo que nos interesa saber es que las prácticas monopolísticas han existido siempre y que han sido vistas como un peligro para los mercados y para la libre competencia, y que, por tanto, afectan a los derechos de los consumidores.

El concepto de *orden público* también aparece como una pieza clave en un Estado de Derecho, pero es necesario delimitar el mismo para poder valorar, con

244. DE CASTRO, FEDERICO. Íbidem, Pág. 24: "De los datos que han podido aquí tenerse en cuenta, se deduce que, en la antigua Roma, no se conocen hasta muy tarde los monopolios, pues ni siquiera hubo un nombre latino para designarlos; aunque eso sí, los cambios político-sociales de Roma hacen que ya a finales de la República se dicten *"senatus consultus*" prohibiéndolos; Debieron ya proliferar, y en demasía, en el periodo imperial, pero no se encuentra en el "Corpus" justinianeo disposición alguna sobre ellos, hasta entrada la época bizantina. El Código recoge una constitución de León I (a.463) prohibiendo de modo general los monopolios y otra de Zenón (a. 483) en la que se condenan los convenios establecidos para que no se vendan las mercancías por bajo del precio pactado. Sin embargo, parece que muchas autoridades los permitían, expresa o clandestinamente: "quienes vendían el bienestar de los súbditos a quienes estaban dispuestos a que funcionase tan monstruoso sistema".

carácter previo, qué actos pueden suponer transgresiones del orden público y menoscabos de la autonomía de la voluntad.[245]

Los conceptos de autonomía de la voluntad y de orden público se interpretan de forma distinta según el momento y el lugar de que se trate, de la misma forma que ocurre con el derecho positivo.

La crisis de la concepción liberal del contrato se manifiesta de una forma clara en los llamados contratos de adhesión. La doctrina francesa advirtió tempranamente esta crisis del contrato provocada por la existencia, y progresiva proliferación, de los contratos de adhesión. Esta situación provocó controversias entre los autores ya que parte de la Doctrina consideraba incluso que no estaban ante un contrato realmente.

A pesar de estas discrepancias de interpretación, finalmente se ha considerado que sí estamos ante un contrato pero que presenta una serie de especialidades respecto al principio de autonomía de la voluntad.

La doctrina alemana fue la primera en fijarse en las cláusulas generales de los negocios. Las condiciones generales nacieron en un momento de expansión y desarrollo socioeconómico de expansión del capitalismo occidental en el que la producción en masa rige el funcionamiento del mercado.

En pleno auge del mundo empresarial y de las finanzas los empresarios se convierten en los grandes protagonistas de los avances tecnológicos en el mercado, del progreso y de la creciente prosperidad de la sociedad de consumo que les concede un estatus privilegiado.

Las cláusulas generales de la contratación aparecen como una de las manifestaciones de los privilegios de los que gozaba la clase empresarial en este

245. Sobre las distintas perspectivas del concepto de orden público véase, por ejemplo, MONTALVO ALBIOL, JUAN CARLOS, "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", RJUAM, nº 22, 2010-II, pp. 197-222, Universidad Autónoma de Madrid. OLIVA VLÁZQUEZ, FRANCISCO. "La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación" en Derecho y Autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar / coord. por SILVIA GASPAR LERA; MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN (dir. congr.), Comares (España), 2017 págs. 219-226.

panorama histórico. Este trato privilegiado que se muestra como una derogación del principio de autonomía de la voluntad se justifica con la Teoría de la "nueva Lex Mercatoria".[246]

La llamada "nueva Lex Mercatoria" fue formulada por abogados y asesores de las grandes organizaciones empresariales y se generalizó entre los mercantilistas y los estudiosos del Derecho Privado Internacional[247].

246. Véase, respecto a la Condiciones Generales de la Contratación, PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. "De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato" en Derecho de los Negocios, Wolters Kluwer España Año nº 24, Nº 268, 2013, págs. 7-25; "Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de Junio de 2016", Revista de Derecho Mercantil, Nº 301, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, págs. 405-427; "Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 1999, Wolters Kluwer España, págs. 1850-1856; "La Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación", Derecho de los negocios, Año nº 9, Nº 97, Wolters Kluwer España 1998, págs. 1-34; ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. "El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas" Revista jurídica de Catalunya, , Vol. 99, Nº 1, 2000, págs. 9-32; "Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales". Anuario jurídico de La Rioja , Nº 4, 1998, págs. 53-70; "Protección de los consumidores y derecho de los contratos" Anuario de derecho civil", Vol. 47, Nº 2, 1994, págs. 305-324; "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 1987, págs. 991-1006;" Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación" Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación / coord. por Jesús Alfaro Aguila-Real; Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), Luis Díez-Picazo (dir.), 2002, págs. 75-93; "Artículo 1. Ámbito, Introducción, El carácter contractual...., La predisposición, El requisito de la imposición, Condiciones generales y cláusulas..." Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación / coord. por Jesús Alfaro Aguila-Real; Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), Luis Díez-Picazo (dir.), 2002, págs. 97-141; "Las condiciones generales de la contratación: : estudio de las disposiciones generales", Jesús Alfaro Aguila-Real, José Cándido Paz-Ares Rodríguez (pr.) Madrid :Civitas, 1991; y "Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación", coord. por Jesús Alfaro Aguila-Real; Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), Luis Díez-Picazo (dir.) Madrid: Civitas,2002.

247. Véase GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA, "La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado: una primera aproximación a la Propuesta de Código mercantil" Revista de derecho mercantil, Nº 290, 2013, págs. 27-52; " La moderna "lex mercatoria" y la unificación del Derecho del comercio internacional "Revista de derecho mercantil, Nº 127, 1973, págs. 7-38; "La historia del problema conceptual del Derecho mercantil (Un "discurso del método" de la ciencia jurídica)" Estudios sobre Derecho de Sociedades: "Liber Amicorum" Profesor Luis Fernández de la Gándara / coord. Por Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, Manuel María Sánchez Alvarez, 2016 , págs. 63-91; "La deconstrucción del concepto del derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una primera aproximación a la propuesta de

El llamado Derecho del Consumo es relativamente nuevo en el panorama jurídico. Si bien el Cc establece normas que tienen como finalidad proteger a la parte más débil en el contrato, el Derecho del Consumo atiende a la condición de consumidor de esta parte débil frente al empresario.

Como apunta el Prof. DE CASTRO la Doctrina establece incluso una fecha en la que ubica el nacimiento formal del Derecho de Consumo, concretamente el día 19 de Marzo de 1.962 fecha en la que el Presidente John F. Kennedy dio a conocer al Congreso el llamado Mensaje Especial del Presidente sobre Protección de los Intereses de los Consumidores[248]. El mensaje difundido en aquel momento por el Presidente Kennedy sirve como fecha emblemática y simbólica del inicio del Derecho de Consumo, no sólo por la importancia de la materia sino por la relevancia de quien pronunció el discurso y de lo que simboliza EEUU para el capitalismo, aunque con anterioridad a este momento ya se habían iniciado movimientos para la defensa del consumidor como los Trabajos realizados por la Comisión para una mayor protección de los consumidores en Gran Bretaña ( desde 1.959) o en la Alemania Federal la Asociación de Consumidores en 1.960.

---

un nuevo código mercantil" Liber amicorum Juan Luis Iglesias / coord. por Javier García de Enterría Lorenzo Velázquez; Juan Luis Iglesias Prada hom.), 2014, págs. 623-654.; ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL."¿Hasta qué extremo se ha truncado el camino de la lex mercatoria?" Contratación Empresarial y Derecho Privado / coord. por Jaume Martí Miravalls; Francisco González Castilla (dir.) Ubaldo Nieto Carol (dir.), 2023, págs. 17-44; "La unificación europea del derecho de contratos privados" I Congreso nacional de derecho mercantil: veinte años de España en la Unión Europea : balance y perspectivas(Barcelona, 12 y 13 de junio de 2006) / coord. por Ignacio Arroyo Martínez, 2007, págs. 453-465;" Los "Principios" de UNIDROIT: ¿una nueva "lingua franca" para la redacción de los contratos comerciales Internacionales? Comentario a los principios de unidroit para los contratos de comercio internacional, 2003, págs. 385-393; "Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme", Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003.

248. DE CASTRO, FEDERICO. Íbidem, P. 82. El Profesor DE CASTRO alude a la cita de Presidente Kennedy que inició su discurso diciendo "el término consumidores, por definición, nos incluye a todos", "los dos tercios de los que se gasta en la economía lo es por los consumidores, único grupo social no organizado" y continúa exponiendo que "Si a los consumidores se les ofrecen productos inferiores, si los precios son exorbitantes, si las medicinas son peligrosas o ineficaces, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar y su salud y su seguridad quedan amenazadas y sufre el interés nacional".

Este momento histórico abre la veda a la proliferación de legislación en materia de protección al consumidor y se convierte en un reclamo político de gran éxito entre el electorado en todos los países. En EEUU los Presidentes Kennedy, Johnson, y Ford continúan con una política de promoción de los derechos del consumidor hasta que el Presidente Carter intenta crear la llamada "Agency for Consumer Advocacy" y fracasa como consecuencia de la oposición del lobby empresarial[249].

Fue precisamente ese capitalismo en auge, y el fomento de las prácticas comerciales y publicitarias con la finalidad de incrementar el consumo de la ciudadanía lo que incrementó también el riesgo de que los consumidores pudieran sufrir abusos que merecieran una protección especial.

La modernidad y la industrialización masiva propiciaron la contratación en masa y abonaron el terreno para el arraigo de prácticas abusivas tales como las cláusulas impuestas en la contratación o cláusulas de exoneración de responsabilidad de los empresarios[250].

249. Durante el desarrollo de la crisis económica la protección del consumidor frente a las entidades bancarias y su posición en la adquisición y el acceso a la vivienda constituyeron también un reclamo importante en los discursos políticos provocando incluso la creación de plataformas sociales que competían con los poderes públicos en popularidad.

250. A medida que avanzó el S. XXI el derecho fue avanzando hacia sistemas de responsabilidad objetiva en defensa de la parte más débil en las relaciones contractuales. La complejidad de determinadas relaciones jurídicas, como por ejemplo las relativas a los procesos de construcción de las viviendas (por ser la materia que nos ocupa) han ido perfilándose mediante distintas leyes que intentan proteger al consumidor estableciendo distintos sistemas de responsabilidad en los sujetos intervinientes de los que no cabe auto exonerarse mediante el establecimiento de cláusulas. La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas establecen "sistemas de responsabilidad" con la finalidad de proteger al consumidor que adquiere la vivienda. El TS ha realizado una importante y novedosa interpretación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en virtud de la cual, y, para proteger al adquirente de vivienda, declaró la responsabilidad solidaria de las entidades bancarias en lo concerniente a la constitución del aval bancario y de la cuenta especial destinada a los pagos a cuenta que se realizan por el adquirente durante el proceso de construcción de la vivienda ( SSTS de 21 de Diciembre de 2.015, y 8 y 24 de Abril de 2.016). La STS de 21 de Diciembre de 2.015 declara responsable a la entidad bancaria frente al adquirente basándose en los siguientes razonamientos: "En las compraventas de viviendas recogidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que

Todos estos movimientos de estudio y defensa de los derechos de los consumidores culminaron en sus respectivos países con el reconocimiento del derecho en sus textos constitucionales.

El Prof. DE CASTRO alude al art. 51 CE que recoge esta mención al consumidor y a la protección que deben procurar los poderes públicos considerando que la protección que pueden procurar los poderes públicos se desarrollaría en dos ámbitos distintos: el de la protección indirecta y el de la protección directa.

La protección indirecta viene referida a la intervención de los poderes públicos en cuestiones como la ordenación del mercado interior, la libertad de competencia, la regulación de los monopolios, la política de precios, etc.

La protección directa viene referida a la creación y reconocimiento de derechos de los consumidores tales como el derecho a la seguridad, a ser informado, a elegir, a "ser oído", lo que sería en la actualidad el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a los Tribunales, entre otros.

admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad" y continúa concluyendo que el artículo Artículo 1.2 que establece que (…) Para la apertura de estas cuentas o depósitos LA ENTIDAD BANCARIA O CAJA DE AHORROS, BAJO SU RESPONSABILIDAD, EXIGIRÁ LA GARANTÍA A QUE SE REFIERE LA CONDICIÓN ANTERIOR debe ser interpretado de la siguiente forma:" bajo su responsabilidad" significa que la entidad bancaria debe responder frente al comprador que, bajo el régimen de la Ley 57/1968, entregó cantidades a cuenta al Promotor y que éste las ingresó en cuenta bancaria de la propia entidad bancaria/de crédito". Véase MARIMÓN DURÁ, RAFAEL, «El seguro de devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de vivienda: jurisprudencia y nueva regulación», en AA.VV. (dir. L. J. Bataller/Mª J. Peñas), *Un Derecho del seguro más social y transparente*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2017, pgs. 267-295; ESTRUCH ESTRUCH, RAFAEL. "Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato", Diario La Ley, Nº 7210, 2009.; "La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción" Revista Aranzadi de derecho patrimonial, Nº 23, 2009, págs. 157-168.

Respecto a la protección directa, se ha avanzado mucho aparentemente, porque, realmente, para los Estados, es muy fácil generar una apariencia de que existen estos derechos y se garantizan, lo que, en la práctica, son en muchas ocasiones meras declaraciones de intenciones que sólo se pueden hacer efectivas acudiendo a los Tribunales.

La condición de consumidor parece ya claramente definida y asentada en nuestro Derecho, así como la necesidad de su estatus dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la peculiaridad y dificultad que se presenta en la contratación bancaria es la afectación que en el sistema financiero podrían tener ciertas limitaciones en pro de la defensa del consumidor. Es decir, si la aplicación de medidas de defensa o protección de los derechos del consumidor, pueden suponer un lastre en la contratación bancaria, que impida o restringa la concesión del crédito o que, por su naturaleza suponga un intervencionismo del Estado que coloque a la banca tradicional en inferiores condiciones de competitividad en el mercado fomentando así la proliferación de un sistema parabancario al margen de los controles de las entidades supervisoras.

Un excesivo blindaje para el comprador en la contratación bancaria en el caso del contrato de compraventa de vivienda con préstamo hipotecario podría generar inseguridad jurídica en la concepción de la propia garantía al menoscabar su propio sistema de realización. El mismo efecto podría provocarse, no ya en la garantía y su eficacia, sino en la obligación en sí misma, esto es, en las condiciones pactadas al poder ser alteradas posteriormente a su firma por una intervención de las Administraciones.

La contratación bancaria, no es asimilable a cualquier otro tipo de contratación porque subyace en el negocio jurídico, un interés general, que no existe en otro tipo de contrataciones, y es la propia estabilidad del sistema financiero, su credibilidad y confianza, y su seguridad jurídica.

Los mecanismos que se establezcan para preservar los derechos de los consumidores no solamente tendrán que ordenarse a la transparencia y a la

correcta configuración de la autonomía de la voluntad sino que además, tendrán que preservar que esa defensa de la transparencia y esa adecuación de los derechos y obligaciones de las partes al principio de equidad no menoscabe el contenido del contrato que afecta a la naturaleza misma de la actividad bancaria.

La protección del comprador y la importancia del objeto de la compraventa que recae sobre la vivienda deben conciliarse con las normas de ordenación del sector bancario lo que presenta no pocas dificultades y limitaciones como se expone a lo largo del presente trabajo.

La libre formación de la autonomía de la voluntad del comprador vendría conformada por toda aquella información precontractual que se pone a disposición del comprador. No basta con que se articulen mecanismos para asegurar que efectivamente el comprador tiene acceso previo a dicha información sino que además, se deberá garantizar la transparencia y comprensión real de dicha información. No debemos obviar que, la necesidad de obtener financiación ya implica en sí misma una falta de libertad que coloca en una situación de debilidad objetiva al comprador, que no tiene otra forma de acceder a la compra de una vivienda sino mediante la financiación.

El concepto de "consumidor" se ha ido perfilando de forma restrictiva en contra de la vocación con la que nació y a la que se refirió el discurso del Presidente Kennedy al que aludíamos anteriormente, que se centraba en la protección del consumidor sin llevar a cabo distinción alguna entre personas.

En el ámbito de la contratación bancaria y respecto a la aplicación de las cláusulas abusivas, si bien la Jurisprudencia excluyó inicialmente a los profesionales -prestatarios a efectos de otorgarles la protección en los procedimientos judiciales que se estaba otorgando a los consumidores- posteriormente reconoció también la necesidad de otorgarles esta protección puesto que su condición de profesionales no les dotaba de capacidad negociadora en la contratación bancaria.

La necesidad anula la voluntad y por tanto, si el empresario o el profesional solicitan financiación ajena es porque no disponen de la liquidez o de los recursos que requieran sus necesidades.

Quienes abogan por no dotar de esta protección a los empresarios o profesionales lo hacen basándose en el hecho de que consideran, que se trata de "peritos en su oficio" lo que, realmente, no incide de ninguna forma en su posición en el contrato[251].

En el ordenamiento jurídico existen normas específicas que consideran la posibilidad de que existan cláusulas contractuales abusivas en contratos en los que ambas partes tienen la condición de empresario o profesional.

La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales[252], establece supuestos en los que las cláusulas

251. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un Abogado, un Notario, o un Registrador la Propiedad de los que debemos presumir, *a priori*, que conocen el Derecho y son capaces de discernir ante la lectura de un contrato, las posibles cláusulas abusivas o los posibles riesgos de una operación. En este contexto cabe preguntarse de qué les sirve a estos profesionales o a cualesquiera otros, conocer estas circunstancias, con carácter previo a la firma del contrato, si por necesidad de financiación, no tienen más remedio que firmarlo. Esa formación o conocimientos jurídicos ¿justifican, en estos casos, el abuso por parte de la entidad bancaria? La respuesta es, en mi opinión, rotundamente no. Planteemos un símil parecido en el ámbito del Derecho Penal que quizás nos haga comprender con más claridad el fundamento de este razonamiento: nadie entendería que el CP excluyera como posibles víctimas del delito a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, considerando que, si tienen la obligación de velar por la seguridad de los ciudadanos, más exigible es aún que velen por la suya propia. Evidentemente, tal consideración no sólo nos parecería surrealista sino totalmente contraria a Derecho e injustamente discriminatoria.

252. La actualización publicada en el BOE consolidado de fecha 4 de Diciembre de 2.014 de la La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporó a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2.010, de 5 de Julio sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El art. 9 hace referencia a las cláusulas abusivas y establece que serán nulas pero dispone, en este mismo precepto, que declarada la nulidad de una cláusula, el juez que declare la invalidez de dicho contrato integrará el mismo conforme a lo dispuesto en el art. 1.258 Cc atribuyéndole facultades moderadoras.

contractuales se podrán considerar abusivas aunque se trate de contratos en los que ambas partes son empresarios o profesionales.

Otro ejemplo de norma que alude al desequilibrio contractual entre las partes, es la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías que también hace mención en su artículo 41.3 a las cláusulas abusivas[253].

Como apunta el Prof. SOTILLO las normas del Derecho de consumo, nacidas exclusivamente para proteger al consumidor, van expandiéndose a todos los contratos con independencia de quienes sean los sujetos.

Esta expansión se fue produciendo de forma progresiva en los distintos ámbitos del derecho financiero utilizando términos distintos al de "consumidor" tales como "cliente[254], usuario[255], inversor, tomador o asegurado o, contratante".

Sin embargo, la Orden de 5 de Mayo de 1.994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sobre viviendas, cambia esta tendencia y delimita su ámbito de aplicación a las personas físicas.

253. El art. 41.3 hace una remisión a la Ley 3/2.004, de 29 de Diciembre, sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: Artículo 41. Demora en el pago del precio.1. En todo caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el obligado al pago del transporte incurrirá en mora en el plazo de treinta días, en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.2. Cuando la fecha de recibo de la factura o la solicitud de pago equivalente se preste a duda, así como en todos los casos de autofacturación por parte del obligado al pago, los treinta días anteriormente señalados se computarán desde la fecha de entrega de las mercancías en destino.3. El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido abusivo en perjuicio del porteador, conforme a las reglas que, a tal efecto, señala el artículo 9 de la Ley 3/2004.Asimismo, carecerá de efecto el pacto en contrario cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto sólo puede mostrar su aceptación o rechazo global.
254. El art. 48 de la Ley 26/1.988, de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito otorgaba facultades al Ministro de Economía y Hacienda para establecer regulaciones con el fin de proteger los legítimos intereses de la "clientela activa y pasiva" de las entidades de crédito.
255. La Orden de 12 de Diciembre de 1.989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito y la Circular 8/ 1.990, de 7 de Septiembre del Banco de España de transparencia de operaciones y protección de la clientela hacían alusión a los términos "clientes" o "usuarios" de servicios bancarios, y comprendían tanto a personas físicas como jurídicas.

Los arts. 29 y 31 de la Ley 2/2.011, de 4 de Marzo de Economía Sostenible, utilizan los términos "usuarios de servicios financieros, y consumidores y clientes de servicios financieros".

El Prof. SOTILLO realiza una apreciación respecto al nacimiento de un concepto nuevo: el concepto de "cliente de las entidades de crédito" que puede coincidir o no con el concepto legal de consumidor, pero, como aclara, estamos ante conceptos independientes.

El concepto de cliente de entidad de crédito se consagra en la Orden EHA/2.899/2.011, de 28 de Octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Circular 5/2.012 de 27 de Junio del Banco de España.

El Prof. SOTILLO considera que estas normas tienen como finalidad restringir el ámbito del concepto de cliente y son fruto de la "presión del lobby bancario y de la connivencia del Banco de España con el mismo"[256].

De esta forma la normativa de transparencia se aplicaría únicamente a las personas físicas y sólo en aquellos supuestos en los que actuasen en el ámbito familiar o privado. En el caso de los créditos y préstamos hipotecarios, los arts. 2 y 19 de la Orden y Norma Segunda de la Circular, se estableció que la normativa sobre información especial se aplicaría también a los promotores y constructores inmobiliarios personas físicas, pero con carácter dispositivo en una parte importante de la regulación de la Orden, para las personas físicas que no sean consumidores.

En el ámbito que nos ocupa, el desequilibrio entre las partes existe en todas las fases de la contratación:

1º. <u>En la fase previa al contrato</u>:

-Cuando el consumidor necesita adquirir una vivienda y sólo puede hacerlo mediante la obtención de financiación (la mayoría de los casos la requieren, ya

256.SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. Íbidem, Pág. 21.

que el alto precio alcanzado por la vivienda en los últimos años hace imposible su adquisición mediante recursos propios para la mayoría de familias).

-Cuando el consumidor busca financiación en un mercado en el que existe un auténtico oligopolio y en el que la libre competencia está claramente restringida y todas las entidades bancarias ofrecen productos y condiciones simulares, en lo sustancial.

-Cuando la información que se ofrece al consumidor no es verídica y se ofrece de forma manipulada o sesgada para parecer más atractiva (como por ejemplo cuando se le explican las condiciones relativas a los tipos de intereses o lo concerniente a la constitución de avales, fianzas y otro tipo de garantías añadidas a la hipoteca del inmueble para cuya adquisición se solicita la financiación)[257].

2º.- Cuando se formaliza el contrato:

-La entidad bancaria redacta el contrato sin ningún tipo de intervención por parte del consumidor adquirente de la vivienda.

-Se trata de un contrato de adhesión y en este tipo de contratos no existe el principio de autonomía de la voluntad.

-Muchas de las cláusulas son poco transparentes, o, bien, abusivas[258] y provocan una clara desigualdad entre las partes no sólo desde un punto de vista sustantivo.

3º.- Cuando se resuelve el contrato por incumplimiento:

257. Sobre la constitución de garantías añadidas a la hipoteca del inmueble para cuya compra se solicita la financiación la Jurisprudencia ya ha declarado nulas algunas de estas cláusulas o disposiciones en las que se constituyen las garantías por considerar que el comprador no fue debidamente informado del alcance de las mismas, o, en el caso de las novaciones por no haber prestado el consentimiento de los avalistas o fiadores ( sobre estas cláusulas concretas véase el Capítulo IV*, "La contratación bancaria y la revisión de las cláusulas contractuales tras la perfección del contrato de préstamo hipotecario.2.3.g. Cláusulas relativas a los avalistas y fiadores"*.

258. Respecto a las cláusulas abusivas, en el Capítulo IV *"La contratación bancaria y la revisión de las cláusulas contractuales tras la perfección del contrato de préstamo hipotecario."* analizamos las cláusulas más relevantes del contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda así como los aspectos más importantes de la evolución jurisprudencial que se ha producido desde el inicio de la Crisis Inmobiliaria de 2.008.

-Cuando la entidad bancaria considera resuelto el contrato por incumplimiento por parte del adquirente consumidor.

-Existe desequilibrio cuando la entidad bancaria dispone unilateralmente las causas de incumplimiento contractual configurando todas las obligaciones contenidas en el contrato como obligaciones principales y esenciales (independientemente de que realmente lo sean o no, o de la proporción que represente el incumplimiento con relación a la totalidad de las obligaciones contraídas).

-Existe desequilibrio no sólo desde un punto de vista del derecho sustantivo sino también desde un punto de vista del derecho procesal.[259]

Por tanto, el equilibrio entre las partes debería garantizarse en todas las fases del contrato, tanto en su perfección como en su cumplimiento y ejecución.

Las condiciones en las que se desarrollan las fases contractuales anteriores se analizan en los apartados siguientes, siendo el apartado relativo al incumplimiento del contrato el que de forma más clara evidencia la posición de cada una de las partes en el contrato.

## II.LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS ENTIDADES BANCARIAS: LOS TRATOS PRELIMINARES.

### 1.La Banca y su posición Jurídica en el contrato: consideraciones sobre las obligaciones exigibles a las entidades bancarias en la dinámica contractual.

259. En el Capítulo V *"La gestión del incumplimiento contractual"* se analizan las cuestiones procesales que fueron surgiendo durante la Crisis de 2.008 y que dieron lugar a una evolución del tratamiento procesal del incumplimiento desde el punto de vista del procedimiento de ejecución hipotecaria, así como las novedades introducidas por sucesivas reformas de la LEC, y el entonces novedoso recurso al proceso declarativo ordinario como cauce procesal para ejecutar el cumplimiento del contrato.

La Directiva europea 93/13/ CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (en adelante, Directiva 93/13), nació como una iniciativa europea que se inició en 1.975 con la finalidad de crear una tutela o estatuto jurídico de defensa de los consumidores que contratasen con comerciantes o profesionales.

La Directiva asentaba unas bases mínimas que permitiesen a los Estados Miembros legislar y ampliar la protección del consumidor. La Directiva 93/13/CEE establecía un derecho de mínimos y eso sirvió no para que los Estados Miembros ampliasen sustancialmente la protección de los consumidores sino para que coexistiesen normas de los 27 Estados Miembros muy distintas.

En el caso de España, la protección del consumidor en esta materia se contempla, por una parte, en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación*, que transpuso con retraso la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; y, por otro, en los artículos 80 a 91 del 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*.

La Directiva 93/13 pretendía garantizar no sólo los derechos de los consumidores sino también el acceso a la tutela judicial efectiva ordenando la creación de un Registro Público de condiciones generales con efectos "*erga omnes"* que fue desarrollado por el RD 1828/1999, de 3 de Diciembre, por el que se aprobó el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En los últimos años se ha apuntado la necesidad de crear un Derecho Contractual Europeo y de revisar el acervo comunitario en materia de consumo.

Como apunta ANA ISABEL BLANCO GARCÍA[260], la economía moderna tiene mucho que ver en la forma en la que se realiza y gestiona este tipo de contratación. Para ANA ISABEL BLANCO este tipo de contratación presenta ventajas tanto para la empresa como para el consumidor. Considera que la utilización de contratos con condiciones generales supone para el empresario el ahorro de tiempo, de costes y la reducción de riesgos, la optimización de los recursos de la empresa y la mejora de su funcionamiento.

En el caso de España, la Constitución de 1.978 prevé en su artículo 51 el mandato a los poderes públicos para que preserven los derechos de los consumidores mediante procedimientos eficaces, y, al respecto, BLANCO recuerda que la Directiva 93/13 recogió en su art. 7 apartado segundo la posibilidad de que los Estados miembros eligieran la forma de hacer efectivos estos derechos mediante un control administrativo o judicial.

En España se optó por el establecimiento de un control judicial de este tipo de cláusulas, estableciendo dos niveles o tipos de control: un primer control, el control de incorporación (regulado en los arts. 7 a 10 de la LCGC y en el art. 80.1.a) del Texto Refundido de 2007), y, en segundo lugar, el control de contenido (establecido en los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de 2007).

El control de incorporación viene referido a requisitos de forma que deben cumplir las condiciones generales de la contratación que deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible art. 5 de la Directiva 93/13), y establece el

260. BLANCO GARCÍA, ANA ISABEL. "Los 20 Años de regulación de las cláusulas abusivas". Rev. Boliv. De Derecho nº 15, Enero 2.013, pp. 64-87. Consulta en RODERIC. Respecto a la función que cumplen en la economía moderna este tipo de contrataciones para las empresas: "las condiciones generales constituyen un "instrumento de racionalización vía estandarización: reducen los costes de celebración y regulación de los contratos; favorecen la división de tareas entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la coordinación y hacen posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que ofrece la empresa y contribuyen a la creación de un derecho supletorio y con ello a aumentar la seguridad jurídica de las transacciones" (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en AAVV: Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, coord. por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Civitas, Madrid, 2002,p. 76.)

principio de transparencia. En estos casos se establecen unos criterios hermenéuticos para aquellos supuestos en los que las cláusulas no sean claras y comprensibles (art. 6 Ley 7/1998). Destaca como característica de este control de incorporación la transparencia de las cláusulas que van a ser incorporadas y de este control se derivan las exigencias de preceptibilidad, comprensibilidad y la entrega al consumidor de una copia de las condiciones generales del contrato[261].

Respecto al segundo control, el llamado control de contenido, se trataría de un control que se realiza con posterioridad a la incorporación de la cláusula en el contrato, y es el control que realmente determina la abusividad de una cláusula.

Respecto a este segundo control la Directiva 93/13 lo excluye en los supuestos de cláusulas negociadas individualmente[262] por considerar que no han sido impuestas. La Directiva 93/13 también excluía de este control las cláusulas que recogieran disposiciones legales o reglamentarias y disposiciones y principios de los convenios internacionales.

Por otra parte, en el ámbito concreto de la contratación bancaria, el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito[263], norma ya derogada por la LOSSEC, regulaba un sistema de prevención que en la práctica resultaba irrelevante a la hora de establecer y exigir mecanismos de protección al consumidor.

El art. 48.2[264] faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que " con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras

261. Respecto a la entrega de copia del contrato, la Directiva 93/13, no hacía mención alguna pero el legislador español consideró que era necesaria para poder realizar efectivamente el control de incorporación o de transparencia.
262. Realmente cuando una de las partes es una entidad bancaria no existen las llamadas "cláusulas negociadas individualmente" ya que la capacidad de negociación del consumidor es nula.
263. Última actualización publicada el 27 de Junio de 2.014 ( BOE consolidado).
264. Última actualización de este precepto concreto, publicada el 08/12/2007, en vigor a partir del 09/12/2007.

disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela" pueda llevar a cabo una serie de actuaciones que relaciona en dicho apartado y que a continuación comentamos:

a)En primer lugar se establece que los contratos deberán ser escritos y recoger de forma expresa todas las cláusulas y circunstancias pactadas entre las partes y resulta especialmente interesante que se haga una mención expresa a que los contratos deberán recoger " *los derechos de las mismas* ( se refiere a las partes) *ante las eventualidades propias de cada clase de operación*)". Esta expresión resulta lo suficientemente clara para recoger en estos contratos todas las posibilidades que se puedan dar durante la vida del contrato. La referencia a las "eventualidades" es muy acertada pero lamentablemente no ha sido tenida en cuenta por la Banca a la hora de elaborar sus contratos.

Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito. Evidentemente este requisito se ha cumplimentado (por tratarse, a mi juicio, de algo "escandalosamente básico", en materia de contratación) pero no se ha permitido al cliente acceder a información que ha servido para conformar la operación como pueda ser el análisis de riesgos.

b)Comunicar a las entidades administrativas de control y al cliente las condiciones de sus operaciones activas y pasivas sin poder modificarlas sin comunicación previa. Sobre este punto, tampoco se cumple la previsión legal. Las entidades bancarias cambian constante sus condiciones según la conveniencia del mercado y no parece que esto tenga consecuencias negativas para las mismas

c)Dictar normas necesarias para que la publicidad de las entidades bancarias reúna realmente los requisitos que permitan conocer los elementos necesarios de las operaciones activas y pasivas[265].

265. La Ley 26/1988 se desarrolla en este punto por medio de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de Junio. Sobre la misma véanse, GALÁN CORONA, E., "La publicidad financiera", *Estudios de Derecho del Mercado Financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universitat de Valencia, 2010, pp. 671-679; CASTILLA CUBILLAS, M., "La eliminación del control administrativo previo de la publicidad de los productos bancarios en la Orden

d)La publicación de los tipos de interés de referencia por parte del Banco de España[266].

e)Extender la aplicación de estas normas a este tipo de contratos aunque la entidad en cuestión no tenga la consideración de entidad de crédito.

EHA/1718/2010, de 11 de junio", *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 284-289; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., "La protección del consumidor en la contratación bancaria", en Miranda y Pagador (dirs.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pg. 421; y MARIMÓN DURÁ, R., "Las exigencias de información en la publicidad de productos y servicios bancarios", en AA.VV. (dir. L Miranda), L*a protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Iustel, Madrid, 2014, pgs. 335-355. La evolución de la Jurisprudencia durante el desarrollo de la crisis económica ha puesto de manifiesto que verdaderamente las normas reguladoras de la publicidad bancaria son una mera declaración de intenciones, una exigencia formal y aparente que únicamente se consigna en la Ley pero no se traduce, en la práctica, en una verdadera protección del consumidor. Pero el incumplimiento de estas normas contraviene las reglas de la lealtad contractual. Sobre las posibilidades de considerar la infracción de este tipo de normas como actos de competencia desleal, especialmente actos de engaño u omisiones engañosas, MARIMÓN DURÁ, R., "El criterio de la 'suficiencia' en la publicidad de productos y servicios bancarios", en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 819-842, esp. 834-841 y en "Las exigencias de información en la publicidad de productos y servicios bancarios", ob. cit., pgs. 348-354.

266. Tampoco esta norma ha garantizado una verdadera protección a los consumidores y un ejemplo de ello es la aplicación del llamado IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios) y la ha generado en la Jurisprudencia todavía no resuelta. Véase la STS nº 669 /2.017 de 14 de Diciembre de 2.017 que consideró que la cláusula que establece este índice de referencia no es abusiva y por tanto no puede declararse nula (la Sentencia no fue apoyada por unanimidad ya que los Magistrados Javier Orduña y Francisco Javier Arroyo consideraron que el TJUE debía anular las hipotecas IRPH por no superar el examen de transparencia). Sin embargo, frente al criterio seguido por el TS empiezan a existir ya pronunciamientos que se desmarcan de los razonamientos expuestos por el TS en la Sentencia de 14 de Diciembre de 2.017 en la que se consideró que la mera referenciación de una hipoteca al IRPH no supone falta de transparencia ni abusividad. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia del municipio vasco de Amurrio de 15 de Enero de 2.018 (en la que se declara la nulidad de esta cláusula por falta de transparencia y abusividad y se condena a la entidad bancaria a no aplicar ningún tipo de interés al préstamo); la SAP Girona (Sección Segunda) de 11 de Enero de 2.018, en un supuesto en el que el índice de referencia era el CECA que al desaparecer el índice de referencia Cajas, la cuota quedaba fijada a partir del último valor del IRPH Cajas. En esta Sentencia asumen como válida la aplicación del índice IRPH Entidades en el préstamo hipotecario pero considera que la cláusula en virtud de la cual el interés variable pasa a un interés fijo no supera el control de transparencia, por lo que ordena la devolución de los intereses percibidos por la entidad bancaria, manteniendo el índice IRPH;

f)La regulación de las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica[267].

g)Determinar qué información mínima deberán facilitar las entidades bancarias a los clientes antes de que participen en cualquier operación, o contrato, que les permita conocer el verdadero alcance de la operación y cómo afecta a su situación financiera[268].

Sólo una intervención directa del Ministerio de Economía y del Banco de España ordenada a confeccionar un modelo típico de contrato podría reequilibrar la relación Banca-cliente consumidor[269] sin que esto suponga, de ninguna forma,

267. Respecto a la llamada banca on-line nada tiene que ver el momento en el que fue aprobada esta Ley con la actual situación de la banca respecto a la contratación electrónica. Durante la crisis económica se ha producido un cierre masivo de sucursales bancarias y una remisión constante a la *banca on-line* a los clientes. Véase, MARIMÓN, R., "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación bancaria", en AA.VV [dirs. L. Miranda/J. Pagador], *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2017, pgs. 367-399, esp. 368-379. Las directrices europeas apuntan a un mayor cierre de sucursales en el futuro ya que la forma de contratación actual no exige la apertura al público de este tipo de oficinas en las que "no atienden a los clientes" y les remiten a la página web de la propia entidad financiera para realizar cualquier gestión. En este punto debemos reflexionar sobre la proliferación de la *banca on-line* que supone que es el propio cliente el que realiza el trabajo que antes se realizaba físicamente desde las distintas sucursales por parte de los empleados de la oficina en cuestión. La contratación electrónica está suponiendo una alteración del modelo de negocio de la banca convencional y aunque provoca conflictos en el ámbito del derecho laboral por lo que concierne a los empleados de la banca, los grandes perjudicados de este nuevo modelo son los clientes y consumidores que pierden totalmente un interlocutor al que dirigirse despersonalizándose todavía más la relación contractual y generando aún más si cabe indefensión y desequilibrio al consumidor. Véase por ejemplo la nueva política de empresa que puso en práctica en 2.018 la Presidenta del Banco Santander Ana Patricia Botín, que propuso la puesta en marcha del modelo de Oficina Smart, un tipo de sucursal que incorpora centros de atención y asesoramiento al cliente, que no estarían abiertas al público en general sino que ofrecerían atención concreta e individualizada mediante cita previa y que tendrían un horario similar al de cualquier empresa es decir no únicamente durante la mañana como ocurría con las sucursales convencionales, y que a fecha de hoy está totalmente generalizada y normalizada.
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/04/27/companias/1524852189_359826.html

268. La cuestión relativa a la información la tratamos en el apartado correspondiente del presente trabajo relativa a la normativa de ordenación y disciplina, y a las normas sobre transparencia.

269. Véase a modo de ejemplo el Real Decreto 813/2023, de 8 de Noviembre, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan

una distorsión del sistema de libre mercado o una anulación del principio de autonomía de la voluntad.

Es plenamente exigible a las Administraciones que ejerciten las funciones de control, y, supervisión que tiene legalmente encomendadas y que para hacer realmente efectivo ese control ejerza las funciones disciplinarias y sancionadoras que ejerce *de oficio* en otros ámbitos como el fiscal y tributario.

La actuación por parte de las Administraciones durante el desarrollo de la Crisis de 2.008 abrió el debate sobre la posible exigibilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración con base en el principio constitucional de eficacia de la Administración Pública previsto en el art. 103 CE y 9.3 CE y el art. Ley

servicios de inversión, que desarrolla la actual Ley 6/2023, de 17 de Marzo, de los mercados de valores y los servicios de inversión y que deroga el Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE consolidado última actualización publicada el 9 de Mayo de 2.015). El RD derogado establecía lo siguiente en su Artículo 76. Contratos-tipo.: El Ministro de Economía y Hacienda determinará los supuestos en los que la existencia de contratos-tipo o contratos reguladores de las actividades u operaciones de que se trate, será obligatoria para las entidades que presten servicios de inversión a clientes minoristas. Asimismo, el Ministro de Economía y Hacienda determinará el contenido mínimo de tales contratos, y, en su caso, su régimen de publicidad y los demás aspectos que se consideren relevantes". En el mismo sentido, véase la Orden EHA/1665/2010, de 11 de Junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de Febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo así como la Circular 3/2013, de 12 de Junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros. La Circular tiene por objeto dictar las normas precisas para el desarrollo de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y que impone a las entidades bancarias incluir determinados contenidos en los contratos. El derogado art. 76 ha sido sustituido por el actual artículo 119 que establece: "Contratos-tipo.- La persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital determinará los supuestos en los que la existencia de contratos-tipo o contratos reguladores de las actividades u operaciones de que se trate, será obligatoria para las entidades que presten servicios de inversión a clientes minoristas. Asimismo, determinará el contenido mínimo de tales contratos, y, en su caso, su régimen de publicidad y los demás aspectos que se consideren relevantes".“

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[270].

Para la Jurisprudencia no quedan claros los límites de la responsabilidad patrimonial de la administración respecto a las entidades supervisoras y de control porque sus facultades de inspección y supervisión están limitadas en el sentido de que la ley no les impone la obligación legal de perseguir infracciones ni de sancionarlas[271].

ANA ISABEL BLANCO expone que la razón de ser de esta exclusión atiende al hecho de que en estas cláusulas se transcribirían normas o disposiciones legales no que no permitiría la declaración de nulidad, sin embargo, la evolución de la Jurisprudencia puso de manifiesto que el hecho de que una cláusula reprodujera el contenido de una norma no quería decir que la cláusula no fuera abusiva y nula[272].

La Jurisprudencia ha desplegado este control también sobre cláusulas que suponían un aparente cumplimiento de las normas y que, precisamente por este motivo, quedaban formalmente validadas o legitimadas frente a terceros.

La Directiva 93/13 excluyó también, en su art. 4, la posibilidad de llevar a cabo un control de contenido respecto de aquellas cláusulas que vengan referidas a elementos esenciales del contrato, concepto generó discrepancias de interpretación entre los distintos Estados Miembro.

---

270. Los diferentes aspectos de la responsabilidad patrimonial se regulan tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
271. Una consideración de este tipo nos debe hacer reflexionar sobre la razón de ser de estas de este tipo de instituciones si realmente ni pueden acometer los fines para los que fueron constituidas. En este sentido véase las SSTS de 27 de Enero de 2.009 (RJ 3294), "caso GESCARTERA", y de 25 y 31 de Enero de 2.012, "casos AFINSA-FÓRUM FILATÉLICO".
272. Las cláusulas contractuales se inscriben en el Registro de la Propiedad y es, precisamente esta inscripción la que legitimaba el contenido de las cláusulas abusivas; en el mismo sentido, la calificación del Registrador de la Propiedad favorable añadía un plus de legitimidad a estas cláusulas, de la misma forma que antes de la inscripción el Notario legitimó la escritura pública autorizando ciertos contenidos. Por tanto, el hecho de que una cláusula haga mención a disposiciones legales no significa que no pueda ser abusiva, y, declarada nula.

Como expone ANA ISABEL BLANCO, la STJUE de fecha 3 de Diciembre de 2.010, concluyó que, de conformidad con lo dispuesto en su art. 8 la Directiva 93/13 era una Directiva de mínimos por lo que cada Estado miembro podía otorgar una mayor protección al consumidor, siendo admisible, por tanto que el control de contenido se aplicase también a las cláusulas que afectasen a elementos esenciales del contrato.[273]

La consecuencia que se deriva de la aplicación del art. 4 y del art.8 de la Directiva 93 /13 es que en algunos Estados miembro no se admite el control de contenido respecto de las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato como el precio y sin embargo, en otros, como es España, sí se admite este tipo de control.

La Directiva 93/13 utiliza el término "cláusula no negociada individualmente" mientras que el Derecho español utiliza el término de "condiciones generales de la contratación" refiriéndose a aquellas condiciones que son incorporadas o predispuestas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes[274].

Posteriormente, y, para trasponer la Directiva 93/13, se aprobó la LCGC que las definió como : "*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"* aclarando, además, que *"el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan*

273. Véase MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. "Control de transparencia de clausulados negociales predispuestos en el sector financiero",págs. 283-343 y PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. "La protección de la clientela en el ámbito de la contratación bancaria: Control de contenido y abusividad", págs. 345-386, ambos en la obra colectiva Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros: Financiación alternativa, gestión de la información y protección del cliente / coord. por Andrew O'Flynn; Rafael Marimón Durá (dir.), Jaume Martí Miravalls (dir.),Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

274. Esta es la definición utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

*negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión"*.

El Texto Refundido de 2.007 incorporó el concepto de cláusula no negociada individualmente en el art. 82.1 reproduciendo prácticamente el art. 3 de la Directiva 93/13 añadiendo que además de las cláusulas también pueden considerarse abusivas determinadas "prácticas no consentidas expresamente" que se refiere a prácticas generalizadas por los comerciantes en el tráfico mercantil que constituyen un abuso y un perjuicio para el consumidor.

En este supuesto se exige el conocimiento expreso del consumidor con la finalidad de evitar que se pretendan considerar válidas ciertas prácticas abusivas amparándose en un supuesto conocimiento tácito del consumidor o en el mero hecho de que tuviera conocimiento de las mismas.

Posteriormente, la 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, introdujo una serie de modificaciones en materia de cláusulas abusivas con la finalidad de aumentar la protección de los consumidores.

La Ley 3/ 2.014, de 27 de Marzo, modificó el art. 80 del Texto Refundido de 2.007 disponiendo respecto a las cláusulas no negociadas individualmente los requisitos de accesibilidad y legibilidad. Estos requisitos se refieren al hecho de que el consumidor disponga del contrato antes de su firma, de que el tamaño de la letra sea el adecuado y no dificulte su lectura (no inferior a milímetro y medio), y que el contraste de la letra con el fondo permita su lectura.

Por otra parte, la modificación derogó el apartado 4 del artículo 5 (antes apartado 3 del artículo 5) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de Diciembre, por lo que se suprimen las referencias a la contratación telefónica y electrónica.

Como apunta PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN[275], destaca que en la modificación del art. 80 del Texto Refundido de 2.007 no se hiciera mención alguna, a que, en el ejercicio de acciones tanto individuales como colectivas, en todo tipo de procesos, incluido tanto el ejecutivo como el monitorio, el juez pudiera apreciar de oficio que una cláusula es abusiva[276], independientemente de que ninguna de las partes hubiera formulado esta petición.

El artículo 81 fue modificado también por la Ley 3/ 2.014, de 27 de Marzo con la finalidad de reforzar los controles previos administrativos de las cláusulas suelo con anterioridad a su puesta en circulación en el tráfico jurídico entre los consumidores. Con la modificación, se añadió un nuevo apartado 1 al artículo 81, pasando el actual 1 a enumerarse como 3 y se introdujo la obligación de las empresas que utilizasen en su contratación condiciones generales de la contratación de remitir esas condiciones a determinadas instituciones o autoridades, a solicitud de éstas, con la finalidad de verificar su adecuación a la Ley.

Las autoridades a las que alude son la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en

275. MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL. "Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas". Revista CESCO de Derecho de Consumo. Nº 9 /2.014. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. DIALNET. El artículo analiza las novedades que aporta la Ley 3/2014, de 27 de Marzo, en materia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que refiere en la Exposición de Motivos en su tercer apartado, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el Asunto C-618 Banco Español de Crédito. El autor cita la Jurisprudencia anterior a la Reforma que declaraba la posibilidad de que el Juez apreciase de oficio las cláusulas suelo en cualquier tipo de procedimiento (p. 76-84): "Se trataba de incorporar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su interpretación sobre la Directiva de cláusulas abusivas, en especial, en sus Sentencias recaídas en los asuntos C-472/11, de 21.02.2013 (Banif Plus Bank) asunto C-415/11, de 14.03.2013 (Aziz) y en el asunto C-618/10 de 14.06.2012 (Banco Español de Crédito). También, más recientemente, en el Auto de 14.11.2013, asuntos acumulados C-537/12 y C116/13."

276. Esta facultad del Juez de apreciar de oficio las cláusulas suelo en los procesos, sí que fue introducida, sin embargo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, habilitando cauces procesales que permitiesen ese control dentro de un proceso judicial.

materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Estás autoridades podrán solicitar a dichas empresas las condiciones generales de la contratación que integren sus contratos que deberán remitirles en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud.

Las autoridades valorarán dichas cláusulas al objeto de determinar si son abusivas y en su caso las competencias que en materia de control y sanción les atribuye la Ley.

La crisis económica y los desahucios masivos supusieron un análisis exhaustivo de los títulos que sirvieron para despachar las ejecuciones y del contenido de las cláusulas que fueron consideradas abusivas conforme a la evolución de los criterios Jurisprudenciales en la materia[277].

Como consecuencia de la interposición de estas demandas la Banca se ha visto sometida al posible riesgo que representa la tramitación de un proceso judicial, y sus posibles consecuencias económicas en caso de estimación de la demanda del consumidor.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación, fue creado por la LCGC de 1.998 que lo regulaba en su art. 11 y se creó con la finalidad de dar

277. Sobre cláusulas abusivas véase MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA. "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria" Indret. Revista para el Análisis del Derecho Núm. 2 Pág. 3-0, 2.018; "La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores". AAVV Luis María Miranda Serrano, Pedro José Vela Torres, Adolfo Príes y Picardo. Marcial Pons, 2.006; "Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente". Revista de Derecho del Sistema Financiero. mercados, operadores y contratos Núm. 4 Pág. 111-156; PAGADOR LÓPEZ, JAVIER. "De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato". Derecho de los negocios, Año nº 24, Nº 268, 2013, págs. 7-25.; "Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil y/o sanación de las disfunciones del mercado? Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle / coord. por Johann Kindl, Maria Pilar Viscasillas, Tatiana Arroyo Vendrell, 2017, págs. 161-182.; "Condiciones generales y cláusulas abusivas", La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007) : adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009 / Manuel Rebollo Puig (dir.).

publicidad a aquellos pronunciamientos judiciales que declaraban determinadas cláusulas abusivas y por tanto nulas.

El Registro permite la inscripción de Sentencias firmes (procedentes tanto del ejercicio de acciones individuales como de acciones colectivas) pero también la anotación preventiva de la interposición de la correspondiente demanda en la que se solicita la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. El acceso a dicho Registro es gratuito y por Internet de tal forma que permite acreditar frente al Banco su contenido y oponer frente a terceros las inscripciones que se practican en dicho Registro.

Los arts. 11 y 22 LCGC disponen que las Sentencias firmes deberán ser inscritas en dicho Registro, lo que es una manifestación del llamado *principio de efectividad* en virtud del cual los Tribunales de los Estados miembro deben procurar que efectivamente se cumpla el Derecho europeo (en este caso concreto el art. 6.1 de la Directiva 93/13, de 5 de Abril del Consejo, en virtud de la cual el consumidor no quedará vinculado por cláusulas abusivas)[278].

El *principio de efectividad*, exige, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva la posibilidad de invocar y de exigir frente a terceros lo resuelto mediante Sentencia aunque se trate de un procedimiento que trae causa del ejercicio de una acción colectiva[279] y como reconoce la SAP Vitoria-Gasteiz de 30

278. Sobre el Registro de Condiciones Generales de la Contratación véase ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. "El Tribunal Supremo anula buena parte del Reglamento del Registro de condiciones generales", Revista de derecho bancario y bursátil, Año nº 21, Nº 87, 2002, págs. 247-266.

279. La SAP Vitoria-Gasteiz de 30 de Diciembre de 2.016 (Recurso de Apelación Civil Rollo de Sala nº 538/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Juicio Verbal nº 3/2016) ordenó la inscripción de oficio en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del pronunciamiento correspondiente con base en el siguiente argumento: "FUNDAMENTO DE DERECHO…DECIMOSEGUNDO.- Sobre la inscripción en el Registro… 71.- Debe hacerse esta precisión porque aunque no se solicite por la demandante, existe el imperativo legal de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación que previene el art. 11 LCGC. Ordena el art. 11.4 LCGC que la inscripción de "las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior", que menciona las acciones de cesación, retractación y declarativa. En sentido semejante se pronuncia el art. 22 LCGC… 72.- En consecuencia, el fallo debe ser complementado de oficio, con el fin de

de Diciembre de 2.016[280], los Estados miembros deberán en todo caso garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario.

En la práctica, a pesar de la utilidad que pudiera ofrecer este Registro no ofrece una auténtica protección a los consumidores ya que rara vez se recurre al mismo, las entidades bancarias hacen caso omiso a este Registro, y, los Jueces (a diferencia de la Sentencia citada) no suelen ordenar la inscripción de las Sentencias de oficio.

Los efectos del Registro quedan pues muy limitados y desvirtuados ya que la inscripción no es preceptiva, no está revestida de presunción de legalidad, ni de legitimación ni de fe pública.

El 18 de Diciembre de 2.007 la Comisión Europea publicó el Libro Blanco[281] sobre la Integración de los Mercados Hipotecarios en la UE en el que se recogen las conclusiones de un estudio sobre los distintos mercados hipotecarios para la adquisición de la vivienda y su incidencia en el sistema financiero y propone una serie de medidas para favorecer su integración, su eficacia y su competitividad.

---

que se inscriba en el citado registro la sentencia de instancia una vez firme, dando cumplimiento a las exigencias de la jurisprudencia que recogen, entre otras, las STJUE 30 Mayo 2013, C-488/11, Caso Asbeek Brusse, como ordena la STC 235/2015, de 5 de Noviembre… F A L L A M O S…1.- DESESTIMAR el Recurso de Apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., frente a la Sentencia de 17 de junio de 2016 (ROJ: SJPI 196/2016), dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz en el Juicio Verbal nº 3/2016, que se mantiene en idénticos términos aunque añadiendo que una vez firme, la sentencia se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación".

280. SAP Vitoria-Gasteiz de 30 de Diciembre de 2.016: "FUNDAMENTO DE DERECHO OCTAVO… 54.- Sólo de este modo se salvaguarda el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. Atendiendo ese principio y la idea de posición de inferioridad del consumidor, el principio de no vinculación que proclama el art. 6.1 de la Directiva 93/13 trata reemplazar el equilibrio formal por real… 55.- Para compensar el mencionado desequilibrio se exige intervención ajena a la partes del contrato, que realizan los tribunales nacionales pasando incluso por encima de su derecho procesal, como en [1] el caso del juicio monitorio indicó la STJUE 14 junio 2012, [2] en del art. 400 LEC la STJUE 3 octubre 2013, C-32/12, [3] o de la propia jurisprudencia, como acaba de exponer la STJUE 21 diciembre 2016. Si cabe tal facultad para superar barreras de rango legal o la jurisprudencia, otro tanto habrá que admitir respecto de la opinión de los organismos que antes se citaron".

281. El Libro Blanco para la integración de los mercados hipotecarios en la UE se enmarca en el contexto de la Comunicación de la Comisión "Un mercado único para la Europa del Siglo XXI".

En la Introducción se destaca la importancia que tiene para los ciudadanos el crédito hipotecario, porque se utiliza para financiar la adquisición más importante de su vida que es la vivienda pero también la importancia que representa en las economías europeas el crédito hipotecario, que, en el año 2.007 representaba el 47% del PIB de la UE.

La Comisión Europea aclara que el Libro Blanco se presenta como un conjunto de medidas para solucionar la crisis que claramente ubica en E.E.U.U. en el mercado de las hipotecas de alto riesgo.

El estudio parte de lo dispuesto en el Tratado constitutivo sobre la creación de un mercado único y la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales.

En el Libro Blanco se resumen las conclusiones de los estudios previamente elaborados y se concluye que sería más favorable para los Estados miembro, para los ciudadanos y para la competitividad del mercado la creación de un mercado único hipotecario.

Conforme a los referidos estudios, la creación de un mercado único hipotecario tendría como consecuencia la bajada de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios y el aumento del PIB anual de la Unión Europea. Los beneficios a los que aluden los estudios se obtendrían como consecuencia de una mayor eficacia de los prestamistas y de las condiciones de competitividad.

Para poder armonizar e integrar el procedimiento hipotecario y conseguir la competitividad a la que se alude habría que facilitar la concesión del crédito transfronterizo ya que, en su mayoría, los consumidores acceden al crédito local. Se trataría, por tanto, de facilitar la oferta comunitaria al consumidor de cada Estado miembro, para lo que sería necesaria la eliminación de barreras locales que impidan la circulación del crédito hipotecario comunitario. El aumento del tipo de productos financieros (la gama de productos que pueden satisfacer las necesidades del consumidor) y la eliminación de obstáculos en la publicidad de la

oferta de los mismos serían unas de las medidas a adoptar para favorecer la integración.

El objetivo de integración de los mercados hipotecarios sería remover todos los obstáculos que impidan la circulación del crédito hipotecario transfronterizo (mediante publicidad adecuada, normativa, diversificación de la gama de productos ofrecidos en el mercado) para aumentar su eficacia y la competitividad del mercado, y, por tanto, también las mejores condiciones para el consumidor.

Respecto a la oferta del mercado hipotecario, se plantea que cada Estado pueda ofrecer sus productos en otros Estados miembros a través de las sucursales que pueda establecer en ellos, a través de publicidad telefónica o vía Internet o bien a través de la intervención de agentes hipotecarios (intermediarios locales) o adquiriendo una cartera de hipotecas a un prestamista hipotecario de otro Estado miembro.

Por otra parte, destaca la falta de normativa que regule todos los aspectos necesarios y, la diversidad de normativas existentes que impiden la armonización de los créditos hipotecarios.

El Libro Blanco hace ligera mención al hecho de que los prestamistas hayan abusado de trasladar el riesgo de los préstamos hipotecarios a los mercados de capitales haciendo referencia a la necesidad de controlar este tipo de financiación por el peligro que representa para la estabilidad financiera[282].

Para la Comisión Europea los beneficios que se obtendrían de una integración del mercado hipotecarios se podrían conseguir principalmente aumentando y diversificando la oferta de productos e insiste en que las restricciones que impiden tal diversificación coinciden con las que restringen en general la circulación del crédito hipotecario.

282. https://elpais.com/economia/2018/02/09/actualidad/1518210121_048335.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "El FROB pide que los depósitos de empresas no se usen para pagar la quiebra de los bancos". El Presidente del FROB, Jaime Ponce, reclamó la creación de un sistema europeo de garantía de depósitos para que cambiase el sistema de depósitos de clientes y que los depósitos de las empresas quedasen excluidos.

Al mismo tiempo que la Comisión habla de la necesidad de aumentar la oferta de estos productos (y de productos novedosos) y también la publicidad y las formas de oferta de los mismos, no olvida que una sobreexposición del riesgo puede afectar a la estabilidad financiera y recuerda que se trata de pilares fundamentales para la política pública.

Para conseguir el acceso a los créditos transfronterizos no sólo es necesario regular debidamente la materia y armonizar la normativa existente en cada Estado miembro sino que, además, es necesario ofrecer el producto en el mercado y generar confianza en el consumidor.

La confianza en el consumidor sólo se puede generar a través de la información que permita al consumidor conocer los distintos productos financieros, dar credibilidad a su origen y no desconfiar de aquellos que no provengan de entidades locales. Sin embargo, la confianza en la Banca no es precisamente un valor en alza en estos momentos.

El derecho de información en la contratación bancaria es una cuestión que se puso de manifiesto desde distintos puntos de vista. La información que se debe facilitar al consumidor debe ser clara, correcta y comprensible, y comparativa entre los distintos productos que ofrece el mercado.

Otra de las cuestiones, a las que hace alusión la Comisión es a la capacidad económica del prestatario que debe ser valorada por la entidad bancaria antes de autorizar la operación, el llamado “crédito responsable”.

Durante el desarrollo de la crisis económica demostró que la mayoría de los ciudadanos no conocían el alcance real de las cláusulas contenidas en los contratos y que, en muchas ocasiones, las entidades de crédito autorizaban operaciones creando un “expediente bancario” de forma artificiosa para conseguir justificar la concesión del crédito ( recurriendo a tasaciones excesivas, o a la inclusión de otro tipo de garantías como fiadores, avalistas, hipotecas sobre otros inmuebles, entre otras, sin valorar realmente los ingresos de los prestatarios principales). En estas

condiciones, era lógico pensar, que esta sobreexposición al riesgo podría tener graves consecuencias en los mercados.

La Comisión atribuye claramente responsabilidad a los prestamistas concedieron créditos de forma irresponsable y considera ésta una de las causas de la crisis. Respecto a la información del consumidor, la Comisión no sólo habla de información sino también de asesoramiento.

La obligación de ofrecer información se puede cumplir, como ha ocurrido hasta ahora, publicando una serie de datos a disposición del consumidor y remitiéndole a los mismos. Sin embargo, una información completa no se puede obtener sin un asesoramiento jurídico que vaya más allá de la mera transcripción literal de la información que, formalmente, nos ofrecen las entidades bancarias.

La valoración que viene haciendo la Jurisprudencia sobre el derecho de información y sobre el conocimiento real del consumidor del alcance de las cláusulas demuestra que ese alcance no se aprecia a simple vista con una mera lectura de las cláusulas y que realmente requiere de un asesoramiento previo profesional. La Comisión habla de la información como una mera descripción del producto y del asesoramiento previo a distintos niveles dependiendo de las características del consumidor.

No es exigible a un ciudadano que tenga formación jurídica y tampoco es exigible que, aun entendiendo el contenido del contrato, no lo firme cuando actúa movido por la necesidad, y cuando las condiciones del mercado permiten que todas las entidades bancarias actúen de la misma forma: en este contexto la capacidad de decisión es nula.

La integración de los mercados hipotecarios y el aumento de la competitividad permitiría encontrar otro tipo de cláusulas y condiciones contractuales de los productos financieros en el mercado. Pero, sin duda no bastaría con aumentar la competitividad en el mercado para favorecer los derechos de los consumidores sino que sería necesaria una actividad de control real y eficaz por parte de las autoridades competentes del sistema financiero.

Otro de los elementos que destaca la Comisión en el Libro Blanco es lo que denomina la "movilidad del cliente", es decir, la capacidad del cliente de cambiar de entidad bancaria y de producto financiero. Los clientes no suelen hacer uso de esta facultad porque normalmente las condiciones que impone la nueva entidad bancaria son más gravosas que las que tiene con su entidad bancaria. Como apunta la Comisión, estas restricciones, son disuasorias y menoscaban claramente la competencia.

Como se indica en el informe, las restricciones que imponen los bancos antes posibles cambios suponen obstáculos que no tienen ningún tipo de justificación, ni jurídica ni económica.

Otra de las cuestiones que la Comisión considera importante a la hora de mejorar la situación del mercado hipotecario es la amortización anticipada. Respecto a la amortización anticipada debemos tener en cuenta que, para que esta medida sea posible hay que adoptar primero otro tipo de medidas (como la reducción de impuestos) que aumenten la capacidad de ahorro de los ciudadanos y les permitan no sólo hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias con normalidad sino incluso llevar a cabo una amortización anticipada.

Para conseguir los objetivos anteriormente referidos la Comisión reconoce que los estudios aconsejan la necesidad de legislar sobre la materia como la medida más eficaz para conseguir la integración de los mercados hipotecarios. Sin embargo, y, a pesar de esto, la Comisión consideró en aquel momento que era necesario continuar con las consultas a los interesados antes de tomar una decisión política de este tipo.

La Comisión es el aumento de la calidad y la comparabilidad de la información. Se trataría en este caso de facilitar a los consumidores, con carácter previo a la firma del contrato, toda la información suficiente para conformar correctamente su consentimiento. La información tendría que estar debidamente estructurada, ser clara, sencilla y en un lenguaje que la hiciera perfectamente comprensible sin usar un vocabulario técnico. La Comisión habla incluso de la

necesidad de incluir cuadros y ejemplos concretos para que la información resulte más comprensible.

La Comisión cita el papel desempañado en este sentido por el Código de Conducta para los Créditos Vivienda[283] pero reconoce que el nivel y calidad de información precontractual que se facilita en los distintos Estados miembros todavía es muy distinto. La valoración que realiza la Comisión de este Código no es precisamente positiva ya que lo califica de obsoleto y deja claro que su carácter no vinculante facilita que genere poca confianza en los Estados miembros y que genere problemas de aplicación, de interpretación y de eficacia en los distintos Estados miembros.

El tipo de interés anual efectivo (TAE) se destaca en el Libro Blanco como uno de los elementos esenciales de armonización entre los distintos sistemas hipotecarios ya que el hecho de que entre los distintos Estados miembro existan diferentes métodos de cálculo y diferentes bases de costes impide que se pueda ofrecer una correcta información comparativa.

Volviendo al concepto de "crédito responsable" la Comisión considera que el crédito debe ser concedido de forma responsable y la capacidad económica del prestatario debe ser correctamente evaluada[284]. En este sentido la información económica de los prestatarios debe poder ser transfronteriza preservando siempre el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

Respecto a la información de los productos financieros que ofrecen los prestamistas, es importante destacar que deben ofrecer toda la información posible pero no pueden asesorar. La Comisión reconoce en el Libro Blanco que de

283. Acuerdo Europeo relativo a un Código de Conducta Voluntario sobre Información Precontractual para Créditos Vivienda, 5.3.2001.

284. https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/PublicacionesGN.aspx?id=51. Véase la Nota de Estabilidad Financiera publicada por la CNMV correspondiente al Primer Cuatrimestre de 2.018 en la que percibe una mayor "laxitud" en la concesión del crédito.

admitirse este asesoramiento, los prestamistas asesorarían en su propio beneficio y esta sería una práctica claramente restrictiva de la competencia[285].

En el Libro Blanco se menciona que la creación en 2.008, por parte de la Comisión, lo que denomina el GRUPO DE EXPERTOS SOBRE HISTORIALES DE CRÉDITO[286]. Este grupo de trabajo tendría la finalidad de asistir a la Comisión en materia de información y accesibilidad al crédito.

La Comisión reitera la necesidad de que el consumidor esté debidamente informado y se remite a la Comunicación que se acompaña junto con el Libro Blanco La Educación Financiera[287] y aboga por la impartición de formación financiera de calidad en toda la UE.

Respecto a la legislación aplicable al contrato de préstamo con garantía hipotecaria la Comisión considera que deberá aplicarse la legislación del Estado miembro en el que se halle situado el bien por aplicación del Reglamento Roma I[288].

Hacia el final del Libro Blanco la Comisión apuntó ya dos temas sobre los que pretendía profundizar como ya anunció en el Libro Verde de Servicios financieros al por menor[289]: por una parte, examinar y regular el papel de las entidades no

285. Esto es exactamente lo que ha venido ocurriendo en las entidades bancarias que ofrecían productos financieros a sus clientes y que les "asesoraban" en beneficio de la propia entidad bancaria. Si desde las entidades bancarias no se hubiera llevado a cabo una auténtica labor comercial de sus productos financieros a sus clientes en las que se ocultaban los riesgos de la contratación de forma intencionada y se enfatizaba la "rentabilidad" de los mismos no se habrían producido muchas de las situaciones vividas durante la crisis económica.

286. El Grupo de Expertos sobre Historiales de Crédito fue creado mediante Decisión de la Comisión, de 13 de junio de 2008, por la que se crea un Grupo de expertos sobre historiales de crédito, 2008/542/CE, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, L 173/22.

287. Bruselas, 18.12.2007 COM(2007) 808 final.

288. Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de Junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

289. Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor: Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas, COM/2015/0630 final.

bancarias[290] y por otra parte examinar las normativas nacionales que regulan la comercialización de productos de movilización de capital *(equity realease)*[291].

Especialmente interesante resulta, que la Comisión apunte que establecer restricciones en los tipos de interés puede representar un impedimento para la circulación transfronteriza de determinados productos.

Respecto a lo anterior, no podemos obviar la importancia de la "mercantilidad" en estas relaciones jurídicas, en la contratación bancaria. La consideración de la "mercantilidad" en las relaciones jurídicas ha determinado que los contratos bancarios queden adscritos al Derecho Mercantil pero la intervención del consumidor en este tipo de contratos representa una clara dificultad a la hora de preservar los intereses de ambas partes. Sobre la reputación de la "mercantilidad" de los actos, el Código de Comercio sigue el sistema objetivo, es decir, califica el acto de comercio sin atender a la persona que lo realiza lo que en la práctica plantea muchos problemas que el legislador tiene pendiente resolver[292].

290. En su informe del año 2.011, el FSB definió el sistema bancario en la sombra como: "sistema de intermediación crediticia conformado por entidades y actividades que están fuera del sistema bancario tradicional".
291. Traducción realizada por la A.H.E del : "DOCUMENTO INFORMATIVO SOBRE LA MOVILIZACIÓN DEL CAPITAL (EQUITY RELEASE)" Council of Mortgage Lenders (CML) :"El capital o equity es la diferencia existente entre el valor de su vivienda y la hipoteca que exista sobre ella. La movilización del capital es una forma de liberar el valor de su inmueble sin tener que cambiar de casa. Principalmente, recurren a este sistema las personas mayores que tienen una vivienda en propiedad y que, o bien han amortizado su préstamo hipotecario o les queda por pagar una pequeña cantidad. Puede liberar el patrimonio constituido por el valor de su vivienda y o bien, recibir un pago único o ingresos periódicos (o ambos). Si vive en el inmueble hasta su fallecimiento, el dinero obtenido de la venta se utiliza para pagar a la entidad de crédito antes de proceder al reparto entre sus herederos. Con algunas modalidades de préstamos, también puede realizar pagos periódicos de intereses."
292. Sobre el concepto de "mercantilidad" véase, por ejemplo, MURILLAS ESCUDERO, JUAN MANUEL. "Unas notas sobre el concepto de "mercantilidad"", Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, 2.002.

Para una buena parte de la doctrina el legislador debería centrar sus esfuerzos en realizar una unificación y aproximación del Derecho Privado[293]. En el presente trabajo podemos comprobar que la protección del consumidor resulta especialmente difícil si tenemos en cuenta que concurren normas de distinta naturaleza, incompatibles entre sí en muchos puntos[294].

La Jurisprudencia ha jugado un papel fundamental durante la crisis económica de 2.008 en cuanto a la evolución de los distintos tratamientos que se ha dado a la interpretación de las relaciones contractuales (Banca-consumidor-promotor-constructor).

Ante las mismas normas y antes los mismos contratos, la Jurisprudencia ha dado soluciones distintas, y, en algunos casos, vanguardistas e innovadoras[295].

293. BROSETA PONT, MANUEL. MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO. 24ª Edición a cargo de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ. Manual de Derecho Mercantil. Vigésimo Cuarta Edición. Volúmen II. Contratos Mercantiles. Derecho de los Títulos Valores. Derecho Concursal. Tecnos. Madrid. 2.017. Pags. 33-34. Para los autores no existe ningún obstáculo que impida unificar el régimen jurídico de los contratos y destacan opiniones como la del Profesor Vicent Chulià así como la necesidad de unificar el derecho de los contratos destacando que no es sólo una cuestión académica: "…Lamentablemente, el legislador no se ha pronunciado abiertamente y con carácter general desde que, a finales del siglo XIX, se promulgase el vigente Código de Comercio. Lo cierto es que el sistema objetivo que sigue el Código (calificar el acto de comercio sin atender a la persona que lo realiza) se ha revelado un criterio nefasto (véase también la crítica que con carácter general se vertió en el Volumen Primero, Capítulo Primero sub V.D.). Por esta razón, *de lege ferenda*, es inaplazable la intervención del legislador en esta materia. Según la doctrina que más atención ha prestado a esta cuestión, la reforma debiera ir en el sentido de una progresiva aproximación o unificación del Derecho Privado (al menos en el ámbito de las obligaciones y contratos), que hiciera superfluo contar con una doble regulación de los contratos (especiales esfuerzos ha dedicado a este tema VICENT CHULIÀ). Con ello, además no se haría sino seguir las más modernas corrientes en la materia: es el caso del Derecho suizo, italiano, del Nieuwe Burgerlijk Wetboek holandés, que procede a operar una auténtica unificación; o, en un ámbito parcialmente distinto (al no tratarse de Derecho nacional), los "*Principios de Derecho Contractual Europeo"*.

294. En la compraventa de vivienda con financiación por parte del consumidor se solapa la normativa bancaria (que otorga una posición dominante a las entidades bancarias), la normativa de protección al consumidor, las normas que regulan el derecho hipotecario y las normas procesales que condicionan las posibilidades reales de defensa del consumidor una vez se produce la imposibilidad de pago de la hipoteca.

295. Sirva, a modo de ejemplo, el tratamiento que da la STS Nº733 /2.015, de 21 de Diciembre de 2.015 (Nº Recurso 2470/2012), a las cantidades entregadas a cuenta por el comprador durante la construcción de una vivienda comprada "sobre plano": " El 12 de Noviembre de 2010 se presentó demanda interpuesta por D.ª Apolonia sobre «protección de

derechos fundamentales y protección de los derechos de los consumidores y usuarios con restitución de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción, más el interés legal del 6% anual sobre las mismas desde su primera entrega» , contra la entidad "Nileg & Berliner Bau GMBH" (posteriormente "Berliner Bau Project La Siesta GMBH") y la entidad "Caja de Ahorros del Mediterráneo" (luego "Banco CAM S.A.U.") ( Antecedente de Hecho Primero). El supuesto enjuiciado hace referencia a una vivienda en construcción que no fue finalizada y por tanto supuso un incumplimiento contractual por parte del promotor y constructor. De contrario se alegó que la demanda no se podía encuadrar como de defensa de consumidores y usuarios ni como de defensa de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, entendiendo que se trataba «de una pretensión individual de reclamación de cantidad por una consumidora y usuaria frente a determinadas entidades». Y la entidad bancaria codemandada contestó y se opuso a la demanda alegando falta de legitimación pasiva y, en cuanto al fondo, que la obligación de avalar incumbía al promotor, a quien también correspondía solicitar la apertura de cuenta especial. En este supuesto y en el contexto de la crisis económica el TS realizó la siguiente aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: Según la norma de que se trata, los promotores deben percibir las cantidades anticipadas a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior» (es decir, un seguro o un aval bancario). Se trata, en definitiva, de determinar el alcance de la expresión «bajo su responsabilidad» cuando, como en este caso, las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada. La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar en sus arts. 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) - STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (Recurso nº 196/2013 ). Más en particular, por lo que se refiere a la cuenta especial en la que han de depositarse las cantidades anticipadas, la sentencia de 16 de enero de 2015, también de Pleno (Recurso nº 2336/2013 ),distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el art. 1 de la Ley 57/1968 , entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador; la Sentencia de 13 de Enero de 2015, asimismo, de Pleno (Recurso nº 2300/2012 ), declara que « el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que se impone al vendedor; y la Sentencia de 30 de Abril de 2015 , igualmente de Pleno y sobre un Recurso contra sentencia precisamente de la Audiencia Provincial de Burgos (Recurso nº 520/2013), es decir de la misma cuyo criterio se invoca en el presente Recurso, resuelve que la Caja de Ahorros avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad. Pues bien, la aplicación de la línea inspiradora de esta Doctrina Jurisprudencial al presente Recurso determina que proceda su estimación, porque la responsabilidad que el

**2.Concepto de "crédito responsable" y la "educación financiera": La Ley 2/2.011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible.**

Respecto a las normas de trasparencia y protección de los clientes de servicios bancarios, comenta el Prof. SOTILLO que son destacables las normas sobre evaluación de la solvencia del cliente y préstamo responsable y sobre la elaboración de las llamadas Fichas de Información Precontractual e Información Personalizada para los préstamos hipotecarios ( art. 29 de la Ley de Economía Sostenible, arts. 18, 21 y 22 de la Orden de 28 de Octubre de 2.011 y Norma Duodécima y Anejo 6 de la Circular 5/2.012 de 27 de Junio del Banco de España), aunque reconoce que "se están demostrando de escasa utilidad salvo en sede judicial"[296].

En cualquier caso, la doctrina justifica su mantenimiento en la normativa por su interés de carácter general para el sistema financiero saneado, caracterizado por la estabilidad y la seguridad de las transacciones[297].

**3. El "derecho de información" y la "Ficha de información personalizada": el art. 147 del Reglamento del Notariado y el art. 193 del Reglamento Registral.**

Las normas que regulan el derecho a la información son de naturaleza reglamentaria y vienen conformadas básicamente por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que, con base en la habilitación contenida en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y en el posterior art. 29.2 la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que fue

art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor".

296. SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. Íbidem, pág. 24.

297. Véase MAS BADIA, Mª D., *Sistemas privados de información crediticia*, Tirant lo blanch, 2021, Valencia, pgs. 91-99.

derogado por la Disposición derogatoria f) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito , que incluye una nueva norma de habitación en su art. 5.Se trata de normas de transparencia bancaria que vienen referidas a servicios, comisiones y gastos repercutibles en el deudor, cuya eficacia en el ámbito jurídico privado ha sido ampliamente debatida por la doctrina, teniendo esta cuestión cierta repercusión jurisprudencial[298].

La Orden EHA/2899/2011 se aplica a los clientes de servicios bancarios por lo que su ámbito de aplicación es más amplio, a priori, que el previsto en el art. 3 TRLGDCU referido al consumidor.

El art. 2.1 de la Orden considera clientes sólo a las personas físicas pero incluye también a los empresarios individuales y a los autónomos respecto a los cuales permite que las partes puedan pactar que no se aplique total o parcialmente lo dispuesto en la Orden excepto en lo previsto en el Capítulo II del Título III, el relativo a las normas sobre créditos y préstamos hipotecarios. En cualquier caso, estas normas vienen referidas a los préstamos hipotecarios concedidos a personas físicas y que se encuentran garantizados con las viviendas o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

La Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de Junio, del Banco de España, de entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos se aplica también a personas físicas y respecto a los empresarios individuales o autónomos permite pactar su no aplicación respecto a determinadas normas exceptuando las que afectan los tipos de interés oficiales, al cálculo de la tasa anual equivalente y

298. Se trata de una temática demasiado extensa y general como para tratarla en el marco de esta tesis. Sobre la misma, CUÑAT EDO, V., "Las limitaciones a la libertad en el ámbito contractual bancario", en AA.VV. (dir. V. Cuñat), *La protección de los particulares frente a las malas prácticas bancarias II*, Estudios de Derecho Judicial del CGPJ, núm. 79, 2005, pgs. 11-42; y en el mismo volumen, MARIMÓN DURÁ, R., "La retribución de las entidades de crédito desde el punto de vista de las normas de transparencia bancaria", EDJ, núm. 79, 2005, pgs. 289-353.

a los índices o tipos de referencia aplicables para el cálculo de valor de mercado en la compensación por tipos de riesgo de interés en los préstamos hipotecarios (normas decimotercera a decimoquinta).

Tal y como se ha defendido por una parte de la doctrina, las reglas incluidas en esta normativa de transparencia pueden integrar los conceptos jurídicos parcialmente determinados que utilizan las normas generales sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, como el de la propia "transparencia" o la contravención de la "buena fe" (arts. 5, 7 y 8 Ley 7/1998 y 82 TRLGDCU)[299]. Si esto es así, el derecho de información del cliente y su inobservancia por parte de la entidad bancaria, puede tener como consecuencia no sólo la obligación de indemnizar por el daño que se cause, sino también la nulidad del préstamo[300].

**4.La Directiva 2.014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Mayo, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifica la Directiva 2.007/92/CE y la Directiva 2.011/61/UE, de 16 de Junio de 2.014: MIFID II (Mercados de Instrumentos financieros, siglas en inglés).**

299. GARCÍA-CRUCES, J. A., "La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la Banca. Consideraciones en torno a la OM de 12 de diciembre de 1989 y la Circular 8/90", *RDBB*, núm. 46, 1992, pg. 416; ILLESCAS ORTIZ, R., "Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución", *RDBB*, núm. 34, 1989, pg. 273; RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1995, pg. 340; CUÑAT EDO, V., "Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria", AA.VV., *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a E. Verdera y Tuells*, T. I, La Ley, Madrid, 1994, pgs. 617-618; el mismo autor en *EDJ*, núm. 79, 2005, ob. cit., págs. 35-36; ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, 3ª ed., Madrid-Barcelona, 2005, pg. 459; y MARIMÓN, en *EDJ*, núm. 79, 2005, ob. cit., pgs. 312-317.

300. Véase la Sentencia de Primera Instancia nº 7 de Córdoba, de fecha 24 de Marzo de 2.021, en virtud de la cual se condenó a la entidad Caixabank a indemnizar a los demandantes por no haberlos informado de la existencia del Código de Buenas Prácticas así como de los derechos y medidas de protección. La Sentencia no sólo condena a la entidad bancaria a indemnizar a los demandantes sino que además declara la nulidad del préstamo. Véanse también los casos más antiguos citados por MARIMÓN, en *EDJ*, núm. 79, 2005, ob. cit., pgs. 318-319.

El 12 de Diciembre de 2.017 se publicó en la página web de la CNMV que la CNMV adoptaría las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA)[301] en aplicación de la nueva normativa MiFID II[302] en virtud de la cual se disponen una serie de obligaciones a las entidades productoras y distribuidoras de productos financieros.

Con estas Directrices se pretende que las entidades que distribuyan productos financieros gestionen debidamente su difusión y su comercialización, y, en definitiva, su "colocación" en el mercado de una forma responsable[303]. Se trata de que se valore, y se estudie cada producto antes de su comercialización en el mercado.

Se hace referencia tanto a los productores como a los distribuidores de estos productos que deben obtener toda la información necesaria para ofrecer a su vez toda esa información en la comercialización de los mismos.

Las Directrices pretenden que los productos sean ofrecidos o recomendados sólo cuando sean de interés para el cliente y establecen un conjunto de requisitos de lo que denomina "gobierno de los productos" entre los que destaca la

301. "Guidelines on MiFID II product governance requirements". Las Directrices desarrollan los requisitos establecidos en los artículos 16.3 y 24.2 de MiFID II y los artículos 9 y 10 de la Directiva Delegada de MiFID II.

302. Consulta en la página web CNMV: "MiFID II: Es la Directiva 2014/65/EU relativa a los mercados de instrumentos financieros. Basada en la mejora de las reglas ya adoptadas por MiFID, regula las condiciones de autorización y funcionamiento de las Empresas de Servicios de Inversión (ESI), incluyendo la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la UE, así como la actividad de las empresas de terceros Estados; las condiciones de autorización y funcionamiento de los mercados regulados; la limitación de las posiciones y controles de la gestión de posiciones en derivados sobre materias primas; las normas de conducta y protección al inversor a seguir por las ESI; los servicios de suministro de datos, y los requerimientos de organización y conducta para los participantes en el mercado con el objetivo de mejorar la protección del inversor."

303. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de Octubre de 2.017 se pronuncia sobre la información que se debe ofrecer al consumidor inversor en la colocación de productos financieros. La AN considera que la deuda pública también debe estar entre los productos financieros que requieren que previamente se informe al inversor, con carácter previo a su comercialización. La OM identifica el nivel de riesgo en una escala de seis colores y con números del 1 al 6, pero se desconoce en qué nivel se encontraría la deuda pública. La OM excluía los seguros, los fondos de pensiones colectivos, y la deuda pública Nacional y de los Estados Miembros de la Unión Europea.

importancia de estudiar y determinar correctamente el grupo de clientes finales a los que se ofrezca o recomiende el producto.

La normativa MiFID II impone la identificación del mercado objetivo potencial para el productor estableciendo distintas categorías[304] para identificar este mercado que deberán seleccionarse, en su caso, en atención a las características del producto de que se trate.

Los distribuidores deberán también identificar un mercado objetivo para lo que deberá tener en cuenta la información de la que disponga a través de su base de datos, información de la que disponen por haberla recopilado a través de la prestación de servicios de inversión o auxiliares.

La Normativa MIFID II, que entró en vigor el día 3 de Enero de 2.018 se ha presentado ante los medios como un instrumento para dotar de mayor transparencia el mercado financiero y evitar que se vuelvan a producir situaciones como las producidas durante la crisis[305].

304. Se establecen categorías como el tipo de clientes, los conocimientos y experiencia, la situación financiera en especial la capacidad para absorber pérdidas, la tolerancia al riesgo y la compatibilidad del perfil de rendimiento-riesgo del producto y los objetivos y necesidades del cliente. Todas estas categorías deben ser contempladas por el productor pero podrá valorar cada una de ellas respecto al producto concreto de que se trate.

305. http://www.europapress.es/economia/noticia-mifid-ii-afectara-ahorrador-20171212090222.html. "Qué es MIFID II y cómo afectará al consumidor". Hace referencia al listado elaborado por el Banco Mediolanum en el que se recogen los cuatro grandes cambios que operan en la relación entre los ahorradores y los bancos: 1º. Se diferencia entre "vender" y "asesorar", el banco deberá informar al cliente en este sentido y distinguir ambos supuestos claramente. El "asesoramiento" podrá ser "independiente" o "no independiente". En ambos supuestos el asesoramiento será remunerado: en el caso de que lo realice el Banco (no independiente) se cobrará vía comisión de lo que se deberán informar al cliente) y en el caso de que se trate de un asesoramiento no independiente se deberá informar al cliente del coste de ese servicio que será prestado por una asesoría externa subcontratada (para lo que el cliente deberá firmar un contrato específico). 2º.- Certificaciones. Las profesionales que realicen el asesoramiento deberán acreditar mediante el correspondiente Certificado su nivel de formación en materia de economía y finanzas, y se les exigirá un mínimo de seis meses de experiencia previa de forma autónoma. 3º.- Productos que se adapten a cada cliente. Se estudiará y definirá previamente el perfil del inversor y sus necesidades y se le ofrecerán los productos adecuados a sus necesidades. 4º.- Mayor información. La entidad deberá justificar al cliente la calidad del producto que el cliente contrate así como el coste de la gestión del ahorro y de la inversión que realice.

La Directiva regulaba distintos niveles de protección. En Septiembre de 2.007 entraron en vigor las normas concernientes a la creación de un servicio único de mercados financieros de la UE. MIFID II fue aprobada por el Parlamento Europeo en 2.014 y se complementa por el Reglamento MiFIR, Reglamento relativo a los mercados de instrumentos financieros.

Por tanto, la normativa MIFID II parece incidir en la necesidad de informar y asesorar debidamente al consumidor lo que representa una clara incompatibilidad de intereses entre la entidad bancaria y el inversor, ya que un correcto asesoramiento representaría en muchos casos que el cliente optara por no contratar el producto financiero[306].

Un camino similar, aunque no idéntico, ha seguido la norma de transposición de la Directiva 2014/17/UE de Crédito Residencial, la Ley 5/2019, que en su art. 19 instituye la figura del asesoramiento en materia de préstamos inmobiliarios, en la que también se establecen las condiciones para que el asesor pueda utilizar a vitola de "independiente"[307].

En este sentido, la "transparencia" parece ser un valor al alza en el sector bancario y se ha convertido casi en un elemento publicitario-promocional de la misma, utilizado con reclamo comercial[308] lo que, en modo alguno, garantiza un

306. Sobre los efectos de la Normativa MIFID II y la distinción entre "vender" y "asesorar" las entidades bancarias potencian la faceta del asesoramiento como un plus para el cliente. Ver http://www.europapress.es/economia/noticia-kutxabank-cuenta-3000-gestores-ofreceran-asesoramiento-cualificado-productos-inversion-20180114140505.html. El artículo destaca que el Grupo KUTXBANK cuenta con 3.000 gestores (que representan el 70% de su red comercial) para prestar el asesoramiento cualificado al que hace referencia la normativa MIFID II.

307. La nueva figura ha sido estudiada entre otros por ZUNZUNEGUI, F., "Asesoramiento en la Ley de crédito inmobiliario", *RDMF*, working paper 2/2019, pgs. 1-23; PEREA ORTEGA, R., "El asesoramiento en préstamos inmobiliarios", en AA.VV. (coord. J. Mª López Jiménez), *Comentarios a la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, Wolters Kluwer-Bosch, Las Rozas (Madrid), 2019, pgs. 295-327; y CUÑAT EDO, V. y MARIMÓN DURÁ, r., "El asesoramiento en materia de crédito inmobiliario", en AA.VV. (coord. C. C. Castillo), La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario, Wollters Kuwer-La Ley, Las Rozas (Madrid), 2020, pgs. 309-355.

308. http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-sareb-lanza-canal-subastas-electronicas-inmuebles-traves-pagina-web-20180208102945.html. "Sareb lanza

conocimiento real por parte del inversor y del cliente bancario sobre el producto o servicio contratado y sus características.

De todo lo anterior, podemos concluir, respecto al principio de autonomía de la voluntad, resulta evidente que no concurre por la mera lectura del contrato bancario, y tampoco por la intervención de Fedatarios públicos como el Notario o el Registrador de la propiedad. Los llamados controles de transparencia no dejan de ser meras apareciendas que realmente no separan al prestatario de la firma del contrato bancario.

Sólo un control de las cláusulas del contrato, con carácter previo a la puesta en circulación de un contrato, por parte de la Administración, podría aumentar la protección. Es decir, se trataría, no de revisar un contrato bancario por parte del prestatario cuando lo va a firmar sino de no permitir la puesta en circulación en el tráfico jurídico de ciertos contratos que no cumpliesen una normativa preestablecida en el sentido apuntado anteriormente.

No se trata de revisar si hay una cláusula abusiva cuando se va a firmar un contrato sino de que los contratos bancarios que se utilicen por las entidades bancarias, ya contemplaran distintos tramos de ejecución y distintas consecuencias jurídicas, y, ello sin perjuicio de que, lógicamente todas las cláusulas que fueran incluidas en cada uno de esos tramos no fueran abusivas o nulas.

La autonomía de la voluntad en el prestatario está limitada: o firma el contrato y obtiene la financiación o no firma el contrato y no obtiene la financiación. La negociación es inexistente y la capacidad de elección en el mercado absolutamente limitada tras la progresiva concentración de las entidades

un canal de subastas electrónicas de inmuebles a través de su página web". La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb) incorporó un buscador de subastas electrónicas relativo a los inmuebles de su cartera permitiendo el acceso a fichas proporcionadas por el Juzgado, Notario o responsable del proceso de ventas con la finalidad de dotar la venta de inmuebles como parte de su "política de transparencia".

bancarias que restringen la competencia en el mercado en perjuicio del prestatario.

Debemos ser muy críticos cuando se habla de "educación financiera" y de "creditos responsables" ya que quienes realmente conocían los riesgos al inicio de la Crisis de 2.008 fueron precisamente quienes los generaron. La titulización de bonos hipotecarios se realizó por entidades bancarias, prescindiendo de controles de calidad del crédito con la cooperación de las Agencias de Calificación y de las Autoridades Supervisoras, generando una cadena de actuaciones que no eran imputables a los ciudadanos. Los propios bancos centrales tenían mecanismos suficientes para poder controlar y detectar estas prácticas.

Podemos concluir que la banca se encuentra en una posición de garante, y se inserta en un sistema que la protege en caso de que sea necesario, como ya ocurrió con la Crisis de 2.008, por miedo a la quiebra del sistema bancario, y, es precisamente, este motivo por el que consideramos que el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda es especialmente relevante no sólo porque hace efectivo el derecho a la vivienda, sino porque es un contrato fundamental en el sistema bancario.

Los inmuebles (*bienes raíces*) siguen siendo los bienes de inversión y de garantía por excelencia, y, ello por mucho que asistamos, a la creación de "derechos etéreos virtuales" que a menudo se usan para especular y que tienen una duración limitada en el tiempo.

El prestatario, el consumidor que firma un contrato bancario de préstamo hipotecario, no puede interferir en la conformación del contrato sólo puede adherirse o no al contrato, por lo que la verdadara protección vendría dada por una itervención anterior mediante modificaciones legislativas que impongan unos mínimos necesarios en dichos contratos, en los términos expuestos, contemplando siempre distintas fases o periodos temporales en la ejecución del contrato, evitando que cualquier incumplimiento contractual, pudiera motivar la

declaración de vencimiento anticipado del contrato, por ejemplo, en el sentido que se expone en los Capítulos siguientes.

## CAPÍTULO IV.

## LA CONTRATACIÓN BANCARIA Y LA REVISIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES TRAS LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

SUMARIO.

I.LA REVISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CONTROLES DE LEGALIDAD TRAS LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO BANCARIO.1.1. Intervención del Registrador de la Propiedad: la función de calificación y la transcripción registral de las cláusulas del contrato bancario. 1.2. El control Notarial: la intervención del Notario como Fedatario Público o como garante de la legalidad. 1.3. El control Judicial de la contratación bancaria: revisión de las cláusulas del contrato bancario en sede Jurisdiccional. 1.3.a.Revisión del contrato bancario ante la Jurisdicción competente. 1.3.b. Algunas cuestiones suscitadas tras la revisión judicial del contrato bancario: la inadecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria en España, el efecto de cosa juzgada y, la posible responsabilidad patrimonial del Estado.1.3.c. El efecto de cosa juzgada. 2. ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS BANCARIAS MÁS RELEVANTES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO OBJETO DE REVISIÓN Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA CRISIS DE 2.008.2.1 Las cláusulas suelo. 2.1.a. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo pero no su retroactividad. 2.1.b. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Diciembre de 2.01 en virtud de la cual se declaró la retroactividad de la nulidad en las cláusula suelo. 2.1.c. El Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.2.3. Breve referencia a otras cláusulas de interés. 2.3.a. Las cláusulas de intereses moratorios. 2.3.b. Las cláusulas de intereses remuneratorios.2.3.c. Cláusulas de fijación de índices de referencia. 2.3.d. Cláusula de pacto de liquidez o fijación del saldo deudor. 2.3.e. Cláusula relativa a la distribución de gastos de la operación. 2.3.f. Cláusula relativa a la fijación de comisiones bancarias.2.3.g.Cláusula relativa a los avalistas y fiadores.

## I. LA REVISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES TRAS LA PERFECCIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: CONTROLES DE LEGALIDAD TRAS LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO BANCARIO.

### 1. Intervención del Registrador de la Propiedad: la función de calificación y la transcripción registral de las cláusulas del contrato bancario.

Ante la posible controversia que se pueda generar a la hora de calificar las escrituras públicas por parte del Registrador de la Propiedad o de autorizar las mismas por parte del Notario, existe la posibilidad de celebrar un acto de conciliación, con carácter previo que viene regulado en el art. 103 bis de la Ley Hipotecaria y art. 140 Ley 15/2.015 de Jurisdicción Voluntaria: la conciliación[309].

Pensemos que el art 258.2 de la LH dispone que el Registrador debe denegar la inscripción de las cláusulas declaradas nulas de conformidad con la LGCU, pero evidentemente este control "preventivo" resulta ineficaz si no existe un pronunciamiento judicial previo que así lo declare.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducido por la Ley 41/2.007, de 7 de Diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario, otorga carta de naturaleza a las cláusulas abusivas al disponer una especial protección convalidándolas, por así decirlo, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

309. El art. 103 bis LH regula la realización de actos de conciliación ante los Registradores sobre cualquier controversia inmobiliaria, urbanística y mercantil o que verse sobre hechos o actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Mercantil y otro registro público que sean de su competencia, siempre que no recaiga sobre materia indisponible con la finalidad de poder alcanzar un acuerdo extrajudicial. Celebrado el acto de conciliación el Registrador certificará la avenencia entre los interesados o, en su caso, que se intentó sin efecto o avenencia. La conciliación aparece como un medio interesante, previo o en evitación de un proceso judicial, que puede tener su utilidad en la materia que nos ocupa. Su regulación no es tan completa como la regulación de la conciliación prevista en la LEC que tiene lugar ante el Letrado de la Administración de Justicia. Sobre la conciliación véase, la RDGRN DE 18 de Octubre de 2.017 en virtud de la cual se declara que la conciliación registral es documento público y tiene fuerza ejecutiva. Resolución de 31 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el Recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Vélez-Málaga n.º 1, por la que se deniega la tramitación de una solicitud de conciliación ante el registrador.

Así, tras la reforma, el artículo 12 LH[310] dispuso que "Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipotecas a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1.981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real, se harán constar en los asientos en los términos que resulten de la escritura de formalización". Esta norma, puesta en relación con el artículo 130 de la LH[311] tiene como consecuencia que la ejecución se despacha ineludiblemente basándose en un título constituido extrajudicialmente como es la ejecución judicial y en un clausulado sobre el que, hasta la fecha, no se ejercía ningún tipo de control, que ha tenido acceso al Registro de la Propiedad.

El art. 18 LH[312] otorga la facultad y el deber de los Registradores de la Propiedad de controlar la legalidad de los negocios jurídicos que acceden al Registro de la Propiedad. Sin embargo, el artículo 12 LH introducido por la Reforma de la Ley 41/2.007, otorga, como en otras ocasiones un privilegio a las entidades bancaria excluyéndolas de ese control de legalidad y posibilitando el acceso directo de las cláusulas abusivas al Registro de la Propiedad.

310. Artículo 12 de la Ley Hipotecaria: En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.
311. Artículo 130 de la Ley Hipotecaria: "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".
312. Artículo 18 de la Ley Hipotecaria: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro".

La intervención del Notario, como fedatario público que autorizaba la escritura pública, y del Registrador de la Propiedad, que califica los negocios jurídicos que acceden al Registro de la Propiedad, hacía de las ejecuciones hipotecarias unas instituciones procesales prácticamente blindadas que no permitían al deudor ningún margen de defensa en la práctica.

El mero hecho de que en la tramitación de una escritura pública intervinieran el Notario y el Registrador de la Propiedad, revestía de una solemnidad y legalidad el negocio jurídico contenido que no permitía controvertirlo de ninguna forma: se presumía la legalidad de todas las cláusulas y la correcta conformación del consentimiento.

Tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 (caso Aziz) se empiezan a cuestionar de una forma más clara todos estos elementos aunque, como citamos a lo largo de este trabajo, con anterioridad a esta Sentencia, la Jurisprudencia también había interpretado en algunas ocasiones determinadas cláusulas propias de la contratación bancaria con consumidores.

Sobre la función calificadora de los Registradores de la Propiedad, incluye el control de legalidad ya que de lo contrario la figura del Registrador quedaría reducida a un mero transcriptor de datos que autorizaría el acceso al Registro de la Propiedad de cualquier tipo de información o negocio jurídico.

Tras la reforma del art. 12 LH por la Ley 41 /2.007, de 7 de Diciembre, la DGRN se mostraba restrictiva con los derechos de los consumidores. Con anterioridad a esta Ley, los Registradores debían determinar qué cláusulas tenían trascendencia real, en cuyo caso debían ser calificadas conforme al art. 18 LH, y qué cláusulas no tenían esta trascendencia, y en este caso ni se calificaban ni se inscribían en el Registro de la Propiedad. Durante años la DGRN realizó esta distinción entre las cláusulas, distinguiendo las que eran inscribibles de las que no.

Tras la Reforma de la Ley 41 / 2.007 esta situación cambia y en la propia Exposición de Motivos la Ley hace alusión a que su finalidad es la de evitar

calificaciones registrales discordantes que eviten que exista uniformidad del derecho registral en la contratación en masa.

El art. 12.2 LH plantea dudas de interpretación ya que dispone que las cláusulas de vencimiento anticipado y las demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

La expresión utilizada parecía hacer mención a que, únicamente, constaban, pero no se les reconocía trascendencia real a efectos de su calificación, pero ciertamente, el acceso al Registro de la Propiedad implica los efectos frente a terceros y permite la ejecución hipotecaria en los términos previstos en el art. 130 LH.

Tras la Reforma de la Ley 2/2009, de 31 de Marzo, que 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, la DGRN cambia de planteamiento ya que el art. 18.1 atribuye el control de legalidad a Notarios y Registradores.

El art. 18.1 hace alusión a que los Notarios y Registradores tienen la obligación de realizar un control genérico de legalidad de los actos que autorizan y esta obligación deriva de su condición de funcionarios públicos. El precepto impone la obligación de los Notarios de no autorizar ningún acto ni negocio jurídico que no cumpla las previsiones legales preceptivas[313].

313. Sobre este control resulta evidente, habida cuenta el tipo de cláusulas y obligaciones contenidas en las escrituras públicas, que ni los Notarios ni los Registradores han ejercido la obligación legal relativa al "control de legalidad" al que alude el art. 18.1 ya que los Notarios se han venido limitando a identificar a las partes firmantes, sin entrar en otras cuestiones ni en el contenido del negocio jurídico y los Registradores a inscribir de forma casi automática las escrituras públicas presentadas por las entidades bancarias. La práctica ha demostrado que, de haberse aplicado lo dispuesto en el art. 18.1 durante el desarrollo de la crisis, un número considerable de escrituras públicas, precisamente porque su contenido y su alcance real hubiera impuesto trabas a la firma de dichos documentos.

En este sentido compartimos plenamente la crítica que realiza JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ[314], respecto al control notarial y registral de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios, que considera imprescindible.

Si el Notario, exclusivamente, da fe de lo que "ve, oye y percibe por sus sentidos", bastaría con identificar a las partes mediante una firma digital y realizar incluso el negocio jurídico *"on-line".* Parece que el legislador no quiso ver en la figura del Notario un mero tramitador al que no se le exija un plus de cualificación profesional. El concepto de "fedatario público" debe ser entendido en un sentido amplio y cualificado que ofrezca garantías a los ciudadanos.

Lo mismo ocurre, a nuestro juicio, con la figura del Registrador de la Propiedad, y ello aunque el artículo 12 LH dio cobertura a la exoneración del Registrador de la Propiedad del control de legalidad, que, por imperativo del artículo 18 LH debería serle exigible.

Como expone JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, fue la RDGRN de 19 de Abril de 2.006 la que estableció que el Registrador no podía realizar el control de legalidad sobre la materia que nos ocupa. Como destaca el autor la Resolución es anterior a la Ley 41/2.007, y *el razonamiento que se realiza en la misma es "tan categórico como erróneo*". Si en el año 2.006, fecha de la Resolución, era inadmisible tal desprecio hacia las normas de protección al consumidor, como

314. MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARIA (AAVV), "Estudios Jurídicos sobre Vivienda y Desahucios", Capítulo I. Condiciones Generales Abusivas en los préstamos hipotecarios", pág. 20 Junta de Andalucía. Consejería de Fomento y Vivienda. 2.015. El autor cita al pie de página distintos autores que sostienen que no existe la obligación del control de legalidad de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad. Cita a A.CARRASCO, director de un Centro de Consumo, haciéndose eco de la Doctrina establecida por R.D.G.R.N de 19 de Abril de 2.006 y otras Resoluciones posteriores hasta Octubre de 2.011 en las que se considera que los Registradores de la Propiedad no deben controlar la legalidad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios. Cita también a LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GONSÁLVEZ, que considera los mismo respecto a los Notarios, es decir, que no deben realizar ningún control de legalidad respecto de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario, con una salvedad, aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas por tratarse de cláusulas abusivas, mediante Sentencia, inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

expone el autor sin ningún remilgo, más inadmisible es en la actualidad este argumento.

Este autor parte del presupuesto de que el artículo 6 de la Directiva CEE 93/1.993, dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. De esta disposición extrae la conclusión de que no se requiere un pronunciamiento judicial previo que declare la abusividad y la nulidad de la cláusula para que opere la vinculación[315].

La evolución de la crisis económica provocó la revisión y reinterpretación de normas y preceptos que ya existían con anterioridad. Como apunta JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, no tiene ningún sentido que exista una normativa de protección de los consumidores, y que la figura del Notario y del Registrador de la Propiedad se configuren, por Ley, como "controles de legalidad" y precisamente en el caso de los contratos de préstamos hipotecarios con consumidores se desvirtúen estos conceptos y se impida el control de legalidad.

Cuestiones técnico-jurídicas aparte, no debemos olvidar que existe una convicción social respecto a las funciones del Notario y del Registrador de la Propiedad y la gran mayoría de los ciudadanos-consumidores creen que una escritura pública tiene un plus de legalidad por el hecho de que intervenga un Notario de la misma forma que consideran que el Registrador la "revisa" antes de calificar e inscribir.

Sobre la interpretación de las posibles lagunas de esta regulación la doctrina no es pacífica ya que se plantea acudir tanto a la conciliación judicial como a la conciliación notarial[316].

315. Íbidem, pág. 21. Recuerda que en este sentido se pronunció la STJUE de 4 de Junio de 2.009, Caso Pannon, C 243/08 y reproduce: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula".
316. Sería más adecuado, desde un punto de vista técnico, acudir a las normas sobre conciliación notarial antes que a la conciliación judicial, porque si bien se trata de

Respecto a la competencia territorial, parece que por analogía respecto a la conciliación notarial (art. 81 Ley del Notariado) cabe acudir a cualquier Registrador para celebrar la conciliación de la misma forma que ocurre con la conciliación notarial prevista en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

La Ley impone a los Notarios y a los Registradores el deber de información a los consumidores respecto a las condiciones generales de la contratación y el art. 84 LGDCU prohíbe a los Notarios y a los Registradores autorizar o inscribir, respectivamente, contratos o negocios con cláusulas abusivas, pero sólo en el supuesto de que así hubiera sido declarado mediante Sentencia firme inscrita en el Registro Especial.

**2.El control notarial: la intervención del Notario como Fedatario Público o como garante de la legalidad.**

El Consejo General del Notariado, a través del OCCA (Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas)[317] ha creado una página web[318] a la que puede acceder cualquier ciudadano y consultar la información que ofrecen sobre las cláusulas abusivas que tienen tal consideración por imperativo legal o porque así han sido declaradas mediante Sentencia firme. La propia página web incorpora un enlace

Fedatarios Públicos en todos los casos (Letrados de la Administración de Justicia, Notarios y Registradores) el Letrado de la Administración de Justicia es el único que desarrolla su función dentro del ámbito jurisdiccional por lo que no se debe aplicar analógicamente normas judiciales a actuaciones extrajudiciales que no aparecen ni tan siquiera contempladas o reguladas en la LEC como es la conciliación del art. 103 Bis LH. Pensemos, a modo de ejemplo, en el procedimiento monitorio, sobre el que, a pesar de estar regulado en la LEC, existen diferentes planteamientos acerca de su naturaleza judicial. Por tanto, no factible, en mi opinión aplicar normas judiciales a instituciones que no son de naturaleza procesal.

317. El OCCA (Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas) fue creado por el Consejo General del Notariado como un mecanismo más de protección de los consumidores. Se integra por Notarios y expertos en la materia y depende de la Comisión de Consumidores del Notariado presidida por el Decano del Colegio Notarial de Canarias Alfonso Cavallé.
318. http://www.occa.notariado.org.

directo con el Registro de Condiciones Generales. La página hace alusión a los medios de los que disponen los Notarios para proteger jurídicamente a los consumidores y los servicios notariales que se ofrecen para esta defensa.

La página web recoge asimismo Jurisprudencia sobre la materia (incluye Sentencias de las Audiencias Provinciales, Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil dictadas en procedimientos que puedan resultar orientadoras para los interesados aunque no haya recaído Sentencia firme en los procedimientos.

Como sabemos el Notario tiene la obligación de velar por la tutela de los derechos de los consumidores y de informarles sobre el significado, el contenido y el alcance real de las cláusulas contenidas en las escrituras públicas así como de comprobar que las escrituras no contengan cláusulas declaradas abusivas por la Ley o por Sentencia firme inscritas en el Registro de Condiciones Generales.

Durante el periodo previo a la crisis económica no consta que existiera reticencia alguna por parte de los Fedatarios Públicos a autorizar estas escrituras públicas o a inscribir en el Registro de la Propiedad su contenido. Sin embargo, con posterioridad a la crisis, todas las instituciones quisieron erigirse en grandes defensoras de los ciudadanos injustamente desahuciados, pero olvidan que una actuación responsable de las instituciones, y de todos los intervinientes pudo evitar la gravedad de la situación así como su alcance.

Durante el llamado "boom de la construcción" se autorizaron gran número de escrituras públicas en las que se compraba una vivienda con un préstamo hipotecario[319]. El Notario no entraba en ningún tipo de valoración sobre las

319. Pensemos que en muchos casos se trataba de la firma de promociones de obra nueva en las que podían firmarse en pocos días cientos de compraventas, en las que el control de las cláusulas era inexistente. En los supuestos de viviendas de "obra nueva o sobre plano" el comprador podía subrogarse en el préstamo hipotecario del promotor o del constructor o bien contratar con esa entidad u otra bancaria un nuevo préstamo, pero en ambos casos, la necesidad de conseguir que se autorizase la operación prevalecía sobre el contenido del contrato. La imposibilidad de obtener financiación llegado el momento de la entrega de las llaves tenía como consecuencia la pérdida de todas las cantidades entregadas a cuenta durante el periodo de construcción, lo que, dado el alto precio de la vivienda podía representar un importe considerable.

cláusulas o condiciones incluidas en el contrato de préstamo hipotecario y mucho menos apercibía a los otorgantes de la posible temeridad o disparate jurídico que pudiera constituir la operación.

Conforme fue avanzando la crisis económica y sus lamentables efectos en la sociedad, todos los operadores jurídicos se fueron "autoexonerando" de responsabilidad y la banca apareció casi como una "víctima del sistema" y se concluía, de forma recurrente, que "los ciudadanos habían vivido por encima de sus posibilidades".

Desde las instituciones, no se ha hecho una revisión crítica de todos aquellos preceptos, normas y, actuaciones o decisiones, que provocaron los abusos y engaños sufridos por los ciudadanos. No podemos pretender que sean los ciudadanos quienes corrijan las deficiencias de las normas, y las incorrectas políticas de sus representantes.

Cuando los efectos de la crisis empezaron a desbordar a la sociedad empezaron a surgir iniciativas sociales y a manifestarse opiniones que, hasta la fecha habían sido bien distintas. Desde la Judicatura se empezaron a improvisar tratamientos procesales no contemplados en la Ley con un afán de justicia social que nunca sin precedentes, y, ello a pesar de que las normas eran las mismas.

Por primera vez, los empleados de las entidades bancarias empezaron a ser llamados por los Juzgados a fin de interrogarles sobre el llamado "derecho a la información". Se pretendía valorar el verdadero alcance del consentimiento, si ciertamente el consumidor conocía o no el contenido de las cláusulas y el alcance real de las obligaciones contraídas.

Cuando los empleados de las entidades bancarias asistían a los juicios o comparecencias y eran interrogados sobre estos extremos afirmaban

rotundamente haber informado debidamente a los clientes del contenido de estas escrituras así como de las consecuencias de su firma[320].

La RDGRN de 19 de Abril de 2.006 es un claro ejemplo del conocimiento que tenían los Notarios y los Registradores de la Propiedad del control de legalidad que debían realizar sobre las escrituras, así como de la omisión que de esta función se hizo durante años.

La Resolución trae causa de una escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por el Notario de Bilbao D. Manuel López Pardiñas el día 7 de Octubre de 2.005, que el Registrador de la Propiedad del Registro nº 7 de Bilbao, D. Carlos Ballugera Gómez, se negó a inscribir.

Calificada la escritura por el Registrador de la Propiedad denegó su inscripción y suspendió la misma por los motivos que a continuación transcribimos:

*"Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Bilbao número 7. Previo examen y calificación del precedente documento, se suspende la práctica de la inscripción solicitada por…). También, se deniega la inscripción de determinadas estipulaciones cuyos motivos se expresan a continuación, pero que no impiden la inscripción de la hipoteca, dado que tratándose de un contrato por adhesión cuyo contenido se halla integrado por condiciones generales de la contratación, la nulidad de que adolecen las cláusulas denegadas es parcial respecto al contrato celebrado, coactiva para el predisponente y de pleno derecho. Todo ello según los motivos que se expresan en los siguientes hechos y fundamentos de Derecho".*

320. Sobre este punto, tratamos en el apartado correspondiente el llamado "expediente económico" en el que se recogían todos los datos económicos de los clientes que permitían el "análisis de riesgos" y la autorización de la operación. Muchos de estos expedientes ponían de manifiesto la falta de solvencia de los clientes y la más que probable ejecución de la hipoteca a corto plazo pero eran aprobados por las entidades bancarias. Estos expedientes permitían la elaboración de paquetes y la titulización de hipotecas que dotaban de liquidez a las entidades bancarias.

La inscripción de la escritura fue suspendida por la falta de liquidación del impuesto correspondiente y además por la existencia de una serie de cláusulas que adolecían de nulidad, pero que, según el Registrador, permitirían la inscripción del contrato celebrado a excepción de dichas cláusulas, una vez liquidado el impuesto al que hace referencia.

Parece claro que el Registrador reconoció, en este caso, su obligación de ejercer un control de legalidad sobre los negocios jurídicos que acceden al Registro[321].

Respecto a si es plenamente exigible al Notario un verdadero control de legalidad del negocio jurídico que autoriza así lo entendió la SAP de Barcelona de 19 de Febrero de 2.014[322] que declaró la responsabilidad civil del Notario por

321. En la Resolución se recogen los motivos por los que deniega la inscripción en lo concerniente a las cláusulas abusivas, que, por su interés, reproducimos a continuación:"2.º) Sistema francés. Por medio de tal sistema se calculan las cuotas de capital a amortizar e intereses de modo anual, dividiéndose luego en plazos mensuales. En cuanto ello implica el pago de intereses por cantidades de capital ya amortizadas además, de no ser recomendable ni correcto desde un punto de vista bancario, es jurídicamente inadmisible, pues el cobro de intereses por capital ya amortizado, constituye, en este caso concreto, una ilegalidad y un enriquecimiento no justificado, conforme resulta de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1994 y 10 de octubre de 2001.En este motivo 2º el Registrar consideró ilegal el pago de intereses sobre capital ya amortizado. A continuación el Registrador hace referida a las cláusulas que establecen determinadas comisiones que también considera nulas: "3.°) Comisiones. I. Comisión de apertura no responde a la prestación de un servicio efectivo con ocasión de una petición específica en beneficio e interés del deudor, contra el apartado tercero del número quinto de la Orden ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989. Además, al dar lugar a una disminución en la cantidad efectivamente entregada en préstamo va contra el artículo 1.11 de la Ley de 23 julio 1908 en relación con el 8.1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC en adelante). La condición de consumidor de la parte prestataria hacen a la cláusula contraria al apartado 24.º de la Disposición Adicional 1.ª Ley General para la Defensa de los Consumidores v Usuarios (LGDCU en adelante). II) Reembolso anticipado. No entraña servicio alguno al prestatario ni responde a la reparación de un perjuicio al prestamista, quien puede de inmediato colocar su dinero en el mercado interbancario, lo que es contrario al apartado tercero del número quinto de la Orden ministerial de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, en relación con los artículos 10.1.a)LGDCU, 5 y 7 LCGC, ya que supeditar el montante de la comisión a que la legal no sea mayor constituye una cláusula salvatoria que adolece de falta de transparencia, lo que la descalifica sobre la base de los preceptos citados en relación con el artículo 8.1 LCGC".

322. La SAP de Barcelona de 19 de Febrero de 2.014 ratificó la Sentencia dictada en Primera instancia consideró, respecto a la intervención del Notario en la escritura pública que:

incumplimiento de sus obligaciones, concretamente, del deber de informar a una compradora de una vivienda de los riesgos que asumía al comprar una vivienda respecto de la que se hacía constar la expresión "libre de cargas" y se entregaba íntegramente el precio sin retener importe alguno para garantizar la veracidad de esa información, por no constar probado que el Notario apercibiese a la compradora de esa circunstancia.

Sobre esta cuestión, y compartiendo la interpretación anterior, considero que, además de la correspondiente responsabilidad civil respecto a la actuación del Notario, la falta de información del Notario debería tener también la

"FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO.- … La sentencia de instancia estima la demanda, razonando en síntesis: "Por lo que hace al primero de los hechos que se fijaron como controvertidos en la audiencia previa, esto es, la responsabilidad del demandado Sr. Juan Francisco en los daños causados a la actora y en concreto en los reclamados en el presente procedimiento,(…) la responsabilidad por la prestación de servicios, como el prestado por una Notaria como en el caso presente, se regulaba por el art. 26 (LGDCU ) :"Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad". Se establece así en el mencionado precepto un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa, pero con inversión de la carga de la prueba, de forma que es el prestador del servicio el que ha de probar que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Es decir, se presume la culpa del profesional salvo que pruebe que actúo diligentemente.(…) ….se debe concluir, como así lo hizo el propio Colegio Notarial al acordar al incoación del expediente, así como en la resolución del mismo en fecha 11 de abril de 2011 declarando la existencia de una infracción grave en su conducta, que dicha actuación es insuficiente a tenor de lo establecido en el artículo 147 del Reglamento Notarial y del 194 del mismo Cuerpo Legal, siendo la cláusula de que los gastos de cancelación los asumía la parte vendedora, mercantil dedicada a la actividad inmobiliaria, cuando menos sorprendente ante la entrega por la parte compradora, particular ajena a la actividad inmobiliaria, de la totalidad del precio, lo que debió motivar una actuación más activa del Notario para mayor instrucción de la misma, como otorgante más necesitado y evitar un consentimiento o voluntad viciados en a la compradora. Por ello, se debe concluir en la existencia de responsabilidad en el demandado por incumplimiento de las obligaciones que como Notario le incumbían respecto a la actora, y en concreto por su falta de información acerca de los peligros de la firma de la escritura en los términos en que se hacía, sin que ello suponga legitimar ni hacerle responsable de la actitud totalmente antijurídica y reprobable de la parte vendedora.(…)".

consecuencia jurídica de la nulidad del negocio jurídico autorizado por existir vicios en el consentimiento.

No obstante lo anterior, y a pesar de lo que disponen los arts. 12 y 18 de la LH, la DGRN en sus Resoluciones de 1 de Octubre y 21 de Diciembre de 2.010 y 11 de Enero y 16 de Agosto de 2.011 concluyeron, respecto a la función del Registrador lo siguiente: *"el registrador podrá rechazar la inscripción de aquellas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto… Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos … sin que pueda entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo, por ejemplo, el concepto general del art. 82.1, solo podrá ser declaradas abusivas por decisión judicial".*

Sobre esta cuestión se pronunció el TSJUE y posteriormente el Tribunal Supremo adoptando planteamientos distintos.[323]

El artículo 4.2 de la Directiva 93 /03 CEE sobre cláusulas abusivas establecía que los Estados miembros no podrían declarar abusivas, y, en, consecuencia nulas, aquellas cláusulas que conformaran los elementos esenciales del contrato, salvo que adolecieran de la transparencia debida ("control de transparencia formal y material").

España realizó una trasposición de la Directiva en la que se omitió precisamente este precepto lo que abrió el debate sobre su aplicación. Parte de la Doctrina consideró que se trató de una omisión intencionada con el fin de mejorar la protección del consumidor mientras que, otra parte de la Doctrina (la

323. CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 Junio 2.010 (CAJA MADRID) a la STS 9 Mayo 2.013 sobre claúsulas suelo", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 6 / 2.013, pp. 98-115, Universidad de la Rioja.

mayoritaria) consideró que se trató de una omisión involuntaria que debía interpretarse en el sentido de entender aplicable lo dispuesto en el artículo 4.2. de la Directiva.

La STJUE de 3 de Junio de 2.010 (CAJA MADRID) interpretó la falta de trasposición del artículo 4.2 de la Directiva en el sentido de considerar que el Estado español podría valorar también las cláusulas que configurasen los elementos esenciales del contrato.

La Jurisprudencia española, hasta la STS de 9 de Mayo de 2.013, optó por aplicar lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva pero para salvar la referencia que se hace a que no podrán declarar nulas las cláusulas que definan los elementos esenciales del contrato salvo que no sean transparentes, optó por concluir la falta de transparencia de las mismas para poder efectivamente entrar a valorar estas cuestiones[324].

**3. El control Judicial de la contratación bancaria: revisión de las cláusulas del contrato bancario en sede Jurisdiccional.**

**3.a.Revisión del contrato bancario ante la Jurisdicción competente.**

Nuestro ordenamiento jurídico contempla distintos cauces o vías de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, pero la experiencia revela que son insuficientes para cumplir su cometido.

Por una parte, se pueden ejercitar las llamadas acciones individuales que vienen contempladas en el art. 80.2 LGDCU, y, por otra parte, las llamadas acciones colectivas de cesación, previstas en los arts. 53 a 56 de la LGDCU, en los

324. Sobre la cuestión y su posterior tratamiento en la Ley véase el art. 15 de la Ley 5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario respecto a la comprobación del cumplimiento del principio material de transparencia por parte del Notario.

arts. 12 a 19 de la LCGC, además de otras acciones previstas en materias y normas específicas. En los supuestos en los que se ejercitan acciones colectivas, el Juzgador no analiza supuestos concretos sino que realiza un control abstracto de las cláusulas contractuales.

El derecho comunitario aboga por la defensa del consumidor y considera que los Jueces nacionales deben asumir el papel de Jueces europeos aplicando el derecho comunitario y analizando, de oficio, el posible carácter abusivo de las cláusulas[325].

La STS de 1 de Julio de 2.010 ( RJ 6554) y la STS de 9 de Mayo de 2.013 acogen esta doctrina considerando que efectivamente el Juez nacional debe intervenir de oficio y corregir la distorsión que provoca la situación de superioridad en el contrato de una las partes, valorando que se trata de una intervención positiva ajena entre las partes para compensar ese desequilibrio que el Derecho no admite.

La intervención de oficio en esta materia por parte del Juez nacional no excluye, sin embargo, la aplicación del principio de contradicción, por lo que, planteada por el Juez esta cuestión, deberá dar traslado a las partes para que aleguen lo oportuno.

Respecto a la apreciación de oficio de la abusividad de las cláusulas suelo, debemos recordar que la 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, hace alusión, en su Exposición de Motivos, al hecho de que tiene por finalidad dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de

325. Sobre la aplicación de oficio de la normativa comunitaria y estatal sobre cláusulas abusivas se pronuncian las siguientes SSTJUE, admitiendo claramente la apreciación de oficio: STJUE de 27 de Junio de 2.000 (asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores); de 21 de Junio de 2.002 (caso Cofidis); 26 de Octubre de 2.016 (caso Mostaza Claro); 4 de Junio de 2.009 (caso Pannon GSM); 6 de Octubre de 2.009 (caso Asturcom Telecomunicaciones); 15 de Marzo de 2.012 (caso Perenicova); 14 de Junio de 2.012 (asunto Banesto); 21 de Febrero de 2.013 (asunto Banif Plus Bank) y 14 de Marzo de 2.013 (asunto Mohamed Aziz).

Crédito, que interpretó el art. 83 del Texto Refundido de 2.007 en relación con el art. 6.1. de la Directiva 93/13/ CE, del Consejo de 5 de Abril de 1.993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En esta Sentencia, el TJUE consideró que España no había adaptado correctamente su derecho interno a este artículo ya que el derecho español atribuía al Juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para realizar la integración del contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.258 Cc y el principio de buena fe objetiva.

El TJUE consideró que esta facultad ejercitada por los Jueces españoles a través del art. 1.258 Cc podría frustrar a largo plazo la finalidad de la Directiva (art.7), ya que menoscabaría el efecto disuasorio que pretendía sobre los profesionales. En este contexto los profesionales no correrían ningún riesgo excesivamente gravoso en el caso de incluir tales cláusulas porque lo único que podría ocurrir en el supuesto de que un Juez apreciase de oficio la nulidad de la cláusula es que ejercitase la facultad de integración del contrato modificando el mismo.

Como consecuencia de la Reforma operada por la Ley 3/2.014 el art. 83 del Texto Refundido de 2.007 el Juez podría declarar la nulidad de las cláusulas abusivas, previa audiencia de las partes, manteniéndose la obligatoriedad del contrato siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas, suprimiendo, por tanto la posibilidad de integrar el contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1258 CC, 65 y 83.2 TRLCU (también art. 10.2 LCGC) y al principio de buena fe objetivo, así como a los arts. 7.2, 21.2 y 4 LCCC (Ley de Contratos de Crédito al Consumo). Por tanto, quedó claro que el Juez podía apreciar, de oficio, la abusividad de las cláusulas.

Otra cuestión que se suscitó en los distintos procedimientos, tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, fue la relativa a la valoración de cláusulas que delimitaban, determinaban o tenían una incidencia directa en los elementos esenciales del contrato.

El art 4.2 de la Directiva 93/13 provoca una polémica respecto a si los Jueces podía incidir en los elementos esenciales del contrato a través de la facultad de revisar de oficio las cláusulas abusivas. Dicho artículo dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Sin embargo, el art. 8 de la Directiva 93/13 va más allá y hace alusión a que los Estados podrán adoptar medidas más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

La Directiva parecía querer excluir del control de los Jueces aquellas cláusulas que afectasen a los elementos esenciales del contrato, sin embargo la trasposición de la Directiva a nuestro Derecho omitió cualquier mención a esta cuestión en los arts. 81 a 91 LGDCU, de ahí que surgieran dudas a la hora de interpretar esta cuestión.

El Informe de la Comisión Europea de 27 de Abril de 2.000 sobre aplicación de la Directiva[326] establecía respecto a la valoración de las cláusulas que pudieran afectar al precio del contrato lo siguiente: "Las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

326. Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Apartado III, Análisis detallado y elementos de reflexión. 1. Las limitaciones en cuanto al ámbito de aplicación. c) La exclusión relativa al precio y al objeto del contrato (apartado 2 del artículo 4), Págs. 15-15 del Informe, Bruselas, 27.04.2.000, (COM 2.000) 248 Final.

Finalmente la controversia se resolvió en sentido positivo considerando que los Jueces españoles podían controlar incluso este tipo de cláusulas por la STJUE de 3 de Junio de 2.010 (C-484 /08)[327] que contestó a una cuestión prejudicial planteada por el TS respecto a cláusulas de redondeo al alza los siguiente con relación a la Directiva: "que no se opone a una normativa nacional que autorice el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto del contrato principal o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

Conforme a esas consideraciones, hasta ese momento, la controversia estaba resuelta. Sin embargo, el TS cambia de criterio con la Sentencia de la Sala Civil de 18 de Junio de 2.012 (NR 46/2010)[328] y con la Sentencia del Pleno de la Sala Civil de 9 de Mayo de 2.013 (NR 485/2012)[329].

El cambio de criterio a la hora de valorar cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato se basa en el control de transparencia, y será posible analizar estas cláusulas desde este punto de vista.

Respecto a la incidencia que tiene la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en el procedimiento de ejecución, la STS de 9 de Mayo de 2.013 consideró que afectan a un elemento esencial del contrato, como es el precio, y, en consecuencia, también afectan a un elemento esencial de la ejecución[330].

327. En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS de 1 de Julio, 4 de Noviembre y 29 de Diciembre de 2.010 (RJ 6554/2.010, 8021/2.010 Y 148/2.011) y la STS de 4 de Marzo de 2.011.
328. En esta Sentencia se analiza la aplicación de la Ley de Represión de la Usura a un interés variable y se concluye que no es posible valorar el carácter abusivo de cláusulas referidas al objeto principal del contrato, concluyendo que no puede haber un interés "conceptualmente abusivo".
329. Concluye que las cláusulas suelo forman parte del precio y definen el objeto principal del contrato, pero a pesar de esta consideración, las declara nulas considerando que no superan el control de transparencia de los contratos con consumidores.
330. En este sentido, véase, por ejemplo el Auto nº 351/13, del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers en cuanto a la consideración del precio como elemento esencial del

El reconocimiento de la potestad de revisión de oficio por parte de los Jueces puede plantear dudas de compatibilidad con el principio que rige el proceso civil que se impulsará a instancia de parte, y, con los principios que rigen la economía de libre mercado, la libertad de contratación y, la autonomía de la voluntad, en definitiva.

Respecto a la naturaleza jurídica de las normas relativas a los deberes de información y transparencias de las entidades financieras, un sector de la Doctrina consideró que se trataba exclusivamente de normas de derecho administrativo concernientes exclusivamente a la Administración Pública respecto a las entidades financieras y que no podían tener consecuencias de ningún tipo en las relaciones jurídico-privadas[331].

Otros autores consideran que se trata de normas de derecho administrativo pero que tienen cierta incidencia en la relación contractual puesto que afectan a la autonomía de la voluntad[332].

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que esta normativa realmente regula las relaciones "inter privatos"[333].

Respecto al control de transparencia, la SSTS de 25 de Septiembre de 2.006 (RJ 6577) y de 22 de Diciembre de 2.009 (RJ 2010/703) consideraron respecto a la aplicación del art. 6.3 CC lo siguiente: "si analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez total o parcial".

---

contrato: "Si el fundamento de la ejecución es la recuperación del principal y el precio no satisfecho por su entrega hasta el momento del vencimiento anticipado de la operación, si la cláusula suelo forma parte intrínseca del precio, encontrándonos en el presente caso ante un contrato oneroso no puede sino concluirse que la citada cláusula constituye tanto el fundamento mismo de la operación jurídica suscrita entre las partes, como también, por extensión, fundamento de la propia ejecución. En consecuencia, procede sobreseer la presente ejecución de conformidad con lo dispuesto en el art. 695.3 párrafo 2º de la LEC".

331. Así lo consideraba MANUEL ARAGÓN REYES y FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS.
332. VICENTE CUÑAT EDO.
333. CORTES DOMÍNGUEZ, ILLESCAS, GARCÍA CRUCES, PETIT LAVALL Y VICENT CHULIÁ.

Conforme a lo anterior, la normativa de transparencia a pesar de tener naturaleza administrativa puede provocar la nulidad del contrato.

Ratificando esta interpretación respecto a las normas de naturaleza administrativa, TS consideró en sus Sentencias de 2 de Marzo de 2.011 (Nº R 33/2.003) y de 9 de Mayo de 2.013 (NºR 485/2.013) que el hecho de que la normativa sobre transparencia e información bancaria sea de naturaleza administrativa en modo alguno queda excluida de los controles previstos en la normativa de protección de los consumidores. Esta interpretación resulta del art. 14.2 de la Orden EHA /2.899/2.011, de 28 de Octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que establece que su régimen jurídico se aplicará sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios.

El Juez tiene reconocida la capacidad y legitimación de actuar de oficio a la hora de valorar la abusividad de las cláusulas y declarar la nulidad, y, en el caso de las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, lo hará a través del control de transparencia y, respecto al cumplimiento de las normas de transparencia e información, no quedarán excluidas de control por tener una naturaleza administrativa.

El art. 10.2 LCGC y el art. 83 de la LGDCU consagra el principio de conservación de los contratos. Sin embargo, declarada la nulidad de una cláusula, se plantea el problema de los efectos que genera esta nulidad y de la posibilidad de integración del contrato. El art. 83.2 LGDCU permite al Juez realizar una integración del contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.258 Cc, con la finalidad de intentar mantener la eficacia total o parcial del negocio jurídico[334].

El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y el contrato subsistirá sin estas cláusulas si esto es posible.

334. Éste era el criterio que venía manteniendo en términos generales el TS. La LCGC recogía esta facultad integradora en los arts. 9.2 y 10.2 incluso en los supuestos de no consumidores.

Sin embargo, la STJUE de 14 de Junio de 2.012 (asunto Banco Español de Crédito) niega la posibilidad de integrar "equitativamente" un contrato: "Los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". La STS de 9 de Mayo de 2.013 así lo consideró y aunque declaró la nulidad de la cláusula suelo no declaró la nulidad del contrato.

En cuanto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de nulidad, son a mi juicio, y, a pesar de la STS de 9 de Mayo de 2.013[335], muy claros: la declaración de nulidad despliega los efectos previstos en el art. 1.303 Cc *(restitutio in integrum*) con efectos retroactivos *ex tunc*.

Respecto a la valoración de dicha Sentencia debemos sumarnos a las críticas en su día expresadas por el Prof. SOTILLO[336]:

1º. Los criterios y argumentos utilizados en la Sentencia atienden más a un miedo reverencial a las entidades bancarias que a un razonamiento realmente jurídico. Los criterios utilizados son "criterios de oportunidad y no jurídico-materiales) por hacer alusión "a que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico";

2º. El criterio seguido persigue como única finalidad proteger los intereses de las entidades financieras[337];

335. Como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la peculiaridad de la STS de 9 de Mayo de 2.013 reside en declarar la nulidad de una cláusulas negándole los efectos que la ley impone como propios de dicha declaración: "la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de esta sentencia".
336. SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. Íbidem, pág. 35.
337. La Sentencia cita el Informe del Banco de España presentado ante el Senado en el que se justifica la existencia e inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos bancarios por

3º. Como apunta el prof. SOTILLO la Sentencia "se inventa" una suerte de "tipos de nulidad" de tal forma que al parecer si la nulidad se declara por falta de transparencia e información no produce efectos retroactivos y, sin embargo, si es nula por otros motivos sí los produce.

4º.- El TS acude a la STJUE de 21 de Marzo de 2.013 (Asunto RWE Vertrieb AG) basándose en ella para justificar la posibilidad de negar los efectos retroactivos de la nulidad con carácter excepcional. Sin embargo, la Sentencia utilizada es un ejemplo justo de lo contrario ya que finalmente no limitó los efectos de la nulidad y admitió la retroactividad. El TS únicamente cita fragmentos de esta Sentencia para intentar utilizar parte los argumentos vertidos en el procedimiento del que trae causa a favor de la irretroactividad de la nulidad.

5º.- Algo parecido a lo anterior ocurre, cuando cita la STS de 13 de Marzo de 2.012 (Nº R 675 /2.009). En esta Sentencia el TS declara la nulidad de una cláusulas pero no reconoce efectos retroactivos porque considera que opera una compensación de créditos en los términos previstos en los arts. 1.307 y 1.308 Cc.

Sobre la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, el Prof. SOTILLO plantea una cuestión realmente importante y es la relativa a cómo es posible declarar la nulidad de una cláusula contractual por su carácter abusivo sobrevenido habida cuenta lo dispuesto en el art.82 de la LGDCU[338].

De conformidad con lo dispuesto en el art. 82 LGCU (que es una copia del art. 4.1 de la Directiva 93/13, para apreciar el carácter o no abusivo de una cláusula contractual) hay que valorar todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato. De lo dispuesto en este artículo parece deducirse que las circunstancias deben concurrir en el momento de celebración del contrato y que por tanto no cabe apreciar el carácter abusivo por circunstancias sobrevenidas.

---

"razones objetivas y que la finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones".

338. SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. Íbidem, pág. 26.

En este sentido, si se produjese una posible posterior novación del contrato que introdujera cláusulas abusivas, deberíamos considerar este momento como el de la celebración del contrato a efectos de la posible concurrencia de los requisitos.

Considero, de la misma forma que el Prof. SOTILLO, que ciertamente no podemos ceñirnos al tenor literal de estos artículos, ya que es posible que inicialmente lo dispuesto en el contrato no parezca abusivo pero durante la ejecución del contrato y conforme a los cambios que se producen en el mercado financiero, las cláusulas puedan considerarse abusivas y por tanto nulas[339].

Sobre esta cuestión se pronunció la STS de 22 de Febrero de 2.013 (RNº 1759/2.010) que para considerar que unos intereses eran usurarios tuvo en cuenta el momento temporal del cambiante mercado de los intereses.

Sobre el criterio temporal a seguir se pronunció también la STS de 9 de Mayo de 2.013 ( RNº 485 /2.012) que señaló respecto a la regla temporal de interpretación que: "debe matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio, dando oportunidad de alegar a las partes y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente".

Teniendo en cuenta que la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 concluye que los Jueces podrán apreciar de oficio la existencia de dichas cláusulas cabe preguntarse, en qué medida, el Juez puede sustituir la voluntad de las partes. En este sentido, la interpretación de los contratos no debe conllevar nunca la

339. Sobre este aspecto debemos recordar que el desequilibrio entre las partes se puede producir antes de la firma del contrato (por partir de posiciones potencialmente desiguales: por ejemplo, la necesidad económica de quien necesita financiación, la falta de información, las prácticas restrictivas de la competencia que perjudican notablemente al consumidor); en la firma del contrato ( por falta de información) o durante la ejecución del contrato ( por asumir el consumidor riesgos de mercado que no asume la entidad financiera).

sustitución de la voluntad de las partes y quienes pretendieron perjudicar injustamente a la otra parte debe asumir las consecuencias de su actuación sin que un Juez pueda subsanar tales actuaciones.

Como ya hemos expuesto, la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 apunta la posible nulidad de determinadas cláusulas bancarias pero hace una remisión a la interpretación de los Jueces nacionales en el caso concreto, que podrán y deberán realizar de oficio.

Ese nuevo planteamiento, en el que se encomienda a los Jueces la labor controlar de oficio las posibles cláusulas abusivas, dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social que fue una de las consecuencias que se derivaron de la Sentencia en nuestro ordenamiento jurídico. Las cuestiones sustanciadas y resueltas mediante la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 traían causa de la existencia de dos procedimientos judiciales: en primer lugar, un procedimiento de ejecución hipotecaria que se encontraba pendiente del "lanzamiento" del consumidor; y, de otra, un proceso declarativo ordinario en el que el consumidor intentaba hacer valer los derechos que no podía defender en un procedimiento de ejecución, al mismo tiempo que se ejecutaba la hipoteca. El artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en aquel momento no permitía cuestionar la validez de las cláusulas del préstamo hipotecario y eso motivó la necesidad de recurrir a un proceso declarativo ordinario para poder sustanciar esta cuestión.

Sin embargo, tras la Sentencia se aprueba la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social es posible que el Juez pueda declarar la nulidad de las cláusulas abusivas dentro del propio procedimiento de ejecución sin tener que recurrir a un proceso declarativo ordinario. Por tanto, a partir de este momento, los Jueces prescinden del *Principio dispositivo* que rige el proceso civil y el *Principio de justicia rogada*, y adoptan un papel tuitivo. Así, empezamos

a encontrar ejemplos, en la Jurisprudencia, en los que el Juez no se limita a lo que las partes interesan sino que va más allá y toma su propia iniciativa sobre cuestiones que se están dilucidando en el procedimiento[340].

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 241/2013, de 9 de Mayo de 2013 valora los elementos que deben ser considerados para entender que las cláusulas son abusivas y nulas. En este sentido, se habla del principio de buena fe y de proporcionalidad pero realmente de lo que se trata es de que el consumidor esté plenamente informado del contenido de las obligaciones contraídas y de las

340. La SAP Alicante de 9 de Noviembre de 2.014 es un caso significativo de la actuación de oficio de los Jueces en esta materia ya que permite que el Tribunal entre a valorar las cláusulas abusivas en la Segunda Instancia, esto es, en el Recurso de Apelación, sin que fueran alegadas por la demandada en la Primera Instancia, y, además, estando la parte demanda declarada en rebeldía por no comparecer y personarse en tiempo y forma en el procedimiento. Esta Sentencia, resuelve un Recurso de Apelación relativo a la reclamación de los importes adeudados por una tarjeta de crédito. La demandada no compareció en Primera Instancia y fue declarada en rebeldía y el Juzgado de Primera Instancia nº3 de Novelda (Juicio Ordinario nº141/11) estimó la demanda de juicio ordinario interpuesta por la entidad bancaria. Sin embargo, la demandada se personó en Segunda Instancia interponiendo el correspondiente Recurso de Apelación en el que alegaba la nulidad de las cláusulas abusivas. La Sentencia admite la posibilidad de que el Tribunal pueda valorar la nulidad de las cláusulas en Segunda Instancia y de oficio en el Fundamento de Derecho Segundo: *"SEGUNDO.- Hemos de realizar una serie de precisiones antes de entrar a examinar las concretas alegaciones del recurso: En primer lugar, es posible examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en grado de apelación de conformidad con lo declarado en las SSTJUE de 21 de Febrero de 2.013 (asunto C-472/11) y de 30 de Mayo de 2.013 (asunto C-397/11) permitiendo la contradicción entre las partes. En nuestro caso, aunque la demandada no presentó el escrito de contestación y no formuló ninguna alegación en primera instancia relativa al carácter abusivo de las cláusulas del contrato de tarjeta de crédito, no existe ningún obstáculo a la vista de la constante jurisprudencia del TJUE al interpretar la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores, que se pueda acordar de oficio la nulidad de las cláusulas contractuales por abusivas en grado de apelación de conformidad con las alegaciones contenidas en el escrito del recurso de apelación al haber permitido a la entidad financiera contradecirlas en su escrito de oposición al recurso".* Respecto a los efectos jurídicos que produce la declaración de nulidad, la SAP Alicante de 11 de Septiembre de 2.014, es muy clara, y entiende que la nulidad tiene efectos retroactivos (Fundamento Jurídico Segundo): *"En segundo lugar, el efecto de la nulidad absoluta de las cláusulas contractuales declaradas abusivas será el de su ineficacia con carácter retroactivo pero sólo afectará a la pretensión de condena deducida en la demanda en la medida en que la entidad predisponente se haya apoyado en esas concretas cláusulas abusivas para fundar su reclamación de cantidad, de tal manera que si en la particular ejecución del contrato ha prescindido de las cláusulas posteriormente declaradas abusivas puede darse el caso de que no resulte afectada su pretensión de condena".*

consecuencias jurídicas que se derivan las mismas y del posible incumplimiento de las obligaciones[341].

Respecto a su incidencia en el proceso de ejecución, el Auto nº 351/2.013, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en Autos de Ejecución nº 2248/2.010, hace referencia a las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas concretamente de las cláusulas suelo y de la cláusula de intereses de demora con relación al proceso de ejecución[342].

341. La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 241/2013, de 9 de Mayo de 2013 valora los elementos fundamentales que permiten dilucidar si una cláusula es o no abusiva. Como apunta ANA ISABEL BLANCO GARCÍA, de lo que se trata es de que el consumidor entienda verdaderamente la trascendencia jurídica de las cláusulas contenidas en el contrato (Íbidem, pp. 204). En la mayoría de los casos, los contratos de préstamo con garantía hipotecaria han sido firmados por el consumidor sin conocer el alcance real de las cláusulas. Una cuestión que ha "aparecido" como algo novedoso es el alcance del artículo 1.911 del Código Civil que establece el principio de responsabilidad universal patrimonial. A pesar de tratarse de un principio consagrado en nuestro Derecho Civil, en los últimos tiempos viene siendo revisado y cuestionado por entender que estigmatiza jurídica y socialmente al consumidor que ha perdido su vivienda en una ejecución hipotecaria. Indudablemente, quienes firmaron estos contratos no comprendieron el alcance de este principio, aunque la escritura pueda hacer referencia al mismo.

342. "Los intereses de demora sin duda determinan la cantidad exigible en la ejecución (art.695.1.4ªLEC). Ahora bien, no parece que en los mismos resida el fundamento de la ejecución (art.695.3. párraf.2ºLEC), que obedece a la frustración del acreedor de su derecho de crédito (art. 1.911 CC) respecto del cual los intereses de demora no son los que excitan la promoción por el acreedor de su derecho a la ejecución hipotecaria sino el peligro de no obtener la restitución del principal prestado más la remuneración convenida (art. 1.753 y 1.755 del CC) para lo cual acude a la realización de la garantía real (art. 1.876 CC). Por todo ello no cabe acordar el sobreseimiento de la presente ejecución en virtud de que la cláusula del interés de demora se repute abusiva" y cita la STS de 9 de Mayo de 2.013 que hace referencia a la posibilidad del Juez nacional : "273.La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STUJE ya citada de 14 de Junio de 2.012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "(…)el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2.007 , que atribuye al Juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva". En atención a lo anterior, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granollers nº4, entiende que, declarada nula la cláusula suelo es factible que el Banco "subsane" este defecto y presente ante el Juzgado una nueva liquidación de intereses de demora de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.108 CC aplicando como interés de demora el interés legal del dinero.

Reconocida la facultad de los Jueces de apreciar de oficio las cláusulas abusivas, la actuación judicial fue muy relevante en cuanto a la interpretación de los contratos bancarios y a la ejecución de los mismos. La abundante Jurisprudencia generada durante la crisis económica dio lugar a que incluso las Juntas de Jueces fuesen adoptando Criterios para que sirvieran como directrices a la hora de aplicar la Ley y se fuera generando una Jurisprudencia homogénea.

La Judicatura reaccionó ante la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 valorando activamente el papel del Juez en la ejecución hipotecaria. Con motivo de esta Sentencia, empezaron a estudiarse posibilidades distintas en sede de ejecución hipotecaria con la finalidad de preservar los derechos del ejecutado y de obtener, ante todo, un resultado justo que no sumiese al deudor en el llamado "umbral de la pobreza" de forma definitiva.

El 8 de Mayo de 2.013, tuvo lugar la celebración de la "Jornada sobre las Repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia de Cláusulas Abusivas en los Procedimientos de Ejecución Hipotecaria con Especial Referencia al Régimen Transitorio", dirigida por D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo, y en la que intervinieron Dª. MARIA JESÚS PARRÓN CAMBERO y D. CARLOS SÁNCHEZ MARTÍN, Magistrados y Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

En el acto inaugural de la Jornada, el Presidente del TS destacó el papel del Juez en la ejecución hipotecaria y la necesidad de destacar el papel finalista de la Ley debiendo realizar una aplicación de la misma conforme a la Constitución Española y conforme al Derecho de la Unión Europea.

Es importante que, en el acto inaugural de la jornada, el Presidente destacara "la dimensión ética de la función judicial y el control y la ponderación del mundo de las emociones". La Jornada tuvo como finalidad formular unas

reflexiones que permitieran fijar criterios en la materia que pudieran servir a cada tribunal, respetando su independencia y su imparcialidad[343].

343. En la Primera Mesa Redonda de la Jornada se valoró la Doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la Sentencia de 12 de Junio de 2.012. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que concluyó que la normativa sobre consumidores no podía disminuir el ámbito de protección que ya otorgaba el Código Civil y los artículos 51 y 47 de la CE. El Magistrado consideró que la Sentencia de 14 de Junio de 2.012 reveló las deficiencias, esencialmente procesales, del ordenamiento jurídico español. Consideró que la legislación va dirigida principalmente a la protección del crédito a través de las normas procesales y esto menoscaba, lógicamente, la protección del consumidor, también desde un punto de vista procesal. Concluyó que el juez que se debía ser beligerante, proteger al consumidor, y garantizar la igualdad real de ambas partes, respetando el principio de imparcialidad. Para el Magistrado, no era posible remediar las deficiencias procesales mientras subsistiera el régimen transitorio del recurso extraordinario por infracción procesal. Destacó que no era posible elevar los Autos al Tribunal Supremo y el Recurso de Casación en interés de ley que no había sido desarrollado. Según el Magistrado sería deseable reformar el marco legal para que fuese posible que (en aquél momento) a través de ese recurso se pudiera unificar la interpretación de las normas procesales, especialmente en el proceso de ejecución hipotecaria. En aquel momento se encontraba pendiente la aprobación de la Proposición de Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios que mejoraba la situación pero no resolvía realmente los problemas que se planteaban por lo que el Magistrado aconsejaba la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que entrara en vigor la entonces inminente reforma hipotecaria. JAVIER PRIEGO PÉREZ, Secretario General del Banco de España, destacó que "las hipotecas son uno de los componentes más importantes de la actividad crediticia de las entidades y un elemento muy importante para su rentabilidad y solvencia" y que la creación de una normativa especialmente proteccionista para el consumidor podría ser vista como un incentivo al impago de préstamos. En aquel momento (año 2.012) el Ponente compara la situación de las hipotecas en España con la de Irlanda: "El saldo vivo de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda ascendía, a finales de 2012, a cerca de 600.000 millones de euros, situándose la tasa de morosidad de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en torno al 4%, siendo una ratio muy contenida en relación con los países de nuestro entorno, por ejemplo, Irlanda. El Ponente consideraba que la creación de una normativa excesivamente proteccionista para el consumidor podría provocar un aumento de la tasa de morosidad ya que podría incentivar el impago de los préstamos hipotecarios. En el año 2.010 en Irlanda se aprobó un código de conducta aplicable al incumplimiento de los préstamos hipotecarios por el que se obligaba a las entidades bancarias a la reestructuración de la deuda en estos casos. El entonces Secretario del Banco de España, explicó que las cédulas hipotecarias constituían la "parte esencial de los valores aportados por la banca española en garantía de sus operaciones de financiación con el Eurosistema, que en consecuencia, se verían también afectadas por un incremento brusco de la tasa de morosidad de los prestamos subyacente." PEDRO JOSÉ VELA TORRES, Magistrado de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, intervino también en la Jornada y realizó una comparación entre la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 y la reforma legal que se estaba tramitando en el Parlamento. En la intervención de este ponente, destacó la observación que realizó respecto al artículo 579 LEC al plantearse la posibilidad de que se pudiese detraer de la responsabilidad restante del

En la Jornada se concluyó que si bien el Derecho Comunitario puede ayudar a superar las posibles insuficiencias del derecho nacional y de las reformas que se operase, al mismo tiempo demuestra que no resulta lo más conveniente para preservar el principio de seguridad jurídica.

**3.b. Algunas cuestiones suscitadas tras la revisión judicial del contrato bancario: la inadecuación del procedimiento de ejecución hipotecaria en España, el efecto de cosa juzgada y, la posible responsabilidad patrimonial del Estado.**

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11), se pronunció sobre la posibilidad de que los Jueces declarasen de oficio la nulidad de cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria que fueron iniciados con base en escrituras públicas que contenían cláusulas abusivas. La Sentencia no declara la nulidad de ninguna cláusula determinada ni que el procedimiento de ejecución hipotecaria por impago sea abusivo en sí mismo. Lo que la Sentencia establece es que será el Juez nacional el que tendrá que valorar, en cada caso concreto, si las cláusulas son o no abusivas, siguiendo para ello los criterios que establece el TJUE. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de Marzo de 2.013 un aparente "punto de reflexión" en las relaciones jurídicas entre la "Banca" y los consumidores y usuarios.

Las cuestiones que se enjuiciaron en esta Sentencia fueron las siguientes:

deudor los beneficios obtenidos posteriormente por la entidad bancaria con una venta posterior, todo ello en orden a la continuación de la ejecución tras la adjudicación del inmueble y con relación al principio de responsabilidad patrimonial universal. El Ponente destacó que el artículo 698 LEC no fuera modificado por la reforma legal y, en consecuencia, no permitiera la suspensión del procedimiento de ejecución mientras se sustanciase el juicio ordinario. Lo consideró un incumplimiento de la STJUE y entendió que lo procedente era optar por la suspensión como ya había hecho algún Juzgado y cita el Auto de fecha 15 de Marzo de 2.103 del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid, en aplicación de la Sentencia del TJUE.

1º.- Se plantea si el sistema judicial de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados previsto en la LEC (arts. 695 y ss) supone una limitación a la tutela judicial efectiva del consumidor.

2º.- Se requiere al TJUE para que se pronuncie sobre la posible abusividad de las siguientes cláusulas:

-La cláusula de vencimiento anticipado en contratos de larga duración.

-La cláusula relativa al cálculo de los intereses de demora.

-La fijación de mecanismos de fijación y liquidación de los intereses variables (tanto ordinarios como moratorios) o pacto de liquidación unilateral del saldo deudor.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas y enjuiciadas en la Sentencia, partimos de la configuración procesal de procedimiento de ejecución hipotecaria que articulaba los medios de defensa del ejecutado (consumidor) a través de las causas legalmente fijadas y tasadas en el art. 695 LEC.

El motivo por el que se fijaron estas causas fue el de proteger el crédito territorial, de especial relevancia en el tráfico jurídico. Se configuró una tutela judicial que concedía al acreedor una especial protección desde un punto de vista procesal y que, en la práctica, hacía imposible la suspensión del procedimiento una vez iniciada su tramitación.

La LEC estableció, como regla, general la no suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria y la distinción clara entre causas de suspensión (art. 696 LEC, la tercería de dominio y en el art. 697 LEC la prejudicialidad penal), que suponen, la apertura de un procedimiento distinto, y causas de oposición a la ejecución hipotecaria (art. 695 LEC), que se sustancia mediante la tramitación de una comparecencia o incidente contradictorio ante el Juez.

Sobre la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria y sobre si genera o no indefensión al consumidor (especialmente en los casos en los que el bien que se ejecuta es la vivienda habitual) ya se había pronunciado el TC con anterioridad a la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, concluyendo que el art. 695 LEC

se ajustaba a lo previsto en el art. 24.1 LEC considerando que el planteamiento de esta cuestión es notoriamente infundado[344].

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO comenta el ATC 113/2011, de 19 de julio (*RTC* 2011\113 AUTO) en el que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de los artículos 695, 698 y 579 LEC, por posible vulneración de los artículos 9.3, 24 y 47 CE, en un supuesto de ejecución hipotecaria de vivienda habitual en el que el Juez consideró que había dificultades para valorar las cuestiones planteadas, pero sí que consideró otros motivos que le permitían resolver la cuestión de inconstitucionalidad.

El TC consideró en el ATC 113/2.011, de 19 de Julio, que cabía plantear la cuestión de inconstitucionalidad porque realmente la Doctrina existente hasta el

344. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. "La SJUE de 14 de Marzo de 2.013: Dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales". Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 5/2.013, págs. 5-25. Estudios realizados dentro Proyecto de Investigación «El nuevo Derecho Inmobiliario Registral: Hipoteca, Mercado Hipotecario y Derecho civil», financiado por el MICINN (DER2009-12093). http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.Sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria cita las SSTC 41/1981, 18 de Diciembre; 64/1985, 17 de Mayo; 41/1986, 2 de Abril; 148/1988, 14 de Julio; 8/1991, 17 de Enero; 6/1992, 16 de Enero; 217/1993, 30 de Junio; 128/1994, 5 de mayo; 159/1997, 2 de Octubre; 19/1998, 27 de Enero; 184/1999, 11 de Octubre; 222/1999, 29 de Noviembre, la STS 30 Octubre 2002 ( 2002\9729), que lo consideran conforme con el artículo 24.1 CE. El autor recuerda que el procedimiento de ejecución hipotecaria español ya había sido cuestionado ante el TC antes de que el TJUE se pronunciase sobre esta cuestión. Sentencias del TC como las SSTC 41/1981, de 18 de Diciembre y 217/1993, 30 de Junio se basaron en los siguientes argumentos para considerar que el procedimiento de ejecución hipotecaria no generaba indefensión alguna al consumidor ni lesionaba el derecho a una vivienda digna: «habida cuenta de que este Tribunal ya ha despejado las dudas formuladas, declarando la conformidad del régimen procesal cuestionado con el referido derecho fundamental, de cuya hipotética vulneración el órgano proponente hace depender la lesión de otros derechos y principios constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), que en consecuencia carece de justificación a la luz del examen realizado» o «la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, no sin antes reiterar, en el presente caso, que la cuestión de inconstitucionalidad no es cauce procesal idóneo para que los órganos jurisdiccionales puedan cuestionar de modo genérico o abstracto la constitucionalidad de un régimen o esquema legal (por lo que aquí interesa el proceso de ejecución hipotecaria) por contraste con un hipotético modelo alternativo, que no le compete formular al órgano proponente ni corresponde valorar a este TC por ser materia de la exclusiva competencia del legislador, dentro de cuyos límites constitucionales dispone de un amplio margen de libertad de elección que este Tribunal ni puede ni debe restringir».

momento (concretamente, la STC 41/1981, de 18 de diciembre) venía referida a la anterior redacción de la LEC; porque consideraba proporcionado y constitucional dotar al ejecutado de mecanismos de defensa procesal que le permitieran formular alegaciones relativas a las causas de impago, a posibles vicios en el consentimiento, o a la posible declaración de determinadas cláusulas abusivas.

En este Auto, el TC consideró además, que la remisión que hace al juicio declarativo ordinario el art. 698.1 LEC carece de efectividad alguna a efectos de proteger la vivienda habitual del consumidor ya que ni produce la paralización de la ejecución ni del lanzamiento.

En el Auto se hace mención a la dudosa constitucionalidad del art. 579 LEC que hacía referencia al hecho de que una vez subastado el inmueble, si el producto obtenido, resultase insuficiente para cubrir el importe total de la deuda, el acreedor podría continuar la ejecución ordinaria contra el ejecutado[345].

345. Sobre esta cuestión véase la Ley de Segunda Oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015) y a la figura de la dación en pago. Respecto al artículo 579 LEC el TC reflexiona en el ATC 113/2011, de 19 de julio, sobre el hecho de que no exista ninguna comparecencia, o incidente, contemplado en la LEC que permita sustanciar lo dispuesto en el art. 579 LEC sin generar indefensión al ejecutado, ya que este precepto operaba de forma automática una vez verificado la insuficiencia del importe obtenido en subasta por la ejecución del inmueble y una vez el acreedor solicite la continuación de la ejecución por estos trámites. El hecho de que en este momento procesal no exista ninguna fase de oposición podría nuevamente una vulneración de los derechos del consumidor. En la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta mediante el ATC 113/2.011, de 19 de Julio, el Fiscal General del Estado manifestó que consideraba incorrecto el planteamiento porque no se estaba cuestionando una norma (el art. 695 LEC) sino todo un procedimiento judicial. El Fiscal considera que no se postuló la derogación de una norma por ser inconstitucional sino que se solicita al Tribunal una valoración sobre el procedimiento atribuyéndole funciones propias del legislador. Para el Fiscal, esta cuestión ya fue resuelta por el TC y el hecho que la Jurisprudencia anterior se pronunciase sobre la anterior LEC no tiene trascendencia alguna ni modifica en modo alguno los fundamentos acogidos por la Jurisprudencia Constitucional anterior. Fiscal General del Estado también se detiene en las consideraciones que realiza el Juzgado respecto al concepto de vivienda digna y al art. 47 CE, considera que no existe relación de causalidad entre el procedimiento y la vulneración del derecho a la vivienda digna, ya que, a su juicio, la normativa legal es el instrumento procesal para la activación de los derechos en controversia que serían de una parte, el derecho al cobro, y, de otra, la oposición a la reclamación. Finalmente, el ATC 113/2011, de 19 de julio, desestimó el recurso de inconstitucionalidad.

Respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares por el Juez que conoce del procedimiento declarativo ordinario en el relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, para ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO la única posibilidad de que esas medidas fueran realmente eficaces sería plantearlas y adoptarlas al iniciarse la ejecución hipotecaria (planteamiento que comparto plenamente), pero no cuando el bien haya sido ya ejecutado.

El autor, apuntaba en el año 2.013 a que una verdadera protección supondría una reforma legal del art. 695 LEC que permitiera dilucidar las cuestiones relativas a las cláusulas abusivas en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, reforma que se operaría posteriormente en este sentido[346].

La STJUE de 14 de Marzo de 2.013 concluye, en síntesis, que el procedimiento de ejecución hipotecaria español es contrario a lo dispuesto en la Directiva de 1.993, que genera indefensión al consumidor y que no permite paralizar de ninguna forma la ejecución hipotecaria, y que el Juez que conoce del procedimiento de ejecución hipotecaria no tiene mecanismos procesales para resolver sobre la nulidad de las cláusulas abusivas[347].

346. A pesar de que en un primer momento y tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, se consideró que ésta opción era la óptima, y finalmente se operó la reforma del art. 695 LEC en este sentido, posteriormente, las entidades bancarias optaron por acudir al procedimiento declarativo ordinario en lugar del procedimiento de ejecución hipotecaria, planteando distintas pretensiones con carácter subsidiario y con base en las distintas posibilidades que la evolución de la Jurisprudencia iba ofreciendo en esta materia.

347. STJUE de 14 de Marzo de 2.013: "59. Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de Marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77). 61. Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e

La Sentencia concluía claramente que el sistema procesal español generaba una absoluta indefensión y que daba carta de naturaleza a la ejecución de un título más que cuestionable por el contenido abusivo de sus cláusulas. Sin embargo, la preexistencia al despacho de la ejecución de la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad, había venido legitimando el título fuese cual fuese su contenido.

La Sentencia clarifica que la forma de valorar si una cláusula es o no abusiva es compararla, en el Estado miembro en cuestión, con el Derecho Nacional. Si la cláusula que sustituye el Derecho Nacional empeora la posición contractual y los derechos del consumidor a favor del predisponente, la cláusula deberá ser considerada abusiva.

Aunque la Sentencia se refiere exclusivamente a la cláusula de vencimiento anticipado y a la cláusula de intereses de demora, elabora unos razonamientos y unas conclusiones que sirvieron como base a la Jurisprudencia posterior a la hora valorar determinadas cláusulas y también de determinar el momento y el cauce procesal a través del cual cabía plantear estas cuestiones. En el caso enjuiciado, se planteó si era posible ir más allá de lo que la ley parece decir, e intentar plantear otras posibilidades y opciones reinterpretando nuevamente conceptos y preceptos muy asentados en nuestro ordenamiento jurídico.

---

irreversible de la vivienda. 62. Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55). 63. En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos".

La STJUE de 14 de Marzo de 2.013 resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Abogado en un procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona con base en el artículo 267 TFUE. El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona dictó Auto de fecha 19 de Julio de 2.011 en virtud del cual elevó la cuestión prejudicial recibiendo dicho Auto el Tribunal de Justicia el 8 de Agosto de 2.011.

El procedimiento fue instando por D.Mohamed Aziz contra la entidad Caixa d´Estalvis de Catalunya, Tarragona y Manresa (Catalunyacaixa) y la petición de decisión prejudicial tenía por objeto interpretar la Directiva 93 /13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ( en lo sucesivo "Directiva").

En este procedimiento se cuestionó la validez de determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la entidad bancaria y D.Mohamed Aziz.

Hasta la fecha, no se había cuestionado en nuestro ordenamiento jurídico la validez de este tipo de operaciones que venía claramente reforzada por el instrumento público en el que se formalizaba. Ni se cuestionaba la validez del negocio jurídico contenido en las escrituras públicas ni se cuestionaba que el consentimiento pudiera estar viciado.

La Sentencia nos ubica, antes de analizar las cuestiones planteadas, en el marco jurídico objeto de interpretación, haciendo mención, de una parte al Derecho de la Unión Europea, y, de otra, al Derecho Español.

El Derecho de la Unión Europea, la "Directiva", hace referencia a los principios de buena fe y equidad muy arraigados en nuestro derecho de obligaciones y contratos.Estos principios se predican en la Directiva como exigencias que pueden cumplir los profesionales y hacen referencia a que, estos profesionales, cuando contratan, deben tener en cuenta los intereses legítimos de la otra parte.

En este tipo de contratos, en los que una de las partes es un profesional, la Directiva dispone que tendrán la consideración de abusivas aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente y que causen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente en aquellos casos en los que nos encontramos ante contratos de adhesión, es decir, todos aquellos contratos en los que una de las partes ha predispuesto el contenido del mismo y la otra parte sencillamente se adhiere al mismo.

Los contratos bancarios son los contratos de adhesión por excelencia, de la misma forma que ocurre con las pólizas de seguros, en las que la capacidad de negociación del consumidor es nula en la práctica.

Las instituciones públicas merecen un especial reproche, en el desarrollo de la crisis económica y sus consecuencias, como garantes de la legalidad y del control del sistema bancario y bursátil. La apariencia de legalidad que envolvía a las entidades bancarias venía, en buena parte secundada, por los poderes públicos, de tal forma que nadie cuestionaba las cláusulas contenidas en las escrituras de préstamos o créditos garantizados con hipoteca.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores contiene una lista de cláusulas abusivas en un Anexo (que no configura como *numerus clausus*). Para valorar si una cláusula es abusiva o no la Directiva establece unos criterios o parámetros que podrán ser tenidos en cuenta, tales como la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, así como todas las circunstancias que concurrieran en el momento de la firma del contrato, así como el resto de las cláusulas contractuales u otros contratos de los que dependa (artículo 4, apartado 1, de la Directiva).

La Directiva recurre para interpretar si las cláusulas son o no abusivas, a los criterios tradicionales de interpretación de los contratos. Aunque la STJUE se refiere a la Directiva y a criterios que debemos tomar en cuenta a la hora de valorar

si una cláusula es abusiva o no, con posterioridad a dicha Sentencia, la Jurisprudencia española ha venido a aplicar los criterios hermenéuticos de los contratos para valorar si hubo o no vicio en el consentimiento y si el consumidor realmente fue informado del contenido del contrato y del alcance real de las cláusulas contenidas en el mismo.

La Directiva, también recoge en su artículo 6 apartado 1 el *Principio de conservación de los contratos* consagrado también en nuestro Derecho de obligaciones. La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de regular o incorporar al ordenamiento jurídico en sus derechos nacionales que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor.

La Directiva sigue el *Principio de conservación de los contratos* entendiendo que, aunque algunas de las cláusulas puedan ser abusivas, y, en consecuencia, nulas, debe subsistir el contrato integrando, en la medida de lo posible, el resto del clausulado, todo ello en evitación de declarar nulo en su totalidad el negocio jurídico. La Directiva incluye un mandato a los Estados miembros imponiéndoles la obligación de establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas entre profesionales y consumidores.

A pesar de la Crisis de 2.008, de la revisión del derecho a la vivienda en la contratación bancaria y de la evolución de la Jurisprudencia y de la normativa para proteger al consumidor, la Crisis económica provocada por la Pandemia del COVID puso de manifiesto la repetición de algunas prácticas bancarias que ya parecían proscritas[348].

348. Durante la crisis sanitaria del COVID-19 el Gobierno de España aprobó la concesión de créditos ICO avalados por el Estado como una de las medidas económicas extraordinarias de apoyo a las PYMES y los trabajadores autónomos. Pronto se pusieron de manifiesto las quejas de ciudadanos que respecto a que las entidades bancarias supeditaban la concesión de los créditos ICO a la contratación de otros productos financieros como por ejemplo Seguros, de lo que se desprende que, a pesar de la evolución que sufrió la contratación bancaria durante la crisis económica de 2.008 los procesos de contratación bancaria seguían menoscabando el principio de equidad y buena fe entre las partes. Véase por ejemplo: https://www.lavanguardia.com/seguros/empresa/20200406/48336906884/seguros-de-

Respecto a las cláusulas que la Directiva considera abusivas la Sentencia transcribe literalmente el Anexo de la Directiva (artículo 3, apartado 3, número 1).

A estos efectos, se consideran abusivas aquellas cláusulas que establezcan unas consecuencias muy gravosas para el consumidor en caso de incumplimiento de éste de las obligaciones dimanantes del contrato ( apartado e) ). La Directiva habla, literalmente, de "indemnizaciones desproporcionadamente altas". En esta relación contractual el incumplimiento de cualquier obligación por parte del consumidor se considera como "esencial" y provoca, automáticamente una situación de absoluta desproporción entre los derechos de las partes en cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento contractual que se establecen.

Más que hablar de consecuencias o indemnizaciones desproporcionadas podemos hablar de una distorsión absoluta del sistema general de obligaciones y contratos que se produce, de forma excepcional, cuando una de las partes es una entidad bancaria.

La importancia del sistema financiero y bancario, y su incidencia en la economía, ha justificado y justifica, aún hoy, la concesión de privilegios legales a estas entidades que el ordenamiento no contempla en ningún otro supuesto.

En el apartado q) se hace referencia a aquellas cláusulas que supriman u obstaculizan los medios de defensa del consumidor en el procedimiento, haciendo mención expresa a las que supriman u obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor; aquellas que le obliguen a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas limitándole los medios de prueba a su favor o invirtiendo incluso la carga de la prueba cuando conforme al ordenamiento jurídico del Estado miembro no le correspondería.

Hasta ahora hemos recogido las referencias que hace la Sentencia al Derecho de la Unión antes de resolver sobre la cuestión prejudicial planteada que

vida-prestamos-creditos-ico-garantias-mediadores-de-seguros-agentes.html. "COVID-19: Los mediadores denuncian abusos de la banca en la venta de seguros".

nos ubica en el marco comunitario antes de adentrarnos en el Derecho Español, que, como veremos a continuación, abunda en los mismos fundamentos.

En el Derecho español encontramos distintas Leyes que configuran un estatuto jurídico básico de protección del consumidor en materia de contratación, en los casos de contratos de adhesión.

En primer lugar, resultaría de aplicación, el Real Decreto Legislativo 1 /2.007, 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 (BOE nº 287, de 30 de Noviembre de 2.007, que estableció el texto refundido de la Ley 26 /1.984 con sus sucesivas modificaciones.

En segundo lugar, forma parte también de este estatuto la Ley 7 /1.998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE Nº 89, de 14 de Abril de 1.998, p.12304) que adaptó al Derecho interno la Directiva y modificó, a su vez, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26 /1.984.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias modificó la normativa anterior.

El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1 / 2.007 expone qué cláusulas tendrán la consideración de abusivas. Habla de cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente y de prácticas no consentidas expresamente, que sean contrarias a la buena fe y que causen un desequilibrio entre las partes en detrimento del consumidor.

Sobre la calificación de abusivas, JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ expone, a nuestro juicio con mucho acierto, que: “La palabra “abusiva” no es afortunada, porque centra su fuerza de significación en el contenido de la cláusula contractual, y oculta que la nulidad de las llamadas cláusulas abusivas no depende solamente de su contenido, sino, además, y, de modo esencial, del procedimiento por el que se establece la regla contractual y de la cualidad de empresario y consumidor de los contratantes. Esta precisión es fundamental, porque unos mismos contenidos

contractuales en condiciones generales o cláusulas predispuestas son válidos entre empresarios y nulos en contratos entre empresarios y consumidores"[349].

Hablar de "cláusulas individualmente negociadas" en un ámbito como el de la contratación bancaria es algo totalmente alejado de la realidad: los contratos bancarios son contratos de adhesión que no permiten ningún margen de negociación relevante.

El mercado financiero entendido como el conformado por entidades financieras y bancarias reguladas por la Ley, constituía hasta hace poco, un verdadero oligopolio al que se acudía por necesidad y que no se regía realmente por normas de competencia[350].

Respecto a la alusión de "practicas no consentidas expresamente", la consideración debe ser la misma: los contratos son firmados por los usuarios, como no puede ser de otra forma, al margen de cuales sean las condiciones, porque realmente el consumidor no tiene otra opción si quiere acceder al crédito o al préstamo.

La firma del contrato representa, a priori, un consentimiento expreso, pero realmente el consumidor no tiene más opción que firmar sea cual sea el contenido de las cláusulas (que, como decimos, son similares en todas las entidades bancarias).

Sin abundar en el análisis de las cláusulas abusivas, que tendrán el correspondiente estudio, debemos referirnos, como se refiere la Sentencia, al artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la ejecución hipotecaria en su versión vigente en aquél momento(Ley de Enjuiciamiento Civil, Capítulo V del

349. MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, "Estudios Jurídicos sobre el Derecho a la Vivienda", Capítulo I, Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios. Junta de Andalucía. Pág. 31.
350. MARIMÓN DURÁ, RAFAEL. Director, AAVV "La Regulación del Shadow Banking en el contexto de la Reforma del Mercado Financiero). Thomson Reuters Aranzadi. 2.015. En esta obra se alerta sobre los peligros de una Banca no regulada por las normas estatales, fuera del control reglado de las instituciones oficiales. Ciertamente esto representa un peligro en este sentido, pero también supone una competencia para las entidades financieras y bancarias que operaban tradicionalmente en el mercado, lo que por otra parte aumenta la oferta para el consumidor.

Título IV libro III, con la rúbrica "De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados").

El artículo 695 de Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante la LEC) en la redacción vigente restringía claramente los medios de defensa del consumidor "ejecutado" ya que las causas de oposición a la ejecución hipotecaria eran tasadas y no cabía la posibilidad de impedir la continuación de la ejecución si no era alegando alguna de las tres causas de oposición admitidas por la Ley.

El precepto contemplaba como causas de oposición a la ejecución hipotecaria: en primer lugar, la extinción de la garantía o de la obligación garantizada; en segundo lugar, error en la determinación de la cantidad exigible, y, en tercer lugar, la sujeción a otra prenda o hipoteca inscritas con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento. El consumidor sólo podía alegar estas causas para oponerse a la ejecución que se sustanciarían en una comparecencia a la que serían convocados por el entonces Secretario Judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia (art.695.2 LEC).

Por si el artículo anterior suscita alguna duda sobre la posibilidad de alegar como causas de oposición otras que no estuvierane expresamente previstas, el artículo 698 de la LEC dejaba claro que, cualquier otra causa que se pretendiera alegar por el consumidor debería sustanciarse por el procedimiento que correspondiera conforme resultara de la aplicación de las normas procesales y que, de ninguna forma, supondría la suspensión ni el entorpecimiento de la ejecución hipotecaria.

El legislador quiso otorgar al ejecutante una protección procesal que colocaba en una absoluta situación de indefensión al consumidor, limitando de forma extrema los márgenes de defensa en el procedimiento. Lo dispuesto en los dos artículos anteriormente comentados, supone una clara infracción de lo dispuesto en la Directiva y también de las normas de defensa del consumidor vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de un procedimiento de ejecución de tal naturaleza que supone claramente una privación de los medios de defensa del consumidor atribuyendo a las entidades bancarias unas facultades absolutamente desproporcionadas, con relación al principio de equidad, no sólo sobre la creación del contrato sino también sobre la ejecución del mismo.

Si resulta insuficiente la protección que se otorga al consumidor en el apartado 1 del artículo 698 de la LEC, más perjudicial resulta lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo que pretende atenuar dicha situación sugiriendo al consumidor la solicitud de medidas cautelares en el proceso declarativo con destino a los autos de ejecución hipotecaria para evitar que el resultado del primer procedimiento pueda resultar infructuoso como consecuencia de la ejecución.

Este planteamiento, no sólo es técnicamente defectuoso, sino que además es absolutamente improductivo. Se trata de un artificio procesal que lejos de permitir la defensa y la protección de los intereses de los consumidores les aboca a sufrir mayores perjuicios (incurriendo en gastos y demoras procesales) sin que esto sirva para evitar la ejecución de los inmuebles ya que como hemos visto el artículo 698.1 LEC establecía claramente que no suspendería ni obstaculizaría la ejecución.

El artículo 698.2 de la LEC habla de la solicitud de medidas cautelares que el consumidor podrá solicitar en el procedimiento declarativo pero deja claro que estas medidas cautelares no paralizarán la ejecución. El artículo dice que el consumidor podrá solicitar medidas cautelares para asegurar la efectividad de la Sentencia que recaiga en el proceso declarativo pero ésta consistirá en solicitar la retención del todo o de una parte de la cantidad que debiera entregarse al acreedor como consecuencia de la realización del inmueble.

Las medidas cautelares que pudieran solicitarse tendrían como finalidad, como todas las medidas cautelares, evitar que la Sentencia favorable obtenida en el proceso declarativo pudiera ver frustrada su eficacia por la ejecución del inmueble. Provocar la ejecución del inmueble y pretender que el consumidor se

conforme con retener lo obtenido en la ejecución resulta una solución absolutamente injusta.

No debemos olvidar que la ejecución no sólo lo es de un inmueble sin más, sino, en términos generales, del domicilio o vivienda habitual de una persona y su familia, por lo que en caso de subasta de la vivienda el daño es irreparable como se pudo constatar por la sociedad durante el desarrollo de la Crisis económica.

Cuando la Directiva habla de asegurar la efectividad de la sentencia que pueda recaer en el procedimiento ordinario no se refiere a paralizar la ejecución hipotecaria, que sería la única medida que ciertamente podría ser efectiva. La Directiva da por hecho que, aun en el supuesto de que prospere la demanda de juicio ordinario, no se impedirá la realización del inmueble y por tanto es obvio que, de nada servirán las medidas de aseguramiento que se puedan adoptar.

La única medida de aseguramiento que contempla la Directiva es la consistente en solicitar la retención de todo o parte de la cantidad, que, conforme al procedimiento hipotecario deba entregarse al acreedor. No hay una remisión a las normas procesales y a las medidas cautelares que, en general, prevé la ley, sino que se limita a una medida cautelar muy concreta y que sólo parece aplicable una vez se hayan completado todas las fases del procedimiento de ejecución y no *ab initio* como suelen aplicarse las medidas cautelares.

El planteamiento jurídico es absolutamente frustrante porque es contrario totalmente a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares que precisamente son de aseguramiento. La frustración de la finalidad de las medidas cautelares, así contempladas, es segura, ya que, la vivienda será ejecutada en cualquier caso. La capacidad de reversión del daño ocasionado es nula, porque, aun suponiendo que se estimara la demanda de juicio ordinario los consumidores no recuperarían su vivienda.

La Directiva dice que cuando el consumidor pretenda solicitar esta medida el Juzgado analizará su solvencia y en su caso, le podrá solicitar garantía para responder de los daños y perjuicios que pudiera ocasionarle al acreedor. La

exigencia de esta caución agrava aún más si cabe la posición del deudor, y, garantiza, en buena medida, que sea imposible solicitar la retención a la que hace referencia.

Lo normal será que una persona que no puede hacer frente al pago de la hipoteca no tenga una situación solvente en términos económicos y que tampoco pueda prestar una caución para solicitar una medida de aseguramiento. En la práctica es imposible que se acuerden dichas medidas, y, aun suponiendo que fuesen adoptadas, no tendrían ninguna utilidad para el consumidor.

La STJUE de 14 de Marzo de 2.013 analiza las cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria suscrito en Diciembre de 1.993 en el que la hipoteca gravaba una vivienda que constituía el domicilio familiar del Sr. Aziz.

Son varias las cláusulas que la Sentencia analiza y que dieron motivo a que se planteasen las cuestiones prejudiciales objeto de estudio por el Tribunal. Se analiza la cláusula de intereses de demora ( cláusula 6 del contrato) ; la cláusula de vencimiento anticipado en la que se reconoce al acreedor la facultad de declarar vencido el préstamo por el impago de cantidades ciertamente irrisorias comparadas con el importe total del préstamo concedido; la cláusula del pacto de liquidez en virtud de la cual la entidad bancaria predispone los mecanismos de determinación del saldo deudor, y se atribuye la facultad de determinación del mismo emitiendo un certificado a tal efecto, sin que el deudor pueda intervenir ni conozca verdaderamente dichos cálculos.

En el supuesto que se recoge en la Sentencia el Sr. Aziz no formuló oposición a la ejecución y el procedimiento hipotecario llegó hasta el señalamiento de fecha para la transmisión de la posesión al adjudicatario. Si bien es cierto que el Sr. Aziz dejó precluir los plazos en el procedimiento hipotecario, optó por entablar nuevas acciones frente a la entidad bancaria mediante un procedimiento declarativo ordinario que se sustanciaba de forma simultánea al procedimiento de ejecución hipotecaria.

En el procedimiento declarativo el Sr. Aziz solicitó que se declarase nula la cláusula 15 de contrato de préstamo hipotecario por entender que era abusiva y debía declararse nula. En este caso, y a pesar de instar la declaración de nulidad de una cláusula el Sr. Aziz consideró que la declaración de nulidad de dicha cláusula debía llevar pareja la nulidad de la propia ejecución hipotecaria.

El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, ante el que se tramitaba el proceso declarativo ordinario, pudo comprobar que no tenía mecanismos legales para interferir en el proceso ejecutivo y, que efectivamente el resultado del proceso declarativo no iba a tener ningún efecto en el proceso de ejecución, ya que no provocaba efectos suspensivos. Al mismo tiempo, el Juez de lo Mercantil advirtió la evidente indefensión que causaba una paradoja procesal como la que hemos expuesto, lo que le llevó a elevar al TJUE la cuestión prejudicial que fue resuelta en la Sentencia.

En el contexto expuesto el consumidor se encontraba en una absoluta indefensión, sin poder defenderse jurídicamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria (por ser las causas de oposición las legalmente tasadas) y al mismo tiempo, con un proceso declarativo ordinario aparentemente inútil por no tener ninguna incidencia en el curso de la ejecución hipotecaria.

El primer motivo que llevó al Juez de lo Mercantil a acudir al TJUE fue la indefensión absoluta en la que, el sistema legal español colocaba al consumidor, pero al analizar esta situación surgieron otras cuestiones jurídicas como la validez de cláusulas que podía estar vulnerando derechos del consumidor que dieron lugar al inicio de la revisión por parte de los Tribunales de las cláusulas de los contratos bancarios y a la revisión no sólo del contenido del contrato bancario sino también al alcance de la protección otorgada al derecho a la vivienda en la contratación bancaria.

**3.c.El efecto de cosa juzgada.**

La Jurisprudencia generada durante la crisis económica en torno a la interpretación de las cláusulas establecidas en los contratos de préstamos o créditos hipotecarios dio lugar al planteamiento de numerosas cuestiones procesales que hasta la fecha no se habían planteado. Una de las cuestiones que se plantea es si se pueden revisar sentencias firmes y qué efectos produce la cosa juzgada en el ejercicio de las acciones individuales y colectivas.

MARÍA PRENDES VALLE, Magistrada del TSJ de Castilla La-Mancha[351], realiza una interesante reflexión sobre las cuestiones procesales que plantea la STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 que reconoce la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo a diferencia de lo resuelto por la STS de 9 de Mayo de 2.013 que negaba la posibilidad de reclamar con efectos retroactivos.

La Magistrada se plantea si el ejercicio de acciones colectivas y su resolución judicial perjudican o vinculan el posible ejercicio de acciones individuales en reclamación de las cantidades correspondientes como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

Con carácter previo a resolver esta cuestión la Magistrada entra a valorar el concepto de cosa juzgada :"El Art. 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000[352]

351. http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Clausulas-suelo-acciones-colectivas-responsabilidad-Estado_11_1198555002.html. "Cláusulas suelo: Cosa juzgada en el marco de acciones colectivas, revisión de sentencias y responsabilidad patrimonial del Estado".
352. Artículo 222. Cosa juzgada material. "1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. 2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley. Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen. 3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley. En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Las sentencias que se

-EDL 2000/77463- establece que el efecto de «cosa juzgada» de las sentencias firmes excluye un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. La situación de cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, como así venía exigiendo anteriormente el hoy derogado artículo. 1252.1 Código Civil -EDL 1889/1". La esencia de la inmutabilidad de la cosa juzgada se explica a través del principio de seguridad jurídica, pues la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso. El ordenamiento jurídico prefiere el efecto preclusivo de la cosa juzgada como mal menor ante el principio de seguridad jurídica y de hecho, este efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso (STS de 24 de septiembre de 2003, RC n.º 4046/1997 -EDJ 2003/97850-). Por este motivo, la Sala primera del Tribunal Supremo ha declarado que para determinar la existencia de la identidad objetiva entre los procesos ha de tomarse en consideración lo deducido en el primer proceso y, además, lo que hubiera podido deducirse en él (art 400.2 LEC -EDL 2000/77463-) (SSTS de 26 de Junio de 2006, 28 de Febrero de 2007, 6 de Mayo de 2008 y 17 de Junio de 2009, RC n.º 2225/2004 -EDJ 2009/128070-). La cosa juzgada imposibilita replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia (STS de 20 de Abril de 2010, RC n.º 1896/2007 -EDJ 2010/53508-), lo que implica que si la cuestión ya ha sido examinada y resuelta, se entiende que ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de ella(1)."

dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado. 4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

La Magistrada cita también la STS 24 de Febrero de 2017, Rec. Casación 740/2014 -EDJ 2017/9042 que se pronunció sobre el ejercicio de las acciones colectivas y la cosa juzgada[353].

Como concluye la Magistrada, entre las acciones colectivas ( ejercitadas por asociaciones de consumidores) y las acciones individuales ( ejercitadas por particulares) no se da la identidad subjetiva que permita la aplicación del artículo 222.1.2ª LEC lo que se desprende no sólo de esta falta de identidad subjetiva sino también del hecho de que exista una previsión expresa en el artículo 519 LEC[354] que permita extender los efectos de la resolución del procedimiento de acciones

353. "De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes. De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio -EDJ 2010/152966-), así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC -EDL 2000/77463- no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC. A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada sentencia 375/2010, de 17 de Junio -EDJ 2010/152966-, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».

354. Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. "Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados".

colectivas a personas que no ejercitaron inicialmente la pretensión[355]. El Tribunal Constitucional niega igualmente que los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas produzcan efectos de cosa juzgada en los procesos en los que se ejercitan acciones individuales aunque reconoce la similitud existente entre estos procedimientos.

Aunque la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 analizó cuestiones que ya se habían planteado en la Jurisprudencia en distintos contextos, lo novedoso de sus planteamientos, y por supuesto, el grave contexto en el que nos encontrábamos, tuvo una trascendencia muy importante en el panorama jurídico y social. Sin embargo, más de quince años después, el derecho a la vivienda parece incompatible con la contratación bancaria teniendo en cuenta los precios alcanzados por la vivienda y la imposibilidad de acceder a los préstamos para su adquisición.

Uno de los efectos provocados por esta Sentencia fue el concerniente a los cambios legislativos. Tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15/05/2013), que reformó el proceso judicial y extrajudicial de ejecución hipotecaria en lo concerniente a la vivienda habitual[356].

355. En este sentido se pronunció la STS nº 139/ 2.015, de 25 de Marzo -EDJ 2015/3362. En esta Sentencia se reconoce implícitamente que en estos supuestos no existe cosa juzgada. La Sentencia analiza la cláusula suelo desestima el reconocimiento de su retroactividad tal y como se había declarado en la STS de 9 de Mayo de 2.013. La Magistrada apunta que al declarar los efectos la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad implícitamente niega la existencia de cosa juzgada ya que de lo contrario ni siquiera habría entrado a valorar el fondo del asunto. Por tanto, el TS entró a valorar el fondo del asunto y aplicó el mismo razonamiento que en la STS de 9 de Mayo de 2.013 pero no con base en la cosa juzgada. La Magistrada recuerda que la STS de 9 de Mayo de 2.013 descartaba de forma expresa que la misma desplegase efectos "ultra partes".

356. Con posterioridad la Ley 8/2.013 de 26 de Junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, realizó una serie de modificaciones aclaratorias de preceptos de la LEC mediante la Disposición Final 4ª. ( versión vigente conforme a la última actualización de fecha 31 de Octubre de 2.015) :" Disposición final cuarta Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil Se modifican los artículos 552 y 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Uno. El párrafo segundo del apartado 1 del

La Ley 1/2.013, de 14 de Mayo amplía el límite de la cuantía inembargable de los ingresos familiares (ampliando el límite establecido por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de Julio)[357], y amplía la protección a determinados deudores sin recursos mejorando la protección que estableció el Real Decreto Ley 6 /2.012, de 9 de Marzo[358].

En primer lugar, Ley ordenaba una suspensión de los lanzamientos relativos a viviendas habituales de las familias que cumplieran con una serie de requisitos económicos hasta el 15 de Mayo de 2.015.

En segundo lugar, limitaba los intereses de demora de los préstamos hipotecarios a tres veces el interés legal del dinero y sólo podían devengarse sobre el principal sin que se permitiese el anatocismo o capitalización de intereses.

En tercer lugar, tanto el Juez como el Notario podían apreciar de oficio el posible carácter abusivo de una cláusula. En el caso de que fuera el Juez el que apreciase de oficio que las cláusulas eran abusivas debía seguir los trámites previstos en los artículos (de nueva redacción) 552.1 y 567.1.3ª LEC, convocando a las partes a una comparecencia o audiencia en el plazo de quince días y tras su celebración el Juez debía resolver como si se tratase de una oposición a la ejecución.

artículo 552 queda redactado como sigue: «Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.ª» Dos. El apartado 2 del artículo 695 queda redactado como sigue: «2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario Judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día.»

357. Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de Julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, BOE núm. 161, de 07/07/2011.
358. Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE núm. 60, de 10/03/2012.

Respecto a la ejecución extrajudicial no quedaba claro que el Notario pudiera efectivamente apreciar o valorar estas cláusulas ya que del art. 129.2.f de la Ley Hipotecaria (en su nueva redacción) parecía desprenderse que tendrían que ser las partes las que planteasen dicha cuestión ante el Juez de Primera Instancia competente y una vez resuelta el Notario autorizaría o no la firma.

Esta Ley incorporó la posibilidad de alegar, como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, el carácter abusivo de una cláusula (arts. 557.7ª y 695.1.4ª LEC, en la nueva redacción dada por la Ley).

Planteados estos motivos como oposición, la consecuencia procesal inmediata era la suspensión del procedimiento de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el art. 695.2. LEC y se debía convocar a las partes a una comparecencia en el término de quince días debiendo pronunciándose el Tribunal declarando la improcedencia o sobreseimiento de la ejecución por fundarse en la misma en un cláusula abusiva o bien despachando la ejecución sin aplicar dicha cláusula (artículos 561.1.3ª y 695.3 LEC en la nueva redacción dada por la Ley).

Desde este momento se permitió la sustanciación de estas cuestiones en el propio procedimiento de ejecución sin necesidad de acudir a un proceso declarativo ordinario[359]. Este cambio provocó que ya no fuera necesario acudir a la anotación preventiva de demanda.

En el caso de la vivienda habitual se introduce una limitación para la entidad bancaria en cuanto a la continuación de la ejecución contra el patrimonio del deudor por el importe insatisfecho y pendiente tras la adjudicación. Por otra parte se intenta beneficiar de alguna forma al deudor disponiendo que será partícipe de la plusvalía que pudiera obtener el ejecutante adjudicatario en una posterior venta del inmueble ( artículo 579.2 LEC en su nueva redacción), siendo esta

359. Aunque la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo la posibilidad de sustanciar estos motivos en el propio procedimiento de ejecución hipotecaria, como tratamos en los apartados correspondientes, la evolución de la crisis económica y de la Jurisprudencia condujo a la Banca a optar cada vez más por el proceso declarativo ordinario para hacer efectiva la resolución del contrato y el recobro de la deuda.

consideración también aplicable a la venta extrajudicial notarial del artículo 129.2 h) LH en su nueva redacción).

## II.ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS BANCARIAS MÁS RELEVANTES EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTERIO OBJETO DE REVISIÓN Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE EL INICIO DE LA CRISIS DE 2.008.

### 2.1. Las cláusulas suelo.

Las llamadas cláusulas suelo estaban previstas en la Orden EHA/2899/2.011).[360]Las cláusulas suelo-techo son cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios en las que las entidades bancarias en la que se fija un límite mínimo (suelo) y otro máximo (techo) al tipo de interés del préstamo hipotecario, tomando como índice de referencia el Euribor.

La STS de 9 de Mayo de 2.013, declara la nulidad de las cláusulas suelo pero no reconoce efectos retroactivos a dicha declaración argumentando que esto afectaría a la estabilidad del sistema financiero[361].

360. Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE Núm. 261, Sábado 29 de Octubre de 2.011. El artículo 25 disponía: "Artículo 25. Información adicional sobre cláusulas suelo y techo. En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima."
361. STS de 9 de Mayo de 2.013, Marginal 287: "2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad 287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que"[l] as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". Marginal 293 letra K: "k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de

Hasta la STS de 9 de Mayo de 2.013 había dos posiciones jurisprudenciales sobre las cláusulas suelo: una tendencia jurisprudencial que consideraba que se trataba de una cláusula abusiva porque provocaba un claro desequilibrio entre las partes y no era recíproca[362] y otra tendencia jurisprudencial que consideraba que la cláusula era válida y que debía ser considerada como un mecanismo de reducción de pérdidas para las entidades bancarias.

Estas cláusulas favorecen claramente a las entidades bancarias en los supuestos en los que se fija la cláusula suelo ya que las posibles bajadas de los tipos de interés no se aplican al consumidor más allá del límite o "suelo" pactado. Las entidades bancarias conocen el alcance y los efectos económicos de estas cláusulas y también el comportamiento del mercado y su previsibilidad cíclica, motivo por el cual hacen uso de estas cláusulas. Por tanto, es evidente, como apunta LOURDES GARCIA MONTORO[363], que el consumidor se encuentra en una

trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas."

362. CORDERO, ENCARNA. "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos" (STS, Sala de lo Civil, de 9 de Mayo de 2.013). Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-la Mancha. Cita las Sentencias JM Sevilla 20 Septiembre 2010, SJM León 11 Marzo 2011, SJM Barcelona 12 Septiembre 2011, SJM Málaga 20 Noviembre 2011, SJM Palma de Mallorca Febrero 2012, SAP Cáceres 24 Abril 2012 como tendencia jurisprudencial que considera que se trata de cláusulas abusivas porque existe un claro desequilibrio entre las partes, y, por otra parte cita las SAP Sevilla 7 Octubre 2011, SAP Sevilla 10 Diciembre 2011, SJM Madrid 8 Septiembre 2011, SJM Alicante 23 Junio 2011, SJM Jaén 7 Febrero 2012, como ejemplo de Jurisprudencia que considera que consideran que estas cláusulas son válidas, que no pueden ser valoradas en el marco jurídico propio de las relaciones sinalagmáticas y que, en definitiva se trata de un mecanismo para reducir el riesgo de pérdidas para las entidades bancarias.

363. GARCÍA MONTORO, LOURDES. "Las cláusulas suelo-techo en el préstamo hipotecario y la prueba de su negociación individual (Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo)". Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 5/2.013. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011) En el mismo sentido se pronunciaron la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 19 de Junio de 2012 y la Sentencia

clara posición de inferioridad y cita dos Sentencias que resuelven demandas interpuestas por los consumidores por considerar que la cláusula suelo impuesta por la entidad bancaria era desproporcionada. La Sentencia 217/2012, de 19 de Septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz consideró que las cláusulas suelo eran abusivas por existir una excesiva desproporción entre el suelo y el techo impuesto por la entidad bancaria.

La entidad bancaria argumentó, por el contrario que la existencia de negociación individual de la cláusula se desprende del hecho de que en otros contratos similares firmados con otros clientes no exista dicha cláusula.

No basta con el hecho de que la entidad bancaria informe al cliente de la existencia de determinadas cláusulas y el cliente las lea antes de firmar el contrato. La necesidad de obtener financiación ajena actúa como un elemento claramente invalidante de la voluntad. En este mismo sentido se pronunció la Sentencia 217/2012, de 19 de Septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-

59/2013, de 7 de Marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao. En la Sentencia 59/2013, de 7 de Marzo, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao se hace mención a la fijación de un techo tan superior al que la evolución del mercado permite prever que pone de manifiesto que resulte prácticamente imposible su aplicación. LOURDES GARCÍA MONTORO cita en su artículo un fragmento de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 19 de Junio de 2012 que explica claramente que la cláusula techo se utiliza para dar una apariencia de equidad ( a sabiendas de que es prácticamente imposible que se tenga que aplicar) y poder así imponer la cláusula suelo ( en previsión de las posibles bajadas de interés): "*La entidad financiera sabe, desde que predispone la cláusula suelo que la misma entrará en funcionamiento, sin duda alguna, como aquí ha sucedido y, al tiempo, reviste de falso ropaje recíproco dicha cláusula, con el establecimiento de otra, supuestamente beneficiosa para el consumidor y perjudicial para la entidad, que impide la subida de tipos de interés a partir de un hecho absoluto y totalmente irreal […]. De ese modo, disimula la cláusula que se quiere predisponer, con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, todo ello en un acto de clara contradicción con la buena fe; en un acto claramente abusivo y que, por tanto, debe provocar la nulidad de la cláusula.*" En la otra Sentencia que cita LOURDES GARCÍA MONTERO, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 7 de Marzo de 2.013, la entidad bancaria tampoco pudo acreditar que la cláusula fuera negociada individualmente. En esta Sentencia se considera que la falta de documentación que acredite la existencia de la negociación demuestra, simplemente, que no ha existido negociación alguna. Como explica la autora en su artículo la negociación individual de la cláusula no se presume y es el empresario el que ostenta la carga de la prueba y quien efectivamente tiene que acreditar que la cláusula en cuestión fue efectivamente negociada de forma individual y en este sentido se pronuncian las Sentencias que cita (artículo 82.2 TRLGDCU).

administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz[364] al considerar que al cliente no le quedó más remedio que aceptar la cláusula predispuesta y adherirse al contrato si realmente quería el servicio, a pesar de la claridad y la comprensibilidad con la que pudiera estar redactada.

También resulta llamativo que la Sentencia considere que se trata de una cláusula abusiva y que la entidad financiera ha actuado de mala fe, entre otros motivos, porque se trataba de un "instrumento de cobertura de riesgo irreal".

Sobre la posibilidad de que el Juez entre a valorar cláusulas que conforman los elementos esenciales del contrato cita las SSTJUE de 3 de Junio de 2010 y de 4 de Noviembre de 2010, que confirmaron esta posibilidad. La conclusión es que la cláusula suelo-techo afecta al precio que es un elemento esencial del contrato y el Juez debe valorar su abusividad.

Respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, la STJUE de 14 de Junio de 2.012 consideró que debía ser eliminada del contrato y tenerse por no puesta por lo que no cabe la reintegración de la misma en el contrato. Posteriormente, y como se expone a continuación, la Jurisprudencia fue clarificando y resolviendo otros extremos y cuestiones controvertidas de relevancia.

**2.1.a. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2.013: declara la nulidad de las cláusulas suelo pero no su retroactividad.**

La STS de 9 de Mayo de 2.013 resuelve los Recursos planteados contra la SAP de Sevilla de 7 de Octubre de 2.011. Hasta la fecha, parte de la Jurisprudencia consideraba que no cabía considerar desequilibrio entre las partes por tratarse de un préstamo real al entender que se trata de una obligación unilateral. Sin

364. En el mismo sentido cita las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de Septiembre de 2010; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cáceres, de 12 de Enero de 2012 y 18 de Octubre de 2011; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, de 11 de Marzo de 2011; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga y Mercantil núm. 7 de Barcelona.

embargo, el TS considera que es posible apreciar la abusividad y el desequilibrio entre las partes aun cuando el contrato de préstamo real sea un contrato unilateral porque no se trata de que se hayan o no cumplido obligaciones recíprocas sino del conjunto de obligaciones y derechos que el contrato establezca para las partes.

Sin embargo, y, a pesar de lo anterior, el TS no considera que la cláusula suelo sea una cláusula abusiva en sí misma, ni que provoque una desproporción de forma automática ni tan siquiera por el hecho de que no se establezca "techo" o de que el techo sea desproporcionado respecto al suelo. Para el TS el legislador establece la facultad del empresario de establecer el interés legal por tanto no se puede declarar abusiva sin más esta cláusula.

Con anterioridad a la STS de 9 de Mayo de 2.013 los Juzgados que declaraban la nulidad de la cláusula suelo establecían los efectos retroactivos de la declaración de nulidad[365].

La STS de 9 de Mayo de 2.013 expone el concepto de cláusula suelo en los Considerandos 21 a 25[366]. La Sentencia consideró lícitas, en términos generales y

365. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 7 de Marzo de 2013.

366. STS de 9 de Mayo de 2.013: "21.Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.23. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza – las denominadas cláusulas techo-y a la baja- las llamadas cláusulas suelo-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. 24. Con relación a estas últimas –únicas que son objeto de litigio- las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo, y, en otras, se fija el tipo mínimo de interés de referencia.25. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario".

de forma abstracta, las llamadas cláusulas suelo[367] pero con las precisiones apuntadas en los Considerandos 217 a 225[368].

Por último el TS repara también en el desequilibrio que provocan estas cláusulas en cuanto al reparto de riesgos entre las partes:

367. STS de 9 de Mayo de 2.013: "…256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite- Más aún, son ilícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

368. STS de 9 de Mayo de 2.013: "217.Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonable previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre los elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.221. Dicho de otra forma, pese a tratase, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de las cláusulas, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.225. En definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes ya que:a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de tipos de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las del BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor".

*"264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible – de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas – en la realidad los tipos de oscilación del tipo mínimo de referencia – único que ha de ser objeto de examen- en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusiva a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominal variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".*

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Auto nº 351/2.013, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers en Autos de Procedimiento de Ejecución nº 2248/2.010.[369]

369. AJPI Granollers nº 351/2.013, de 16 de Septiembre de 2.013: "La aplicación de toda la panoplia jurisprudencial expuesta a la cláusula particular objeto de enjuiciamiento debe conducir a la declaración de abusividad por cuanto que la misma no supera el doble control de transparencia establecido por el TS, y, además causa un evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del ejecutado (art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2.007). El que el *iter* precontractual y contractual se haya ajustado a la legalidad vigente (singularmente la O.M. de 5 de Mayo de 2.004) permite la incorporación de tal condición singular al contrato lo que, sin embargo, no puede entenderse como adecuada comprensión por parte de los consumidores de la carga económica que asumían en virtud de la cláusula suelo. Ni en la oferta vinculante ni el contrato de préstamo hipotecario (doc. Núm. 1 de la demanda) se destaca tal cláusula como un elemento fundamental y definitorio del contrato, no se facilitaron al consumidor por el Banco simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés (al menos no se han aportado por la entidad Bancaria ex art. 217.7 de la LEC). No hay información previa clara y comprensible (no se adjuntada cuanto menos) sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir-o advertencia de que el concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas. Finalmente se engarza con la cláusula techo generando la sensación de ser una contraprestación de la misma. Por ello la cláusula no es transparente ni permite conocer al consumidor la repercusión económica que la misma tiene en el tracto contractual generando, además, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se derivan para las partes del contrato puesto que se convierte un tipo de interés variable en un fijo a la baja protegiendo el interés económico de la Entidad Bancaria y dando al traste con las posibilidades de un abaratamiento de la operación para el consumidor por mor de las bajadas de interés previsibles para el empresario como afirma el TS". Por lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers declara abusiva la cláusula suelo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 695, regla 4ª, apartado 1º.

La STS de 9 de Mayo de 2.013 consideró que la cláusula suelo afectaba a un elemento esencial del contrato que era el precio[370]. El Tribunal Supremo consideró en su Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 que las cláusulas suelo debían ser declaradas nulas pero no admitió la retroactividad de la nulidad. Sin embargo, con fecha de 21 de Diciembre de 2.016 el TJUE declaró los efectos retroactivos de la nulidad.

El Tribunal Supremo consideró, en su Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 que las cláusulas suelo no eran nulas en sí mismas, es decir, que objetivamente eran válidas y propias del tráfico jurídico. Justificó la validez de estas cláusulas afirmando que las operaciones de préstamo hipotecario debían ser rentables y que la declaración de nulidad debía ser compatible con los principios que rigen e informan en ordenamiento jurídico y se basaba en el principio de seguridad jurídica para no reconocer la retroactividad como una consecuencia necesaria de la nulidad.

Nos podemos compartir de ninguna forma tal consideración. El principio de seguridad jurídica representa el respeto al derecho positivo y la permanencia en el tiempo de su aplicación. La corrección de una conducta que no se ajusta al derecho positivo y el restablecimiento de la situación conforme a Derecho nunca puede ser contraria al principio de seguridad jurídica porque esto permitiría legitimar cualquier conducta que no fuera conforme a Derecho.

El Tribunal Supremo no dudó en declarar en la Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 que la retroactividad de esta cláusula podría provocar graves trastornos económicos, pero el fundamento de tal consideración era el de beneficiar a la banca en detrimento de los consumidores.

370. STS de 9 de Mayo de 2.013: "189.En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte del precio imprescindible que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial".

La STS de 9 de Mayo de 2.013 distingue entre transparencia formal y transparencia material. La transparencia formal viene referida al carácter claro y comprensible de la redacción de las cláusulas mientras que la transparencia material viene referida a la real y efectiva comprensión del alcance de dichas cláusulas, esto es, el conocimiento del verdadero y real alcance económico y jurídico de la cláusula.

Si bien la STS de 9 de Mayo de 2.013 parecía haber zanjado la cuestión de las cláusulas suelo, no suponía un pronunciamiento realmente satisfactorio al no declarar la retroactividad de sus efectos. La falta de rigor jurídico de este pronunciamiento provocó que la Jurisprudencia posterior no acogiera los términos de esta Sentencia.

LOURDES GARCÍA MONTORO[371] recoge algunos de los supuestos encontrados en la Jurisprudencia de los primeros detractores que manifestaron claramente su disconformidad con la misma. Hace referencia a las dos primeras Sentencias que se dictaron apartándose claramente de la STS de 9 de Mayo de 2.013: *"La primera en apartarse de la reciente doctrina sentada por el TS ha sido la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense, en su Sentencia de 13 de mayo de 2013, seguida de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número dos de Málaga, en su Sentencia de 23 de Mayo de 2013, en cuyo estudio nos centraremos por ser la más reciente."*[372]

371. GARCÍA MONTORO, LOURDES. "Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre las Cláusulas Suelo: Hay que devolver las prestaciones". Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.
372. GARCÍA MONTORO, LOURDES, Íbidem. La autora realiza en su artículo un análisis de la Sentencia que se aparta de forma clara del criterio seguido por la STS de 9 de Mayo de 2.013: la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de Mayo de 2.013.LOURDES GARCÍA MONTORO expone que la STS de 9 de Mayo de 2.013 recoge en su párrafo 283, Fundamento Jurídico Decimoséptimo la regla clásica consagrada en el artículo 1.303 Cc en virtud de la cual lo que es nulo nunca ha existido y por tanto dicha declaración produce efectos retroactivos: "*quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)".* Sin embargo, destaca la autora que, a partir del

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga, de 23 de Mayo de 2013 fue la segunda Sentencia dictada tras la Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 que discrepa de la misma y que considera que debe declararse retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo[373].

párrafo 287 el Tribunal hace un gran esfuerzo por justificar la inaplicación de dicha regla clásica y para argumentar jurídicamente esta opción recurre al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE y también a la definición que de este principio ha elaborado la Jurisprudencia del TJUE, TC y del propio TS.La autora transcribe la célebre frase utilizada por el TS para "montar" una argumentación que permitiese semejante artificio jurídico: *"Concretamente se refiere a los principios generales del Derecho, entre los que destaca el de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, considerando que, de declararse la retroactividad de la sentencia, se generaría "el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico".*A modo de síntesis LOURDES GARCÍA MONTORO recoge los elementos en los que se basó la STS de 9 de Mayo de 2.013 para declarar la no retroactividad de la declaración de nulidad: *"- Licitud de la cláusula suelo - Razones objetivas que justifican la inclusión de la cláusula en contratos a interés variable - Frecuencia con la que ha sido utilizada por la entidad y tolerada por la sociedad (desde 2004) - La abusividad de la cláusula deriva de la falta de transparencia, no de su ilicitud intrínseca - Mantenimiento del rendimiento mínimo de los activos del préstamo hipotecario para sufragar los costes de producción - Insuficiencia de la información debida al consumidor - Sustitución del acreedor permitida por la Ley 2/1994."*La STS de 9 de Mayo de 2.013 se basa en los anteriores elementos para concluir que "*procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*."

373. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de Mayo de 2.013, considera, de la misma forma que el TS, que la cláusula suelo no es nula en sí misma considerada sino por la falta de transparencia que impide que el consumidor conozca realmente el alcance jurídico y económico de la misma. Considera la Sentencia que, en estos supuestos la cláusula es nula pero debe subsistir el resto del contrato. Sin embargo, el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga considera que la entidad bancaria debe devolver las cantidades indebidamente percibidas porque es una consecuencia inherente a la declaración de nulidad por aplicación del artículo 1.303 Cc. El Juez de lo Mercantil justifica su decisión amparándose en una aplicación estricta del sistema de fuentes prevista en el 1.7 Cc que establece la primacía de la Ley sobre la Jurisprudencia. Por tanto, a pesar del que el TS no admitió los efectos retroactivos de la nulidad, el Juez de lo Mercantil no compartía esta consideración y para justificar la viabilidad de tal discrepancia alega el artículo 1.7 Cc. El Juez de lo Mercantil no sólo condena a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de la cláusula suelo desde su aplicación sino también durante la tramitación del procedimiento, más los intereses legales devengados sobre esas cantidades desde la fecha del cobro hasta la resolución definitiva del pleito. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense de 13 de Mayo de 2.013 que no acoge la limitación de la retroactividad considerada por la STS de 9 de Mayo de 2.013 pero además es muy contundente al considerar que el TS vulnera el principio de tutela judicial efectiva porque resuelve una cuestión (la limitación de la retroactividad) que no ha sido planteada por ninguna de las partes, y sobre la que no se ha permitido a las partes formular alegación alguna,

**2.1.b. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Diciembre de 2.016: declara la retroactividad de la nulidad en las cláusula suelo.**

La STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 hace alusión a que el consumidor debe disponer de información suficiente con carácter previo a la celebración del contrato. En este aspecto, tanto la STS de 9 de Diciembre de 2.013 como la STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 hablan del elemento volitivo basado de forma exclusiva en la información, y de la transparencia en sentido formal y en sentido material sin tener en cuenta que la necesidad de obtener financiación anula, en muchas ocasiones, la autonomía de libertad. Esa situación de necesidad y dependencia previa a la firma del contrato condiciona claramente la imposibilidad de negociación.

El Tribunal Supremo limitó la eficacia de la nulidad y sólo aplicó la misma a aquellos pagos posteriores a la STS de 9 de Mayo de 2.013. La STS nº139/2.015, de 25 de Marzo de 2.015 (que hizo extensivo el tratamiento adoptado por la STS de 9 Mayo de 2.013 para el ejercicio de las acciones colectivas también a las acciones individuales), confirmó la no retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en los mismo términos.

prescindiendo totalmente de la correcta aplicación del sistema de fuentes previsto en el artículo 1.7 Cc. En esta Sentencia la Juzgadora destaca el hecho de que el TS recurra a una supuesta aplicación analógica para establecer una limitación de los efectos retroactivos cuando realmente en esta materia no existe ninguna laguna legal que requiera de una aplicación analógica.

**2.1.c. El Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de Enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.**

Tras la Sentencia del TSJUE de 21 de Diciembre de 2.016, en la que se declaró la retroactividad de las cláusulas suelo declaradas nulas, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de Enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

El Real Decreto-Ley regula un mecanismo extrajudicial de devolución de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias que un año después de su aprobación demostró su ineficacia, y, que, además, impuso a los consumidores la obligación de someterse al mismo en evitación de perder las costas procesales en un ulterior procedimiento judicial.

En las cuestiones prejudiciales planteadas y resueltas en la STJUE de 21 de Diciembre de 2.016, una de las cuestiones que se plantean son las relativas a los conceptos utilizados y creados por el TS en la Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 para justificar la privación del efecto de retroactividad de la nulidad.

La Sentencia se centra en analizar si el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/ 13, permite que el Juez Nacional establezca la irretroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo y concluye que declarada nula la cláusula suelo deberá tenerse por no puesta y resuelve que la declaración de nulidad de la cláusula suelo tendrá efecto restitutorio respecto a los importes indebidamente percibidos por las entidades bancarias porque de lo contrario el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 perdería el efecto disuasorio. La Sentencia concluye que el Derecho nacional debe preservar que, declarada la nulidad de la cláusula el consumidor se encontrará en la misma situación que se encontraría de no haber existido la misma.

El TJUE considera que el Tribunal Supremo pudo declarar legítimamente en su Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 que dicha resolución no afectaba a situaciones definitivamente resueltas mediante la correspondiente resolución judicial en supuestos en los que ya se habían producido los efectos de cosa juzgada y que

esto y el establecimiento de plazos procesales preclusivos para recurrir son compatibles con el principio de seguridad jurídica[374].

El TJUE distingue que no es lo mismo el establecimiento de plazos de prescripción que el establecimiento de una limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión, quedando esta posibilidad reservada para el TJUE.

La STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 considera que una Jurisprudencia como la contenida en la STS de 9 de Mayo de 2.013 limita la protección prevista en el artículo 6 apartado 1 de la Directiva CEE 93/2.013 ya que reduce la protección otorgada a los consumidores que hubieran concertado los préstamos hipotecarios con cláusulas abusivas con anterioridad a dicha resolución. El TJUE considera que es una protección incompleta, ineficaz e insuficiente para que cese el uso de la cláusula abusiva. Por estos motivos el Tribunal resuelve que los Tribunales nacionales de los que proceden los procedimientos principales deberán abstenerse de aplicar los efectos establecidos por el Tribunal Supremo en la STS

374. En este punto y en aquél contexto, cabría preguntarse la posibilidad de interponer un posible el Recurso de Revisión contra Sentencia Firmes previsto en el artículo 590 LEC por los motivos previstos en los artículos 591 LEC: "Artículo 509. Órgano competente y resoluciones recurrible. La revisión de sentencias firmes se solicitará a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 510. Motivos.1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas".

de 9 de Mayo de 2.013, puesto que esta limitación es incompatible con el Derecho de la Unión. El artículo 6.1 de la Directiva CE 93/13 es incompatible con la Jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo.

Cuatro años después, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de Marzo, por el que se modificó el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que pretendía agilizar la devolución a los consumidores de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo.

De la lectura del RD-Ley se desprende que lejos de ser un mecanismo articulado para la defensa de los consumidores y usuarios facilita a las entidades bancarias la limitación de posibles reclamaciones, concediéndoles incluso un "trato de favor" respecto a las costas procesales, contemplando incluso este concepto de forma específica en uno de sus artículos.

La norma favorece claramente a las entidades bancarias. El artículo 1 del RDL describe el ámbito de aplicación de la norma pero establece que se aplicará a "determinadas cláusulas suelo" por tanto abre la posibilidad de discutir acerca de qué cláusulas suelo deben o no considerarse nulas facilitando una controversia inicial al respecto que se podría haber evitado, en beneficio del consumidor, debe haber omitido la regulación de tal posibilidad.

El artículo 2.3 parece ser más preciso y parece querer incluir todas las cláusulas suelo en el ámbito de aplicación del Decreto describiendo el concepto de cláusula suelo: *"…3. Se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato."*

Este artículo habla de "cualquier estipulación" mientras que el artículo 1 del Decreto habla de "determinada cláusula suelo" esta contradicción otorga a la entidad bancaria un margen de discrecionalidad, para denegar de plano las cantidades solicitadas por el ciudadano. El margen de discrecionalidad para las entidades bancarias resulta obvio y convierte el procedimiento de devolución en un acto potestativo por parte de la Banca.

El artículo 3 establece una reclamación previa de carácter voluntario para el consumidor. Ciertamente, y, aunque el precepto establezca que es voluntaria para el consumidor, el consumidor está totalmente condicionado por los parámetros que establece el Decreto. El art. 3.2. establece que será la propia entidad bancaria la que realizará el cálculo de las cantidades que debe devolver.

A pesar de lo reciente de la norma, casi de forma inmediata a su aprobación, las distintas asociaciones de consumidores pusieron de manifiesto lo grave que es el hecho de que se conceda a las entidades bancarias la prerrogativa de determinar si consideran que la cláusula suelo en cuestión es abusiva y si procede la devolución de las cantidades y, por otra parte, que sea la entidad bancaria la que realice el cálculo de las cantidades que debe devolver al consumidor.

En este punto, el artículo 3.2 del RD-Ley hace referencia a que la entidad bancaria deberá calcular los importes a devolver y desglosarlos debidamente, añadiendo también al cálculo los correspondientes intereses. Este mismo artículo, contempla la posibilidad de que, presentada la correspondiente reclamación previa por consumidor, la entidad bancaria considere que no debe devolver ninguna cantidad. En la práctica, y, durante los años posteriores a su aprobación, se pudo constatar que la mayoría de las entidades bancarias no realizaban los cálculos correctamente[375].

375. Entidades como el Banco Popular, Unicaja y Cajasur, para determinar el importe a devolver al cliente calculaban una cantidad en efectivo resultante de la suma de dos conceptos: la diferencia de cuotas más la reducción de capital, a lo que había que añadir los intereses legales devengados. El cálculo correcto consiste en realizar un nuevo cuadro de amortización suprimiendo la cláusula suelo lo que variaría no solo la cuota de

Este punto es especialmente llamativo ya que, si consideramos que tras la SJUE de 21 de Diciembre de 2.016 y la STS de 9 de Mayo de 2.013 las cláusulas suelo son nulas de pleno Derecho, no parece admisible que quepa valoración alguna al respecto por parte de la entidad bancaria: sorprende que el RD-Ley contemplara tal posibilidad siquiera. Si la entidad bancaria considera que no debe reintegrar cantidad alguna, dará por concluido el procedimiento extrajudicial.

El artículo 3.6 establece la imposibilidad de las partes de reclamarse entre sí mientras se esté tramitando la reclamación previa en los términos establecidos en el RDLey. Realmente tal consideración, aparentemente equitativa, es una prerrogativa más que se concede a la entidad bancaria porque no cabe el supuesto de que sea la entidad bancaria la que tenga que reclamar cantidad alguna durante la tramitación de la "reclamación previa".

El artículo 4, relativo a las costas procesales, supone de nuevo un trato privilegiado a la entidad bancaria intentando articular la forma de evitar que la entidad sea condenada al pago de las costas procesales. Regular un régimen específico relativo a las costas procesales para la que la entidad bancaria no resulte condenada al pago de las mismas resulta absolutamente injusto ya que es la entidad bancaria la que debería asumir los costes judiciales y extrajudiciales de resarcir los perjuicios que han sufrido los consumidores.

amortización sino también el capital pendiente de amortizar. Sin embargo, la mayoría de las entidades bancarias realizaron propuestas extrajudiciales al amparo de este Real Decreto en las que realizaban un cálculo incorrecto desfavorable para el cliente ya que únicamente recalculaban la cuota amortizada sin aplicar la cláusula suelo, devolviéndole al cliente únicamente la diferencia de cuotas. Otra de las prácticas incorrectas realizadas por las entidades bancarias a lo hora de aplicar el Real Decreto era, por ejemplo, que, en los casos de novaciones modificativas del préstamo hipotecario sólo tenían en cuenta la última modificación para realizar el cálculo del importe a devolver. Respecto a la inclusión de intereses legales en la oferta, aunque el RD 1/2017 no haga una mención expresa sobre este punto, considero que no deben entenderse excluidos del importe de la cantidad a devolver, ya que sería reconocer un privilegio a la Banca que no se concede a ningún tipo de deudor.

Es muy gravoso que el consumidor tenga que acudir a un procedimiento judicial para poder recuperar las cantidades y que además ni siquiera pueda resarcirse de los gastos judiciales.

La "reclamación previa" prevista en el RD-Ley se convierte en un trámite meramente formal que permite a la entidad bancaria dilatar la reclamación tres meses y además gozar de una "presunción de buena fe" que implique que no haya condena en costas en los supuestos contemplados en la norma.

La norma establece que las entidades bancarias deberán procurar que todas las personas afectadas por las cláusulas suelo sean informadas del procedimiento previsto en el RD-Ley lo que supone ciertamente que la propia entidad bancaria debería revisar todos los contratos firmados y localizar a los clientes afectados (art. 3).

Realizado el cálculo por la entidad bancaria deberá determinar y desglosar todos los importes y conceptos, incluidos los intereses y si el cliente estuviera de acuerdo la entidad bancaria le devolverá el dinero en efectivo (art. 3.3)[376].

El art.3.4 establece un plazo máximo de tres meses para que la entidad bancaria y el consumidor lleguen a un acuerdo, contemplando distintas posibilidades.

El art. 3.5 dispone que mientras se esté sustanciando la reclamación previa en los términos expuestos en el RD-Ley no se podrán ejercitar acciones entre sí, pero resulta obvio que las acciones a las que se refiere el precepto sólo pueden ejercitarse por parte del cliente, así que la "espera" se concede realmente a la entidad bancaria.

376. Respecto a la devolución del dinero en efectivo, antes de que el RD-Ley fuera aprobado se generó una cierta polémica en la opinión pública ya que cuando el Gobierno anunció que se estaba trabajando en la elaboración de esta norma se apuntó a la posibilidad de que el cliente recibiera no dinero en efectivo sino productos financieros lo que suponía claramente un nuevo abuso de la Banca. Finalmente, esta propuesta no prosperó y el RD recogió de forma expresa la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en dinero en efectivo.

El art.4 recoge de forma expresa la mención a las costas procesales. El mero hecho de que se regulen las costas procesales en un RD-Ley como una excepción a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es inadmisible porque supone, nuevamente, el reconocimiento de una prerrogativa que encuentra un amparo legal de difícil justificación.

La norma contempla que si la entidad bancaria hiciera una propuesta al cliente y éste no la aceptara y optara por ejercitar acciones judiciales, en el caso de que la Sentencia estimara la pretensión y el importe concedido fuera superior al propuesto por la entidad, las costas procesales se impondrían a la entidad financiera. Lo cierto es que tal mención es completamente innecesaria si aplicamos las normas procesales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, si continuamos leyendo el artículo comprendemos que el precepto favorece a las entidades de crédito disponiendo que no habrá condena en costas para la entidad bancaria cuando concurran determinados preceptos. Si partimos del presupuesto de que las entidades bancarias han actuado abusando de su posición contractual, de la necesidad de obtener financiación de los ciudadanos, y, de la cobertura prestada por los poderes públicos que permitían el desarrollo de dichas prácticas, no es admisible que, a quien ha actuado de mala fe se le exonere del pago de costas procesales articulando una suerte de "reclamación previa" que convierta la actuación de la entidad bancaria en un "acto de buena fe".

Lo justo hubiera sido articular un mecanismo de devolución inmediata de las cantidades en el que la Administración tuviera un papel tuitivo del ciudadano ya que la Administración ha tenido una responsabilidad importante en el desarrollo de estas prácticas.

El artículo 4 del RD-Ley habla de la mala fe procesal considerando que en el caso del allanamiento no concurre la mala fe. Lo cierto es que el mero hecho de haber incluido cláusulas de esta naturaleza en los contratos constituye un hecho que podemos tildar, en sí mismo, de mala fe contractual.

La norma prevé que el procedimiento extrajudicial que regula y que denomina "reclamación previa" no es obligatorio para el consumidor sin embargo sanciona a éste si no acude a dicho procedimiento. El precepto citado otorga el privilegio de exonerar de mala fe a la entidad bancaria en claro perjuicio del consumidor, privándole del derecho de resarcirse de las costas procesales únicamente por no haber hecho planteado una reclamación previa antes de interponer la demanda.

La Disposición Adicional Primera regula el régimen de adaptación de las entidades de crédito y hace mención a la obligación de las entidades de crédito de adoptar las medidas oportunas para hacer efectivo lo dispuesto en el Real Decreto-Ley.

En el apartado c) se establece la obligación de las entidades de crédito de informar a los clientes de la normativa sobre transparencia y protección del cliente de servicios financieros.

La Disposición Adicional Segunda prevé medidas compensatorias distintas a la devolución en efectivo. Cuando la norma habla de medidas compensatorias está refiriéndose a productos financieros. Como ya hemos expuesto, cuando el Gobierno anunció la preparación e inminente aprobación del Real Decreto tras conocer la STJU de 21 de Diciembre de 2.016, las primeras posibilidades que se apuntaron respecto a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades bancarias venían referidas a la compensación con productos financieros.

A pesar de que un año después de su aprobación el casi la totalidad de las demandas interpuestas sobre nulidad de las cláusulas suelo eran estimadas por los Tribunales, las entidades bancarias seguían y siguen desatendiendo las

reclamaciones extrajudiciales reguladas en el RD 1 /2.017, con la única finalidad de desincentivar la reclamación judicial por parte de los clientes[377].

**2.1.d. La STS Nº 205/2.018, de fecha 11 de Abril de 2.018 relativa a los acuerdos extrajudiciales en materia de cláusulas suelo.**

El TS en su Sentencia de 16 de Octubre de 2.017, consideró que era nulo el acuerdo extrajudicial firmado entre la entidad bancaria y el cliente en virtud del cual la entidad bancaria reducía el tipo de interés aplicado con la finalidad de evitar un procedimiento en el que se pudiera declarar la nulidad de dicha cláusula conforme a la evolución seguida por la Jurisprudencia.

Sin embargo, la STS de 11 de Abril de 2.018 estimó un Recurso de Casación interpuesto por Ibercaja frente a la SAP Zaragoza que confirmaba la Sentencia recaída en Primera Instancia. El TS justifica tal decisión argumentando que el asunto del que trae causa el procedimiento es de 2.009 ( y el TS todavía no se había pronunciado sobre las cláusulas suelo) y que, por otra parte, el acuerdo extrajudicial al que llegaron la entidad bancaria y el cliente tenía la finalidad de equiparar la situación del cliente a la de otros clientes de la promoción: *"*no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción».

En el supuesto enjuiciado los compradores de una vivienda, que ostentaban la condición de consumidores otorgaron dos escrituras públicas de préstamo

377. Los riesgos inherentes a cualquier tipo de procedimientos y las costas procesales son los dos elementos disuasorios que llevan a la parte más débil económicamente, a renunciar al ejercicio de acciones legales, lo que, para la Banca, es otro de sus puntos fuertes frente al cliente-consumidor. Ante una Sentencia estimatoria para el consumidor, la Banca, casi con toda seguridad recurrirá, lo que encarece todavía más los costes para el consumidor que la Banca asume sin dificultad alguna y que, para el consumidor, pueden implicar la necesidad de apartarse del procedimiento al poder asumir sus costes aun sosteniendo una pretensión legítima.

hipotecario en 2.007 la primera de ellas subrogándose en el préstamo hipotecario del promotor, novándolo y ampliándolo, y la segunda de ellas para contraer otro préstamo para financiar la vivienda.

Con fecha de 9 de Mayo de 2.013 se dictó la STS Nº241/ 2013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo de determinadas entidades bancarias por falta de transparencia y con fecha de 28 de Enero de 2.014 las partes firmaron dos documentos privados (uno respecto a cada escritura pública) en el que las partes acordaban una cláusula suelo del 2,25% renunciando de forma expresa al ejercicio de acciones legales.

La Sala del TS consideró que no se trataba de novaciones sino de transacciones en las que se pretendía evitar un posible procedimiento judicial sobre la controversia dada la evolución de la Jurisprudencia en ese momento.

La Sala alude al supuesto enjuiciado en la STS Nº 558/ 17, de 16 de Octubre, en el que se trataba una novación modificativa, no se consideró que se realizasen concesiones recíprocas para evitar un pleito, sino que la finalidad era equiparar el suelo aplicado al mismo que se estaba aplicando a otros compradores de la misma promoción.

En el caso enjuiciado, si bien el préstamo hipotecario es de 2.009 (antes de que el TS declarase nulas las cláusulas suelo) hubo una posterior novación y el acuerdo que firmaron las partes con la entidad bancaria es de 28 de Enero de 2.014 (por lo que el TS ya se había pronunciado sobre la nulidad de las cláusulas suelo pero limitando su retroactividad).

El TS considera que no se trata de una novación sino de una transacción entendiendo que "en la medida en que se concierta en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la Sentencia 241/2013, de 9 de Mayo, y los posteriores Autos Aclaratorios y denegatorios de nulidad de actuaciones".

Tal consideración es incompatible con la nulidad de las cláusulas suelo, ya que si efectivamente entendemos que dicha cláusula es nula de pleno derecho no ha lugar a "validar" negociaciones extrajudiciales sobre la cláusula suelo (compartiendo el criterio seguido en el Voto Particular de la Sentencia).

La Jurisprudencia anterior a esta STS de 11 de Abril de 2.018 ya se había pronunciado a favor de la nulidad de este tipo de "acuerdos" extrajudiciales. Realmente se trata de una nueva práctica abusiva por parte de la banca, que, tras conocer la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y la retroactividad de dicha nulidad se precipitó a buscar soluciones en evitación de las inminentes reclamaciones sobre la materia.

La forma de proceder de la Banca, fue la de proponer al cliente novaciones excusadas en otros aspectos del préstamo que se presentaban como más beneficiosos para el cliente y en ese documento se incluía una modificación de los tipos de interés ("rectificando" la cláusula suelo, reduciendo el tipo) y haciendo al cliente firmar una renuncia a la reclamación de las cantidades indebidamente cobradas hasta la fecha por aplicación de la cláusula suelo.

Hasta esta Sentencia, la Jurisprudencia venía considerando que se debía anular la cláusula suelo y el acuerdo posterior, entendiendo que la nulidad de la cláusula suelo contenida en la escritura original debía conllevar también la nulidad del acuerdo privado.

EL TS admite posteriormente la validez de este tipo de acuerdos privados pero supedita dicha validez a que el acuerdo firmado por las partes sea transparente y que se demuestre que el cliente sabía realmente las consecuencias y el alcance jurídico que podría tener la firma de este acuerdo privado.

Parece desprenderse de esta Sentencia que aquellos acuerdos anteriores al año 2.013 serán declarados nulos y en los que sean posteriores habrá que analizar cada caso concreto para discernir si el prestatario conocía el verdadero alcance del acuerdo firmado. Sorprende que, para justificar la validez de un acuerdo de este tipo, el TS argumente que la imperatividad de una norma no impide la

posibilidad de transigir siempre que el acuerdo adoptado sea conforme al ordenamiento jurídico.

El TS destaca la utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos en evitación de procedimientos judiciales y cita que la propia Unión Europea ha impulsado en los últimos años normas relevantes para la solución extrajudicial de los conflictos, como la Directiva 2013/11/CEE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017.

Sin embargo, un acuerdo privado en virtud del cual la entidad bancaria pacta unas condiciones favorables y evita un posible pleito perjudicando en términos económicos al consumidor poco o nada tiene que ver con los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Aunque el RDL 1/17 admite de forma expresa la posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor puedan alcanzar un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo, no consideramos no consideramos que pueda equiparse una mediación a una transacción y tampoco que se legitime con disposición cualquier tipo de acuerdo.

La Sala[378] asimila de alguna manera, este tipo de acuerdos a los acuerdos suscritos entre asegurador y perjudicado, conviniendo una determinada indemnización o en los casos de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de vivienda.

La STS 626 /2.017 consideró que: "Es cierto que un empleado de la Banca familiarizado con estos contratos cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de la vivienda actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo".

378. Véase la Nota de Prensa sobre la STS nº 205/2018, de 11 de Abril de 2.018.TRIBUNAL SUPREMO SALA CIVIL GABINETE TÉCNICO.

El TS continúa exponiendo que "aunque no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de las cláusulas, en este caso no es así".

Recordemos que cuando el Tribunal Supremo reconoció la nulidad de las cláusulas suelo negó el efecto de nulidad argumentando que esto daría lugar a la devolución de cantidades considerables y que afectaría a la estabilidad del sistema financiero. Ante tal posibilidad, ciertamente resultaba mucho más favorable para las entidades financieras establecer la compensación con productos financieros (imponiendo esta posibilidad como única opción) evitando así la devolución de las cantidades en efectivo. Las críticas manifestadas por la opinión pública al respecto provocaron que el RDL recogiera como primera opción la devolución de las cantidades en efectivo, apresurándose las entidades financieras a aclarar que podían devolver todas las cantidades indebidamente percibidas sin que eso afectase a su liquidez.

Si se hubiera aceptado por el Gobierno la compensación mediante productos financieros en lugar de la restitución de las cantidades, esto habría supuesto atribuir a la "parte incumplidora del contrato" la capacidad de decisión absoluta sobre les efectos de su propio incumplimiento, lo que hubiera constituido una grave vulneración de los derechos de los consumidores y del equilibrio contractual.

**2.1.e. Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 27 de Mayo de 2.017 sobre especialización de los Juzgados para la tramitación de reclamaciones sobre cláusulas suelo.**

La STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 sobre las cláusulas suelo provocó que el CGPJ iniciase una línea de trabajo con el fin de reorganizar los Juzgados de Primera Instancia y poder hacer frente a la previsible interposición de demandas en reclamación de las cantidades indebidamente percibidas por las entidades

bancarias, creándose un plan de urgencia que entró en vigor el día 1 de Junio de 2.017 hasta el 31 de Diciembre de 2.017 (prorrogable en caso de que fuera necesario)[379].

El Plan fue aprobado el día 25 de Mayo de 2.017 y consistía en la especialización de 54 Juzgados de Primera Instancia (uno por provincia de la Península y uno en cada una de las principales islas de los Archipiélagos Canario y Balear) que conocerán de forma exclusiva y no excluyente de los procedimientos sobre condiciones generales de contratos de financiación con garantía hipotecaria en los que el prestatario sea una persona física[380]:

"La Comisión Permanente en su reunión del día 25 de mayo de 2017, de conformidad con lo establecido en el artículo 98.2, oídos los Tribunales Superiores de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Justicia, y con informe favorable del Ministerio de Justicia, ha acordado:

1. Atribuir en virtud de lo previsto en el artículo 98.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los juzgados recogidos en el anexo n.º 1, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo o diferente partido judicial de la provincia,

379. Esta atribución se hizo en virtud de lo dispuesto en el artículo 98.2 LOPJ

380. Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física. BOE Nº 126, Sábado 27 de Mayo de 2.017, SEC. III, Pág. 42998. El Acuerdo fue adoptado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 98.2 de la LOPJ**.** Los jueces que asumirán estas competencias serán los 65 jueces en prácticas de la 67 promoción de la Escuela Judicial, que contarán con formación específica en la materia. En el caso de la Comunidad Valenciana, los Juzgados especializados serán los siguientes:-Valencia: Juzgado de Primera Instancia nº 25-Alicante: Juzgado de Primera Instancia nº 5-Castellón: Juzgado de Primera Instancia nº 6.

siempre que hubiere razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y mejor servicio a la justicia."

Los asuntos se registrarán en el Juzgado especializado bajo la rúbrica "Condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario sea una persona física". Estas medidas producirán efectos desde el 1 de junio de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2017, sin perjuicio de que sea necesaria su prórroga.

La STJUE de 21 de Diciembre de 2.016 obligó a la Banca a manifestarse públicamente sobre esta cuestión y a hacer una "declaración de intenciones de buena voluntad" transmitiendo públicamente el acatamiento de la Sentencia. A su vez, y previendo la interposición de reclamaciones de forma masiva el Gobierno se precipitó a intervenir en la gestión de estas reclamaciones aprobando el Real Decreto Ley 1 /2.017.

El 16 de Marzo de 2.018 el CGPJ[381] publicó en su página web oficial los datos relativos a la reclamación judicial de las cláusulas suelo concluyendo que el 98,3% de las más de 9.000 Sentencias dictadas en 2.017 por los juzgados especializados en las cláusulas abusivas fueron favorables para el cliente. Los datos publicados

381. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-98-3-por-ciento-de-las-mas-de-9-000-sentencias-dictadas-en-2017-por-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-fueron-favorables-al-cliente. Según fuentes del CGPJ: "En 22 de las 50 provincias españolas, el cien por cien de las resoluciones notificadas el año pasado fueron estimatorias. El número de sentencias dictadas, que entre el 1 de julio y el 30 de septiembre fue de 1.230, se incrementó hasta las 8.096 en el último trimestre del año. El total de asuntos ingresados en estos órganos judiciales en el segundo semestre de 2017 fue de 138.156, a los que hay que sumar los casi 16.000 recibidos entre el 1 y el 30 de junio". El CGPJ refleja en su información que en 22 de las 50 Provincias en la que está funcionando el Plan de Especialización el 100% de las demandas interpuestas fueron estimadas: "La información recogida refleja asimismo que en 22 de las 50 provincias españolas el porcentaje de sentencias favorables al cliente fue del cien por cien en 2017. Así, todas las resoluciones dictadas el año pasado fueron estimatorias en Albacete, Ávila, Barcelona, Badajoz, Cantabria, Castellón, Córdoba, Girona, Huelva, Huesca, Lugo, Lleida, Málaga, Murcia, Navarra, Palencia, Salamanca, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Soria, Toledo y Zamora".

por el CGPJ son extraídos de los Anexos[382] cumplimentados por los Letrados de la Administración de Justicia a partir del tercer trimestre de 2.017.

El 25 de Mayo de 2.017 el TS dictó Sentencia en virtud de la cual se condenó a la entidad NCG Banco, S.A. (ahora ABANCA) a la restitución de todas las cantidades cobradas de más en aplicación de la cláusula suelo insertas en dos contratos de préstamos hipotecarios, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción así como a recalcular y rehacer los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios[383].

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia declaró el carácter abusivo de las cláusulas en atención a la falta de reciprocidad por la total desproporción de la limitación al alza sin equivalencia económica entre las obligaciones asumidas por cada parte.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial ratificó tal pronunciamiento y consideró que las cláusulas eran condiciones generales de contratación que no pasaban el control de transparencia de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias nº 406/2012, de 18 de Junio y nº 241/2013, de 9 de Mayo.

La protección otorgada al prestatario-consumidor se acabó extendiendo también al resto de prestatarios, y, así, por ejemplo, entre otras, la SAP Málaga (Sección 6ª) de 3 de Octubre de 2.017, declaró la nulidad de la cláusula suelo en

382. Se trata de unos Anexos sobre cláusulas suelo que la Comisión Nacional de Estadística Judicial acordó incorporar a los Boletines estadísticos del año 2.017.

383. http://cordopolis.es/2018/05/01/un-juez-de-cordoba-embarga-a-la-antigua-ibercaja-tras-anular-una-clausula-suelo/. "Un juez de Córdoba embarga a Ibercaja tras anular una cláusula suelo". El artículo hace referencia al embargo trabado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba, en los Procedimientos de Ejecución de Títulos Judiciales nº 406/2016 y nº 281/2017 a Banco Grupo Cajatres ( actual Ibercaja) de los saldos que tenga a su favor en otras entidades en ejecución de una Sentencia en virtud de la cual se declaró la nulidad de las cláusulas suelo en un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda habitual. Resulta especialmente grave que una entidad bancaria no cumpla voluntariamente una Sentencia Judicial y sea necesario iniciar un proceso de ejecución contra la entidad bancaria lo que da buena cuenta de la posición de dominio procesal de estas entidades frente al prestatario al que obligan a acudir a la vía judicial, lo que tiene un efecto disuasorio y puede provocar la renuncia a derechos.

un contrato de préstamo hipotecario en el que el prestatario no era un consumidor[384] sino una empresa.

### 2.2. Las cláusulas de vencimiento anticipado.

La cláusula de vencimiento anticipado no aparece como una de las cláusulas consideradas abusivas en el elenco establecido por la LGDCU, sin embargo, fue una de cláusulas cuya validez se cuestionó mediante las cuestiones prejudiciales planteadas y resueltas en la STJUE de 14 de Marzo de 2.013.

La RDGRN de 2 Octubre de 2006 (RJ 2006\8196) define el vencimiento anticipado de la siguiente forma: "Con carácter general, se entiende que los pactos de vencimiento anticipado son aquellos por los que, mediando determinada conducta del deudor o concretas circunstancias especificadas en el contrato, el crédito podría darse por vencido anticipadamente y la hipoteca que lo garantiza ejecutarse"[385].

DOMÍNGUEZ LUELMO cita esta Resolución y explica que, si bien la validez de esta cláusula debe valorada con relación al resto de normas del ordenamiento jurídico (especialmente los arts. 7, 1.255 y 1.259 Cc, o especialmente, la Ley 7/1998, de 7 de abril, de condiciones generales de la contratación, y la normativa contenida en los artículos 80 y ss. del TRLGDCU), el derecho registral tiene una importante relación con este tipo de cláusulas.

384. Sobre la condición de consumidor en un procedimiento de declaración de nulidad de cláusulas suelo resulta curiosa la Sentencia de 14 de Marzo de 2.018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba en la que se reconoce a la Iglesia Evangélica de Córdoba la condición de consumidor en un procedimiento contra la entidad Cajasur. La Sentencia se basa en el Artículo 3 de la Ley General de Consumidores y Usuarios que reconoce la condición de consumidores a las personas jurídica sin ánimo de lucro. En el caso enjuiciado, la entidad demandante es una entidad religiosa sin ánimo de lucro, está debidamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas de Ministerio de Justicia y se financia con donativos. La entidad no tiene ánimo de lucro ni se dedica a una actividad comercial empresarial sino religiosa y de asistencia social, y por este motivo se solicita en el procedimiento el reconocimiento de la condición de consumidor.

385. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. "La STJUE de 14 de Marzo de 2.013: Dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales". Pág.12

Respecto a esta cuestión, el autor destaca que la Doctrina de la DGRN ha sido muy restrictiva con los derechos de los consumidores desde la reforma que operó la Ley 41/2.007 de 7 de Diciembre de 2.007, en el art. 12 LH. Como ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo, con anterioridad a esta reforma los Registradores de la Propiedad debía determinar qué cláusulas tenían trascendencia real y en su caso calificarlas conforme a lo dispuesto en el art. 18 LH e inscribirlas o no calificarlas y no inscribirlas si consideraban que no tenían trascendencia real.

En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2.007 se hace alusión expresa a la contratación en masa exponiendo que con la reforma se pretende evitar que haya *calificaciones registrales discordantes* que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Para la DGRN estas cláusulas están excluidas de la calificación y no son objeto de inscripción sino que deben ser transcritas literalmente como expone la RDGRN 21-12-2007 (*RJ* 2008\2086): «respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo 1º del art. 12 LH— hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la LH acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo (…) armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, más permitiendo que para determinadas hipotecas —las constituidas a favor de determinadas entidades financieras—, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras».

La resolución contractual ante el impago de las cuotas parecía admitida, sin más por la Jurisprudencia por aplicación del art. 1.124 Cc y la posibilidad del

vencimiento anticipado por aplicación del art. 1.129 Cc[386] que dispone lo siguiente que el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo:

386. Respecto al concepto de vencimiento anticipado de las obligaciones véase DÍEZ- PICAZO, LUIS. …"El denominador común de todos ellos es una sobrevenida pérdida de la confianza en el deudor y la necesidad de conceder al acreedor una protección más vigorosa. Se comprende, por ello, que (...) en rigor, más que una pérdida del beneficio del plazo lo que se produce es un anticipado vencimiento de la deuda o, si se prefiere, una anticipada exigibilidad del crédito". LACRUZ-BERDEJO, JOSÉ LUIS. (Elementos de Derecho Civil II, volumen II, editorial Bosch, Barcelona, 1987, página 224). "no es justo conservar al deudor en el derecho a utilizar el plazo cuando se pone en riesgo la pretensión legítima del acreedor, pues el plazo se ha de considerar siempre como elemento compatible con la seguridad del cumplimiento de la obligación". Esta opinión es compartida por la doctrina relevante como, por ejemplo, CARRASCO PERERA, ÁNGEL, en Derecho de contratos, Thomson, 2010, págs. 1.117 y 1118: "Pero sí hay posibilidad de resolver en aquellas relaciones contractuales en las que la prestación de una parte no es tanto obligación como condición de existencia del contrato mismo (los mal llamados contratos reales). De esta forma ocurre, por ejemplo, en la compraventa a plazos que regula la LVPBM, y en los contratos de préstamo con compromiso de destino u otros compromisos del deudor distintos del simple repago, aunque la facultad de resolución se redenomine en estos casos vencimiento anticipado de la obligación de entrega". También, en sentido similar se ha pronunciado RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, en Resolución y sinalagma contractual, Marcial Pons, 2013, pp. 164 a 167: "Admitido el carácter consensual del mutuo y el comodato, no habrá dificultad alguna para aceptar que pueda resolverse, pues clara ya la existencia de obligaciones recíprocas. Pero incluso aunque no se aceptase su carácter consensual, no debiera haber problemas para aplicarles la resolución, tal y como hace la doctrina francesa pese a mantener su carácter real. Piénsese que el carácter sinalagmático o bilateral no radica en sí en el hecho de las obligaciones, sino en las prestaciones mismas. Y que, en ese sentido, no suprimirá la naturaleza bilateral de esos contratos. Es claro, en ese sentido, que el comodatario o prestatario que devuelve el bien o importe recibido no lo hace con ánimo liberal, sino porque previamente le había sido entregado". Por su parte, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, IGNACIO, Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, Vol 2, Madrid 2005 (págs. 1066-1067), señala lo siguiente: "Debe subrayarse que la letra del artículo 1.124 Cc. no exige que el contrato sea sinalagmático perfecto, es decir, que origine obligaciones recíprocas (sinalagma genético) y de cumplimiento simultáneo (sinalagma funcional), sino solamente lo primero, que haya reciprocidad o correspectividad entre las obligaciones (por eso nadie duda de su aplicación al arrendamiento y a la venta con precio aplazado). Y en el préstamo no puede dudarse que el prestamista entrega para que le devuelvan el capital y mientras tanto le paguen los intereses [hay interdependencia entre la atribución patrimonial -entrega- y la obligación de restitución y pago de intereses]. Finalmente, si atendemos a la finalidad de la norma, la conclusión es la misma, pues como dice ALBADALEJO, "el espíritu del artículo 1.124 Cc es aplicable, no sólo a los contratos bilaterales, sino también a aquellos en que haya reciprocidad entre las prestaciones (realizadas o debidas), reciprocidad que se da, sin duda, entre la entrega de la cosa por el mutuante y el pago de intereses por el mutuatario. EL derecho debe procurar que las condiciones económicas y jurídicas del préstamo sean claras y justas, eliminando abusos, tutela que debe reforzarse cuando el prestatario es un consumidor. Más no hay razones para que no se le dé al prestamista no previsor, la protección, frente al incumplimiento de la otra parte, que dispensa el legislador con carácter general al contratante cumplidor en situaciones análogas".

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La Sentencia nº 75 /2.018, de 27 de Marzo de 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valencia, en Autos de Juicio Ordinario nº 105 /2.017[387] recuerda que la Jurisprudencia ha admitido la posibilidad procesal de

387. La Sentencia nº 75 /2.018, de 27 de Marzo de 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valencia, en Autos de Juicio Ordinario nº105 / 2.017 resuelve la demanda interpuesta por la entidad Bankia frente a los deudores principales y los fiadores ante el impago de una hipoteca. La demanda interpuesta por la entidad bancaria formula distintas peticiones en los siguientes términos, tal y como recoge la Sentencia:"1.- Con carácter principal, se declare el vencimiento anticipado de la obligación de pago condenado de forma solidaria a los prestatarios y fiadores al pago de todas las cantidades debidas por principal así como intereses ordinarios que ascienden a 172.746,41 euros más los intereses moratorios que se devengaren desde la interpelación judicial, ordenando la realización del derecho de hipoteca y venta en pública subasta del inmueble hipotecado identificado en la demanda, siendo destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria, sin perjuicio de continuar la ejecución por la responsabilidad personal y universal hasta el íntegro pago del crédito. Con imposición de costas a las partes demandadas.2.- Con carácter subsidiario se acuerde la resolución del contrato condenado de forma solidaria a los prestatarios y fiadores al pago de todas las cantidades debidas por principal así como intereses ordinarios que ascienden a 172.746,41 euros más los intereses moratorios que se devengaren la interpelación judicial, ordenando la realización del derecho de hipoteca y venta en pública subasta del inmueble hipotecado identificado la demanda, siendo destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los pronunciamientos relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria, sin perjuicio de continuar la ejecución por la responsabilidad personal y universal hasta el íntegro pago del crédito. Con imposición de costas a las partes demandadas. Con imposición de costas a los demandados. 3.- Con carácter subsidiario condene a los demandados al cumplimiento del contrato y pago de principal , intereses ordinarios y moratorios vencidos al momento de certificar la deuda y principal e intereses ordinarios venzan hasta sentencia y pago del préstamo e intereses moratorios hasta la

reclamar un préstamo hipotecario a través del procedimiento declarativo ordinario[388]. Para el Juzgador de Instancia, la aplicación del art. 1.124 Cc deberá prosperar en el caso del préstamo hipotecario cuando concurran los presupuestos a los que se refiere la Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial (ROJ: SAP V 3204/2015)[389].

---

interpelación judicial y pago de las cantidades adeudadas hasta sentencia aplicando el 576 lec ordenando la realización del derecho de hipoteca y venta en pública subasta del inmueble hipotecado identificado en la demanda, siendo destinado al pago del crédito garantizado en el importe a cuyo pago venga condenado el prestatario en la sentencia, incluyendo los relativos a los intereses moratorios devengados tras la interpelación judicial, con la prelación derivada de la garantía hipotecaria, sin perjuicio de continuar la ejecución por la responsabilidad personal y universal hasta el íntegro pago del crédito. Con imposición de costas a las partes demandadas. Con imposición de costas a los demandados. "La entidad bancaria interpone demanda de juicio ordinario y acciona conforme a la cláusula de vencimiento anticipado pactada en la escritura pública con base en el art. 1.124 y 1.129 Cc. Frente a dicha pretensión se solicita por la demandada que se declare la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado e intereses moratorios condenando al pago de las cantidades pendientes en la fecha de interposición de la demanda alegando el riesgo de exclusión social y la imposibilidad de ejercer el derecho de hipoteca. El Juzgado aclara en el Fundamento de Derecho Tercero que la demandante acciona realmente con base en los arts. 1.129 y 1.129 Cc y no con base en la cláusula de vencimiento anticipado, y por este motivo el Juez considera que no debe pronunciarse sobre la nulidad de dicha cláusula. Señala la Sentencia que conforme a lo dispuesto en el art. 1.124 la facultad de resolver se entiende implícita en las obligaciones recíprocas, para el caso de que haya un incumplimiento por parte de uno de los obligados. Entendiendo que lo que se aplica es el art. 1.124 Cc y no la cláusula de vencimiento anticipado, el Juzgador recuerda que las opciones jurídicas que tiene el acreedor de la obligación incumplida son las siguientes: "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria" (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia).

388. Respecto a esta Doctrina cita la SAP Valencia, Sección 9ª, de 13 de Diciembre de 2.016 (rollo de apelación número 2224/2016) que a cita la Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial(ROJ: SAP Valencia 3204/2015) en la que se recuerda que "por otro lado, con semejantes razones, el Tribunal Supremo también ha admitido la interposición de juicios declarativos en reclamación del impago de los préstamos hipotecarios (SSTS de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016) en el Fundamento de Derecho Tercero.

389. Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial: "1./ que entre partes medien obligaciones recíprocas, como esencia de un negocio jurídico bilateral; 2./ que dichas obligaciones recíprocas sean exigibles; 3./ que el que reclame la resolución haya cumplido lo que a él le incumbía, como requisito legitimador para

Respecto a la entidad del incumplimiento la Sentencia considera, conforme a la Jurisprudencia existente en la materia, que "sólo se pueden encuadrar en el art. 1.124 del C.C. el retraso injustificado que frustre el fin práctico perseguido por el negocio, y el retraso duradero y persistente que por tal circunstancia revele una patente voluntad incumplidora, deducida de una prolongada inactividad o pasividad en el cumplimiento de la prestación comprometida" (Fundamento de Derecho Tercero).

En el Fundamento de Derecho Cuarto el Juzgador hace referencia al hecho de que no se haya llevado a cabo ninguna actividad probatoria respecto a la posibilidad de pago del deudor lo que lleva a concluir una situación de insolvencia que le impide cumplir sus obligaciones contractuales. El Juzgador insiste en que el incumplimiento es esencial, grave y reiterado y no se ha probado por parte de los demandados que se tratase de ninguna situación provisional o transitoria[390].

El Juzgador declara por tanto el vencimiento anticipado no por la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado sino por la aplicación de lo previsto en

plantear la resolución contractual, ya que no está legitimado para instar dicha acción el contratante que incumple sus obligaciones (S.s. T.S. 20-2-50, 16-11-56, 16-5-59, 5-2-63, 2-11-65, 5-5-70, 27-12-71, 26-4-76, 28-2-80, 9-7-81, 10-11-81, 27-3-82, 9-7-87, 24-3-88, 17-5-88, 15-6- 88, 17-6-88, 31-1-92, 8-7-93, 29-4-94, 9-5-94, 29-3-95, 22-11-95...); y 4./ que la parte a la que se demande de resolución haya incumplido la prestación a la que contractualmente se hubiera comprometido."

390. Respecto a este extremo cita la SAP Barcelona, Sección 13, de 20 de Octubre de 2.016, sobre la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado. La Sentencia considera que la cláusula de vencimiento anticipado debe superar, para su aplicación, los requisitos establecidos la STS de 23 de diciembre 2015, y en la forma explicada por el TJUE en la Sentencia de 14 de Marzo de 2013, asunto Aziz. Sin embargo, distingue lo que es una cláusula de vencimiento anticipado de lo que es la aplicación de la resolución contractual por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.124 y 1.129 Cc. La Sentencia se refiere a la aplicación del "vencimiento anticipado" por aplicación del supuesto previsto en el art. 1.129.1 Cc que viene referido a la situación de insolvencia del deudor. Como explica la Sentencia, esta consideración de "insolvencia", a los efectos que nos ocupan, no requiere una declaración de concurso (e, incluso parece excluirla) sino más bien una situación patrimonial objetiva del deudor sobrevenida a la firma del contrato que no le permite hacer frente al pago por lo que se declara el vencimiento anticipado como medida para tutelar el crédito del acreedor.

los arts. 1.124 y 1.129.1 Cc ya que la situación de insolvencia del deudor hace prever la imposibilidad del cumplimiento del contrato. En este supuesto el Juzgador entendió que el incumplimiento era más que previsible y por tanto se debía declarar el vencimiento anticipado.

La Jurisprudencia venía admitiendo estas cláusulas como propias del tráfico jurídico bancario y respaldaba su admisión, en buena medida, en el artículo 10 de la Ley 28/1.998, de 13 de Julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles[391].

391. En este sentido véase la SAP Tarragona, Sección 3ª, de 29 de Julio de 1.999, las SSTS Sala Civil, Sección 1ª, de 4 de Junio de 2.008, de 17 de Febrero de 2.011, de 16 de Diciembre de 2.009, de 4 de Junio de 2.008, SAP Madrid, nº126/2.012, Recurso de Apelación 451/2.012, de fecha 10 de Mayo de 2.012, la SAP de La Coruña, Sección 3ª, de 6 de Mayo de 2.011, y la SAP Valladolid, de 20 de Enero de 2.003. Asimismo, y sobre la interpretación del vencimiento anticipado véase, a modo de ejemplo, los Autos acordados por las siguientes Audiencias Provinciales:Audiencia Provincial de Valencia, en el Auto nº 255/2015 de 11 de Noviembre de 2015, recoge lo que ya se exponía en la Sentencia de 21 de Noviembre 2013 de la APMadrid (ROJ: SAP M 15369/2013), que con recopilación de jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, hace hincapié en la referida idea: "… y en la misma línea la Sentencia de la Audiencia de la misma ciudad (Barcelona) de 1 de Septiembre de 2008 que: "La "ratio" que subyace en la declaración de vencimiento anticipado de la deuda no es otra que la pérdida del beneficio del plazo que resulta ser en beneficio del acreedor o deudor o de éste último como establece el… (…). En dicho sentido, cuando existe un riesgo cierto y determinado que la deuda no va a ser hecha efectiva por el deudor a su normal vencimiento y quedan disminuidas las expectativas de cobro del débito es justo y equitativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1129 (…), se pierda dicho beneficio del plazo o también denominado caducidad del derecho a utilizar el plazo. Ahora bien, para que ello se encuentre legitimado es preciso que tenga su amparo en alguna de las reglas del (…), aun cuando lo sean mediante modalidades que no expresamente recogidas en la norma puedan quedar siempre subsumidas en alguno de los tres citados supuestos …; Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Auto nº175/2015 de 24 de Noviembre 2015: "a) El impago de una sola cuota hace que el acreedor pueda representarse, con fundamento, la inminencia de la frustración del fin del contrato. Las máximas de experiencia evidencian que cuando se produce ese primer impago suelen seguir los demás porque lo que ocurre es que la situación económica del deudor le hace difícil o imposible atender sus obligaciones, situación que se asemeja a la contemplada en el artículo 1129. 1º del Código Civil, esto es, la insolvencia del deudor que produce la pérdida del beneficio del plazo.; Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto nº372/2014, de 23 de Noviembre de 2015, que defendió la validez de la cláusula de vencimiento anticipado ya que la misma no es más que "trasunto de las facultades que legalmente le vendrían reconocidas al ejecutante en el artículo 1.124 CC de poder resolver el contrato en el caso de que la parte prestataria incumpliese gravemente sus obligaciones, pues dicha facultad se encuentra implícita en todos los contratos con obligaciones reciprocas, y es claro que esta reciprocidad se da en el contrato de préstamo porque frente al deber de pago de las cuotas del prestatario está la obligación del prestamista de respetar el plazo convenido, de modo que el incumplimiento del deudor

La STS de 13 de Diciembre de 2.008 así lo consideró remitiéndose a la aplicación de la citada Ley*:* "…que las cláusulas como las que permiten resolver anticipadamente por impago del prestatario tratan de solventar, por vía consensuada, que el prestamista tenga que esperar el transcurso del plazo para reclamar los últimos devengos, al estar avaladas por el artículo 10 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; con mención a la infracción de los artículos 1.125,1.127 y 1.129 del Código Civil ha razonado que son preceptos de carácter dispositivo que establecen el plazo a favor de ambas partes, sin que el artículo 1.129 recoja lo argumentado por la recurrente de que el plazo ha de mantenerse mientras exista garantía…".

También son de aplicación los Principios de Derecho Contractual Europeo. Sobre estos Principios y su valor interpretativo se ha pronunciado nuestro Tribunal

puede determinar la pérdida del mencionado plazo (art. 1129 CC ), como ya señaló esta Sala en Auto de 10 Febrero 2014; Audiencia Provincial de Tarragona, Auto nº 210/15, de 17 de Septiembre de 2015: "Y aunque no se entendiese así debe recordarse que tal cláusula es manifestación de las facultades que legalmente le vendrían reconocidas al ejecutante en el art. 1.124 C. civil de poder resolver el contrato en el caso de que la parte prestataria incumpliese gravemente sus obligaciones, pues dicha facultad se encuentra implícita en todos los contratos con obligaciones recíprocas, y es claro que dicha reciprocidad se da en el negocio jurídico de autos porque frente al deber de pago de las cuotas del prestatario está la obligación del prestamista de respetar el plazo convenido, de modo que un incumplimiento esencial del deudor como es el impago de 9 cuotas justifica la pérdida del mencionado plazo ( art. 1.129 C. civil).; Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, Auto nº 247/2015, de 26 de Octubre de 2015: "En segundo lugar, tal facultad no es una excepción según las reglas y principios del Derecho civil, pues conforme dispone el artículo 1124 del Código civil, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero además, se permite expresamente en el artículo 693 de la LEC. En tercer lugar, cuando se trata de la vivienda habitual, dicho precepto permite que el ejecutado pueda pagar la cantidad adeudada, más intereses y costas, liberando el bien y rehabilitando el contrato y cuando no es habitual depende de la voluntad del acreedor…En definitiva, aunque el desencadenante del vencimiento anticipado es el impago de una pequeña porción del capital sobre el total adeudado, la cláusula no queda invalidada desde el momento en que los consumidores disponían de la posibilidad real y efectiva de desactivarla mediante el pago de lo debido, sin ninguna sanción adicional (el pago de las costas causadas hasta ese instante no merece este calificativo). Al no haberlo hecho así el ejecutado podemos afirmar que su incumplimiento era, desgraciadamente, definitivo con la consiguiente frustración de la contraparte. Ello nos acerca al supuesto legal de pérdida del plazo previsto en el art. 1.129.1º CC y legitima a la acreedora a instar la efectividad completa de su derecho más teniendo en cuenta que a día de hoy, a pesar del tiempo transcurrido, no hay constancia de que la morosidad haya desaparecido por completo."

Supremo, entre otras, en su Sentencia nº 511/2013, de 18 de julio de 2.013 (ROJ: STS 4245/2013 CENDOJ: 28079110012013100460).[392]

392. STS nº511/2013, de 18 de Julio de 2.013 (ROJ: STS 4245/2013 CENDOJ: 28079110012013100460), JF 11º : El Tribunal Supremo, a partir de sus Sentencias núm. 705/2005, de 10 de Octubre, recurso núm. 299/1999 , núm. 731/2006, de 20 de julio, recurso núm. 4597/1999,núm. 1054/2006, de 30 de Octubre, recurso núm. 5212/1999 , núm. 1311/2006, de 22 de Diciembre, recurso núm. 320/2000 , y núm. 1180/2008, de 17 de Diciembre, recurso núm. 2241/2003, hasta las más recientes núm. 15/2013, de 31 Enero, recurso núm. 1268/2010, y núm. 121/2013, de 12 de Marzo, recurso núm. 1638/2010, ha señalado que el origen común de 12 las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil.. Pues bien, esos Principios soportan igualmente nuestra pretensión: Sección 1: Derecho a exigir el cumplimiento: Artículo 9:101: Obligaciones pecuniarias:1.El acreedor tiene derecho a percibir el dinero que se le debe.2.Cuando el acreedor todavía no haya cumplido su obligación y resulte claro que el deudor se negará a aceptar su prestación, el acreedor, pese a todo, puede llevar a cabo dicha prestación y cobrar lo que se le deba según el contrato salvo que: a. Hubiera podido hacer un negocio sustitutivo razonable sin excesivo esfuerzo o coste. b. O no fuera razonable llevar a cabo su prestación conforme a las circunstancias. Artículo9:301: Derecho a resolver el contrato: 1. Una parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte. (2) En caso de retraso, la parte perjudicada también puede resolver el contrato conforme al artículo 8:106 (3). Véase, también, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona (sección 1ª), Autos de 18 de Noviembre de 2015 y de 23 de Enero de 2015**:** "la devolución del préstamo en los plazos estipulados es la obligación principal del prestatario, por lo que su incumplimiento se ajustaría al primer requisito que establece el Tribunal de Justicia para poder dar por vencido el préstamo. En segundo lugar, tal facultad no es una excepción según las reglas y principios del Derecho civil, pues conforme dispone el artículo 1.124 del Código civil, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas. Y en el FJ 13 "El incumplimiento resolutorio previsible o anticipado" dice: Actualmente se reconoce lo que se ha venido en llamar el incumplimiento previsible o anticipado (lo que en la terminología anglosajona utilizada en los textos de los movimientos unificadores del Derecho se ha denominado "*anticipatory non- performance*"), que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento actual al facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial. El art. 9:304 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) establece: «Incumplimiento previsible. Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato». En términos muy parecidos se expresa el art. 7.3.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, que declara: «Incumplimiento anticipado. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato». Por su parte, el art. 72.1 de Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece: «Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto».

El Tribunal Supremo (en sus Sentencias de 25 de Diciembre de 2015 y de 18 de Febrero de 2016, número 79/2016, recurso 2211/14, ROJ 626/2016) admitió la posibilidad de que, ante el incumplimiento definitivo del deudor, el acreedor acuda a un procedimiento declarativo para resolver el Contrato de Financiación y reclamar la totalidad de las cantidades adeudadas pretenda, y todo ello haciendo valer su garantía hipotecaria. Esta última Sentencia que remite, a su vez, y reproduce, en parte, la Sentencia del Pleno de 23 de Diciembre de 2015, número 705/15 reconoce la viabilidad del art. 1124 CC para obtener la resolución contractual del préstamo.

Sobre el tratamiento jurídico del vencimiento anticipado se pronunciaron también las distintas Audiencias Provinciales concluyendo los cauces procesales adecuados para hacer valer los derechos del prestamista en caso de incumplimiento del pago de las cuotas[393].

393. Véase, entre otros, los Autos dictados por la AP de Barcelona, Sección 4ª: Auto 323/2015, de 9 de Diciembre 2015, Auto 372/2015 de 23 de Noviembre 2015; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 372/2014, de 23 de noviembre de 2015. También de la misma Audiencia de Barcelona, la Sentencia nº316/2007 de 25 de Mayo de 2007 [JUR 2008/17814]: "No obstante la facultad de resolver anticipadamente el contrato ante el incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas mensuales previstas encuentra su base en la ley. Así, tratándose de un contrato de préstamo de carácter bilateral -pues a la entrega del capital por la prestamista se obliga el prestatario a su devolución más los intereses remuneratorios que no son más que una contraprestación de la entrega del capital prestado y cuyo nacimiento va unido al del crédito principal (DO UT DES)-, e incumplida la obligación de pago de las cuotas vencidas durante un periodo de tiempo relevante, de Marzo de 2004 a Agosto de 2004 , sin que conste regularización de los pagos por parte del hoy apelado o siquiera su voluntad o intención de cumplimiento de su obligación contractual, queda abierta la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC , por lo que el primer motivo del recurso debe ser estimado y entender el contrato resuelto anticipadamente, lo que faculta a la entidad crediticia a reclamar del prestatario el inmediato pago de todas las sumas que por capital e intereses le sean adeudadas". La Sección 4ª en el Auto 379/2016 de 3 de Noviembre de 2016 en el que se acuerda el sobreseimiento de la ejecución por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, en el FJ 6º, in fine, establece: … el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la escritura de préstamo hipotecario, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado, con la preferencia, por supuesto, derivada de la hipoteca inscrita. La Sección 15ª en la Sentencia de 15 de Diciembre de 2014 (JUR 2015\86196), (sobre el conocido caso Aziz): 76. Ahora bien, y esto es una cuestión distinta, ello no afecta para nada a la

Además del ejercicio de la acción prevista en el art. 1.124 Cc y la opción entre exigir el cumplimiento o pedir la resolución contractual, se prevé también la indemnización por los daños y perjuicios causados[394].

facultad de resolver el contrato con fundamento en causas distintas, y entre ellas el incumplimiento del deudor, que está prevista con carácter general en el artículo 1124 CC. La resolución por incumplimiento del deudor es una causa distinta a la extinción por vencimiento anticipado. Ahora bien, ello no significa que un mismo hecho, la falta de pago de las cuotas periódicas, no pueda justificar simultáneamente una y otra, aunque no de la misma forma. Para la resolución por incumplimiento no basta con el simple impago sino que es preciso que el mismo revista un plus, esto es, sea de tal entidad que pueda razonablemente pensarse que es indicativo de la frustración de los derechos de la adversa; Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 11ª: Autos de 5 de Febrero de 2014 y de 27 de Julio de 2015: "La consecuencia de esta declaración de nulidad es la de que, dimanando la exigibilidad de la deuda de la facultad resolutoria que ha de ser tenida por no puesta, procede la nulidad de lo actuado, con sobreseimiento de la ejecución, sin perjuicio de que el ejecutante inste en el proceso declarativo que corresponda la acción de resolución contractual por incumplimiento de la parte prestataria conforme al artículo 1.124 del Código Civil."; Y de la misma sección**:** Sentencia de 12 de Diciembre de 2012: "en caso de incumplimiento del prestatario la entidad prestamista tenía diáfana la vía del art. 1.124 del CC para exigir su cumplimiento o para pedir la resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios" y la Sentencia nº 97/2015 de 14 de abril de 2015, Sección 8ª, al referirse a la facultad de resolver anticipadamente los contratos de préstamo en caso de incumplimiento del deudor entiende que "dicha facultad se encuentra recogida también en favor de la entidad bancaria en el propio artículo 1124 del Código Civil."; y la Sección 6ª: Auto 78/2015, de 17 de abril: "con independencia de la cláusula atacada, el vencimiento sería igualmente justificado, en aplicación de los artículos 1124 y 1129 CC ".

394. Sobre el resarcimiento mediante la correspondiente indemnización por daños y perjuicios véase, por ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 11ª): "en caso de incumplimiento del prestatario la entidad prestamista tenía diáfana la vía del art. 1.124 del CC para exigir su cumplimiento o para pedir la resolución contractual con indemnización de daños y perjuicios". Respecto a los términos previstos en el art. 1.124 Cc, véase LLAMAS POMBO, E. "Cumplimiento por equivalente y resarcimiento por daño del acreedor" Trivium Editorial, 1999, p. 226, que se pueden resumir en lo siguiente: "Es una acción de condena dirigida a obtener un pronunciamiento judicial por el que se imponga coactivamente al deudor la realización del comportamiento debido. La ejecución forzosa tiene un marcado carácter judicial. (…) Salvo la posibilidad material de cumplimiento, su exigencia judicial no está sometida a ningún requisito o limitación que no sean los generales de ejercicio abusivo de los derechos. (…) A diferencia de lo que sucede con la reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para el ejercicio con éxito de la acción de cumplimiento específico basta acreditar el incumplimiento de la obligación sin que el deudor pueda excusarse invocando su no-culpa o la ausencia de daños. La acción de cumplimiento tiene preferencia sobre el resto de los remedios, lo que se desprende de la regulación de conjunto del Cc (…) en la medida de que el deber de prestación (interés específico, fin típico) constituye el objetivo primordial del ordenamiento, el resto de los remedios, compatibles o no, tienen carácter secundario o subsidiario a la prioritaria ejecución in natura (…)".

La STS de 16 de Diciembre de 2009, núm. 792/2009 estimó un recurso de la OCU en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios, pero no consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado fueran cláusulas abusivas y por tanto no cabía declarar la nulidad de las mismas en el caso del impago de una cuota con base en el artículo 1.255 Cc.

La STJUE de 14 de Marzo de 2.013 resuelve sobre la cuestión relativa a la cláusula de vencimiento anticipado concluyendo que en términos generales no se puede afirmar que una cláusula de este tipo sea abusiva sino que habrá que valorar el caso concreto. La Sentencia no resuelve realmente la cuestión planteada y únicamente abre la posibilidad de considerar la nulidad de estas cláusulas pero atribuye a los Jueces nacionales la responsabilidad de resolver en cada caso concreto.

La Sentencia establece únicamente unos parámetros para valorar si efectivamente es o no una cláusula abusiva pero estos parámetros suponen realmente una remisión a los principios generales de la contratación: valorar si se trata de un incumplimiento esencial o no, grave, cuál es el marco de la relación y si existen en el ordenamiento jurídico medios que permitan la defensa del consumidor en estos supuestos.

El Auto nº 175 /2.015, de 24 de Noviembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, sobre el pacto de liquidez del saldo deudor (dictado por el Pleno Jurisdiccional de Magistrados del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Baleares) realiza un análisis en abstracto del posible carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado tras el AUTO del TJUE de 11 de Junio de 2.015 Noviembre 15.

Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, el Auto recoge que las tres Secciones de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca venían considerando que la cláusula no era abusiva aunque hiciera referencia al impago de una única cuota, cuando realmente la ejecución se instaba ante el impago de tres cuotas impagadas. Es decir, el hecho de que la cláusula hiciera referencia al impago de

una sola cuota, no la convertía en nula de forma automática, pero esto cambia tras el AUTO del TJUE (Sala Sexta) de 11 de Junio de 2.015.

Antes de dictarse el Auto del TJUE, de 11 de Junio de 2.015, los criterios en los que se basaba el Pleno Jurisdiccional para no declarar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado eran los siguientes:

*"a) El Tribunal Supremo había establecido, con base en el artículo 1.255 de Código Civil, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos, cuando concurriese justa causa – verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario del abono de las cuotas de amortización del préstamo -. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de Febrero de 2.000 ( aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero), 9 de Marzo de 2.001, de 4 de Julio de 2.008, 12 de Diciembre de 2.008, y 16 de Diciembre de 2.009.*

*b) El artículo 695. 1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite oponer el proceso de ejecución hipotecaria "el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de una ejecución, o que hubiese determinado la cantidad exigible". Pues bien, si el propio ejecutante ha obviado la aplicación de esta cláusula, ésta no constituye el fundamento de la ejecución, y, por tanto, no puede oponerse su eventual carácter abusivo".*

Por tanto, hasta el Auto del TJUE de 11 de Junio de 2.015, las tres Secciones de la Audiencia Provincial de Mallorca consideraban que el mero hecho de pactar una cláusula el vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota, no convertía la cláusula en nula de forma automática si realmente no había sido aplicada. Esto es lo que ocurre cuando se insta la ejecución ante el impago de tres cuotas, o, más, aunque en la escritura de préstamo se haya pactado que la entidad bancaria podría instar la ejecución ante el impago de una cuota.

Sin embargo, el Auto del TJUE (Sala Sexta) de 11 de Junio de 2.015 considera que realmente el hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado haya llegado o no a aplicarse, en los términos pactados, no impide que se declare nula: *"…la*

*Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 – de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".*

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 264 LOPJ la cuestión fue revisada por el Pleno no Jurisdiccional del Orden Civil que hasta la fecha no valoraba la cláusula en sentido abstracto sino en el sentido concreto, es decir, no consideraba la cláusula nula sin más, sino dependiendo de la aplicación que de la misma hiciera la entidad crediticia.

El Auto del Pleno recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto cuáles son los elementos que deben ser tenidos en cuenta para valorar la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y recoge lo expuesto en el Auto del TJUE de 11 de Junio de 2.015 que se remite al artículo 43 de la Directiva 93/13 del Consejo. El artículo 43 de la Directiva 93/13 hace referencia a su vez, a lo dispuesto en el artículo 4 apartado 1 de la misma, que nos dice que para valorar la abusividad de una cláusula tendremos que tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, así como todas las circunstancias que concurran en el momento de celebración del mismo. Asimismo dispone que habrá que valorar las consecuencias que del contrato se puedan derivar conforme al ordenamiento jurídico nacional de que se trate.

La Sentencia del TJUE de 14 de Marzo de 2.013 tampoco declaraba abusivas, sin más, las cláusulas de vencimiento anticipado, sino que hacía remisión a la valoración que realizase de forma concreta el Juez Nacional.

Respecto a estas cláusulas indicaba algunos parámetros que podrían ser valorados por el Juez para concluir la nulidad de la cláusula. La Sentencia hacía mención a que se tratase del vencimiento de contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, y le atribuía al Juez nacional

la facultad de valorar si la obligación incumplida por parte del deudor era de carácter esencial, en el marco de la relación contractual de que se tratase; si el incumplimiento era suficientemente grave con relación a la duración y cuantía del préstamo; si esta facultad constituía una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el derecho nacional preveía medios adecuados y eficaces que permitiesen al consumidor sujeto a esta cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

En el mismo sentido anteriormente expuesto, se pronunció el Auto del TJUE de 14 de Noviembre de 2.013 insistiendo en la consideración del carácter esencial de la obligación incumplida y resumiendo que: *"En consecuencia, los parámetros a tener en cuenta en el examen, en abstracto, del posible carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado son los siguientes: a) Naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato. b) Carácter esencial o no del incumplimiento teniendo en cuenta la duración y cuantía del préstamo. C) Legislación nacional para determinar si el consumidor sujeto a la aplicación de esta cláusula puede evitar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".*

Volviendo al Auto del Pleno de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 24 de Noviembre de 2.015, resulta interesante el análisis que hace en el Razonamiento Jurídico Quinto sobre *"la Naturaleza de bienes y servicios objeto del contrato".* Esta consideración nos parece especialmente importante en la materia objeto de estudio porque viene a reconocer, en cierta medida, la necesidad de proteger de forma especial la vivienda habitual y no darle el mismo tratamiento que a otros bienes con los que se comercie en el tráfico jurídico.

El Auto la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca hace referencia al hecho de que el préstamo del que trae causa el procedimiento al que se refiriere gravaba una vivienda que constituía el domicilio familiar, y menciona que algunas Sentencias han tenido en cuenta esta circunstancia a la hora de valorar la cláusula de vencimiento anticipado citando, concretamente cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), de 28 de Julio de 2.015.

Sin citar ninguna Sentencia concreta, el Auto, hace referencia también la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre protección del domicilio como ámbito en el que se desarrolla la vida personal y familiar.

Pero, a pesar de que la Audiencia repara en el hecho de que el préstamo hipotecario afecte a la vivienda familiar y de que cita la existencia de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Audiencia concluye que por el hecho de que la ejecución hipotecaria pueda ocasionar la pérdida del domicilio familiar no se puede considerar que la cláusula de vencimiento anticipado sea nula.

El Tribunal llega a esta conclusión por distintos motivos:

a) el prestatario tiene la obligación de restituir un préstamo del que dispuso previamente en el plazo y con los intereses pactados. Según la Audiencia esta diferencia en la naturaleza de las obligaciones no genera desequilibrio;

b) se trata de un negocio jurídico complejo en el que se da la concurrencia de un contrato de préstamo y de la constitución de una hipoteca, ambas para adquirir la vivienda habitual sin que el carácter del bien pueda menoscabar derechos a los acreedores. En este caso, la Audiencia utiliza el símil del contrato de arrendamiento, argumentando que, la Jurisprudencia permite instar un desahucio ante el impago de una sola renta a pesar de que se trate del domicilio habitual citando las SSTS de 10 de Noviembre de 2.010 y 18 de Marzo de 2.014)[395].

395. En este punto discrepamos ya que, respecto a los arrendamientos y a los desahucios, debemos distinguir, a nuestro juicio, los supuestos en los que se trata de desahucios de arrendamientos de bienes propiedad de entidades bancarias (que proceden a su vez de ejecuciones hipotecarias) de los desahucios de arrendamientos en los que los arrendadores son meros particulares que se encuentran en igualdad de condiciones contractuales con el arrendatario. En el caso del desahucio entre particulares no existe desequilibrio ab initio, como ocurre con la posición dominante de la Banca, ni privilegios como los rescates bancarios que se han producido con la crisis económica, y, ciertamente existe una capacidad de negociación contractual que no existe cuando se firma un préstamo hipotecario con una entidad bancaria. Por otra parte, la posición del arrendador no es la de una entidad bancaria, y, puede darse el caso de que el arrendador necesite le vivienda para él mismo o un familiar, o de que sus únicos ingresos provengan precisamente del arrendamiento del inmueble.

Por tanto, el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 24 de Noviembre de 2.015 no tiene en cuenta la naturaleza del bien ( domicilio habitual) para dar un tratamiento especial en la ejecución hipotecaria y prima los derechos del acreedor.

El Razonamiento Jurídico Sexto del Auto de la Audiencia Provincial de Palma analiza el carácter esencial del incumplimiento. La Audiencia expone que el carácter esencial del incumplimiento sólo se puede valorar en obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (art. 1.124 Cc) pero no en una obligación real y unilateral como es el préstamo que sólo genera obligaciones a cargo de una de las partes[396]. El Auto de la Audiencia Provincial de Palma de 24 de Noviembre de 2.015 hace referencia a que, en algunos Autos se valora la parte proporcional que representa el incumplimiento respecto al importe total del préstamo para concluir si estamos o no ante un incumplimiento esencial y para determinar si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva.[397]

El Auto considera, que, al margen de que valoremos si el impago de la cuota representa o no un incumplimiento contractual ( siguiendo el criterio de los Autos citados) hay otros factores que hacen prever a la entidad bancaria el inminente incumplimiento esencial de la obligación).

En primer lugar el Auto APPalma considera que el impago de una única cuota pone de manifiesto la incapacidad económica de asumir el préstamo en un futuro y la más que posible frustración del contrato para el acreedor. Considera que la situación se asemeja a la prevista en el artículo 1.129.1º CC referido a que la insolvencia produce la pérdida del beneficio del plazo.

396. Tampoco en este punto compartimos el criterio seguido por la Audiencia, ya que la consideración de si el incumplimiento es o no esencial no debe confundirse con el carácter bilateral o unilateral del contrato sino con la gravedad de la frustración contractual (en relación con el objeto principal del contrato) que pueda provocar el incumplimiento en quien es acreedor de dicha obligación.
397. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona ( Sección 16 ª) de 30 de Julio de 2.015 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 5 de Septiembre de 2.015.

Continúa el Auto exponiendo que el incumplimiento es cualitativamente esencial porque afecta a una obligación principal del contrato que es la obligación del préstamo con sus correspondientes intereses y acoge la argumentación dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 2.009 que consideró que el impago de una única cuota constituía un incumplimiento esencial.

Desde un punto de vista cuantitativo, el Auto no admite la posibilidad de valorar la parte proporcional del préstamo impagada con relación al importe total del préstamo por dos motivos: porque considera que no cabe tal consideración en una obligación unilateral, y porque considera que sólo contribuiría a agravar la situación y a aumentar el importe total de la deuda. A nuestro juicio, si se tratara de particulares y existieran unos plazos pactados, el Juzgador no sería tan taxativo y exigiría que hubiera requerimientos previos de pago, e incluso que se tratara de una cantidad importante antes de permitir una resolución contractual.

Además, la escritura de préstamo hipotecario a la que se refiere el Auto menciona tanto el impago de una sola de las cuotas o de "cualquiera de los pagos". Respecto a la aplicación de esta cláusula no podemos compartir que deba aplicarse de forma automática sin ponderar en el caso concreto cómo se ha producido el incumplimiento contractual.

Dada la larga duración de una hipoteca (por ejemplo, una hipoteca de 30 años), imaginemos que el deudor ha cumplido durante 28 años con el pago puntual de la cuota hipotecaria y es al final de la vida de la hipoteca cuando se produce el impago de una cuota hipotecaria. No sería admisible, conforme a nuestro derecho de obligaciones, y, conforme al sentido material de justicia que debe guiar las normas, que se permitiera en este supuesto la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado.

Por tanto, en nuestra opinión la cláusula es admisible de forma genérica y habrá que valorar el caso concreto, siendo más justo el criterio jurisprudencial que valora la proporcionalidad del incumplimiento que el que opta por aplicar el

vencimiento anticipado sin más (independientemente de la consideración de incumplimiento esencial).

La Sala considera en el Auto que si se aplicara el artículo 83 LGDCU y la cláusula de vencimiento anticipado se declarara nula sin posibilidad de reintegración en el contrato esto supondría que la entidad bancaria tendría que instar una ejecución por cada cuota impagada generando costes y gastos procesales. En nuestra opinión, no se trataría de instar una ejecución por cada cuota impagada sino de instar la ejecución cuando la cantidad impagada realmente fuera importante.

Por otra parte, el Auto hace referencia al riesgo que existe de que el deudor se adjudique la vivienda por un valor muy inferior al de ésta sin embargo no hace mención alguna a que existe el mismo riesgo de que sea la entidad bancaria la que se la adjudique, y de además continúe reclamando la deuda[398]. Pensemos, además que no se cuestiona el precio al que la entidad bancaria pueda vender posteriormente el inmueble que se ha adjudicado.

Otro de los elementos que analiza el Auto de la Audiencia Provincial de Palma es si el derecho nacional contempla mecanismos que permitan al deudor evitar los efectos del vencimiento anticipado. En el Razonamiento Jurídico Séptimo el Auto hace referencia a la rehabilitación del préstamo que permite, una vez declarado el vencimiento anticipado ante el impago, abonar las cuotas y gastos devengados hasta la fecha y no la totalidad del importe concedido. Por este motivo, considera la Sala que, existiendo la posibilidad de rehabilitar el préstamo

398. En este punto hacemos una reflexión sobre las viviendas que se ha adjudicado en subasta la Banca por precios muy inferiores a su valor real y al valor de mercado amparándose en la crisis económica y continuando reclamando la deuda al deudor. Sin embargo, adjudicadas las viviendas a preciso ínfimos, posteriormente han sido puestas a la venta en el mercado a precios (ahora sí) de mercado. Los precios que en su día se fijaron fueron avalados por las tasaciones que previamente eran ajustadas por la propia Banca para poder autorizar operaciones, y, es precisamente por este motivo que no cabe que sea la propia Banca la que ahora alegue que el valor de mercado no corresponde con el valor de tasación.

no se puede considerar que la cláusula de vencimiento anticipado produzca desequilibrio entre las partes.

La posibilidad de rehabilitar el préstamo viene contemplada en el artículo 693 apartado 3 de la LEC, pudiendo el acreedor solicitar que se proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 578 apartado 2 de la LEC. Es importante destacar que el artículo 693.3 LEC concede al acreedor la facultad de admitir la rehabilitación del préstamo desde que se interponga la demanda hasta el momento anterior a la subasta, sin embargo si se trata de la vivienda habitual, no se contempla como facultad del acreedor sino del deudor, que tiene la opción de liberar el inmueble sin solicitar el consentimiento al acreedor, consignando las cantidades debidas y devengadas hasta la fecha.

La ley permite una segunda o ulteriores rehabilitaciones del préstamo siempre y cuando medien al menos tres años desde la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Respecto a las costas procesales, el artículo 575.1 bis LEC limita la tasación a los importes devengados hasta la fecha con los límites previstos en dicho artículo, es decir, la rehabilitación supondrá que las costas se tasarán tomando como base los importes rehabilitados y no los importes reclamados en la demanda ( en la que se reclamará el importe total del préstamo).

Una vez tasadas y pagadas también las costas, el Secretario Judicial dictará decreto liberando el bien. La Sala entiende que el hecho de que la Ley contemple la posibilidad de rehabilitar el préstamo, sólo en el caso de la vivienda habitual, de forma parecida a lo que ocurre con la enervación de la acción en el desahucio, es suficiente para considerar que la cláusula de vencimiento anticipado no es abusiva.

Respecto a la exigencia de que se produzca el impago de al menos tres cuotas impagadas antes de declarar el vencimiento anticipado, el Auto cita, en el Razonamiento Jurídico Octavo la reforma del artículo 693.2 de la LEC operada por la Ley 1/2.013 de 14 de Mayo, que dispuso que el vencimiento anticipado sólo

podría declararse tras el impago de al menos tres cuotas y no una, como se venía haciendo constar en las escrituras de préstamo hipotecario: "*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo de, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución".*

A pesar del límite legal previsto introducido por esta Ley, el Pleno Jurisdiccional entiende que debe quedar a salvo la facultad del Juzgador para valorar en cada caso concreto el posible carácter abusivo de una cláusula. Se basa, en esta argumentación, en la STJUE de 21 de Enero de 2.015, que declara que la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo, que permite el recálculo de intereses para adecuarlo al límite legal no es contraria a la Directiva siempre y cuando el Juez pueda valorar en cada caso concreto si la cláusula es o no abusiva. Para el Pleno Jurisdiccional el hecho de que se establezca el límite legal de tres cuotas impagadas no es vinculante para el Juzgador ya que considera que puede declarar que una cláusula que establezca el límite de una cuota puede no ser declarada abusiva y una cláusula que respete el límite de las tres cuotas puede ser considerada, en un caso concreto por el Juzgador[399].

399. En este sentido tampoco compartimos la consideración del Pleno Jurisdiccional por varios motivos: en primer lugar, porque las normas deben ser interpretadas en su tenor literal cuando es claro y no presenta lagunas ni contradicciones. En este sentido, la Ley es muy clara cuando habla de tres cuotas impagas. Entre las facultades del Juzgador no se encuentra la de derogar normas sino interpretarlas, y, por tanto, a nuestro juicio, el Juzgador en este caso se excede en sus facultades haciendo esta interpretación. Cuestión distinta es que, nos parezca insuficiente que Ley establezca, un mínimo de tres cuotas impagadas porque, ciertamente, es una desproporción respecto al importe total del préstamo. Aunque creemos importantísima la labor del Juez a la hora de corregir las carencias o incongruencias en las que pueda incurrir una Ley pensamos que siempre debe desde la perspectiva de la interpretación pero sin olvidar que, entre las facultades jurisdiccionales no se encuentra la de legislar, y este tipo de consideraciones no sólo generan una gran inseguridad jurídica sino que además provocan que ante la misma Ley cada órgano jurisdiccional cree su propia versión de la norma.

Respecto al Voto Particular formulado por la Ilma. Sra. Magistrada Dª. CATALINA MARÍA MORAGUES VIDAL, resulta especialmente interesante, y, nuestro juicio más acorde con el concepto de justicia material y de protección efectiva de los derechos de los consumidores y de la vivienda habitual.

La Magistrada reconoce la especial protección que merece la vivienda habitual y, en este sentido, cita la STJUE de 10 de Septiembre de 2.014 ( Asunto C-34 /13) de la que reproduce el siguiente fragmento:

*"64 En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respecto al domicilio y que toda persona corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de proporcionalidad de cierta medida (véase las TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado137).*

*65 En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración a aplicar la Directiva 93/13".*

El artículo 85.4 del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que sea aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias dispone: "*Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable".*

Expone la Magistrada, en su Voto Particular, que en la escritura de préstamo hipotecario se pactó la cláusula de vencimiento anticipado por parte de la entidad bancaria sin requerimiento previo por cualquiera de los conceptos que integran la deuda. La Magistrada destaca que se trata de un préstamo que grava la vivienda familiar, y, que la facultad se otorga exclusivamente al Banco ante el impago de

cualquier concepto (amortización de principal o de intereses), ya se trate de una obligación principal o accesoria, o ajuste en su caso de un contrato de larga duración.

La Magistrada analiza que se trata de una cláusula abusiva no negociada individualmente en los términos que expone el artículo 3.1 y 3.2 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo y recuerda que no se presume que la cláusula haya sido individualmente negociada, sino que conforme a las normas relativas a la carga de la prueba incumbe a la entidad bancaria ( artículo 281.4º LEC, artículo 3.2º párrafo 3º de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de Abril, y artículo 82.2 párrafo 2º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual *"el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"*.

En cuanto al concepto de *"cláusula no negociada individualmente",* la Magistrada cita el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) de 30 de Octubre de 2.015, hace referencia a que se trata de cláusulas que han sido redactadas previamente por la entidad financiera sin que el cliente haya podido influir en su contenido. El Auto explica muy bien cuál es la diferencia entre leer una cláusula previamente y firmarla y lo que significa realmente haber podido negociar una cláusula: "*De entrada, la lectura de las tres estipulaciones evidencia que estamos ante cláusulas que no sólo se incorporan en un contrato, sino que han sido redactadas de antemano por la entidad financiera, sin que el cliente haya podido influir en su contenido, por más que la haya podido conocer, y, consciente o no de la naturaleza y consecuencias de la cláusula, la acepte en lo que constituye la expresión de un consentimiento voluntario y libre, pero no por ello debidamente formado. Una cosa es conocer la existencia de un estipulación y otra diferente, sobre todo en determinado tipos de negocios complejos, interiorizar la naturaleza, derechos, obligaciones y riesgos que comporta el producto, y, por ende, la aceptación del contrato normalmente determinada por la ausencia de alternativas suficientemente fundadas, bien porque no existan, bien porque el cliente se*

*encuentra en una posición de inferioridad tanto en lo que se refiere al nivel de información como a la capacidad de negociación propiamente dicha. La redacción literal de dichas cláusulas no recoge concesión alguna a la posición del prestatario. Es, pues, inverosímil que, atendido el tenor literal de las mismas, hubiera no ya negociación alguna, sino la más mínima oportunidad de negociación real".*

La Magistrada parte de la consideración de que se trata de un préstamo hipotecario que afecta a la vivienda habitual, de que la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula no negociada individualmente, y de que es abusiva porque efectivamente produce un claro desequilibrio entre las partes.

Parte de que la regla general es que la cláusula de vencimiento anticipado sólo sea aplicable cuando existe un incumplimiento de una obligación esencial y no cuando afecte a obligaciones accesorias y cita, en este sentido, las SSTS de 9 de Marzo de 2.001, 4 de Julio y 12 de Diciembre de 2.008, y 16 de Diciembre de 2.009, línea jurisprudencial ratificada por la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, apartado 73) entre las que se encuentra el impago de las cuotas de amortización (SSTS de 9 de Febrero de 2.000, y 17 de Febrero de 2.011).

La Magistrada expone que discrepa respecto al Auto por cuanto considera que la interpretación que hace la Sala empeora los derechos del consumidor al realizar una "rebaja" del mínimo de tres cuotas impagadas previsto en el artículo 693.3 de la LEC tras la reforma operada por la Ley 1/ 2.013, de 14 de Mayo.

La Magistrada, que acoge íntegramente los Fundamentos del Auto nº 201/ 2.015, de la Sala General de Magistrados del Orden Civil, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, constituida en Pleno Jurisdiccional, de 30 de Octubre, concluye finalmente que la cláusula de vencimiento anticipado objeto de enjuiciamiento, al hallarse prevista para cualquier clase de impago, con independencia del concepto de que se trate, de si se trata de una obligación principal o accesoria, o del momento en el que se reproduzca y de la proporción que exista con el resto de la obligación, es abusiva por ser contraria a los preceptos citados del RDL 1/ 2.007.

Por último, y sentado que, para la Magistrada, la cláusula de vencimiento anticipado es una cláusula abusiva, entra a valorar cuáles son las consecuencias jurídicas que deberían derivarse de tal declaración. El TJUE ha declarado que, por aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, si una cláusula se declara abusiva la consecuencia jurídica es que el Juez no podrá aplicarla, y por tanto no cabe la reintegración ni la modificación de la cláusula. El contrato deberá persistir en la medida que las normas de derecho interno lo permitan pero la cláusula abusiva y nula se tendrá por no puesta (y cita las SSTJUE Banco Español de Crédito, C- 618-10, EU:C:2.012:349, apartado 65; y Asbeek Brusse y De Man Garabito C-488 /11, EU:C:2.013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/2.013, C-484 /2.013, C-485/2.013, C-487/2.013, EU:C:2.015:21, apartado 28).

No cabe que el Juzgador en lugar de impedir que la cláusula despliegue efectos negativos para el consumidor, en lugar de no aplicarla, la aplique moderando esos efectos, y así lo ha declarado el TJUE en aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/2.013. Si el Juez Nacional tuviera, efectivamente, la facultad de moderar las cláusulas en lugar de declararlas nulas considera la Magistrada que se frustraría el efecto disuasorio previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/2.013, y los profesionales incluirían estas cláusulas a sabiendas de su nulidad esperando que el Juzgador acabara integrándolas en el contrato.

Por tanto, la Magistrada considera que la cláusula de vencimiento anticipado es nula de pleno derecho y no cabe su reintegración ni moderación en el contrato y por tanto debe tenerse por no puesta, comporta el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, sin perjuicio de que el acreedor pueda reclamar el importe de las deudas vencidas en un procedimiento de ejecución ordinaria o a un proceso declarativo ordinario.

En el mismo Sentido que el Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca se pronunció el Auto nº 351/ 2.013,de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en Autos de Ejecución nº 2248 /2.010, que considera que no cabe apreciar en abstracto que la cláusula de

vencimiento anticipado es abusiva y define lo que considera que es un incumplimiento contractual esencial y se remite a la SAP de Ciudad Real de 16 de Mayo de 2.013 (Sección 1º) que reproducimos a continuación:

*"TERCERO.- Cuestión diferente es analizar si concurren las circunstancias que, a partir de dicho pacto, faculten al prestamista a dar por vencido anticipadamente el contrato. Es decir las que atienden a que en el supuesto concreto medie incumplimiento esencial que justifique dicho vencimiento, mediando justa causa.*

*La adecuación a la situación coyuntural que ordena la base económica del negocio jurídico, determina que en contextos de crisis, la gravedad o esencialidad del incumplimiento justificativo de la resolución contractual no puede ser ajeno a su ponderación, de forma que ya no por criterios meramente objetivos, ha de ponderarse la imputabilidad de dicho incumplimiento y su relación en cuanto a la frustración de la finalidad contractual ponderando la entidad del mismo. Y en este sentido de ahí la evolución legislativa que indica la asunción en un reciente proyecto de ley de criterios que sitúan el adecuado uso de las cláusulas de vencimiento anticipado en incumplimientos no puntuales de un mes, sino que abarcan al menos un periodo mayor que evidencie, conforme al examen conjunto del periodo del préstamo amortizado e incidencias del contrato, la concurrencia del incumplimiento que frustre la finalidad contractual y justifique el ejercicio de la facultad resolutoria pactada, con vencimiento anticipado del préstamo.*

*En el mismo sentido las conclusiones de la reciente Jornada sobre las repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria*[400]*,*

400. La Magistrada se refiere a la "Jornada sobre las repercusiones de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia de Cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al Régimen Transitorio" que fue organizada por el CGPJ, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol y celebrada el 8 de Mayo de 2.013 en la que participaron 20 magistrados de

todos los órganos judiciales de todos los Tribunales Superiores de Justicia y los miembros de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y en la que se extrajeron las siguientes conclusiones: "1.- Es necesario adaptar la legislación española, especialmente la de carácter procesal, al derecho europeo y a la doctrina sentada por el TJUE, para garantizar al consumidor una protección más eficaz, en los términos exigidos por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, y normativa que la desarrolla. 2.- La reforma legislativa en curso da respuesta a algunas de las cuestiones que suscita la doctrina del TJUE, lo que no exime a los jueces del deber de completar las lagunas que pudieran existir aplicando los principios generales del ordenamiento jurídico europeo y nacional. 3.- El Juez debe actuar de oficio en protección del consumidor, utilizando todos los instrumentos previstos en nuestras leyes para conseguir una solución acorde al derecho europeo y a la interpretación que del mismo hace el TJUE. 4.- Aunque el problema de las cláusulas abusivas trasciende a todo el ordenamiento, las reflexiones o propuestas analizadas se refieren al ámbito de ejecuciones hipotecarias en contratos entre profesionales y consumidores. 5.- De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo las cláusulas abusivas nulas no vinculan a ningún efecto. El juez no puede integrar o moderar dichas cláusulas, que deben ser tenidas por no puestas.6.- Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual se atenderá, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato y a las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. En particular, se atenderá a los parámetros recogidos en la proposición de ley sometida hoy a la aprobación del Senado. 7.- Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:- En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 114 LH.- En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula. -En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia. 8.- Por lo que se refiere a los efectos de la declaración de nulidad: -En el caso de las cláusulas de intereses de demora, la nulidad comportará la expulsión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (intereses del artículo 1108 CC) o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria (interés del nuevo artículo 114 LH). -En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de nulidad determinará la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de resolución contractual (artículos 1124 y 1129 CC), sin que proceda despachar ejecución. 9.- El deber de los tribunales españoles consistente en el control de oficio de las cláusulas abusivas incluidas en contratos con consumidores, tiene especial relevancia en el proceso de ejecución y en el juicio monitorio. Por exigencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hay que acomodar los trámites procesales al efectivo control por parte del juez de los derechos del consumidor. 10.- En el procedimiento de ejecución el control de oficio debe, de entrada, ejercitarse en la fase de admisión de la demanda, siguiendo la pauta contenida en la proyectada reforma del artículo 552 de la Ley de

*en su número siete detallan que "En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el futuro artículo 693 LEC, para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula …" Proposición de ley, por cierto, ya Ley 1/ 2.014 de catorce de mayo, publicada en el BOE de 15 de Mayo del año en curso".*

El Auto nº 351/ 2.013, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en Autos de Ejecución nº 2248 /2.010, consideró que la cláusula de vencimiento anticipado no era abusiva puesto que el prestatario había impagado ocho cuotas y se superaba con creces el límite legal

Enjuiciamiento Civil. El juez, si advierte que el título ejecutivo contiene alguna cláusula abusiva, deberá ponerlo en conocimiento de las partes y darles una audiencia de cinco días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, sin necesidad de abrir ningún incidente. El juez, si aprecia el carácter abusivo de alguna de las cláusulas, determinará las consecuencias de ello y declarará, bien la denegación de la ejecución bien el despacho de la misma sin aplicación de aquellas cláusulas que estime abusivas. Frente al auto despachando ejecución sin aplicar la cláusula abusiva cabrá recurso de apelación, respecto de la denegación parcial del despacho de ejecución. Lo anterior es un criterio orientativo que debe aplicarse hasta la entrada en vigor de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, que prevé expresamente este control al tiempo de despachar la ejecución. Respecto de todos los procedimientos en trámite en los que ya se ha despachado ejecución, se recomienda, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la futura reforma legal, y si se advierte que existe una posible cláusula abusiva, conceder la posibilidad de que el deudor haga valer en la fase de oposición la existencia de esta cláusula. De haber precluído el plazo para ello, se habilitará un plazo de un mes para formular oposición con ese fin. Transcurrido el plazo sin que el deudor se haya opuesto, el juez podrá apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula, oyendo al ejecutante si no se hubiera manifestado al respecto. 11.- En el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

dispuesto en el artículo 693 LEC. La SAP Alicante de 11 de Noviembre de 2.014, analiza también la cláusula en la que se establece el vencimiento anticipado por la situación patrimonial del deudor sin que se haya producido ningún incumplimiento del contrato.

La cláusula del contrato de tarjeta de crédito al que se refiere la Sentencia (Fundamento de Derecho Cuarto) establecía el vencimiento anticipado en los siguientes términos:

*"CUARTO.- Seguidamente, también se invoca la nulidad por abusiva de la cláusula decimoséptima –c) del contrato que permite a la entidad financiera instar la resolución del contrato en la circunstancia siguiente: "El embargo al titular de sus bienes por un tercero, la constitución en garantía de deudas ajenas a CAMGE de hipotecas, prendas o cualesquiera otras cargas, gravámenes o garantías sobre la totalidad o parte de sus bienes, derechos, actividades o ingresos, tanto actuales como futuros, sin que medie consentimiento de CAMGE".*

Sin embargo, aunque la cláusula fue declarada nula, esto no tuvo efectos en el procedimiento puesto que la pretensión no se ejercitó con base en dicha cláusula sino en el impago de nueve cuotas de amortización.

Con fecha de 8 de Febrero de 2.017, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Pleno), dictó Auto de petición de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa al alcance de la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con consumidores. El Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en el curso de la deliberación, votación y fallo de un Recurso de Casación (por el que se resuelve el Recurso de Apelación nº 220/2.014, interpuesto contra la Sentencia de 14 de Mayo de 2.014, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra), en la que se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado dio traslado a las partes, al amparo del artículo 4bis LOPJ sobre el posible planteamiento al TJUE de una cuestión prejudicial de interpretación, resolviéndose plantear la cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE.

El Tribunal Supremo formula al TJUE la pregunta relativa a si es posible separar los distintos elementos que componen la cláusula de vencimiento anticipado y plantea si se puede declarar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en aquellos supuestos en los que se establece el vencimiento anticipado en atención a un número determinado de cuotas impagadas (en el caso que nos ocupa, se declara vencido con una única cuota impagada), o bien hay que tener en cuenta los distintos elementos o condiciones que se dan antes de declarar abusiva la cláusula a los efectos previstos en el artículo 6 Directiva CEE 93 /2.013.

La segunda cuestión planteada por el TS es la de determinar si el Juez nacional tiene la facultad de, una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, ordenar la continuación de la ejecución y no sobreseerla por entender que esta opción es más beneficiosa para el consumidor que la de remitirnos a un ulterior procedimiento de juicio ordinario y a las normas de la ejecución ordinaria cuando la Sentencia, en su caso, sea firme[401].

Como decimos, en el Auto se habla de lo que se denomina la "separabilidad de la cláusula" analizar la misma desglosándola en una serie de elementos a la

401. La declaración de abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en sede de ejecución hipotecaria debería tener unas consecuencias muy distintas a las que observó la Jurisprudencia. Si entendemos que la cláusula en nula en términos absolutos y sin considerar de forma separada sus distintos elementos (es decir, que es nula, tanto si opera con el impago de una cuota como si opera con el impago de más cuotas), no debería ser admisible ni siquiera su introducción en la contratación bancaria. Evidentemente, esto no quiere decir que ante un contrato de tan larga duración en el tiempo, no quepa declarar la resolución en caso de incumplimiento contractual. Ahora bien, sería más justo y más equitativo que, para determinar la entidad del incumplimiento en relación con el resto de las condiciones contractuales, fuera necesaria o bien la remisión a un proceso declarativo ordinario o bien creación de un trámite específico dentro de la ejecución hipotecaria. En este último caso podría crearse un incidente o pieza separada para tratar la resolución contractual. En cualquier contrato común, en el que no interviniera una entidad bancaria, se valoraría si es proporcional instar una resolución contractual en un momento determinado. Pensemos, por ejemplo, en la evolución de la Jurisprudencia en los contratos de compra de vivienda sobre plano en los que durante mucho tiempo la Jurisprudencia no admitió la resolución contractual por el retraso en la entrega incluso en supuestos en los que el retraso era considerable.

hora de analizar si es o no abusiva en los términos del artículo 6 de la Directiva CEE 93 /2.013.

El Auto recoge los criterios establecidos por la Jurisprudencia del TJUE para valorar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado: *"* los cuatro criterios de enjuiciamiento de este tipo de cláusulas de las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, y de 26 de enero de 2017, asuntoC-421-14, de manera que: a) el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo deba también valorarse atendiendo a las reglas del Derecho nacional que regulan el vencimiento o resolución anticipada en caso de incumplimiento de una obligación contractual; y b) deba atenderse a la posibilidad que el ordenamiento nacional concede al consumidor adherente de la cláusula de dejar sin efecto el vencimiento anticipado por impago abonando las cuotas vencidas e impagadas; o por el contrario, basta con que el tribunal nacional considere que la cláusula no supera el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo para que deba decretarse la abusividad de la cláusula sin que resulte necesario ponderar los restantes criterios indicados en las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de2013, asunto C.41511, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14?»".

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de alguno de los plazos no son nulas de pleno derecho per se, sino que hay que valorarlas en relación con el contrato y dependiendo del caso concreto. Conforme a esta teoría, el Juez nacional debía valorar si el incumplimiento de pago revestía entidad suficiente como para justificar el vencimiento anticipado, es decir, como para declarar resuelto el contrato. Para valorar la gravedad del incumplimiento había que valorar el resto de los elementos del contrato, así como la naturaleza del objeto. Se trataría de distinguir y valorar si la obligación incumplida por el consumidor tiene carácter esencial. La valoración de la gravedad debe ponerse en relación con la cuantía del préstamo y con la duración del contrato. La Sentencia consideró la facultad de

declarar el vencimiento anticipado siempre y cuando el Derecho Nacional lo configurara como una excepción a las normas generales sobre contratación y siempre y cuando el Derecho nacional contemplara mecanismos que no provocaran indefensión al consumidor en estos casos y que estos mecanismos permitiesen poner remedio al consumidor a los efectos provocados por la cláusula de vencimiento anticipado.

La SAP Alicante de 11 de Septiembre de 2.014, se pronunció también sobre la cláusula de vencimiento anticipado en el caso de un contrato de tarjeta de crédito. En el contrato de crédito permitía la declaración de vencimiento anticipado con el impago de una única liquidación. Como ya citamos anteriormente, la Sentencia trae causa de un juicio ordinario en el que la demanda fue declarada en rebeldía y la Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Sin embargo, frente a dicha Sentencia, la demandada interpuso recurso de apelación en el que alegó, entre otras cuestiones, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

La demandada alega que esta cláusula es abusiva porque el incumplimiento de una única liquidación no puede calificarse como grave y esencial. La Sentencia hace referencia a la Jurisprudencia ha venido admitiendo el pacto de vencimiento anticipado con base en el artículo 1.255 CC, siempre y cuando se tratara de un incumplimiento esencial (como es el que afecta al pago).

Sin embargo, en contratos de larga duración la cuestión no aparece tan claramente resuelta ya que son distintos los elementos que hay que valorar para considerar si se trata o no de un incumplimiento esencial[402].

402. Respecto a la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, véase la SAP Alicante de 11 de Septiembre de 2.014, cita la doctrina de la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 (asunto C-425/11) así como la modificación del artículo 692.2º LEC introducida por la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo, pero, en el caso concreto realiza la siguiente interpretación (Fundamento de Derecho Tercero): "Cierto es que el pago de las cuotas de amortización constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de crédito, así como también el pacto que autoriza la resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes

El AUTO de fecha 8 de Febrero de 2.017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) plantea una cuestión prejudicial en relación con la cláusula de vencimiento anticipado. Como se expone al inicio del Auto el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo "en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección primera, de 14 de Mayo de 2014, en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió dar traslado a las partes sobre el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, al amparo del artículo 4bis LOPJ. Tras las alegaciones de las partes, la sala ha resuelto plantear la cuestión prejudicial de interpretación conforme al artículo 267 TFUE.".

El Tribunal Supremo analiza la Jurisprudencia existente sobre la cláusula de vencimiento anticipado y considera que existen serias dudas sobre su

por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro de la autonomía de las partes al contratar (art. 1.255 CC). Ahora bien, en el caso enjuiciado esta facultad no está prevista exclusivamente en los casos en los que el incumplimiento tiene carácter exclusivamente grave con respecto a la duración y a la cuantía del crédito con un límite de disponibilidad de 9.000.-€, sino para el impago de un recibo mensual con una cuota de amortización de 100.-€, sin distinguir impago puntual o reiterado, impago de cuotas iniciales o cuotas ya avanzado el cumplimiento del contrato. Consideramos, pues, que el hecho de que la posibilidad del vencimiento anticipado se reconozca con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, resulta manifiestamente desproporcionado, y, en consecuencia, abusivo, según lo dispuesto en el artículo 85.4 del Real Decreto Legislativo 1/2.007 y en el artículo 3 de la Directiva 93/2.013. En estas condiciones, la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad financiera". La Sentencia considera que, en abstracto, fijar el vencimiento anticipado ante el impago de una única cuota es abusivo pero, en el caso concreto la demanda se interpuso, no con el impago de una cuota (como se había pactado) sino con el impago de nueve cuotas. La Sala considera que la resolución anticipada se insta realmente cuando se interpone la demanda y por tanto es en este momento cuando hay que valorar si se ha producido un incumplimiento esencial. Valorando el supuesto, de forma concreta, la Sala resuelve que el incumplimiento del pago de nueve cuotas si es grave y esencial y permite la resolución anticipada del contrato.

interpretación por lo que eleva la cuestión prejudicial sobre interpretación planteando distintas cuestiones.

En primer lugar, plantea si es posible, a la hora de analizar la cláusula plantear la "separabilidad" de los distintos elementos que la componen a la hora de declarar su nulidad. Al respecto se plantea si la cláusula es nula objetivamente hablando o dependerá del número de cuotas impagadas que se pacten que permitan la resolución contractual. Se plantea si en un caso como en el enjuiciado en la Sentencia de la que trae causa el Recurso de Casación (en el que se pactó el vencimiento anticipado con el impago de una única cuota) se puede considerar que es contraria al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE sólo en atención a ese inciso como resolvió la Sentencia recurrida.

Es decir, se tratar de dilucidar, si podemos entender que la cláusula en sí misma, no es nula pero sí lo puede ser en atención a las condiciones (o cuotas impagas) en las que se pacte el vencimiento anticipado.

La segunda cuestión que plantea el TS es si el Juez nacional tiene la capacidad de decidir tras la declaración de nulidad de una cláusula si es más ventajoso para el consumidor continuar con el procedimiento de ejecución hipotecaria que sobreseerlo y remitir a las partes a un procedimiento declarativo, y a la posterior ejecución ordinaria de la Sentencia firme.

El TS pretendió con esta cuestión que el TJUE se pronunciase sobre el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario con consumidores, sobre lo que llamó la "separabilidad" de la cláusula y sobre las facultades del Juez nacional.

El Auto recoge el tenor literal de la cláusula de vencimiento anticipado enjuiciada en el procedimiento que a continuación reproducimos:

«6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

La Caja [el banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las

cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros de Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley 1/2000».

El demandante (consumidor) presentó una demanda en la que solicitaba que se anulasen diferentes condiciones generales del préstamo hipotecario, entre ellas, la cláusula de vencimiento anticipado anteriormente transcrita. La Sentencia de Primera instancia estimó tal petición y declaró la nulidad de esta cláusula. La entidad bancaria formuló Recurso de Apelación contra la Sentencia, pero la Segunda Instancia la ratificó.

El Auto cita algunas de las Sentencias más significativas hasta la fecha conforme a la evolución que se produjo de la Jurisprudencia sobre la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado:

1. La Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11). No hizo un pronunciamiento expreso sobre la nulidad de la cláusula y afirmó que no se podía considerar nula "per se". La Sentencia realizó una remisión a la valoración que efectuase en Juez nacional en cada caso concreto. Para realizar dicha valoración la Sentencia indica una serie de parámetros:

-Si el incumplimiento contractual que motiva la aplicación de la cláusula abusiva es de una obligación de naturaleza esencial o accesoria.

-Si el incumplimiento es suficientemente grave con relación a la duración y la cuantía del préstamo.

-Si esta facultad es una excepción en relación con las normas aplicables en esta materia.

-Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos de una cláusula de vencimiento anticipado.

2. El Auto del TJUE de 8 de Julio de 2.015 (asunto C-90/14). Reiteró que la valoración de la cláusula de vencimiento anticipado debería ser realizada por el Juez nacional, en el caso concreto, valorando la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y el resto de circunstancias que concurrieran en la celebración del contrato.

3. La Sentencia del TJUE de 26 de Enero de 2017 (asunto C-421/14).La Sentencia reitera la Doctrina seguida por las anteriores.

El Auto continúa examinando las posibles opciones que la Ley ofrece al acreedor en el caso de que se produzca un incumplimiento de las obligaciones y se aplique lo dispuesto en el artículo 1.124 Cc respecto a las obligaciones recíprocas.

En primer lugar, el acreedor podría instar la resolución contractual mediante el correspondiente juicio ordinario en el que obtendría una Sentencia favorable que una vez fuera firme sería ejecutada. La ejecución ordinaria se dirigiría contra todos los bienes del deudor, incluida su vivienda habitual.

Otra opción, sería la del proceso especial de ejecución hipotecaria en el que se ejecutaría el inmueble mediante la correspondiente subasta. Destaca el Auto, que este proceso prevé algunas especialidades cuando se trata de la vivienda habitual. Se trata de beneficios y ventajas que tienden a proteger la vivienda habitual y que no se contemplan en una ejecución ordinaria de Sentencia firme recaída en un proceso declarativo.

Las ventajas a las que alude el Auto respecto a la vivienda habitual son las que disponen las siguientes:

1.La posibilidad de liberación del bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta el momento del cierre de la subasta[403].

2.Una vez liberado un bien, se admite una segunda o ulteriores liberaciones siempre y cuando medien tres años entre la fecha de liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial del acreedor.

3.En el caso de que se produzca una enervación de la acción ejecutiva hipotecaria las costas procesales devengadas se limitarán tomando como base del cálculo exclusivamente las cantidades correspondientes a las cuotas atrasadas.

1.El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación en su día realizado[404].

403. Art. 693.3. LEC: "El acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578. Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

404. Art. 682.2.1 LEC: "Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:1º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien 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". Durante la crisis económica y tras la infravaloración de las viviendas se planteó también si el valor de tasación que había que tomar en consideración, a efectos de aplicar el tipo de subastas, era el de la tasación en su día realizada o realizar una nueva tasación en el momento en el que se fuera a realizar la subasta. Tomar como valor el de la tasación que en su día se realizó para conceder el préstamo hipotecario era más favorable para el consumidor por ese valor sería, sería, en la mayoría de los casos, superior al valor resultante de una nueva tasación. Por el contrario, realizar una nueva tasación años después de la concesión del

2.Cuando el remate obtenido en la subasta sea insuficiente para cubrir las responsabilidades del deudor, el artículo 579.2 LEC[405] establece una serie de especialidades en los supuestos en los que se trate de la vivienda habitual. El precepto viene referido a los supuestos en los que el remate sea insuficiente para satisfacer la deuda a favor del acreedor. Concretamente establece que si el deudor satisface el 65 % de la deuda, más el interés legal del dinero, pendiente tras la subasta en un plazo de cinco años desde la misma, quedará la deuda quedará liberado. Igualmente quedará liberado si satisface el 80% en los diez años siguientes a la subasta. Si no se dan ninguno de estos dos supuestos el acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda pendiente de conformidad con las normas contractuales y legales que resulten de aplicación.

El mismo precepto distingue también el supuesto en el que el remate se haya adjudicado al propio ejecutante o de aquél a quien le hubiere cedido sus

préstamo hipotecario tendría como consecuencia una valoración muy inferior y la entidad bancaria se podría adjudicar el inmueble por un importe mínimo y además continuar siendo acreedora del prestatario por un importe considerable, con las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se derivan.

405.Art. 579.2 LEC: Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

derechos, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación. Y establece que para el caso de que el adjudicatario procediera a vender la vivienda la deuda pendiente tras la adjudicación del remate quedaría reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en la venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que acredite debidamente el ejecutante.

El Auto distingue las dos posibles acciones del acreedor frente al deudor:el ejercicio de un proceso declarativo ordinario (instando la resolución del contrato) y la ejecución posterior de la Sentencia Firme o el ejercicio de la acción hipotecaria en un procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Sobre las posibilidades de protección al consumidor que otorga cada una de las opciones procesales, el Tribunal Supremo considera que el proceso de ejecución hipotecaria ofrece mejores condiciones procesales al deudor que el proceso declarativo ordinario planteamiento que no compartimos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo reconoce que ésta no es una posición unánime y cita la Sentencia del TJUE de 21 de Enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y el Auto del TJUE de 17 de Marzo de 2016 (asunto C-613/15), que consideraron que el proceso de ejecución hipotecaria es más perjudicial para el prestatario consumidor.

Desde el punto de vista de la defensa procesal del prestatario, la opción del proceso declarativo ordinario en el que se sustancia la resolución del contrato que un proceso de ejecución hipotecaria ofrece mayores posibilidades que un proceso de ejecución que restringe considerablemente los mecanismos de defensa. El proceso declarativo se inicia por demanda de juicio ordinario en la que la entidad bancaria tendría que instar la resolución contractual por incumplimiento y justificar dicho incumplimiento. En este punto se tendrían que valorar por el Juzgador no sólo los elementos del contrato sino también las circunstancias de las partes y del incumplimiento.

Por otra parte el demandado podría alegar todo tipo de argumentos y motivos de oposición: motivos de naturaleza procesal (como falta de legitimación

o falta de litisconsorcio pasivo necesario)[406] y también motivos fundados en el derecho sustantivo (como la abusividad o nulidad de determinadas cláusulas o como la interpretación de las mismas tanto si son nulas como si no lo son, o principios del derecho contractual, como la buena fe, la equidad o la proporcionalidad en el cumplimiento de los contratos).

En cuanto a los medios de prueba, las propias características del procedimiento nos permitirían articular distintos medios de prueba. La posibilidad de proponer y practicar prueba en los términos regulados en la LEC para el juicio ordinario nos permitiría articular todo tipo de motivos de oposición incluso la posibilidad alegar motivos de fuerza mayor y carácter temporal (pensemos por ejemplo en una enfermedad) solicitando en su caso una "espera" en el contrato por aplicación del principio de conservación de los contratos.

Es decir, recurrir al procedimiento declarativo de juicio ordinario nos permitiría alegar motivos distintos que provocarían una Jurisprudencia mucho más variada que la que se circunscribe a los motivos o cuestiones tasadas, pero seguramente mucho más justa y apropiada al caso concreto.

Optar por el proceso declarativo ordinario supondría abrir un abanico de posibilidades en cuanto a los motivos de resolución contractuales más allá de las limitaciones procesales establecidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria y también de lo establecido en las propias cláusulas del contrato que deberían ser interpretadas para determinar si procede o no la resolución.

406. Estas excepciones procesales se podrían alegar en distintos supuestos. Imaginemos, por ejemplo, que estemos cuestionando que la entidad bancaria informara debidamente al consumidor y ello supusiera también cuestionar la función del Notario: en un supuesto así ambos deberían ser codemandados si fuera el consumidor el demandante o el reconviniente en su caso. Otro ejemplo, es el que se recoge en la Sentencia nº328 /2.014, de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián), en Autos de Juicio Ordinario 1.109 /2.013, siendo la demandada la entidad KUTXABANK, S.A. ( sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa). El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián) realizó una interpretación del contrato que justificó jurídicamente que los fiadores no fueran considerados "obligados" en el caso de una novación en la que nunca intervinieron. En este supuesto se alegaron cuestiones que excederían claramente de los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria.

La posibilidad de dotar a los procedimientos en los que una de las partes es un empresario y la otra un consumidor, de cauces y trámites que permitan de forma efectiva y real el principio de contradicción convierte el proceso en un procedimiento mucho más garantista[407].

Sin embargo, la opción de la ejecución hipotecaria limita el margen de maniobra en todos los sentidos: tanto desde un punto de vista procesal como de derecho sustantivo por lo que no considero que sea un procedimiento que beneficie en modo alguno al deudor.

Las supuestas ventajas que se predican por algunos sectores doctrinales respecto del procedimiento de ejecución hipotecaria frente al procedimiento declarativo ordinario vienen referidas a los preceptos que regulan la realización del inmueble que constituye domicilio familiar. Es decir, establecen pequeños "privilegios" que realmente no evitan la pérdida de la vivienda.

Sin embargo, nos parece mucho más justo y razonable evitar el mayor número de ejecuciones posibles favoreciendo la conservación del contrato aplicando la resolución contractual de la forma más equitativa y proporcional posible. En contra de esta opción habrá quien alegue el famoso *"principio de*

407. En este sentido, encontramos un ejemplo en el artículo 815.4 LEC que regula el procedimiento monitorio (en su versión introducida por la Ley 42/2.015, de 5 de Octubre) que dispone la posibilidad de valorar la existencia de cláusulas abusivas de oficio convocando incluso a las partes a una comparecencia para su sustanciación : "…4. Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El Juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración, acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin la aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado. 1. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso".

*seguridad jurídica"* sosteniendo que esto provocaría una retracción del crédito en el mercado y que la banca endurecería considerablemente las condiciones de los préstamos hipotecarios.

Sobre las distintas posibilidades procesales de las que dispone el acreedor para ejecutar su crédito ni la Ley ni la Jurisprudencia veta a la entidad bancaria respecto al ejercicio de las distintas acciones que sean posibles a través de los distintos cauces procesales previstos en la LEC.

La STS núm. 44 / 2.006, de 25 de Enero (RJ 2006 /612) FJ 4º dispone que: "…Es cierto que, siempre en referencia al momento en que se desarrollaron los hechos objeto del presente proceso, el acreedor hipotecario contaba con una serie de opciones procesales entre las que podía elegir, en atención a las circunstancias del caso concreto y en orden a la mejor obtención de su derecho, cuales eran: a) El proceso declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de la reclamación, mediante el ejercicio de una pretensión declarativa de condena; opción que no será la normal pues supondría renunciar al medio más rápido que supone el acudir a las vías ejecutivas, dado que cuenta con un título extrajudicial; b) El juicio ejecutivo común u ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( LEC 1881, 1), pues disponía de un título ejecutivo- escritura pública- comprendido en el número 1º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; c) El llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ( RCL 1946, 886), siempre que concurrieran los presupuestos exigidos por el artículo 130 de la misma; y 4º) En un aspecto puramente teórico, el procedimiento ejecutivo extrajudicial regulado en el artículo 129 LH, II, de la Ley Hipotecaria y en los artículos 234 a 236 del Reglamento (RCL 1947, 476, 642-9) cuya inconstitucionalidad sobrevenida ha sido declarada por esta Sala desde su Sentencia de 4 de Mayo de 1.998 ( RJ 1998, 3464).

El AAPBarcelona ( Sección 4ª) de 3 de Noviembre de 2.016, acuerda el sobreseimiento de la ejecución por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y dispone en el FJ 6º : "…el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria,

con independencia de que el acreedor pueda acudir a un procedimiento de ejecución ordinaria en reclamación de las cuotas vencidas, al amparo de la escritura de préstamo hipotecario, o a un proceso declarativo ordinario en reclamación del total capital prestado, con la preferencia, por supuesto, derivada de la hipoteca inscrita."

En el mismo sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) en el Auto de 10 de Febrero de 2.016 (JUR 2016/ 97027) sobre la posibilidad de ejercitar las correspondientes acciones por los distintos cauces procesales que prevé la Ley: "Quiere esto decir que un acreedor que disfruta de una garantía hipotecaria, tiene a su disposición varios cauces procesales que le ofrece el ordenamiento jurídico. La doctrina es clara al respecto (ANDRÉS DE LA OLIVA, VICENTE C.; GUZMAN, MONTERO[408]; OLIVER LÓPEZ, HÉCTOR SIMÓN MORENO[409]; ALBERTO MARTÍNEZ SANTOS, [410]entre otros): podría acudir a un

408. MONTERO AROCA, JUAN. "La ejecución de la hipoteca inmobiliaria", Valencia, 2.012, pág. 302: "Al acreedor que tiene garantizado su crédito con hipoteca de la ley le ofrece toda una serie de opciones procesales entre las que puede elegir… Las opciones a las que nos estamos refiriendo son las siguientes, empezando por la declarativa y siguiendo por las ejecutivas: 1º) Siempre es posible acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía, aunque ello no será lo normal dado que supondría renunciar al camino mucho más rápido que impida ir directamente a la tutela judicial ejecutiva sin pasar por el proceso de declaración del derecho al contar con un título ejecutivo extra jurisdiccional. La posibilidad, con todo, está ahí y no puede desconocerse que en algún supuesto puede ser conveniente optar por ella, advirtiendo que se trata entonces de una pretensión declarativa de condena".
409. SIMÓN MORENO, HÉCTOR. "La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea". Registradors de Catalunya , Ed. Bosch, L´Hospitalet de Llobregat ( Barcelona, 2.011), págs. 338 y 339: " En el Derecho español existen diferentes vías para ejecutar una hipoteca, que resumiremos sumariamente: …B) En segundo lugar, el procedimiento ordinario, que tiene por objeto la obtención de una sentencia, que será título ejecutivo para el acreedor hipotecario de acuerdo con el art. 517.1.2. LEC".
410. MARTÍNEZ DE SANTOS, ALBERTO. "Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil", Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2.012, pág. 437: "…el acreedor que tiene su crédito garantizado con hipoteca puede ejercitar su acción en tres procesos diferentes, quedando a su elección el que estime más adecuado, siempre que cumpla los presupuestos procesales exigidos en cada caso…El primero de ellos es el proceso declarativo. Pese a que no suela ser habitual que los créditos garantizados con hipoteca se ejecuten en un proceso declarativo, no podemos olvidar la posibilidad y que el acreedor inste el que corresponda por la cuantía formulando una petición de condena, ya sea porque entienda mejor protegido su derecho, bien porque carece de algún requisito para el ejercicio de la acción en un proceso de ejecución".

proceso declarativo ordinario, incluso a un procedimiento monitorio, al proceso de ejecución dineraria común, al procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial y, por supuesto, al judicial. Esta libertad de elección no precisa siquiera que sea justificada o explicitada por el demandante, aunque sea evidente que acudir al proceso de ejecución dineraria común normalmente se deba a que la realización de la garantía previsiblemente no sea suficiente para satisfacer su derecho"[411].

411. Sobre las distintas opciones procesales, véase, por ejemplo, El AAP Madrid ( Sección 18ª), de 23 de Abril de 2.015( JUR 2015 / 131736) dispone que: " una acción de ejecución hipotecaria, que podría ejercitar por cualquiera de los procedimientos que se citan en el auto como declarativo ordinario, ejecutivo ordinario, extrajudicial o de ejecución directa sobre bienes hipotecados…"; El AAP Valencia ( Sección 6ª) de 25 de Febrero de 2.014 ( JUR 2014 / 283953) concluye, respecto a los distintos cauces procesales que : "Ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico exige que el prestamista hipotecario reclame la devolución del préstamo por un procedimiento concreto y específico … Nos encontramos ante un supuesto de lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha denominado derecho a la elección del procedimiento, al que nos hemos referido en otras ocasiones … Ese derecho a la elección del proceso no ha sido derogado por las reformas introducidas por la Ley 1 / 2.013, de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Es más, las ventajas que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a favor del deudor hipotecario no se limitan al marco procesal estricto del procedimiento dirigido contra bienes hipotecados del artículo 579 en relación con los artículos 681 y siguientes de la LEC, sino que son de aplicación a otros procesos en los que se ejecute un inmueble hipotecado, y también a la propia relación jurídica material del préstamo hipotecario, y, en todo caso, siguiendo el mandato de los artículos 3 y 6.4 del Código Civil, de acuerdo con el espíritu de la referida Ley 1 / 2.013, y de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Marzo de 2.013, respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, el Juzgado debe impedir cualquier conducta ejecutada en fraude de ley o que conculque la buena fe procesal ( artículo 247 LEC), y garantizar, incluso de oficio, que la ejecución sobre el bien hipotecado se realiza de forma que los derechos e intereses del deudor hipotecario sea protegidos de manera adecuada".; En el mismo sentido se pronuncia la SAP Badajoz (Sección 2ª) de 6 de noviembre de 2012 [LA LEY 174381\2012]: "pero caben otros cauces procedimentales, junto a dicha ejecución, otros tres caminos diferentes: el juicio declarativo, según la cuantía de lo reclamado, con el que el acreedor obtendría el valor de cosa juzgada y mediante el que no se perseguiría únicamente el buen hipotecado, sino todos los que componen el patrimonio del deudor."; El AAP Pontevedra (Sección 1ª, pleno), Auto de 30 de Octubre de 2015 considera respecto a los distintos cauces procesales que: "Tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente…De ahí que el acreedor tenga abierta la puerta de la ejecución ordinaria o el proceso declarativo que corresponda, con la preferencia derivada de la hipoteca inscrita".

La doctrina mayoritaria considera que si se opta por la vía del juicio declarativo ordinario, tras la Sentencia será posible dirigir la ejecución contra el inmueble hipotecado iniciando la vía de apremio sin necesidad de trabar un embargo de la vivienda[412].

412. En este sentido se pronunció el AAP Valladolid de 05/11/2007, FJ 2º: "La controversia que subyace en este recurso es la relativa a si es necesaria la afección por medio de embargo del bien sujeto a ejecución ordinaria o común cuando este está ya hipotecado y el crédito garantizado con dicha hipoteca es el que se ejecuta. … Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica "erga omnes", no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores…".En el mismo sentido, el AAP Madrid, Sección 21ª de 28/04/1998, FJ 2º: "…La cuestión que se plantea es la de si para proceder, en un juicio ejecutivo ordinario, a la vía de apremio contra el bien que esté especialmente hipotecado para garantizar el cumplimiento de la obligación que se reclama también es imprescindible que previamente, una vez ya despachada ejecución, se hubiera embargado ese bien hipotecado con anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad. La contestación ha de ser negativa, de tal manera que, tratándose del bien especialmente hipotecado, no procede su embargo y consiguiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, debiendo, en su momento (consentida la sentencia de remate, confirmada por la Audiencia o dada la fianza en el caso de pedirse su ejecución cuando se haya apelado -artículo 1481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-), procederse directamente a la vía de apremio con la oportuna expedición, al Registro de la Propiedad en donde está inscrito el bien inmueble y la hipoteca, de un mandamiento para que libre y remita al Juzgado la certificación de cargas y gravámenes (y el Registrador, en base a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, hará constar, por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca, que ha expedido la certificación de cargas; Respecto de toda certificación de expedición de cargas mandada en aplicación del artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - inserto dentro de la regulación del juicio ejecutivo ordinario- el reseñado párrafo segundo del Reglamento Hipotecario distingue dos supuestos: por una parte, que ya conste anotación preventiva de embargo -porque no es el bien especialmente hipotecado- en cuyo caso el Registrador tendrá que hacer constar la expedición de la certificación de cargas por nota al margen de la anotación de embargo practicada, y, por otra parte, que no conste anotación preventiva de embargo -porque es el bien especialmente hipotecado- en cuyo caso el Registrador tendrá que hacer constar la expedición de la certificación de cargas por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca; La última frase de este párrafo segundo del artículo del Reglamento: «No procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente», ha de entenderse referida sólo a aquellos casos en los que la anotación preventiva sea necesaria, es decir respecto de bienes no hipotecados especialmente).Para la más adecuada compresión de la cuestión planteada han de tenerse en cuenta las características comunes a las figuras jurídicas del «embargo

Otra de las cuestiones procesales a valorar en el proceso declarativo ordinario, es la posibilidad de realización del bien en fase de ejecución de Sentencia sin necesidad de haber trabado previamente el embargo del inmueble, lo que la Jurisprudencia ha considerado viable desde un punto de vista procesal.[413]

ejecutivo» y de la «hipoteca» y que son las siguientes: 1.ª Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca comprenden en su estructura una afección de unos determinados bienes a una ejecución; 2.ª Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca cumplen la función de concretar los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio ha de versar, si la misma llega a producirse. Estas comunes características han llevado a un sector de nuestra doctrina a calificar la hipoteca de «embargo convencional anticipado». … Pero las reseñadas peculiaridades no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada, por la que se indica, como dato fundamental, el que la ley prescinde, sin más del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae sólo sobre el bien hipotecado (así en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se acude directamente a la vía de apremio mediante la reclamación al Registrador de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes -regla 4.ª- sin previo embargo).”

413. El AAP Valladolid de 05 de Noviembre 2007, FJ 2º, considera que no es necesario el embargo del inmueble para la posterior ejecución de la Sentencia dictada en el proceso declarativo: “La controversia que subyace en este recurso es la relativa a si es necesaria la afección por medio de embargo del bien sujeto a ejecución ordinaria o común cuando este está ya hipotecado y el crédito garantizado con dicha hipoteca es el que se ejecuta. … Esta Sala por el contrario se inclina en el sentido expuesto por numerosa doctrina que entiende innecesario y a menudo perturbador el embargo de la finca ya hipotecada y afecta a determinadas responsabilidades, pues ante la existencia de la afección que la hipoteca publica "erga omnes", no añade ninguna garantía más el embargo, ni su anotación preventiva, sino que al contrario, si se traba el embargo y del mandamiento de anotación no se desprende claramente que se está ejecutando un crédito hipotecario podrían producirse importantes disfunciones cuando se dicta el auto de adjudicación y se pretenden cancelar la hipoteca finalmente ejecutada y todas las cargas posteriores…”.El AAP Madrid (Sección 21ª) de 28 de Abril 1998, FJ 2º expone que :“…La cuestión que se plantea es la de si para proceder, en un juicio ejecutivo ordinario, a la vía de apremio contra el bien que esté especialmente hipotecado para garantizar el cumplimiento de la obligación que se reclama también es imprescindible que previamente, una vez ya despachada ejecución, se hubiera embargado ese bien hipotecado con anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad. La contestación ha de ser negativa, de tal manera que, tratándose del bien especialmente hipotecado, no procede su embargo y consiguiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, debiendo, en su momento (consentida la sentencia de remate, confirmada por la Audiencia o dada la fianza en el caso de pedirse su ejecución cuando se haya apelado -artículo 1481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-), procederse directamente a la vía de apremio con la oportuna expedición, al Registro de la Propiedad en donde está inscrito el bien inmueble y la hipoteca, de un mandamiento para que libre y remita al Juzgado la certificación de cargas

No obstante lo hasta ahora expuesto respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, recuerda el TS que en nuestro ordenamiento jurídico se admite la cláusula de vencimiento anticipado, es decir, que cabe pactar que impagados los plazos pactados se pueda declarar el vencimiento de toda la obligación y solicitar la resolución contractual resultando de aplicación el artículo 1.124 Cc relativo a las obligaciones recíprocas y, además, en el caso de los préstamos hipotecarios, el artículo 693.2 LEC[414] siempre que se haya pactado de forma expresa.

y gravámenes (y el Registrador, en base a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, hará constar, por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca, que ha expedido la certificación de cargas; Respecto de toda certificación de expedición de cargas mandada en aplicación del artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - inserto dentro de la regulación del juicio ejecutivo ordinario- el reseñado párrafo segundo del Reglamento Hipotecario distingue dos supuestos: por una parte, que ya conste anotación preventiva de embargo -porque no es el bien especialmente hipotecado- en cuyo caso el Registrador tendrá que hacer constar la expedición de la certificación de cargas por nota al margen de la anotación de embargo practicada, y, por otra parte, que no conste anotación preventiva de embargo -porque es el bien especialmente hipotecado- en cuyo caso el Registrador tendrá que hacer constar la expedición de la certificación de cargas por nota al margen de la correspondiente inscripción de hipoteca; La última frase de este párrafo segundo del artículo del Reglamento: «No procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo correspondiente», ha de entenderse referida sólo a aquellos casos en los que la anotación preventiva sea necesaria, es decir respecto de bienes no hipotecados especialmente).Para la más adecuada compresión de la cuestión planteada han de tenerse en cuenta las características comunes a las figuras jurídicas del «embargo ejecutivo» y de la «hipoteca» y que son las siguientes: 1.ª Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca comprenden en su estructura una afección de unos determinados bienes a una ejecución; 2.ª Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca cumplen la función de concretar los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio ha de versar, si la misma llega a producirse. Estas comunes características han llevado a un sector de nuestra doctrina a calificar la hipoteca de «embargo convencional anticipado… Pero las reseñadas peculiaridades no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada, por la que se indica, como dato fundamental, el que la ley prescinde, sin más del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae sólo sobre el bien hipotecado (así en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se acude directamente a la vía de apremio mediante la reclamación al Registrador de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes -regla 4.ª- sin previo embargo)."

414. Artículo 693.2 LEC: "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al

La previsión contempla en el artículo 693.2 LEC se permite dentro del ámbito de la contratación bancaria pero si se pactase una cláusula de esta naturaleza en otro tipo de contrato en el que las partes se encontraran en la misma posición se consideraría una cláusula abusiva y seguramente dentro del proceso declarativo ordinario se discutirían los términos del contrato antes de declarar la resolución[415].

El TS expone en el Auto que la cláusula de vencimiento anticipado no sólo se reconoce en nuestro centenario Código Civil, y en sede de ejecución hipotecaria sino también en otras materias como el arrendamiento de vivienda y el impago de renta.

A nuestro juicio no podemos equiparar la cláusula de vencimiento anticipado prevista en los préstamos hipotecarios con el contrato de arrendamiento de una vivienda y las consecuencias derivadas del impago de la renta, por los siguientes motivos:

1º.- En el préstamo hipotecario una de las partes es una entidad bancaria que opera en el tráfico económico con un régimen jurídico muy especial que le otorga privilegios que la Ley no reconoce al resto de operadores y que le coloca en una posición de privilegio frente al consumidor.

menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo".

415. Pensemos *sensu contrario* en la evolución de la Jurisprudencia sobre la posibilidad de decretar la resolución del contrato de compraventa de vivienda en construcción en aquellos casos en los que la entrega de la obra se demoraba durante un periodo de tiempo considerable. Al inicio de la crisis económica, aunque en el contrato de compraventa de vivienda en construcción se hubiera pactado una fecha de entrega determinada, la Jurisprudencia no consideraba que se tratase de una obligación a término o una obligación esencial y, por tanto, no permitía la resolución del contrato sin más, solo por el hecho de que llegada la fecha de entrega no se hubiera entregado la obra. Para justificar tal inadmisión de la resolución del contrato los Jueces analizaban los distintos elementos del contrato y la enjundia económica del mismo, por lo que, aunque no se cumpliera con el plazo de entrega pactado no admitían la resolución contractual fácilmente, obviando el hecho de que existiera una cláusula que expresamente lo pactara.

2º.- En el arrendamiento de vivienda nos encontramos, por lo general, ante dos partes que se encuentran en el mismo nivel contractual.

3º.- El "precio" del contrato de compraventa que se articula mediante el préstamo hipotecario es infinitamente superior al precio de la renta lo que implica que el "principio de conservación de los contratos" se aplique con mayor rigor en el primer caso que en el segundo.

4º.-La duración del contrato de préstamo frente al contrato de arrendamiento, es otro de los elementos que nos llevan a considerar que no son equiparables a efectos de la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado. Si un préstamo hipotecario tiene una duración de treinta años (absolutamente normal en el mercado desde hace unos años), el tratamiento que le demos, a la hora de valorar una posible resolución contractual no puede ser el mismo que a un arrendamiento de vivienda con una duración de un año, por ejemplo.

Tratar ambos supuestos de la misma forma es absolutamente inadecuado desde un punto de vista jurídico porque hablamos de contratos distintos entre los que existe una desproporción considerable en todos sus elementos.

5º.- En el caso del arrendamiento de vivienda, la renta constituye una fuente de ingresos del arrendador que, en ocasiones, puede ser su principal sustento lo que no es equiparable a que una entidad bancaria conceda una "espera" a un deudor, máxime, teniendo en cuenta que las entidades bancarias recibieron ayudas públicas a diferencia de los ciudadanos.

El TS sostiene que, en términos generales es admisible la cláusula de vencimiento anticipado siempre y cuando haya sido previamente pactada y esté claramente delimitada (cosa que depende en exclusiva de las entidades bancarias que son, en definitiva, las que imponen el contenido de sus contratos) sin que esto pudiera quedar al arbitrio del prestamista. Cuando el TS realiza tal conclusión

parece desconocer que es precisamente el prestamista el que redacta e impone estas cláusulas[416].

Sin embargo, el Auto continúa exponiendo que más recientemente el TS consideró que para que estas cláusulas fueran válidas debían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y la cuantía del préstamo[417] y "permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación". No obstante, el TS consideró en las Sentencias citadas que cabía admitir la aplicación de dicha cláusula y la continuación de la ejecución si "no se había aplicado de modo abusivo", insistiendo en las ventajas que según el TS ofrece el proceso de ejecución hipotecaria al consumidor frente al proceso declarativo ordinario y la posterior ejecución de la Sentencia firme.

El TS cita el AUTO del TJUE de 11 de Junio de 2.015 y la interpretación que hace del artículo 693.2 LEC en el que se consideró que el hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sea o no aplicada por la entidad bancaria no impide que el Juez Nacional declare que es abusiva y su nulidad con todos los efectos inherentes a dicha declaración. Para el TJUE tanto la Jurisprudencia española como las resoluciones del TJUE deben valorar y ponderar en cada caso concreto la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado tal y como ya estableció la STJUE de 14 de Marzo de 2013 (caso C-415/11).

Para el TS parece claro que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria otorga importantes ventajas[418] para el consumidor frente al procedimiento declarativo ordinario y la ejecución de sentencia firme y estas ventajas son motivo bastante, según el Alto Tribunal, para permitir la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado en los términos que se han expuesto.

416. En apoyo de esta interpretación cita las Sentencias 506/2008, de 4 de Junio -ECLI: ES:TS: 2008:2599-; o ECLI:ES:TS:2009:8466 o ECLI:ES:TS:2009:8466) 792/2009, de 16 de Diciembre.
417. Cita las Sentencias 705/2015, de 23 de Diciembre -ECLI:ES: TS:2015:5618-, y 79/2016, de 18 de Febrero -ECLI:ES:TS:2016:626.
418. Se refiere a la liberación del bien y la rehabilitación del préstamo, supuestos que no se producen en la mayoría de los casos.

Por el contrario, el TS expone en el Auto que acudir a un procedimiento declarativo únicamente tendría efectos perjudiciales para el consumidor porque habría que discutir la aplicación del artículo 1.124 Cc relativo a la resolución contractual. Según el TS esto únicamente originaría un incremento de costas procesales y de demora en la tramitación.

En este sentido, discrepamos respecto del anterior planteamiento al considerar que el proceso declarativo ordinarios ofrece siempre mayores garantías de defensa al prestatario porque permite entrar a conocer "el fondo del asunto" y plantear todo tipo de cuestiones relativas al contrato.

En el proceso declarativo ordinario, el ejercicio abusivo de la facultad resolutoria por parte de la entidad bancaria, y, una estimación parcial de la demanda tendría como consecuencia la no imposición de costas procesales, algo que no se produce de ninguna forma en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En este punto habría que distinguir algunos supuestos distintos:

1º.- Supuesto en el que se considere que no ha lugar a la resolución contractual por no concurrir los elementos que la permitan conforme a Derecho (esto es, por ejemplo, que el incumplimiento no revista una entidad bastante en relación con la duración y la cuantía del préstamo). En este caso, la demanda interpuesta por la entidad bancaria tendría que ser íntegramente desestimada y las costas procesales se impondrían precisamente a la entidad bancaria por hacer un ejercicio abusivo de la acción resolutoria.

En un proceso de estas características la entidad bancaria tendría que fijar la cuantía del procedimiento a efectos del artículo 253 de la LEC lo que a su vez condicionaría el importe de las costas procesales. Esto abriría un debate sobre cuál es la cuantía que debe fijarse a estos efectos: si la cuantía impagada o la cuantía total del préstamo al instarse una cláusula de vencimiento anticipado. La

diferencia entre una opción y la otra es considerable y también los efectos de dicha cuantía sobre la determinación de las costas procesales[419].

En este caso y al solicitar la resolución y el vencimiento anticipado de la totalidad de la obligación deberíamos entender que se solicita la totalidad del capital pendiente lo que hace imposible que el demandado pueda cumplir la obligación. Por este motivo, la interpretación de la facultad resolutoria de la entidad bancaria debe ser interpretada de una forma muy estricta.

En este procedimiento no cabe la figura de la rehabilitación propiamente dicha tal y como se regula en la ejecución hipotecaria, pero nada impide que en el trámite de la Audiencia Previa, prevista en el art. 414 LEC, la entidad bancaria llegue a un acuerdo con el consumidor y permita la rehabilitación del préstamo. Sería más razonable optar por un procedimiento declarativo ordinario y valorar realmente, conforme al caso concreto y la condición de vivienda habitual del inmueble si es admisible o no la resolución contractual. En el trámite de la Audiencia Previa ya se abría formulado la demanda y la contestación a la demanda o, en su caso, la reconvención, por lo que ya sería posible determinar los elementos del incumplimiento y la admisibilidad de una resolución contractual (en función de lo alegado también por el demandado).

Tener que acudir primero a un procedimiento de ejecución hipotecaria, alegar causas, sobreseer el procedimiento, remitir a las partes a un procedimiento declarativo ordinario, y tener que interponer la correspondiente demanda, sería perjudicial, dilataría los procedimientos y generaría costes innecesarios. Por este motivo, considero más razonable regular legalmente una serie de supuestos legales que deberán sustanciarse a través del juicio ordinario y que no permitirían el ejercicio directo de la acción hipotecaria[420].

419. Si tomamos como cuantía del procedimiento las cuotas impagadas podríamos hablar, por ejemplo de 2.000 euros pero, sin embargo, si consideramos vencida la obligación e instamos la resolución la cuantía sería la del préstamo, por ejemplo, 200.000 euros.

420. No se trataría de impedir el ejercicio de la acción hipotecaria o de eliminar el procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en la LEC sino de establecer unos

El TS afirma que, si acudiera al procedimiento de juicio declarativo ordinario el consumidor no tendría la posibilidad de recuperar la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas. No podemos compartir tal interpretación porque lo cierto es que el juicio declarativo ordinario permite la posibilidad de llegar a acuerdos o transacciones como establece el artículo 416 y 417 de la LEC y existe la posibilidad de que las partes lleguen a todo tipo de acuerdos en el procedimiento. La Ley no veta esta posibilidad a los supuestos de las hipotecas. La *praxis judicial* demostró, durante la evolución de la crisis, que las Leyes procesales permiten posibilidades que a veces no se plantean porque la "costumbre" prevalece sobre la Ley.

Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en el caso del trámite de oposición a la ejecución hipotecaria. Durante mucho tiempo, el artículo 695 LEC limitó los motivos de oposición y no cabía plantear cuestiones que no se encontraran dentro de las expresamente tasadas[421].

supuestos específicos cuando se trate de un consumidor, de la vivienda habitual y de la resolución contractual por impago en determinadas circunstancias. Fuera de lo regulado en estos supuestos, habría una remisión directa al procedimiento de ejecución hipotecaria. Como ya hemos expuesto en el presente trabajo esta reforma legislativa respecto a las opciones procesales en caso de incumplimiento, debería ir acompañada también de la imposición legal de determinadas cláusulas contractuales relativas a la ejecución del contrato en los supuestos en los que se trate de un consumidor y de la vivienda habitual. Somos conscientes de que una regulación de este tipo tendría no pocos detractores ya que supondría una revisión de parte de los privilegios de la Banca, pero lo cierto es que una verdadera protección del consumidor requiere de una reforma legal profunda que suponga una renovación de determinadas instituciones jurídicas, y de aquellos privilegios históricos que no lo permiten.

421. Durante el desarrollo de la crisis económica el art. 696 LEC fue modificándose conforme la Jurisprudencia fue evolucionando: Se modifica el apartado 4 por la Disposición Final Tercera de la Ley 9/2015, de 25 de Mayo. Ref. BOE-A-2015-5744. Téngase en cuenta el régimen transitorio en los procesos de ejecución regulado en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley. Se modifica el apartado 4 por la Disposición Final Tercera del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de Septiembre. Ref. BOE-A-2014-9133.Téngase en cuenta el régimen transitorio en los procesos de ejecución regulado en la Disposición Transitoria Cuarta del citado Real Decreto-ley. Se modifica el apartado 2 por la Disposición Final 4.2 de la Ley 8/2013, de 26 de Junio. Ref. BOE-A-2013-6938.Se modifica por el art. 7.14 de la Ley 1/2013, de 14 de Mayo. Ref. BOE-A-2013-5073.Téngase en cuenta el régimen transitorio en los procesos de ejecución regulado en la disposición transitoria 4 de la citada Ley. Se modifica el apartado 2 por el art. 15 de la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre. Ref. BOE-A-2009-17493.

Tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 se inician nuevos planteamientos sobre la interpretación de las cláusulas abusivas que provocan también nuevos planteamientos procesales a iniciativa de la Judicatura. Los Juzgados de Primera Instancia en los que se sustanciaban los procedimientos de ejecución hipotecaria empezaron a permitir ciertas "licencias procesales" que no se permitían con anterioridad. La vista en la que se sustanciaba la oposición a la ejecución hipotecaria permitía la alegación de motivos nuevos, de los que no tenía conocimiento la entidad ejecutante con carácter previo, y que, además, no contemplaba la Ley (como la abusividad de las cláusulas o incluso la falta de legitimación activa de la entidad bancaria por no haber acreditado la sucesión procesal mediante la correspondiente escritura de Fusión en su caso y la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, así como el cambio de titularidad del crédito que se reclamaba).

En la práctica todas estas alegaciones únicamente permitían demorar los efectos de la ejecución, y ampliar sus costes. En algunos supuestos, se conseguía sobreseer la ejecución, pero el sobreseimiento de la ejecución no suponía dar una solución definitiva a ninguna de las partes.

Respecto a la valoración de forma "segregada" de las cláusulas del contrato, para el TS se trataría de realizar el *juicio abusividad o trasparencia material* una vez se hubieran segregado las partes tachadas o ineficaces, siempre que la supresión de la parte tachada permita que la otra parte pueda ser aplicada y sin que el sentido de la otra parte se resienta.

La segunda petición de decisión prejudicial que se plantea es si es posible que el Juez Nacional además de valorar si la cláusula de vencimiento anticipado se ajusta a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC ( respeta el límite de las tres cuotas impagadas) podrá no obstante valorar si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del actor está justificado valorando además la concurrencia del resto de elementos a los que venimos refiriéndonos que ya estableció la STJUE de 14 de Marzo de 2.013.

Para el TS la llamada Doctrina *Teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test*[422] no es contraria al Derecho de la Unión porque no supone una integración del contrato con una cláusula nula ni una sustitución judicial de una cláusula contractual. Para justificar la aplicación de esta Teoría en el Derecho Nacional el TS habla de "ineficacia parcial".

En el Fundamento de Derecho Octavo del Auto el TS analiza la situación del mercado hipotecario español y formula una serie de conclusiones a favor del procedimiento de ejecución hipotecaria frente al procedimiento declarativo. Tras citar una serie de datos económicos facilitados por el Banco de España concluye que si se imposibilita a la Banca la recuperación de los créditos a través del procedimiento especial de ejecución hipotecaria esto tendría efectos negativos en el mercado ya que supondría una retracción del crédito y un aumento de la posibilidad de los ciudadanos para acceder a la vivienda en propiedad[423].

Dada la relevancia de la materia, puesto que afecta al derecho a la vivienda y al concepto de vivienda familiar, el TS solicita en el Fundamento de Derecho Décimo que la solicitud se tramite por el procedimiento acelerado así como la acumulación a otras cuestiones peticiones de decisión prejudicial planteadas anteriormente[424] considerando que estamos ante una especie de litispendencia que aconseja la acumulación para evitar procesos contradictorios.

422. Véase al respecto, DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de Marzo de 2.019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios (de Modestino a Bauman o del "Derecho sólido" al "Derecho Líquido"). Cuadernos de Derecho Trasnacional, Universidad Carlos III, de Madrid. Octubre de 2.019, Vol. II, nº2, pp520-574.
423. Cita el Libro Blanco de la Comisión Europea de 2.007 sobre integración de los mercados europeos en el que se insta a los Estados Miembros a mejorar los procedimientos de ejecución forzosa por considerar que encarecen los costes de los préstamos hipotecarios y de refinanciación.
424. La C92/16, planteada en Febrero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada; y la C-167/16, planteada en Marzo de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander que cuestionan la compatibilidad de la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en materia de vencimiento anticipado con el Derecho de la UE.

La TJUE de 14 de Marzo de 2.013, sobre el caso Azid, provocó la aprobación en España, de la Ley 1 /2.013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social en la que se operaban una seria de reformas con la finalidad de adecuar el ordenamiento jurídico español a los presupuestos y planteamientos recogidos en la STJUE.

Una de las cuestiones que pretendió solucionar la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo de 2.013, fue la determinación de unos presupuestos de aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, que, como exponemos a continuación, no fue declarada nula "per se" por el TJUE pero sí indicó unos parámetros para determinar en el caso concreto su posible nulidad. La Ley 1/2.013 modificó el art. 693 LEC pero esta modificación no supondría un gran avance en la materia como se pudo constatar con la evolución de la crisis económica y de la contratación bancaria.

A pesar de que la reforma del artículo 693 LEC introducida por la Ley de 14 de Mayo de 2.013 se realizó en el contexto de la crisis económica el artículo no contempló ninguna mención especialmente relevante respecto a la vivienda habitual excepto respecto a la posibilidad del deudor de poder liberar el bien consignando las cantidades debidas aun sin consentimiento del acreedor.

Fijar un límite legal de tres cuotas seguían representando un abuso y una desproporción porque el importe y los plazos de amortización de los préstamos concedidos desde el año 2.007 son considerables y por tanto, el importe correspondiente a tres cuotas representa, en términos generales, una cantidad mínima con relación con el importe total del préstamo.

En el proceso declarativo ordinario instado por el Sr. Aziz, y, aunque, la cuestión controvertida se centraba en la cláusula 15 del contrato de préstamo, el Tribunal de Justicia de la UE recordó la obligación que tiene de apreciar de oficio el carácter de todas las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por tanto, la revisión de oficio impuesta a los Jueces por

la Jurisprudencia del TJUE permitía ir más allá del análisis de la cláusula 15 del contrato y entrar a valorar otras cuestiones como así hizo el Juez de lo Mercantil.

En la Sentencia se recuerda que la protección que otorga la Directiva parte del presupuesto de que el consumidor se encuentra en inferioridad de condiciones respecto al profesional tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información.

Se atribuye al Juez un papel tuitivo respecto al consumidor que le permite adoptar iniciativas en un procedimiento que, en principio, se debería regir por el *Principio de justicia rogada* y las peticiones a instancia de parte lo que no permitiría ninguna actuación de oficio por parte del Juez.

Conforme a esta función del Juez, el principio dispositivo del proceso civil y el "derecho de parte" hace una excepción (formal) cuando se trata de proteger al deudor. En la práctica hemos podido ver que la intervención de los Jueces en esta materia ha sido progresiva y de forma mimética, sin que haya existido uniformidad de criterios al respecto. Ciertamente, la voluntad de la Judicatura ha sido la de proteger a los ciudadanos frente a la grave situación generada durante la crisis, pero la improvisación y la libertad de criterio de cada Juzgador, ha provocado también una clara inseguridad jurídica.

Los Jueces fueron improvisando conforme la crisis económica iba provocando el aumento de las ejecuciones de viviendas habituales amparándose en cada momento en las distintas normas que se iban sucediendo, así como en los movimientos sociales que reivindicaban la justicia material frente a la justicia formal. La "alarma social" permitió a los Jueces atreverse a dictar resoluciones judiciales que en otro contexto nunca habrían adoptado, a pesar de tratarse de las mismas normas.

La Sentencia destaca que, a pesar de que existe el *Principio de autonomía procesal* de los Estados miembros[425], existe también lo que se denomina el *Principio de equivalencia* y el *Principio de efectividad*[426], de tal forma que, aunque se respete el sistema procesal de los Estados miembros éste tiene como límite que no impida o restrinja derechos que reconoce el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

El artículo 698 de la LEC disponía que fuera de los supuestos enumerados, cualquier otra causa que quiera alegar el ejecutado para impedir la ejecución debería sustanciarse mediante la interposición de una demanda de juicio ordinario que, en ningún caso, suspendería el curso de la ejecución.

425. Véase, BETCH SERRAT, JOSEP MARÍA. "Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada". INDRET, Revista para el análisis del Derecho. InDret 1 /2.018. Barcelona, Enero de 2.018.

426. Sobre el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y las costas procesales véase la STS, Sala de lo Civil, de Pleno, nº 472 /2.020. Recurso nº 5.170 /2.018. Consulta realizada en resgistradoresdemadrid.org: "Materia: En esta Sentencia de Pleno la Sala Primera reitera su doctrina sobre el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, para excluir, en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resulta estimada, la aplicación de la excepción al principio del vencimiento objetivo en materia de costas basada en la existencia de serias dudas de derecho. La sentencia de segunda instancia impugnada, pese a estimar la demanda de nulidad de cláusulas de un crédito hipotecario multidivisa para la adquisición de vivienda por no superar el control de transparencia, no impuso las costas de la primera instancia a ninguna de las partes al apreciar serias dudas de derecho. El Pleno de la Sala, con estimación del recurso de casación, concluye que si en estos casos el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar parte de las costas judiciales (concretamente las causadas a su instancia y las comunes por mitad), se haría imposible o se dificultaría en exceso la efectividad del Derecho de la Unión Europea, y no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva. Y que, por otro lado, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas". Sobre el principio de efectividad véase también la STC nº 96/2023, de 25 de Septiembre de 2023. Sala Primera. Recurso de Amparo nº 5553-2020. Promovido respecto de las Resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona y un Juzgado de Primera instancia e instrucción de Martorell en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): STC 91/2023 (autos que, ignorando el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, deniegan la imposición de costas en un proceso en el que se ha declarado el carácter abusivo de cláusulas contractuales).

Respecto a la posibilidad de practicar una anotación preventiva de demanda, el artículo 131 de la Ley Hipotecaria establecía que si anotábamos preventivamente la demanda de juicio ordinario en la que solicitamos la nulidad de la cláusula (con la finalidad de dejar sin efecto la ejecución) esto no tendría ninguna utilidad porque si esta anotación no se basaba en las causas previstas en el artículo 695 LEC serían canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de la LH, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Analizados los anteriores preceptos del Derecho Nacional el TJUE concluye que en este supuesto y en relación con la Directiva[427], no se respetan los *Principios de equivalencia* ni de *efectividad* ya que es imposible impedir la ejecución hipotecaria y adoptar medidas cautelares de ninguna naturaleza que efectivamente puedan evitar el daño que representa la realización del inmueble y su adjudicación a un tercero.

La Sentencia destaca que lo argumentado tiene una especial relevancia si pensamos que no estamos valorando sin más el sistema procesal hipotecario sino el hecho de que el consumidor y su familia puedan perder su vivienda. Pensemos también, abundando en esta reflexión, que la crisis económica no sólo ha provocado que los consumidores pierdan su vivienda sino que también las han perdido quienes han intervenido en estas operaciones en calidad de fiadores o avalistas (normalmente, familiares directos de los prestatarios), afectados también por la desproporción y el desequilibrio entre las partes que establece el contrato bancario. Conforme a lo anterior el TJUE concluye que la normativa española es contraria a la Directiva.

427. Respecto a los distintos criterios que ha ido adoptando el TJUE sobre la Directiva véase CARBALLO FIDALGO, MARTA. "La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas". Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Trasnacional. Marzo 2.022.Vol. 14, Nº 1, pp 65-87.

Respecto a la interpretación del concepto "cláusula abusiva" definido en el artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva y anexo de ésta, para valorar si una cláusula es abusiva hay que analizar en qué situación se encuentra el consumidor frente al profesional teniendo en cuenta si las cláusulas menoscaban los derechos que el propio Derecho Nacional le reconoce. La Sentencia no resuelve si las cláusulas controvertidas son o no abusivas sino que indica al Juzgador nacional cuáles son los criterios hermenéuticos que debe utilizar para declarar que una cláusula es abusiva y establecer, en su caso, qué consecuencias jurídicas tendría esta declaración.

Lo mismo ocurre respecto a la cláusula relativa a la fijación de intereses de demora y a la cláusula de liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, ya que el TJUE hace una remisión a la función que tienen los Jueces de interpretar el Derecho nacional pero no dice claramente que estas cláusulas sean abusivas en todos los casos.

En el ordenamiento jurídico español ya existían otras normas, que intentaron paliar, en alguna medida, la pérdida masiva de hogares entre los ciudadanos y que fueron aprobadas apenas durante los dos años anteriores a la Sentencia del TJUE con la finalidad de paliar los efectos de la crisis económica en la ejecución de los contratos de préstamo hipotecario pero que más allá de provocar la suspensión de las ejecuciones no pudieron preservar el derecho a la vivienda en la contratación bancaria[428].

428. Durante los dos años anteriores a la Sentencia, se aprobaron las siguientes normas con la finalidad de ir paliando los efectos de las ejecuciones hipotecarias: El Real Decreto Ley 8/2011, de 7 de Julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y, el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de Noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Respecto a las modificaciones que se plantearon tras la Sentencia, véase GÓÑIZ RODRIGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, "Las modificaciones derivadas de la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y de las cláusulas abusivas", RJUAM, nº 27, 2.013- I, pág. 361. Para María Góñiz la solución a la indefensión

### 2.3.Breve referencia a otras cláusulas de interés.

#### 2.3.a.La cláusula de intereses moratorios.

Otra de las cláusulas cuya abusividad se analiza en la Sentencia es la cláusula de intereses moratorios. Los intereses moratorios impuestos por la Banca son considerables y en muy poco tiempo pueden generar cantidades absolutamente desproporcionadas que, en otro contexto, no dudaríamos en tildar de "ilegales".

En el asunto enjuiciado la escritura establecía unos intereses de demora del 18,75 % que, aunque inferior al 29% normalmente establecido por las entidades financieras, representaba un interés muy alto teniendo en cuenta el importe del principal.

La Sentencia nos remite al Derecho dispositivo que sería aplicable en el Estado miembro en cuestión, en el caso de no existir dicha cláusula. En este caso, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.108 Cc que regula el interés legal del dinero, se hubiera aplicado un interés del 4%, es decir, el interés legal vigente en aquel momento. Resulta obvio que la diferencia entre el interés legal fijada en un 4% y la del interés de demora fijada por la entidad bancaria en un 18,75% es desproporcionada, abusiva y usuraria.

---

en la que se encuentra el consumidor en este contexto no es acudir a un proceso declarativo ordinario para solicitar que se declare la nulidad de las cláusulas abusivas o del título ejecutivo sino la de ampliar las causas de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria de tal forma que la cuestión se resuelva en el procedimiento de ejecución hipotecaria para que sea realmente efectiva. Para nosotros, se debería otorgar al consumidor una protección muy anterior al momento de la ejecución para garantizar su efectividad. Otorgaría una mayor protección a los consumidores que la normativa interbancaria y las autoridades competentes establecieran unos límites y parámetros legales y que las entidades bancarias no pudieran incluir en sus contratos determinadas cláusulas por imperativo legal. No podemos considerar que la LGDCU, la LCGC o la LCC otorgan una verdadera protección al consumidor, ya que esa protección queda supeditada a que el consumidor acuda a un Tribunal y además, a que una resolución judicial finalmente le resulte favorable. Sin embargo, se permite que estos contratos bancarios se integren en el tráfico jurídico a sabiendas de que su contenido provoca un claro e injusto desequilibrio entre las partes.

Sobre esta cuestión, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo un límite en virtud del cual los intereses moratorios no podían superar tres veces el interés legal del dinero (superando el límite que fijaba la Ley de Crédito al Consumo del 2,5 veces el interés legal del dinero)[429].

El establecimiento de unos intereses tan desproporcionados no tiene un efecto disuasorio sino que provocan la imposibilidad de poder hacer frente al pago de la deuda, de rehabilitar el préstamo o de llegar a algún tipo de acuerdo que permita buscar alguna solución satisfactoria para ambas partes.

Sobre la cláusula de intereses de demora y su consideración de abusiva se pronunció el Auto nº 351/2.012, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en Autos de Procedimiento de Ejecución nº 2.248 /2.010, que hace referencia a un supuesto en el que el tipo de interés de demora fijado por el Banco en la escritura de préstamo hipotecario era del 19%.[430]

429. Como explica JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ un interés de demora tan elevado no está justificado tratándose de la vivienda habitual y, teniendo en cuenta que la garantía real es una garantía, ya per se, suficientemente sólida. Apunta que la combinación de la cláusula de vencimiento anticipado con la de intereses de demora a estos tipos tan elevados provoca que la deuda se convierta en inasumible por el deudor. Coincidimos plenamente con el autor que considera que lo procedente sería sumar puntos a un interés básico y no multiplicar: "El límite exponencial, aunque fuese menor, tampoco sería adecuado. Lo procedente es sumar puntos a un interés básico y no multiplicar éste por 2,5 o por 3. Así lo hace la Ley de lucha contra la morosidad (Ley 3/2.004, de 29 de Diciembre), que en su artículo 7 suma 8 puntos al tipo de interés aplicado en la última operación principal de financiación del Banco Central Europeo que tuvo lugar el 24 de Junio de 2.014, a un tipo del 0,15%. Resulta, por tanto, que hoy los intereses de demora en las operaciones comerciales por Resolución de 27 de Junio de 2.014, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año, 2.014, es el 8,15%". Op. Cit. Pág.43.

430. Para resolver la cuestión, el Juzgado de Granollers se basa en el AAP Barcelona de 19 de Diciembre de 2.012 (Sección 19ª) que reproducimos a continuación: "… no ha de olvidarse que existe una corriente doctrinal y jurisprudencial ( ver STS 2/10/2.001), según la cual, cuando de intereses de demora se trata, su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido (falta de capacidad productiva de un dinero que no le es devuelto, necesidad de

provisionar los impagados, necesidad de mantener servicios encargados de la gestión y reclamación de impagados, etc…), como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la realidad y la gravedad del perjuicio que produce el impago o la mora, de lo que se desprende que el concepto de interés elevado y coercitivo aparece justificado, pero no es menos cierto que de ello no puede derivarse la conclusión de la inexistencia de niveles de tolerancia, de forma que sea lícito cualquier tipo de interés penalizador sin la posibilidad de aplicar medidas correctoras. Se trata de un problema, como tantos en el ámbito jurídico, de compatibilidad, de proporcionalidad entre principios, los que tienden a proteger a quienes dejan el dinero, y que se ven perjudicados en el modo y medida anteriormente expuestos y deben obtener una reparación adecuada y los que incurren en incumplimiento por mora, en este caso consumidores, que no pueden verse gravados por encima de lo que resulte razonable a tenor de las circunstancias y de los criterios que directa o indirectamente puedan extraerse del propio ordenamiento jurídico.Es sabido que no hay criterios normativos directos que establezcan la medida de lo que debe entenderse por intereses de demora adecuados en operaciones de préstamo, crédito o similares, como sucede en otros ámbitos, como, por ejemplo, en el de la responsabilidad de las aseguradoras. Rige únicamente el criterio genérico del artículo 85.6 RDL 1/2.007 de que deben proscribirse "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones". Es preciso buscar fuera de la norma directa, porque no existe, sin que ello suponga dejar de tener en cuenta las referencias normativas indirectas, la medida de lo que en cada caso debe considerarse dentro o fuera de la proporción admisible, de lo que puede y debe considerarse admisible o, por el contrario inadmisible, por excesivo y abusivo, y necesitado de la oportuna corrección.Se trata de comparar la cláusula que establece los intereses de demora con otros elementos que deben servir de la necesaria referencia y ver de esa forma si se produce la proporción o desproporción a que alude la norma legal. Para efectuar la comparación se han venido utilizando diferentes parámetros, como el interés legal, bien añadido al interés remuneratorio establecido en el contrato, bien tomado como base de proporción o índice multiplicador, principalmente de 2,5, por remisión interpretativa a la Ley de Crédito al Consumo; el propio interés remuneratorio del contrato tomado como base de la proporción, con la eventual introducción en este caso de un interés variable según sea el nivel de tal tipo de interés: el interés señalado por la Ley 3/2.004, de 29 de Diciembre, de lucha contra la morosidad, etc. Los ejemplos que se obtienen de las bases de datos de la Jurisprudencia son variados y consiguientemente también los son las conclusiones y soluciones que se extraen sobre un mismo tipo de situaciones, lo que es perturbador, pero inevitable por no haber, como hemos dicho, unos parámetros legales directos que en lo posible sienten las bases de la actuación. Y ello sin dejar de considerar las características de la operación concretas y de las circunstancias intervinientes, en particular de los prestatarios, pues no es lo mismo aquellas que están provistas de medidas de garantía que representen un menor riesgo para el prestamista y por lo general tienen unos intereses ordinarios menores que aquellas otras que suponen más riesgo y que permiten una mayor onerosidad de tales intereses y de los devengados por incumplimiento.Lo que sí es cierto en el presente es que, cualquiera que se la medida o referencia que se tome, de entre las indicadas y de usual aplicación, el juicio que merece el tipo de interés de demora es absolutamente negativo desde el punto de vista de la proporción que exige la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Basta con advertir que los intereses que aplicaba el Banco en el desarrollo de la operación – ver documentación del propio Banco acompañada al acta de certificación del saldo deudor- eran de 3,5% lo que sitúa los de demora al 19% en un nivel entre 5 y 6 veces superior.

En el mismo sentido se pronunció el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 9 de Noviembre de 2.012, que, en una ejecución en la que los intereses de demora pactadas eran del 20,5% la Sala consideró que era patente que se trataba de una cláusula abusiva. En este caso, los intereses de demora sextuplicaban prácticamente el interés legal del dinero para el año 2.000, lo que era claramente abusivo. La Sala menciona además que, en el caso del préstamo con garantía hipotecaria el riesgo es menor que en el de un crédito estrictamente personal puesto que en el primero existe una garantía real que disminuye el riesgo. Para el Juzgador el hecho de que el Banco plantee el recálculo de intereses es un reconocimiento de que los intereses son abusivos[431].

Algo menor pero así mismo excesivamente desproporcionado es el balance que se obtiene en relación con el interés legal vigente en el mismo periodo, el 4%. Concurre, por tanto, el supuesto de intereses de demora o lo que es lo mismo, de cláusula que los fija abusivos, de conformidad con lo establecido en la normativa protectora de los consumidores y usuarios".

431. En este sentido, compartimos plenamente la Jurisprudencia creada por la STJUE de 14 de Junio de 2.012 que considera que la declaración de una cláusula abusiva tiene como consecuencia jurídica la declaración de nulidad sin que quepa posibilidad alguna de subsanación que vincula al Juez aunque la norma nacional se oponga a la misma. Véase por ejemplo, la SAP Alicante de 9 de Noviembre de 2.014 analizó la cláusula de intereses de demora objeto de enjuiciamiento en la que se fijaban unos intereses moratorios del 29%. La SAP Alicante cita y reproduce los fundamentos de la SAP Pontevedra de 14 de Mayo de 2.014 respecto a los intereses de demora: "Para analizar si la cláusula discutida causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que derivan del contrato, debemos, primero, analizar cuáles son las previsiones legales en materia de intereses de demora en los distintos ámbitos de la contratación, incluido el financiero, cuando una de las partes no cumple o demora el cumplimiento sus obligaciones, y, segundo, ponderar el concreto tipo de interés fijado en el contrato, en relación con el interés legal y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, para valorar su adecuación para lograr el fin buscado, que no es otro que incentivar el cumplimiento debido de las prestaciones asumidas en los contratos". La SAP Alicante cita el artículo 1.108 del CC que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios y mora contractual que, establece que, a falta de pacto entre las partes, se aplicará el interés legal del dinero. La Sentencia analiza la evolución del interés legal del dinero en relación con el interés fijado en el área tributaria y en el campo de las operaciones comerciales en los últimos veinte años y expone los siguientes datos relativos a los tipos de intereses (Fundamento Jurídico Séptimo):"En otras palabras, el interés legal en nuestro país ha oscilado en la última década entre el 3,75 y el 5,50%, manteniéndose en el 4% entre el 2.010 y el 2.014, mientras el tipo de interés de demora tributario en el mismo periodo se ha movido entre el 4,75% y el 7%, permaneciendo invariable en el 5% desde el 2.010 hasta el 2.014.Por otra parte, el tipo de interés de demora para las operaciones comerciales entre 2.006 y 2.014 ha fluctuado entre el 7,75% (primeros meses

El Juzgador pone de manifiesto tras comparar los distintos tipos establecidos por ley en las distintas relaciones jurídicas la falta de proporción, y concluye que, en el caso enjuiciado la cláusula de intereses moratorios del 29% debe ser considerada abusiva por aplicación del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2.007. A pesar de declarar la nulidad de la cláusula la Sala entiende que esto sólo debe afectar al aspecto punitivo y no al resarcitorio por lo que permite el recálculo de intereses de demora aplicando el que legalmente más se asimila como es el tipo equivalente al 2,5 el interés legal del dinero previsto en el artículo 20.4 de la Ley 16/2.011, de Contratos de Crédito al Consumo.

Conforme a este razonamiento, los intereses de demora tendrían una doble función o naturaleza[432]: una naturaleza punitiva y una naturaleza resarcitoria y la

de 2.013) y el 11,20% (primer semestre de 2.008), siendo el 11% en el primer semestre de 2.011.En otros ámbitos de la contratación, podemos encontrar, a título de ejemplo, los siguientes tipos de aplicación: en materia hipotecaria, la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria y fijó el límite del tipo de interés de demora en el caso de préstamos destinados a la adquisición de vivienda habitual cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre la propia vivienda, a tres veces el interés legal, esto es, actualmente, el 12%;el art. 20.2 de la Ley 16/2.011, de Contratos de Crédito al Consumo, fija un tope superior en 2,5 veces el interés legal para este tipo de operaciones; el art.7 de la Ley 3/2.004, de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, suma al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación, efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate (actualmente,0,250%), un diferencial de 8 puntos (hasta 2.013 era de 7 puntos);en materia de contrato de seguro, el art. 20.4 de la Ley 50 /1.980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro, sanciona el retraso injustificado de las compañías aseguradoras en el pago de las indemnizaciones a los perjudicados por siniestros cubiertos por los contratos de seguro que aquellos tengan suscritos, con el pago de un interés anual igual al del interés legal vigente en el momento en el que se devengue, incrementado en el 50%, si bien, transcurridos dos años desde la producción del siniestro sin que la indemnización haya sido satisfecha, el Juez no podrá imponer a la aseguradora un interés anual inferior al 20%.El art. 576 de la Ley 1/2.000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que, desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley".

432. JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ reflexiona también sobre los distintos tipos de intereses de demora que disponen distintas normas y llama la atención respecto al hecho de que, precisamente, en el caso del préstamo hipotecario se permita un interés de demora absolutamente desorbitado. Para el autor es más justo sumar puntos a un interés básico (como ocurre en el Derecho alemán) que multiplicar ese interés por un exponencial determinado: "Me parece una notable incoherencia valorativa que la ley que protege a

que se declararía nula será la punitiva por considerarla abusiva. Este planteamiento, nos recuerda, en buena medida, a los planteamientos realizados por la última jurisprudencia sobre la "separabilidad" de los elementos de las cláusulas de vencimiento anticipado con la única finalidad de conservar la misma atemperando, eso sí, los términos de su aplicación[433].

---

los acreedores en operaciones comerciales imponga un interés del 8,15%, mientras que una ley que pretende mejorar la situación de los deudores hipotecarios de vivienda habitual permita un interés de demora del 12%. Los intereses de demora por deuda tributaria son del 5%. Así, los comerciantes acreedores y la Hacienda pública tienen peor trato que las entidades financieras, y correlativamente los comerciantes y contribuyentes morosos mejor trato que los deudores hipotecarios de vivienda habitual. No es preciso recordar una vez más que los deudores hipotecarios de vivienda habitual merecen constitucionalmente una protección especial, tanto por el artículo 47 CE – derecho a una vivienda - como por el artículo 51 CE – protección de los consumidores -, y también por el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 1/ 93 sobre cláusulas abusivas. El legislador ha cedido claramente a los intereses de las entidades financieras". Op. Cit. Pág.

433. Respecto a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, o su integración en el contrato, véase lo resuelto por el Auto de fecha 24 de Abril de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº12 de Valladolid, en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº486/2.011, declaró nulo el Auto por el que se había despachado la ejecución hipotecaria por considerar que la cláusula que fijaba los intereses moratorios era nula de pleno derecho y afectaba al título ejecutivo: "En el ámbito de los intereses de demora hipotecarios, se han dictado varias resoluciones de Audiencias Provinciales que han aplicado en este ámbito el criterio de sancionar como abusivos intereses fijados en un 18% (AP de Valencia, de 4 de diciembre de 2012, para una escritura de préstamo suscrita en el año 2006; AP de Vitoria, de 13 de abril de 2011, en un supuesto similar) o AP de Vizcaya, 15 de abril de 2013, para una escritura suscrita en el año 2008 y que estipulaba un interés de demora del 24%. Asume este Juzgador la doctrina recogida y expresada en tales resoluciones, la consideración de que no está justificada la fijación de un interés de demora en un porcentaje que excede ampliamente de los márgenes razonables teniendo en cuenta el tipo de interés legal vigente, el 4%, y el remuneratorio pactado en la póliza, que se ajustaba al tipo de referencia del euríbor más 0,82%, lo que enmarca el tipo de interés de demora variable en torno al 20%. La consecuencia de tal declaración de nulidad por abusividad, ha de conllevar la nulidad de las actuaciones practicadas desde el momento del auto despachando ejecución, momento en el que debió poderse llevar a cabo el control de oficio de tal abusividad expurgando del contrato la cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, o, en su caso, darle la posibilidad de oponerse más allá de los estrechos cauces que permite le normativa española. Así, procederá dictar nuevo auto despachando ejecución sin incluir los intereses de demora que superen en 2,5 veces el interés legal del dinero durante el período de liquidación previo requerimiento a la parte ejecutante a tal fin. Lo mismo cabe decir del importe incluido en la demanda de ejecución y correspondiente a la penalización por resolución anticipada, que en el presente caso asciende a 2.877,24 euros, cantidad equivalente al 3% de la suma total adeudada. Se trata de una cláusula que carece de justificación más allá de configurar una sanción a mayores de los intereses de demora en perjuicio del consumidor, una penalización que impone unilateralmente la ejecutante cuando su

A pesar de la evolución de la Jurisprudencia como consecuencia de la crisis económica, sigue habiendo una cierta reticencia en las resoluciones judiciales a aplicar soluciones drásticas a este tipo de prácticas bancarias, y siempre se intenta argumentar, de alguna forma, la interpretación de los contratos de tal forma que la entidad bancaria salga lo menos perjudicada posible.

Esta previsión y derecho de la entidad bancaria nunca había sido cuestionada hasta la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 en la que se plantea si este tipo de cláusulas, que, como las otras, no aparece en el elenco de cláusulas abusivas previsto en la LGCU, puede ser declarada nula.

Tampoco en este caso la Sentencia resuelve la cuestión, y vuelve a hacer una remisión a la valoración que pueda hacer el Juez nacional en el caso. Por tanto, también como en el caso del resto de cláusulas, analizadas por la Sentencia, habrá que estar al caso concreto para declarar la nulidad de esta cláusula.

El Juez nacional deberá valorar la cláusula valorando también las cláusulas contenidas en el resto del contrato, la ley nacional, y la posible indefensión que se pueda causar el consumidor.

**2.3.b Cláusula de intereses remuneratorios.**

La STS de 18 de Junio de 2.012, consideró respecto a la cláusula de intereses remuneratorios que no pueden ser valorados por el Juzgador porque constituyen el precio de la operación[434].

posición en el contrato se verá asegurada mediante la ejecución sobre la garantía hipotecaria y la responsabilidad personal de los deudores más allá de la adjudicación del inmueble. Se trata, en definitiva, de una sanción unilateral, desproporcionada e injustificada, que no cabe admitir por vulneración de la normativa española sobre protección de consumidores (art. 82 y 88.1 RD Legislativo 1/2207 de 16 de Noviembre). Del mismo modo que en el punto anterior, procede la retroacción de las actuaciones al momento del despacho de ejecución, reduciendo el importe de la reclamación ejercitada en la cantidad correspondiente a dicho concepto inexigible para la parte deudora".

434. Véase la SAP Alicante de 9 de Septiembre 2.012, que ya acoge tal consideración, y resuelve, respecto a la impugnación de la cláusula que fija un tipo de interés

remuneratorio de 22,80%, por usurario, que: "La valoración del carácter abusivo de una cláusula no puede extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado. Nos encontramos ante un préstamo personal oneroso cuyo fin no es otro que la percepción de un capital por el prestatario y los correspondientes intereses por el prestamista, junto con el capital prestado. De forma que, el interés retributivo tiene la función fundamental de ser el precio que el prestatario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero. Si los intereses se suprimen, el único beneficiado con la operación el prestatario que percibe un capital a cambio de nada, desapareciendo la causa del contrato para el prestamista. La única posibilidad de control de este tipo de cláusulas sería, como señala la citada STS de 18 de Junio de 2.012, la del "control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte". En cualquier caso, en principio, la cláusula que establece el interés remuneratorio supera el control de transparencia por cuanto aparece inserta de forma destacada en el condicionado del contrato firmado por la ahora apelante, por lo que hay que considerar que ésta conocía perfectamente la carga económica que para ella suponía el contrato celebrado". Los intereses remuneratorios no pueden ser sometidos a control de abusividad por formar parte nuclear del contrato, sin que ello signifique que queden excluidos de todo control pues siempre quedarán sometidos a la Ley de 23 de Julio de 1.908, de Represión de la Usura (Ley de Usura o Ley de Azcárate) la cual se muestra más acorde con el esquema liberal de nuestro Código Civil en donde la libertad de precios, se impone como una pieza maestra en materia de contratos. Como dice la citada STS de 18 de Junio de 2.012 "el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1.255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos. Sin embargo, no puede calificarse como usurario el tipo de interés por la simple afirmación de la apelante porque exige acreditar su carácter manifiestamente desproporcionado teniendo en cuenta las circunstancias concretas de nuestro caso, esto es, cuál es el tipo de interés aplicado con carácter general a las operaciones de crédito al consumo en el que no se otorga ninguna garantía real ni personal. La carga de la alegación y prueba correspondía a la apelante quien, al haberse encontrado en rebeldía en la instancia, no la ha cumplimentado por lo que su pasividad sólo a ella puede perjudicar".

### 2.3.c. Cláusulas de fijación índices de referencia.

Las cláusulas de intereses moratorios previstas en las escrituras de préstamo hipotecario establecen intereses moratorios por importes ciertamente considerables, que suponen ya, a priori, un claro desequilibrio entre las partes.

Los intereses moratorios son, en definitiva, una sanción o penalización que impone una de las partes a la otra en caso de retraso o incumplimiento en la contraprestación, motivo por el que se prohíben en términos generales aquellos intereses que puedan ser usurarios o leoninos[435].

En la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, se plantea si la cláusula de intereses moratorios al 18% podría o no considerarse abusiva, aunque no existía tampoco una previsión expresa en la LGDCU. La Sentencia no resolvió tampoco la cuestión relativa a la declaración de nulidad de esta cláusula por considerarla abusiva y se remitió a la facultad interpretativa de los Jueces nacionales, que debían tener en cuenta el resto de las circunstancias contractuales e incluso tomar como referencia el interés legal en el Estado de referencia[436].

435. Respecto a los tipos de interés oficiales que podían aplicar las entidades de crédito, véase el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre (LA LEY 20192/2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que regulaba de forma expresa los siguientes: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d) Referencia interbancaria a un año (Euríbor). e) Permuta de intereses/*Interest Rate Swap* (IRS) al plazo de cinco años. f) El Míbor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre (LA LEY 4541/1998), sobre introducción del euro.

436. Véase por ejemplo, la Sentencia nº 328 / 2.014, de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia que resolvió respecto a la petición de declaración de nulidad de una cláusula en la que se fijaban los intereses en una novación de contrato de préstamo hipotecario. Los deudores y demandantes alegaron que existía un vicio en el consentimiento porque en la novación del contrato se mantuvo como índice de referencia para el interés variable el IRPH entidades. Los demandantes alegan que la novación fue una operación totalmente perjudicial para ellos porque supuso mantener un tipo de interés mucho más elevado que el Euribor más un punto que debía aplicarse al estar prevista la supresión del IRPH Cajas de forma inminente y tener el Banco

Posteriormente, la Sentencia nº 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 (LA LEY 172634/2017), del Pleno de la Sala de lo Civil, resolvió, respecto al "Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios", más conocido como IRPH que la fijación de este índice de referencia no era abusiva para el consumidor. Sin embargo, el voto particular emitido por uno de los Magistrados dejaba abierta la controversia que dio lugar a que los Jueces de Instancia se apartasen posteriormente de los razonamientos expuestos en esta Sentencia[437].

El IRPH ( Índice de Referencias de Préstamos Hipotecarios), es un índice distinto del Euríbor y se basa en la media simple de los intereses aplicados por todas las entidades bancarias. Pese a que Europa apuntó la opacidad de este tipo de referencia, el Tribunal Supremo consideró que el IRPH no era opaco a diferencia de otras cláusulas como las cláusulas suelo.

Aunque el TS resolvió esta cuestión considerando que se trata de cláusulas transparentes no todos los órganos jurisdiccionales tienen esta consideración y

conocimiento de esta circunstancia. La entidad bancaria tenía conocimiento de la inminente supresión del índice de referencia, y también de que su aplicación sería contraria a Derecho. También sobre el índice IRPH, véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de fecha 21 de Junio de 2.016, se pronunció, en Autos de Juicio Ordinario nº 721/2.015-, respecto a la nulidad del índice IRPH tomado como referencia para el cálculo de intereses remuneratorios en los préstamos hipotecarios. En el supuesto enjuiciado el actor solicita que se declare la nulidad de una cláusula que fija como índice de referencia el IRPH Cajas en una operación de 6 de Marzo de 2.003, argumentando que no hubo transparencia, que no fue debidamente informado de su contenido y alcance. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 21 de Junio 2.016, realiza un examen del índice IRPH, considerando, a priori, que se trata de una cláusula válida siempre que se den una serie de prepuestos (FJ 4º):"CUARTO.- Examen de la cláusula IRPH. Las cláusulas por las que se fijan el índice de referencia de préstamo con garantía hipotecaria son las condiciones generales de la contratación que se incorporan de manera generalizada por las entidades de crédito a los préstamos con garantía hipotecaria que vienen a establecer un interés de aplicación basándose en los datos que facilitan las cajas, o, en su caso, bancos, respecto a los préstamos que conceden. Pues bien, dichas cláusulas son legales, siempre y cuando se den las siguientes circunstancias:1)Que hayan sido pactadas y firmadas por las dos partes intervinientes en el contrato.

437. Respecto a otros índices de referencia, véase la STS sobre las "hipotecas multidivisa" (STS, Pleno de la Sala Primera, Nº 608/2017, de 15 de Noviembre de 2017 (LA LEY 157653/2017)).

por este motivo algunos Juzgados han decidido suspender los procedimientos en los que se enjuicia la aplicación de este tipo de índices de referencia.

### 2.3.d. Cláusula de pacto de liquidez o fijación del saldo deudor.

La SAP Valencia (Sección 9ª), nº 121/2012, de 2 abril (JUR 2012\217947) consideró que el pacto de liquidación del saldo deudor fijado en certificación emitida unilateralmente por la entidad bancaria es nulo de pleno Derecho. El supuesto enjuiciado venía referido a una tarjeta de crédito pero la Audiencia Provincial de Valencia consideró que la cláusula 16ª del contrato era nula de pleno derecho por establecer que el saldo deudor sería fijado de forma unilateral por la entidad bancaria renunciando el deudor a controvertir dicha liquidación tanto fuera como en juicio[438].

438. Véase MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, "CONTRATOS BANCARIOS: TARJETAS DE CRÉDITO. Es válida la certificación unilateral que acredita el saldo deudor final ante la falta de acreditación por el consumidor del abono de tales débitos SAP Valencia (Sección 9ª), nº 121/2012 de 2 abril (JUR 2012\217947). Centro de Estudios de Consumo. Notas Jurisprudenciales. Universidad de Castilla- La Mancha. www.uclm.es/centro/cesco. MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, "Cláusulas abusivas en contratos bancarios", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 4 /2.014, pp. 50-69. Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla-La Mancha. Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011). Sobre el pacto de liquidez o de liquidación en virtud del cual se pacta expresamente que es prueba suficiente para acreditar la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad, se pronunció la STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009, y consideró que este pacto no era nulo (basándose en la LCU /1.984 que era la aplicable a los hechos enjuiciados).Véase otras resoluciones en la materia como Dispone el AAPBarcelona de 29 de Noviembre de 2.010 que: "La finalidad del pacto es el despacho de la ejecución, y, por lo tanto el Juez no puede analizar de oficio la cantidad expresada en la certificación bancaria, lo que se debe hacer por el deudor mediante la oposición correspondiente, sin alterar las normas en materia de constitución del título habilitante para presentar la demanda y de carga de alegación y de la prueba". El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers acoge estos fundamentos y considera que el pacto de liquidez ha sido libremente acordado por las partes y no es una cláusula abusiva.El Auto nº 351/2.013, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en el Procedimiento de Ejecución nº 2248/ 10, cita el AAPBarcelona de 29 de Noviembre de 2.010 (Sección 14ª) y asume como propios los argumentos esgrimidos y considera que

El Auto nº 175 /2.015, de 24 de Noviembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección nº 3, sobre el pacto de liquidez del saldo deudor (dictado por el Pleno Jurisdiccional de Magistrados del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Baleares), consideró sin embargo, que el pacto de liquidez del saldo deudor no generaba indefensión para el consumidor[439].

el pacto de liquidez es un pacto procesal admitido por el Derecho español y, en consecuencia la cláusula no puede ser considerada nula.La SAP de Alicante de 9 de Noviembre de 2.014, resolvió sobre la validez del pacto de liquidez de saldo deudor (proveniente de un contrato de tarjeta de crédito) que no lo considera abusivo ni nulo siempre y cuando se permita la oposición al deudor. Para la Sala, el pacto de liquidez está admitido en derecho y se remite a lo dispuesto 572.2 LEC (relativo a la ejecución dineraria) y 812.1.2ª LEC (procedimiento monitorio) pero sí considera abusiva la cláusula en el sentido de que el deudor no tenga la posibilidad de oponerse a la misma en juicio.La SAP Alicante de 9 de Noviembre de 2.014 considera que aunque la cláusula sea considerada nula y abusiva, esto no afecta al procedimiento, ya que la demandada no formuló oposición alguna frente a la liquidación practicada por la entidad bancaria en ninguno de los momentos procesales en los que tuvo oportunidad de hacerlo.

439. Las tres Secciones de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca venían considerando que el pacto de liquidez del saldo deudor no era una cláusula abusiva porque facultaba a la entidad crediticia a determinar el saldo correspondiente conforme a los cálculos previamente pactados entre las partes y porque estas operaciones liquidatorias eran verificadas posteriormente por fedatario público, y, por tanto, sometidas a un primer control de validez .En el Auto, el Pleno consideró que el pacto de liquidación del saldo deudor "es una mera acreditación inicial del importe de la deuda que puede ser contradicha por la parte ejecutada ya que está a su alcance oponerse conforme a la causa 2ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y provocar un examen pericial de la liquidación ( artículo 558.2 de la misma Ley)".Concluye el Auto que la cláusula no es abusiva por los siguientes motivos: "d) El préstamo es, por su propia naturaleza de contrato real, una deuda líquida desde el momento de su nacimiento. El prestatario, desde el inicio, tiene conocimiento del importe de la cantidad prestada, de los intereses retributivos y de los intereses moratorios, por lo que el cálculo de lo adeudado es de fácil obtención mediante las correspondientes operaciones aritméticas. e) El pacto de liquidez resulta amparado por la previsión legal del artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –citado expresamente en la escritura de autos-, de modo que la cláusula no puede considerarse abusiva".

### 2.3.e. Cláusula relativa a la distribución de los gastos de la operación.

La STS de 23 de Diciembre de 2.015[440] consideró que eran abusivas las cláusulas de los préstamos hipotecarios en las que se imponía al prestatario la obligación de asumir el pago de todos los gastos y tributos derivados de la misma.

Con fecha de 28 de Febrero de 2.018 el Pleno del Tribunal Supremo resolvió, respecto a la obligación de asumir el IAJD en la firma de la hipoteca imponiendo al consumidor esta obligación.

A partir de 2.015 la Jurisprudencia consideró abusivo que se impusieran al consumidor los gastos generados con la firma de una hipoteca ( Notaría, Registro, Gestoría, y el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados). Sin embargo, el pronunciamiento se refirió a los "gastos" en general pero no desglosó de qué gastos se trataba y en qué medida o proporción debían ser asumidos por la entidad bancaria o por el consumidor.

Esta situación dio lugar a la interposición de las correspondientes reclamaciones y demandas judiciales de los consumidores en reclamación de la devolución de estos gastos, pero en las distintas resoluciones se suscitó la duda respecto al ITPAJD ya que al ser un impuesto regulado en una normativa tributaria específica[441] que lo imponía al consumidor no había lugar a que un Tribunal dispusiese lo contrario.

La cuestión fue resuelta mediante SSTS de 28 de Febrero de 2.018 en la que resolvió dos Recursos de Casación[442] que traían causa de dos reclamaciones interpuestas por consumidores considerando las cláusulas abusivas en cuanto a la distribución de los gastos de los préstamos hipotecarios.

440. STS Nº 705/2.015, de 23 de Diciembre de 2.015.
441. art. 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece que el impuesto lo debe pagar el prestatario.
442. SSTS de 15 de Marzo de 2.018 Nº 148/2.018 y nº 149/2.018.

La STS nº 148 /2.018, de 15 de Marzo de 2.018 recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto los pronunciamientos judiciales previos en la materia:

**"CUARTO.-** Pronunciamientos jurisprudenciales previos sobre la abusividad de las cláusulas de gastos en los préstamos hipotecarios:

**1.-** La Sentencia de esta Sala 550/2000, de 1 de Junio, trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11 LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).

**2.-** A su vez, en la Sentencia 842/2011, de 25 de Noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

**3.-** Por último, la Sentencia 705/2015, de 23 de Diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, en aplicación de las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Por ejemplo, en materia de gastos notariales, el arancel distingue entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de copias; o en caso del arancel de los registradores, se da diferente tratamiento a la inscripción que a la expedición de certificaciones o copias simples.

Del mismo modo, en materia tributaria, lo que se reprochó es que se atribuyera en todo caso al consumidor el pago de todos los impuestos o tasas, cuando según la legislación los sujetos pasivos pueden ser diferentes, en función de hechos imponibles también diferentes.

**4.-** Sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación."

La cuestión sobre la que resuelve el TS es exclusivamente el ITP y AJD ya que, en lo relativo a los gastos de Notaría y Registro la Jurisprudencia ya había resuelto de forma clara. Sin embargo, para el consumidor, el gasto más significativo era el relativo al Impuesto, ya que representaba un porcentaje importante en la reclamación a plantear y desde un punto de vista procesal, era el importe que determinaba si realmente merecía la pena plantear una reclamación judicial con los costes y riesgos que esto conlleva.

El TS distingue y analiza dos conceptos dentro del Impuesto. En primer lugar, en cuanto a la constitución del préstamo, considera que por aplicación de la normativa tributaria y de la Jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del TS, corresponde al prestatario abonar el importe puesto que dicha normativa lo considera el sujeto pasivo[443].

443.STS Nº 148/2.018, de 15 de Marzo de 2.018, Fundamento de Derecho Quinto apartado 3º:3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en

En segundo lugar, respecto al timbre del documento y pago de la matriz, consideró el TS que se abonaría por partes iguales, y las copias sería abonadas por quien las solicite. La STS de 28 de Noviembre de 2.018 fue criticada por los consumidores y las asociaciones de consumidores ( AMP, OCU, Asufin, ADICAE, y FACUA[444]) y acogida positivamente por la Banca[445] que consideró que de esta forma se ponía fin a la inseguridad jurídica existente sobre esta cuestión.

El Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se paga por dos vías: una directa (consistente en un ingreso mediante el correspondiente modelo en la Agencia Tributaria, concretamente a la Administración autonómica) y otra indirecta que es la que corresponde al concepto de Timbre (y que viene referido al papel utilizado por el Notario para la confección de la escritura autorizada que adquiere previamente de la FNMT y que tiene un coste de 0,15 céntimos). El Notario hace constar este concepto en la Factura que repercute en el cliente a razón de 0,15 euros por Folio en concepto de impuesto o Timbre). La cuantía del Timbre o impuesto se paga conforme a la siguiente proporción: el Timbre correspondiente a la matriz (o escritura original) será pagado al 50% entre

préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario ( sentencias de 19 de Noviembre de 2001 [RC 2196/1996 ]; 20 de Enero de 2004 [RC 158/2002 ]; 14 de Mayo de 2004 [RC 4075/1999 ]; 20 de Enero de 2006 [RC 693/2001 ]; 27 de Marzo de 2006 [RC 1839/2001 ]; 20 de Junio de 2006 [RC 2794/2001 ]; 31 de Octubre de 2006 [RC 4593/2001 ]; 6 de Mayo de 2015[RC 3018/2013 ]; y 22 de Noviembre de 2017 [RC 3142/2016 ]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

444. http://www.eleconomista.es/economia/noticias/8972100/02/18/Economia-Finanzas-AMP-OCU-y-Facua-lamentan-la-sentencia-del-Tribunal-Supremo-sobre-los-gastos-hipotecarios.html. "Economía/Finanzas.- (AMP) OCU y Facua lamentan la sentencia del Tribunal Supremo sobre los gastos hipotecarios". OCU considera que los consumidores no podrán reclamar una media de 2.500 euros por hipoteca. Para Facua la resolución del TS elimina el efecto disuasorio que tiene la sanción de nulidad de una cláusula abusiva. Según los cálculos de ASUFIN los gastos correspondientes a estos gastos reclamados ascienden a 20.000 millones de euros

445. http://www.eleconomista.es/economia/noticias/8972407/02/18/El-sector-financiero-celebra-la-sentencia-del-Tribunal-Supremo-sobre-gastos-hipotecarios.html.

prestamista y prestatario, y el timbre correspondiente a las copias que se expidan serán pagadas por quien las solicite.

Respecto a la parte del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que se abona de forma directa mediante el ingreso correspondiente en la Agencia Tributaria, la base imponible del impuesto por la responsabilidad hipotecaria establecida en la escritura.

La responsabilidad hipotecaria comprende los siguientes conceptos:

1.- El importe principal. Es la cantidad que el prestatario ha solicitado al prestamista.

2.- Los intereses remuneratorios al tipo fijado.

3.-Intereses de demora calculados sobre el capital prestado correspondientes a uno o dos años.

4.- Costas y gastos procesales. Esta cantidad se fijaba de forma aleatoria pero desde Ley 1/2013 de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social se limitó al 5% del importe del capital.

El desglose de este impuesto en los conceptos anteriormente referidos podría verse afectado por la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en la que se establecieron de forma abusiva alguno de estos conceptos y podría conllevar una revisión de la liquidación del impuesto difícilmente recuperable desde un punto de vista práctico ya que las normas tributarias supondrían un límite a la reclamación.

Resulta claro que para solicitar la nulidad de las cláusulas no existe plazo de prescripción, y que una vez obtenido el pronunciamiento en virtud del cual se declarase la nulidad de una cláusula, sería de cinco años. Sin embargo, no parece tan clara, a mi juicio, la posibilidad de revertir un acto administrativo sin necesidad de acudir a la vía judicial. No parece probable que la Administración Tributaria admita la revisión de un acto administrativo a simple petición del Administrado

alegando la modificación de la base imponible del impuesto por haberse modificado la responsabilidad hipotecaria que sirvió como base.

El razonamiento que utiliza el TS para resolver que el pago del ITP y AJD corresponde al prestatario, en los términos anteriormente expuestos, es que se trata de imposición legal que no puede ser derogada "de facto" mediante una resolución judicial: "La jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores".

El TS dispone en el Fallo que: "estará obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c de la ley); y en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d de la ley)", "el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan".

Sin embargo, con posterioridad a que el TS resolviese esta cuestión, el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Igualada (Barcelona) dictó Sentencia de fecha 30 de Abril de 2.018[446] . En esta Sentencia el Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses y gastos en una hipoteca suscrita con el Banco BBVA en el año 2.006. La Sentencia destaca porque el Juzgador de Instancia realiza una interpretación de la STS de 15 de Marzo de

446.Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Igualada, Sentencia 106/2018 de 30 Abr. 2018, Proc. 278/2017. Ponente: Sanchis Galiana, Carlos. Nº de Sentencia: 106/2018 . Nº de Recurso: 278/2017.Jurisdicción: CIVIL.

2.018 (que se pronuncia sobre los gastos de hipoteca y su atribución) que le conduce a una conclusión distinta a la que realiza el TS.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Igualada parte de la consideración de que, en la materia que nos ocupa, no se trata de determinar quién es el sujeto pasivo (a efectos tributarios) sino de determinar si es abusivo o no que se imponga al consumidor asumir el coste o los gastos que genere la operación, y determinar, cuáles son los efectos de la declaración de nulidad.

Para el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Igualada el establecimiento de un reparto de los gastos en estos términos provoca claramente un desequilibrio entre las partes y por tanto la cláusula debe considerarse nula y tenerse por no puesta, lo que tiene como consecuencia jurídica que el consumidor debe ser restituido a la situación anterior a la firma del contrato, devolviéndole todos los gastos que abonó.

En este sentido el Juzgado de Instancia aplica lo dispuesto en el artículo 1.303 Cc así como las consecuencias respecto a la declaración de nulidad que fueron declaradas por el TJUE en la Sentencia de 21 de Diciembre de 2.016. Tal razonamiento supone que al declarar la nulidad de esta cláusula será el Banco (en este caso el BBVA) el que tenga que asumir el pago de un impuesto a pesar de no ser el sujeto pasivo conforme a la legislación tributaria. En este sentido, la consecuencia jurídica opera como una especie de "sanción" para la entidad bancaria que impuso, prevaliéndose de su posición, una cláusula abusiva: "Tampoco obsta el hecho de que el banco no haya sido beneficiario final de la percepción de las cantidades que se han obtenido a través de la aplicación de dicha cláusula, porque efectivamente se tiene en cuenta que la entidad de crédito no se ha enriquecido en virtud de la aplicación de dicha cláusula, y también que como dice una muy reciente sentencia del Tribunal Supremo, el sujeto pasivo del impuesto sobre actos jurídicos documentados es el prestatario, pero es que, aún sin discutir eso, aquí entiendo humildemente que no se trata de discutir quien es el sujeto pasivo de un impuesto determinado (que está claro), sino de discutir si

una cláusula concreta es abusiva o no lo es, y en el caso de serlo cuales son las consecuencias, porque lo que es evidente es que esta cláusula impone todos y cada uno de los gastos originados por el contrato al prestatario, y eso según se ha dicho es abusivo, y luego resulta que el consumidor como consecuencia de dicha cláusula (además de como consecuencia de ser el sujeto pasivo de un tributo), ha debido de abonar determinadas cantidades que en caso de no existir dicha cláusula puede que no hubiese abonado al menos en su totalidad, por lo que la expulsión del contrato de la cláusula no puede sino restituir al consumidor en su condición inmediatamente anterior a su firma, aun cuando en este caso pueda o parezca que pueda producir resultados contradictorios o aparentemente injustos como que la entidad de crédito acabe abonando un tribute no siendo sujeto pasivo del mismo, si bien es algo que como consecuencia de lo anterior y sobre todo de haber predispuesto en el contrato una cláusula abusiva, deberá de cargar" ( FJ 3º).

Para el Juzgado el hecho de que las normas tributarias establezcan que el sujeto pasivo es el prestatario no incide en los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula: "**CUARTO.-** Habiéndose estimado la pretensión declarativa de la actora, procede determinar ahora cual deba de ser el alcance temporal de la declaración de nulidad.Según el artículo 1.303 del Código Civil (LA LEY 1/1889), "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

Así las cosas, atendiendo a las consecuencias de la nulidad, que además ahora son si cabe más lógicas y evidentes desde que el TJUE (si bien en materia de cláusulas suelo pero perfectamente aplicable al caso) ha declarado por Sentencia de 23 de Diciembre de 2016 que no es conforme con el derecho de la unión la limitación temporal del alcance devolutivo de las cantidades indebidamente cobradas en caso de una declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que ha amparado tal cobro, y concretamente establece en su fundamento 73 que una jurisprudencia nacional relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos

derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo, por lo que tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula en contra de lo que establece el artículo 7 apartado 1 de la citada Directiva, por lo que todo ello obliga no solamente a rechazar las pretensiones de la demandada que pretende no devolver o limitar la devolución del abono de unas cantidades que se han cobrado al amparo de lo establecido en una cláusula abusiva, por lo que no resultando discutidas dichas cantidades, procede condenar a la demandada a restituir a la parte actora todas las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dichas cláusulas en este caso la quinta, que ascienden a 5.534,62€, y todo ello con sus intereses legales desde el efectivo pago como consecuencia directa de la nulidad y de la aplicación del artículo 1303 puesto que el precio se deberá de devolver con sus intereses".

Para concluir, debe de destacarse que a la devolución de las cantidades en nada obsta que los recibos hayan sido girados directamente por terceros a los prestatarios sin que ninguna intervención haya tenido la entidad en cuanto al pago o cobro de los mismos, por cuanto dichos pagos se han realizado en aplicación de una cláusula que es abusiva y aunque no hayan pasado por el banco, sin duda el gran beneficiado de la aplicación de la cláusula abusiva ha sido el banco porque se ha ahorrado una serie de gastos que podrían haber sido al menos parcialmente a cargo de la entidad (en caso de una negociación más equitativa que hubiese distribuido gastos y que haría por ende que la cláusula no fuese abusiva), por lo que se ha beneficiado de un modo directo sacándose de encima de un plumazo todos los gastos derivados de los contratos que nos ocupan, beneficio con correlativo perjuicio de los prestatarios que asumieron gastos propios y ajenos,

por lo que no hay duda de que es la entidad la que ahora deberá responder ante estos y de un modo completo por haber incorporado al contrato como condición general una cláusula abusivas.

**2.3.f. Cláusulas relativas a la fijación de comisiones bancarias.**

El art. 3.1 de la EHA/2899/2011 establece que las comisiones deben corresponder a "servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos". Dentro de la información precontractual que se debe ofrecer a los clientes se encuentra también la relativa al establecimiento de las comisiones que, aunque pueden ser libremente pactadas entre las partes, deben a tender a servicios efectivamente prestados.

El art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que derogó la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de crédito, bajo la rúbrica "Protección del cliente de entidades de crédito" dispuso que:

"1. El Ministro de Economía y Competitividad, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios, distintos delos de inversión, prestados por las entidades de crédito, podrá dictar disposiciones relativas a:

b) La transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a su clientela o al Banco de España. Se podrán establecer, asimismo, condiciones básicas de los servicios o productos bancarios de debido cumplimiento para las entidades de crédito. En particular, "solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente

por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse."

En este sentido se pronunció, por ejemplo, la SAP Castellón de fecha 19 de Abril de 2.018 que declaró nula la comisión de apertura del préstamo hipotecario por entender también que no atiende a ninguna prestación efectiva de servicios.

**2.3.g. Cláusulas relativas a los avalistas y fiadores.**

Desde el inicio de la crisis, fue común la intervención de fiadores o avalistas en las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria. Los insuficientes recursos económicos de los "compradores-prestatarios", los altos precios de las viviendas, que conllevaban, a su vez, altos costes de la operación, unido al insuficiente resultado de las tasaciones, provocaban la intervención de terceras personas, normalmente familiares de los compradores.

El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián), en la Sentencia nº 328 /2.014, de 30 de Septiembre de 2.014[447], dictada en Autos de Juicio Ordinario nº 1.109/2.013, contra la entidad Kutxabank, realizó una interpretación del contrato que justificó jurídicamente que los fiadores no fueran considerados "obligados" en el caso de una novación en la que nunca intervinieron.

El procedimiento fue incoado como consecuencia de la interposición de una demanda de juicio ordinario en la que se solicitaba por los demandantes la declaración de nulidad de cláusulas contractuales. Los demandantes suscribieron un contrato de compraventa con subrogación de hipoteca para adquirir su vivienda habitual con fecha de 1 de Agosto de 2.007 para lo que suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 330.000 euros y con una duración de veinte años.

447. Sentencia nº 328 /2.014, de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia (San Sebastián), en Autos de Juicio Ordinario 1.109 /2.013, siendo la demandada la entidad KUTXABANK, S.A. (sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa).

Con fecha de 27 de Enero de 2.009 se produjo una novación del contrato ya que las partes pactaron un plazo de carencia de un año porque los prestatarios tenían dificultades para hacer frente al pago de las cuotas hipotecarias. El resto de las condiciones pactadas no fueron alteradas y por tanto el único elemento que se novó el contrato fue el relativo al plazo.

Con fecha de 15 de Junio de 2.012, se vuelve a realizar una novación del contrato, también debido a las dificultades económicas pero en esta ocasión se amplía el plazo de amortización de veinte a veintiocho años y se incorporan los nuevos propietarios que son hijos de los prestatarios iniciales.

En la demanda se solicita la nulidad de dos cláusulas: la relativa al interés pactado ya que sostienen que no se informó debidamente a las partes y, también, que se declare la nulidad de la cláusula en la que se constituyen los fiadores. Entienden que esta segunda cláusula es nula en tanto que la novación mediante la que se introdujo en el contrato también lo es.

Sentencia de 28 de Febrero de 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Estella (Navarra) que consideró abusiva la cláusula de afianzamiento de unos padres en la hipoteca concedida a sus hijos por la Caja Rural de Navarra. El Juzgado declara que la cláusula en la que se constituye la fianza o aval es nula porque los padres no fueron debidamente informados de las consecuencias de dicho afianzamiento considerando que no se cumplen los criterios de transparencia exigidos por la legislación comunitaria y por el ordenamiento jurídico español.

El aval constituido suponía una renuncia a los beneficios de excusión y división. La renuncia a dichos beneficios implica que, ante el impago del deudor, el banco puede dirigirse directamente contra los bienes de los avalistas sin intentar primero la realización del patrimonio del deudor principal.

La exigencia de transparencia exige que la entidad Bancaria acreditase que existió una información previa en ese sentido, sin embargo, durante el

procedimiento la entidad demandante no pudo acreditar que informó debidamente a los fiadores del alcance de dicha cláusula.

La finalidad de este tipo de cláusulas es facilitar a la entidad bancaria el cobro del crédito convirtiendo a los fiadores en deudores solidarios. La Sentencia declara nula dicha cláusula y ordena a la entidad Bancaria su cancelación en el Registro de la Propiedad con la finalidad de liberar el inmueble propiedad de los avalistas.

En el mismo sentido, se pronunció también la Sentencia de 5 de Abril de 2.018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Refuerzo de Bilbao declara también la nulidad de un afianzamiento de los padres del deudor principal porque consideró, igualmente, que la entidad bancaria no informó con carácter transparente y previo del verdadero alcance de la cláusula de afianzamiento. El Juzgado considera que en el curso del procedimiento no se acreditó por parte de la entidad bancaria que informara a los padres y a los hermanos que se constituyeron en avalistas en una hipoteca de la entidad BBVA (Hipoteca Blue Joven) suscrita en el año 2.005.

A modo de conclusión podemos decir que la revisión de todas estas cláusulas implicó cambios en la Jurisprudencia pero estos cambios no fueron especialmente relevantes conforme exponemos a continuación.

Hasta el año 2.008 no se desvela la inicidencia del derecho a la vivienda en el contrato bancario de préstamo hipotecario para su adquisición.

Los anteriores periodos de crisis económicas nunca interfirieron en la dinámica del contrato bancario, ni provocaron el análisis del mismo, ni su revisión desde la Judicatura como consecuencia de alarma social generada ante los masivos desahucios de ciudadanos.

Hasta ese momento, el contrato bancario presentaba unas características que no ofrecían dudas desde un punto de vista jurídico, y, tampoco la hipoteca, institución de garantía por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico, era una figura a debate.

Los efectos devastadores de la Crisis de 2.008 obligaron a intentan paliar los efectos del contrato bancario y la dinámica misma de las obligaciones contraídas, siendo la ejecución hipotecaria, el origen de esa revisión y el punto de inflexión en la materia.

La búsqueda de fórmulas de "justicia social" obligaron a los Jueces a revisar la forma en la que aplicaba las Leyes. Las primeras soluciones que se intentaron aplicar, para minimizar de alguna forma los efectos de una aplicación literal del contrato bancario, surgen en sede Judicial: es la praxis judicial la que guía las posteriores modificaciones legislativas.

La aparición de nuevos operadores el mercado financiero al margen de la banca tradicional, representan nuevos retos para la contratación bancaria en el ámbito que nos ocupa, y, ciertamente, también suponen mayores peligros para el prestatario. Si actuando en un mercado regulado se han producido situaciones como las vividas desde la Crisis económica, la contratación *on line* de un préstamo hipotecario con una entidad que no forma parte de la banca regulada implicaría una desprotección total del prestatario quedando a merced de una suerte de contrato virtual, no sujeto a principios de derecho privado ni a las normas, que podría establecer cualesquiera obligaciones y consecuencias en caso de incumplimiento.

Revisado el contrato bancario como consecuencia de la Crisis de 2.008, se ha valorado la intervención de los Fedatarios públicos en el mismo, concretamente, de los Notarios, mediante la autorización de la firma de la Escritura Pública que recoge el contrato bancario y, del Registrador de la Propiedad, que califica la Escritura antes de su inscripción.

A la vista de la interpretación que se ha realizado de la intervención de ambos Fedatarios Públicos podemos concluir que, ni la intervención del Notario ni la del Registrador de la Propiedad tienen una incidencia directa y eficaz en el contrato bancario. Respecto al Notario, únicamente asevera requisitos meramente formales pero no puede advertir a las partes, realmente, ni

asesorarles, ni mucho menos asesorar a los firmamentes en el sentido de no firmar la Escritura. Por su parte, el Registrador, se limitaba a inscribir la Escritura en el Registro de la Propiedad, accediendo también las cláusulas del contrato revistiéndose así de cierta legalidad que las legitima. Sin embargo, como ya hemos expuesto, la mera consideración de una cláusula como abusiva no preserva el buen fin del contrato: no garantiza ni protege su conservación, únicamente demora las consecuencias del incumplimiento.

Por este motivo consideramos, que tampoco la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad permiten salvar el equilibrio entre las partes en el contrato durante toda la vida del contrato.

No en vano, la intervención de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad prescinden en muchas ocasiones de una función directa del control de legalidad, dejando en manos de "terceros perjudicados" el posible ejercicio de acciones de naturaleza judicial o administrativa. Sirva a modo de ejemplo, la expresión contenida en las Escrituras en las que se dice que las partes "aseveran" o que las partes "dicen conocer", o que "renuncian" a su lectura, por haber leído ya previamente la Escritura.

Tras la Crisis de 2.008, y, a pesar del tiempo transcurrido, el precio de las viviendas no ha bajado, no de forma sustancial o relevante. Todo lo contrario, la vivienda sigue subiendo de precio, y, especialmente en determinadas zonas o ciudades en los que resulta imposible su adquisición por la mayoría de los grupos de población.

Sin embargo, y, a pesar de los cambios introducidos en el contrato bancario, ninguno de ellos es relevante o eficaz, porque ninguno supone una verdadera adecuación del mismo a cada estado de su ejecución. Las reformas operadas a través de modificaciones legislativas se centran en demorar los desahucios, aun sabiendo, que únicamente se dificulta algo que tarde o temprano ocurrirá.

Se discuten ciertas cláusulas y se alegan como abusivas, solicitando la nulidad pero esto no hace desaparecer la deuda ni el resto de cláusulas

contractuales, por lo que más allá de haber generado el análisis de ciertas cláusulas bancarias, no ha supuesto una revisión de los tramos de ejecución del contrato.

Las soluciones judiciales se han centrado en postergar los desahucios, y, en declarar la nulidad de determinadas cláusulas, de la misma forma que las modificaciones legislativas, pero sin embargo, no ha se propuesto una revisión integral de la ejecución y cumplimiento del contrato.

## CAPITULO V.

## EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

SUMARIO.

1. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO: PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO.1.1. Protección del prestatario: Ley 5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.1.2. Especial mención a la Ley 57/68, de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y Disposición Final Tercera de la Ley 20/2.015, de 14 de Julio, de Ordenación y Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras: la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2.015.1.2.a.La nueva interpretación del incumplimiento contractual en los supuestos de retraso en la entrega de la vivienda: la sustitución del art. 1.124 Cc por el art. 3 de la Ley 57 / 68 en la STS de 20 de Enero de 2.015. 1.2.b.La interpretación respecto a la protección otorgada por la Ley al consumidor y la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial.1.3.La modificación del contrato por alteración sustancial de las circunstancias: *cláusulas rebus sic stantibus versus principio pacta sunt servanda*. 2.EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO. 2.1. Estudio de algunas cuestiones relevantes en torno a los principios que rigen el contrato y su tratamiento en la ejecución.2.1. a. El "principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1.911 del Código Civil y la imposibilidad de satisfacer el importe de la deuda a través del procedimiento de ejecución hipotecaria. 2.1.b.La oposición a la demanda de ejecución hipotecaria: Modificaciones introducidas en la LEC tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013. 2.1.c. Breve referencia a la comparecencia del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el convenio de realización del inmueble. 2.1.d. Inidencia de la declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19 en los contratos de préstamo hipotecario: El Real Decreto-Ley 463 /2.020, de 14 de Marzo.

## 1. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO: PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO.

### 1.1.Protección del prestatario: Ley 5/2.019 de 15 de Marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

EL 3 de Noviembre de 2.017 El Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario[448]. La reforma del sistema hipotecario traía causa de una Directiva de 2.014 sobre Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial[449] que debía haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en Marzo de 2.016. El incumplimiento por parte de España de la transposición de la Directiva dio lugar a la incoación de un procedimiento sancionador al Estado Español.

La aparente finalidad de esta reforma era la de aumentar la protección del consumidor, de una parte, y, de otra reducir la alta litigiosidad en este ámbito que se generó durante los últimos años así como dar seguridad jurídica al sector financiero.

El Proyecto de Ley incluía medidas ya recogidas en la Directiva que se traspone pero añadía nuevas medidas no previstas en la Directiva.

Respecto a las medidas incluidas en el Proyecto de Ley encontramos el abaratamiento de las comisiones de amortización anticipada de los préstamos a tipo variable durante los cinco primeros años de duración del préstamo, desapareciendo estas comisiones a partir de los cinco años.

448. Consulta en lamoncloa.gob.es.
449. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

La Disposición Transitoria Primera establece en su punto cuarto la retroactividad de la Ley en determinados aspectos como el vencimiento anticipado y la reducción de los costes de realizar el cambio de un tipo de interés variable a un tipo de interés fijo.

Otro de los derechos introducidos de forma expresa por esta Ley es el hecho de que el hipotecado sea asesorado gratuitamente sobre el contenido del contrato durante los siete días previos a la firma. Sobre esta cuestión no debemos perder de vista que, realmente, en cualquier proceso de contratación las partes pueden y deben disponer del contrato que van a firmar con el tiempo suficiente previo a la firma que realmente les permita asesorarse y participar de forma activa en la conformación del contrato.

La Ley de Crédito Inmobiliario pretende garantizar el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero, es absolutamente deficiente el tratamiento que se da al proceso de contratación y prueba de ello es que, a pesar de que han transcurrido cinco años desde su aprobación su protagonismo ha sido mínimo e intrascendente en la materia que nos ocupa. La Ley de Crédito Inmobiliario ha pasado completamente desapercibida a los fines para los que fue aprobada.

Aunque la Ley de Crédito se presentaba durante su tramitación como un esfuerzo por lograr la transparencia de los servicios y mejorar los derechos del consumidor no deja de generar un cierto recelo las consecuencias que puedan derivarse de su aplicación para las entidades bancarias[450].

Sin embargo, como es sabido, cuando una de las partes dispone unilateralmente el contenido del contrato no es tan fácil intervenir en la conformación del mismo más allá de adherirse a las cláusulas predispuestas por la

450. https://elpais.com/cincodias/2018/02/12/midinero/1518440591_573150.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "La reforma hipotecaria inyectará a la banca 1.840 millones al año por intereses de demora". La futura Ley de Crédito Hipotecario establecería un interés universal de demora de tres veces el interés legal del dinero respecto a la cláusula de intereses de demora) en lugar de dos puntos por encima del interés remuneratorio como viene considerando la Jurisprudencia, lo que aportaría a la Banca considerables cantidades en concepto de intereses de demora.

entidad bancaria. La evolución histórica ha demostrado claramente que el prestatario no tiene ninguna capacidad de negociación.

La Banca on - line[451], las nuevas tecnologías las llamadas *fintech*) el *shadow banking* o el *crowfounding*, la tecnología *blockchain*, las criptomonedas como el bitcoin y otras similares) y los llamados *smarts contracts*[452] no parecen arrojar mucha luz al proceso de contratación.

El cierre progresivo de entidades bancarias y de sucursales potencia que la contratación de los préstamos on-line aumente también de forma progresiva, con los riesgos que ello representa para el consumidor.

La CNMV ha estudiado las características, las causas y el impacto de las *fintech* o nuevas tecnologías aplicadas en el sistema financiero tal y como han hecho autoridades reguladoras de la competencia en los mercados en países como EEUU, México o Canadá[453].

Los *smarts contracts* se basan en el sistema de tecnología *blockchain* que son un tipo concreto de base de datos distribuidora (DLT) que garantiza la veracidad de la información concerniente a cada una de las partes. Estas

451. http://www.europapress.es/economia/noticia-mitad-prestamos-ing-vende-traves-movil-20180304110242.html. "La mitad de los préstamos de ING se vende a través del móvil".
452. Consulta https://retina.elpais.com/retina/2018/01/26/tendencias/1516984111_539... "Tecnología, si quieres ser jurista aprende programas". La Teoría del Concepto "smart contract" se atribuye al criptólogo e informático Nick Szabo y se ubica en el año 1.994. El concepto de Smart contract quedó abandonado durante un tiempo y con motivo del auge progresivo de las nuevas tecnologías ha vuelto a suscitar interés en el sector. Como recoge este artículo un *Smart contract* es un código o protolocolo informático que permite que se ejecute una orden preestablecida cuando se cumplan una serie de supuestos. Esa orden (o contrato) se activa por sí misma, el software funciona sin necesidad de que medien terceros. En el artículo se incide en la innovación pero también en la dificultad de insertar esta figura en el ordenamiento jurídico español y en la Teoría General de los contratos. Los *Smart contracts* se sirven de la tecnología *blockchain* pero, como se afirma en el artículo los Jueces no ven con tanta claridad esta figura jurídica y como apunta el artículo parece más que probable que "los primeros conflictos que surjan en torno a esta figura no los comprenda ni siquiera el propio sistema judicial, por lo que seguramente se hablará de cláusulas abusivas.
453. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan_Actividades_2018.pdf El día 14 de Febrero de 2.018 se publicó el Plan de Actividades de la CNMV 2018 entre las que se hace referencia a la creación de una Subdirección de Fintech y Ciberseguridad dedicada al análisis de aplicaciones blockchain en el mercado de valores o la regulación de las criptomonedas.

plataformas distribuidoras de bases de datos no admiten la falsificación de sus contenidos lo que garantiza la seguridad en cuanto a la veracidad de la información. Hasta la fecha son estas plataformas, entre las que destaca Etherum[454], sostienen que sus plataformas son seguras pero no todos los expertos consideran que esto sea así.

En contra de esta tecnología aplicada a la contratación se alzan quienes consideran, tras analizar plataformas como la de Etherum, que existe graves fallos o "agujeros negros" de seguridad que no pueden asegurar el correcto funcionamiento del sistema[455].

La plataforma de cadena de bloques mejor adaptada a este tipo de operaciones es Etherum pero la tecnología avanza hacia la creación de apps que permitan gestionar estos bloques a los propios particulares sin tener que recurrir a estas plataformas.

Se trataría de un contrato inteligente que se autoejecuta asimismo lo que presenta serias dificultades en un campo como el que nos ocupa. Dicho de otra

454. https://retina.elpais.com/retina/2018/03/05/tendencias/1520249835_156767.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "Los *smarts contracts* no son tan perfectos como nos han vendido". José Ángela Plaza López. Se calcula que la plataforma de cadenas de bloques *Etherum* gestiona más de 12 millones de Smart contract sin embargo el Portal The State of the Dapps recoge aproximadamente 1.200 proyectos sobre apps que permitan a los particulares gestionar estos contratos sin recurrir a plataformas como *Etherum*.

455. https://www.criptonoticias.com/educacion/errores-humanos-podrian-causar-perdidas-millonarias-ethereum-estudio/. Recientemente se ha elaborado un estudio titulado "Finding The Greedy, Prodigal, and Suicidal Contracts at Scale" (Encontrando los contratos codiciosos, pródigos y suicidas a escala) realizado por los investigadores Ivica Nicolic, Aashish Kolluri, Ilya Sergey, Prateek Saxena, y Aquinas Hobor de la University College London y la Escuela de Computación de la Universidad Nacional de Singapur. El estudio se centra en el análisis de casi 1 millón de contratos de la plataforma Etherum con la finalidad de analizar su seguridad. Tras el correspondiente análisis se concluyó que en 3.686 (lo que representa el 0,36% de contratos de la red) contratos había fallos o agujeros negros que podrían atribuirse a errores humanos. El estudio realiza una clasificación dentro de este tipo de contratos distinguiendo los siguientes tipos: 1.- "Contratos Pródigos" (Prodigal Contracts) en los que se puede modificar la dirección de la cartera a los que se envían los fondos; 2.- "Contratos Suicidas" (*Suicidal Contracts*), pueden ser terminados por un ataque externo; y 3.- "Contratos Codiciosos" (*Greedy Contracts*), se pueden manipular para bloquear fondos contenidos en ellos. La complejidad y abstracción de estos contratos llega hasta el punto de que contratos ya finalizados ("contratos póstumos"), respecto de los que ya no se puede ejecutar sus códigos en las *blockchains*, pueden seguir recibiendo transacciones que serán bloqueados indefinidamente.

forma, en el ámbito del Derecho, no trabajamos con operaciones matemáticas, existen valoraciones subjetivas, matizaciones, apreciaciones de elementos que no son cuantificables en términos matemáticos.[456].

En el sector inmobiliario no sólo se pretenden incorporar estas tecnologías que indudablemente transforman la Teoría General de las Obligaciones y Contratos sino también otro tipo de tecnologías que afectan a la identificación de las partes. Sobre la identificación de las partes, la utilización de la firma digital ponía en cuestión la intervención del Notario como Fedatario Público que asevera la identidad de las partes. Sin embargo, existen otras tecnologías que pretenden ir más allá y que parecen apuntar hacia el sector inmobiliario tales como tales el reconocimiento facial y la tecnología de reconocimiento óptico de caracteres (OCR).

La finalidad de quienes abogan por el uso de este tipo de tecnologías es la de optimizar el proceso de contratación mediante el uso de la contratación *on-line* garantizando la seguridad. Mediante estas técnicas no sólo se pretende asegurar la identidad de las partes en la contratación sino también las características del objeto (en este caso el inmueble) mediante terceros que certifiquen la veracidad de la información y que intervengan en el proceso de contratación con esta finalidad.

Esta subjetividad permite distintos pronunciamientos judiciales antes distintas situaciones o incluso ante la misma situación, de ahí que la Judicatura se muestre reticente a asumir figuras de este tipo[457]. Efectivamente, los *Smart*

456. Consulta 6 de Febrero de 2.018 www.bbva.com/es/smart-contracts- "Smart contracts los contratos basados en blockchain que no necesitan abogados". Entre las plataformas que usan las tecnologías basadas en las DLT que ofrecen este tipo de servicios se encuentran Ethereum , Hyperledger, Counterparty, Rootsock o Corda del consorcio R3 (en el que participa BBVA)

457. ESTALLO POYUELO, GREGORIO Y TOBAJAS VINUESA, PAULA. E-CONTRATACIÓN. "Blockchain 2.0- Smart Contract: ¿Contratos inteligentes?". EL DERECHO.COM. 4-8-2017. Como se expone en este artículo realmente la inserción de esta figura en el ordenamiento jurídico presenta no pocas dificultades. No sólo habría que rediseñar el ordenamiento jurídico tradicional sino que además tendríamos que introducir conceptos hasta ahora

*contract* serían realmente contratos previamente diseñados de forma unilateral en los que no se ejercitaría realmente la autonomía de la voluntad entendida como negociación.

El *Smart contract* se compone de *scripts* (archivos de órdenes que se ejecutan de forma automática conforme a unos códigos que han sido previamente programados). El contrato inteligente se autoejecuta conforme a sus propios códigos que previamente han sido diseñados y programados estableciendo condiciones con carácter previo y de forma stándard. Se trataría claramente de contratos de adhesión que no sólo suprimirían cualquier tipo de libertad en la contratación "a priori" sino que, "a posteriori" y ante cualquier incidencia en el *iter* contractual generaría una clara indefensión en el adherente. Técnicamente, y, desde un punto de vista procesal, aunque se admitiera su incorporación a un procedimiento como un medio de prueba su práctica durante la vista requeriría de peritos específicos en la materia y dificultaría claramente la resolución del asunto.

Las cuestiones, problemas y suspicacias que generan estos contratos son de distinta índole. En primer lugar es cuestionable cómo se introducen los distintos datos en la cadena de bloques, quiénes son los responsables ( Protección de Datos

impropios del lenguaje y de la oratoria forense jurídica: "Con la posibilidad de aplicación de esta tecnología a la celebración de acuerdos entre partes, algunos autores vaticinan que los contratos deberán dejar de escribirse para programarse, lo cual plantea un primer escollo ya que será necesario que se generalice la comprensión no ya del lenguaje jurídico, si no del lenguaje tecnológico y de programación. También será necesario una adaptación del ordenamiento jurídico tradicional, pues en lo que al *smart contract* respecta, resuena de fondo la fórmula "code is law" de Lawrence Lessig, en su obra "Código 2.0": En el espacio real, somos capaces de reconocer de qué modo reglamentan las leyes –por medio de constituciones, estatutos y demás códigos legales. En el ciberespacio, hemos de comprender cómo regula un "código" diferente, esto es, cómo el software y el hardware, que hacen del ciberespacio lo que es, constituyen su "código". Pero además de que un estricto juicio sobre el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato probablemente nos llevaría a tener que modificar su denominación, y a pesar de que su pretensión es que queden solo al "Código del ciberespacio" (William Mitchell) o "Lex Informatica" (Joel Reidenberg), no cabe duda de que si se generalizan en el tráfico económico de algún modo deberán estar sometidos a la misma regulación que el resto de contratos sobre bienes y servicios. Y esto genera multitud de cuestiones aún por resolver, algunas de las cuales apuntamos a continuación. "

de Carácter Personal) de su tratamiento y qué clase de controles se llevan a cabo sobre la veracidad de los mismos; cómo se modifican estos datos, ya que el *blockchain* no permite la modificación de los mismos; y cuál es el papel de las compañías aseguradoras que tendrían que formar parte del proceso de contratación a los solos efectos de cubrir el riesgo constante que genera este sistema de contratación en cuanto al tratamiento de datos.

La figura del Notario, como Fedatario Público, tiene un valor importantísimo en la autorización de una escritura pública, no nos podemos conformar con una simple identificación de las partes por parte del Notario. Su labor debe ir más allá, porque si exclusivamente se limita a "dar fe de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos", bastaría con intervenir en este tipo de contratos mediante la firma digital que efectivamente daría fe de la identidad de las partes.

Resulta difícil establecer qué clase de asesoramiento debe prestar en el Notario al hipotecado, ya que un asesoramiento "proteccionista" podría representar una constante traba a la firma de escrituras lo que no sólo perjudica a la entidad bancaria sino también al Notario que, precisamente, desarrolla su actividad en torno a la autorización de escrituras públicas.

Realmente atribuir al Notario esta función puede representar una clara contraposición de intereses[458].

En el apartado correspondiente apuntamos la problemática generada por lo dispuesto en el artículo 130 LH respecto al procedimiento de ejecución directa contra los inmuebles que disponía que la ejecución hipotecaria se iniciaría con base en una escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad

458. Sobre este punto pensemos, por ejemplo, en materia de derecho hereditario, supuestos en los que se han autorizado disposiciones testamentarias en perjuicio de legítimas exclusivamente para acceder a la petición del futuro causante. En muchas ocasiones, los Notarios se "autoexoneran de responsabilidad" haciendo constar en las escrituras frases como "….de lo que ya han sido informadas las partes…" o "conforme dicen conocer las partes…" o "lo que aseveran las partes…" de tal forma que el documento público refleja un contenido del que se nos advierte que puede tener un alcance jurídico muy distinto al que resulta del su tenor literal. Por tanto, la figura del Notario debe hacer uso de la solemnidad y de la fe pública que le es inherente para que se constituya en una verdadera garantía de legalidad y no en un mero formalismo sin rigor jurídico.

sobre la base de los extremos que hayan sido recogidos en el correspondiente asiento registral en relación con la función de calificación prevista en el artículo 18 LH.

Bajo este planteamiento la escritura pública en la que se formaliza el préstamo hipotecario contiene una serie de cláusulas abusivas que son legitimadas mediante la intervención del fedatario público. Una vez autorizada la escritura accede al Registro de la Propiedad mediante el correspondiente asiento registral que recoge por aplicación de lo dispuesto en los artículos 130 LH y 18 LH de forma expresa cada una de las cláusulas que la conforman.

Respecto a la resolución anticipada del contrato declarando su vencimiento, el Proyecto de Ley establecía que sería posible cuando se produjesen nueve impagos o se hubiera impagado el 2% del capital durante la primera mitad de vida del préstamo. La medida es absolutamente insuficiente y no soluciona en modo alguno el desequilibrio contractual que genera la cláusula de vencimiento anticipado.

Conforme hemos analizado en este trabajo, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parece admitir la cláusula de vencimiento anticipado, a priori, durante la crisis económica la Jurisprudencia ha ido evolucionando y ha establecido una serie de criterios o parámetros para determinar, en el caso concreto si estamos o no ante una cláusula abusiva. Como ya he expuesto al tratar esta cuestión, es importante analizar la ejecución del contrato a la hora de determinar si esta cláusula es o no abusiva. La "proporción" es el concepto o elemento clave que nos permite dilucidar el grado de incumplimiento que debe ser puesto en relación con el contenido de las obligaciones principales pactadas en el contrato.

Si bien comparto el criterio de quienes consideran que no se puede obligar a la entidad bancaria a agotar el plazo pactado de duración del contrato aunque

se impaguen cuotas[459] no comparto que establecer un límite de 3 cuotas impagadas (como hasta entonces consideraba la Jurisprudencia), un límite de 9 cuotas impagadas frente a un total de 360 cuotas hipotecarias que tiene una hipoteca con una duración media de 30 años, o del 2% del capital que representa 5.000 de un capital total de 250.000 euros, sea realmente un límite equitativo que permita declarar el vencimiento anticipado y la resolución del contrato[460].

A pesar de que la Directiva habla de la finalidad de reforzar la transparencia y el equilibrio entre las partes, las medidas adoptadas no representan, ningún cambio significativo que pueda paliar en un futuro los efectos derivados del impago de la hipoteca.

Aunque la Directiva únicamente se circunscribe a los consumidores, el Proyecto de Ley hablaba también de los autónomos, lo que ha sido reconocido por la Jurisprudencia. Realmente la condición de empresario o profesional no influye en la contratación ya que también en estos supuestos la autonomía de la voluntad se encuentra limitada. Un profesional o un empresario no tiene la capacidad de imponer a la entidad bancaria determinadas condiciones contractuales, y se ve en la necesidad de firmar un contrato, aun sabiendo de su abusividad, si quiere obtener financiación.

El Proyecto de Ley dispone límites a la comisión de cancelación pero lo cierto es que, aunque positiva para el prestatario, no constituye una medida relevante a

459. Es decir, si la hipoteca tiene una duración de 40 años no se puede obligar a una entidad bancaria a soportar 40 años de impagados. Este tratamiento jurídico de lo que es un incumplimiento contractual prescindiría totalmente del criterio de la proporcionalidad que es el más justo, en definitiva.

460. Durante la segunda mitad del préstamo el Proyecto de Ley amplíaba el límite a 12 cuotas impagadas y un impago del 4% del capital prestado. Ciertamente estos otros límites previstos para la segunda mitad del préstamo son aún más desproporcionados si cabe, teniendo en cuenta que las cantidades pagadas por el prestatario serán previsiblemente muy superiores. En una hipoteca media de una duración de 30 años un incumplimiento en el segundo periodo de vida de la hipoteca representa un incumplimiento después de estar 15 años pagando la cuota hipotecaria. Volviendo al ejemplo de un capital prestado de 250.000 euros el 4% representaría 10.000, es decir que una cantidad así sería suficiente para provocar el vencimiento anticipado aunque el prestatario haya estado 15 años pagando la cuota hipotecario.

efectos de paliar las consecuencias de una imposibilidad de pago. La amortización anticipada presupone una solvencia y liquidez inmediata que supone la posibilidad de "adelantar" el pago de una deuda diferida en un plazo medio de 25 a 30 años lo que se aleja bastante de las situaciones que se han venido produciendo durante la crisis y de los supuestos de ejecución hipotecaria comunes.

El Proyecto de Ley trataba de incentivar también la conversión a tipos fijos en los préstamos inmobiliarios mediante la reducción de comisiones y de aranceles de notarios y registradores.

La Directiva prohíbe la venta de productos vinculados. Respecto a esta medida la normativa permite a la entidad bancaria plantear al consumidor ofertas alternativos con o sin productos asociados[461].

La nueva Ley de Crédito Inmobiliario pretende mejorar la transparencia en la contratación y por este motivo establece la obligación precontractual para el prestamista de entregar al cliente, con una antelación mínima de siete días respecto a la firma del contrato, documentación detallada sobre oferta vinculante para la entidad en aquellas cuestiones más relevantes desconocidas en la mayoría de los casos por los prestatarios ( contenido de las cláusulas, evolución de la cuota en función de los tipos de interés y la evolución del mercado hipotecario y los seguros asociados). El Notario deberán informar durante esos primeros días a la firma del contrato con carácter gratuito y verificar que el prestatario comprende las consecuencias jurídicas y económicas del contrato que va a firmar y así lo hará constar en un acta. Este requisito se configura como una condición para que el

461. Lo cierto es que aunque la entidad bancaria no imponga de forma expresa al consumidor la contratación de productos vinculados, a efectos prácticos, el resultado es el mismo cuando se ofrece al cliente un interés variable más un diferencial alto que se podrá rebajar mediante la contratación de distintos productos bancarios. Se ofrece al cliente la contratación de distintos productos financieros y se rebaja el diferencial por cada contratación que se realiza. La suma del coste anual de cada producto financiero representa un incremento de gasto importante para la economía familiar que resta liquidez al pago de la cuota hipotecaria. Este aspecto debemos ponerlo en relación con el llamado sobreendeudamiento familiar y la educación financiera.

Notario autorice la escritura[462]. Esta medida tan solo contribuirá a reforzar la actuación de la Banca que se considerará legitimada en su actuación gracias a la intervención del Fedatario Público.[463]

Aunque existe una tendencia a la creación de códigos de buenas prácticas o de protección "aparente" del consumidor mediante la configuración del derecho a la información, resulta evidente que las distintas iniciativas no son suficientes para garantizar la defensa del consumidor[464].

462. El hecho de que el Notario informe sobre los extremos referidos no es una medida que proteja al consumidor porque lo único que protegería al consumidor es que directamente no se permitiese la inclusión de determinados tipos de cláusulas por imperativo legal. Si se permite la inclusión de cualquier contenido en el contrato, la lectura del Notario legitimará cualquier desequilibrio entre las partes, y con posterioridad se argumentará por las entidades bancarias que las partes "conocían lo que hacían, que fueron informados por Fedatario Público y que actuaron en libre ejercicio de la autonomía de la voluntad". Esta medida no protege de ninguna forma al prestatario que necesita la financiación y que aceptará las condiciones (sean las que sean, aun cuando conozca su abusividad) porque actuará movido por la necesidad. Sería más lógico que desde las Administraciones Públicas se controlase "de oficio" que las entidades bancarias cumplen unos stándares en la contratación que garanticen la igualdad de las partes.
463. Como analizamos en el apartado relativo al análisis de las distintas causas de oposición a la ejecución previstas en el artículo 695 LEC y su evolución durante la crisis económica, las entidades bancarias alegaban en las comparecencias del artículo 695 LEC que determinadas cláusulas no podían ser consideradas nulas porque el Notario informó debidamente a los prestatarios del contenido de la escritura y aceptaron la firma de la misma.
464. La CNMV aprobó el 12 de Marzo de 2.018 la Circular 1/2.018 sobre información de los productos financieros complejos. La CNMV pretende con esta Circular que las acciones bancarias se vendan como productos financieros complejos. De la misma forma que la Ley de Crédito Inmobiliario, se crea de forma expresa una fase precontractual con la que se pretende salvar el derecho de información del cliente estableciendo un trámite previo a la suscripción en virtud del cual se informa al cliente-inversor de los "riesgos" de la operación. La principal novedad de esta Circular es que se configuran las acciones de los bancos como productos de riesgo. La disposición legal expresa de este tipo de trámites más que garantizar una correcta configuración del consentimiento tiene la finalidad de legitimar la figura contractual e impedir ulteriores reclamaciones ante los Juzgados. Por tanto, más que ser una forma de proteger al consumidor o el inversor minorista, es una forma de proteger a las entidades bancarias que con cumplimentar un trámite meramente formal se garantizan la defensa ante una posible reclamación judicial futura.

**1.2. Especial mención a La Ley 57/ 1.968, de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y su actual interpretación en defensa de los consumidores: la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 2.015.**

La Ley 57 /1.968, de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, es una norma especial por sus características y por la época en la que se aprobó.

A pesar de que fue aprobada en 1.968, prácticamente, diez años antes de que se aprobara nuestra Constitución, introdujo un mecanismo de defensa para el comprador, que aún hoy continúa vigente.

La crisis inmobiliaria de 2.008 provocó que la Ley 57/1.968 tuviera una especial relevancia como mecanismo de protección del consumidor con motivo de los altos precios de la vivienda y del aumento considerable de promociones de vivienda nueva. La llamada vivienda comprada "sobre plano" implicaba la entrega de cantidades entregadas a cuenta a la promotora o a la constructora durante el proceso de construcción hasta la entrega de las llaves de la vivienda en la que normalmente se producía una subrogación del adquirente en el préstamo hipotecario del vendedor.

Cuando la crisis inmobiliaria empezó a exteriorizar sus efectos, muchas de las entidades promotoras o constructoras empezaron a incumplir las condiciones pactadas en el contrato de compraventa: en unos casos porque las viviendas se entregaron con un retraso considerable y, en otros, porque ni tan siquiera llegaron a entregarse.

En los casos en los que la vivienda era entregada con retraso, la Jurisprudencia tuvo que analizar si el retraso era los suficientemente importante como para considerarlo un incumplimiento contractual total que habilitase la

resolución contractual, o por el contrario, debía aplicarse el principio de conservación de los contratos. Una vez resuelto el contrato, judicial o extrajudicialmente el adquirente podía recurrir al avalista para recuperar las cantidades entregadas a cuenta durante el proceso de construcción conforme a la protección dada por la Ley 57 / 68.

En muchos de estos casos, la empresa promotora o constructora había sido declarada en concurso de acreedores o incluso, se daban supuestos en los que la empresa desaparecía del tráfico jurídico "de facto" sin llevar a cabo ninguna de las obligaciones legalmente exigidas a las sociedades en estos supuestos.

En este contexto, la evolución de la Jurisprudencia, repara también en esta Ley e introduce una serie de interpretaciones en los términos que a continuación se exponen.

**1.2.a. La nueva interpretación del incumplimiento contractual en los supuestos de retraso en la entrega de la vivienda: la sustitución del art. 1.124 Cc por el art. 3 de la Ley 57 / 68 en la STS de 20 de Enero de 2.015.**

Hasta la STS de 20 de Enero de 2.015, la Jurisprudencia venía analizando la resolución contractual en supuestos de retraso en la entrega de la vivienda, conforme a los parámetros del art. 1.124 Cc, entrando a valorar, en cada supuesto, la relevancia o alcance del incumplimiento para establecer o no la resolución contractual como consecuencia jurídica del mismo[465].

465. El mero incumplimiento de la fecha de entrega de la vivienda no implicaba de forma automática un incumplimiento contractual. Sobre los elementos que se valoraban para determinar la procedencia de la resolución contractual véase la STS de 12 de Abril de 2.011, Rec. 2.100 /2.007; respecto al retraso en la entrega sin haber pactado que se tratase de un término esencial; y, en el mismo sentido, las SSTS de 5 de Abril de 2.006, 22 de Diciembre de 2.006 y 3 de Diciembre de 2.008, Rec. Nº 2.919 /2.002; respecto a la frustración de las expectativas de la parte perjudicada véase las SSTS de 25 de Junio de 2.009, Rec. Nº 2.694/2.004 y de 12 de Abril de 2.011, Rec. 2.100 / 2.007; y, sobre al valor del plazo pactado la STS de 17 de Diciembre de 2.008, Rec. Nº 2.241 /2.003, y la STS de 28 de Junio de 2.012).

La STS de 20 de Enero de 2.015, dictada por el Pleno, supone un cambio en la interpretación de la resolución contractual en este tipo de contratos. Si bien, hasta la fecha, en los supuestos de entrega con retraso de la vivienda el adquirente podía solicitar la resolución contractual, lo cierto es que existía cierta reticencia en los Juzgados, al inicio de la crisis económica, a apreciar un incumplimiento contractual total que habilitase o permitiese la resolución.

En este punto, el Juzgador entraba a valorar el tipo de incumplimiento alegado y el retraso con relación al plazo inicialmente pactado para la entrega de la vivienda así como las causas del retraso, lo que colocaba al adquirente en situaciones de indefensión. Durante un tiempo, la Jurisprudencia obligaba al adquirente a "soportar" un retraso considerable en la entrega de la obra para poder obtener en el Juzgado la resolución contractual prevista en el art. 1.124 Cc[466].

Sin embargo, la STS de 20 de Enero de 2.015 ya no se basa en el art. 1.124 Cc para analizar y resolver la cuestión relativa a la resolución contractual sino en el art. 3 de la propia Ley 57 / 68. El artículo 3 de la Ley 57 /68 establece un incumplimiento contractual total ante cualquier tipo de retraso, independientemente de que sea más o menos relevante.

Un primer cambio en la interpretación Jurisprudencia de la Ley 57 / 68, con motivo de la crisis económica y de la evolución de la misma es el relativo a la consideración de incumplimiento contractual que ya no se basa en la Teoría general de las obligaciones y los contratos y en el art. 1.124 Cc sino que aplica el

466. Respecto a la resolución contractual y al art. 1.124 Cc véase las STS de 14 de Junio de 2.011, Rec. 369/ 2.009 y la STS de 9 de Julio de 2.007, Rec. 2.863/2.000, sobre la consideración del incumplimiento contractual, y qué circunstancias deben concurrir para que sea posible la resolución contractual, entrando a valorar también conceptos como la mora pero no necesariamente la resolución contractual conforme a los arts. 1.100 Cc, 1.101Cc, 1.096 Cc y 1.182 Cc.

art. 3 de la Ley 57 /68 operando una resolución casi automática en los supuestos de incumplimiento por el retraso en la entrega de la vivienda[467].

La STS de 23 de Marzo de 2.015 analiza si en el supuesto de que la resolución contractual sea acordada por ambas partes el comprador puede exigir las cantidades entregas a cuenta a la entidad que hubiera constituido la garantía en los términos de la Ley 57 /68. La Sentencia se remite a los arts. 1, 2, 3 y 4 de la Ley y al cambio de interpretación del art 3 de la Ley 57 /68 que realiza la STS de 20 de Enero de 2.015 ( cambiando el criterio fijado en la STS de 9 de Junio de 1.986) y considera que la extinción del contrato por mutuo disenso extingue también la garantía de las cantidades entregadas a cuenta fijadas en la Ley siempre y cuando sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o si ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda".

467. La STS de 20 de Enero de 2.015 considera incumplimiento por retraso de entrega de la vivienda cualquier retraso, sin que sea preciso que se trate de un incumplimiento calificado como esencial en los términos del art 1.124 Cc, pero establece como límite que el adquirente no haya sido requerido para otorgar escritura pública: " el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57 / 68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la Sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de Mayo de 2.014 (Rec. 328 /2.012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de la escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega". Esta previsión por parte del Tribunal parece lógica conforme al principio de buena fe en los contratos ya que lógicamente si el comprador tiene conocimiento, porque se le ha requerido, de que se ha puesto a su disposición la entrega de la vivienda, instar una resolución contractual será actuar de mala. Respecto a la buena fe el TS expone, no obstante, la especial aplicación del art. 3 de la Ley 57 / 68, expone conforme nueva interpretación que "La doctrina que se asienta en la presente Sentencia no excluye que la "rescisión" o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador".

**1.2.b.La interpretación respecto a la protección otorgada por la Ley al consumidor y la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial.**

La Ley 57 /68 establece la obligación de constituir una cuenta bancaria especial al objeto de que se depositen en la misma las cantidades que el adquirente vaya pagando a cuenta durante el proceso de construcción de la vivienda.

Así configurada, esta obligación parecía constituir una "*conditio sine quan non"* para recuperar las cantidades entregadas, sin embargo, era muy común que el adquirente iniciase los correspondientes pagos durante el proceso de construcción sin que se constituyese dicha cuenta especial.

La STS de 13 de Enero de 2.015 reinterpreta esta Ley en defensa de los intereses del consumidor concluyendo que no se puede condicionar la restitución de las cantidades al adquirente al ingreso de las mismas en la cuenta especial.

Conforme a la interpretación de la STS de 13 de Enero de 2.015, la obligación impuesta en el art. 2 de la Ley 57 / 68, la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta bancaria especial, es exigible exclusivamente al promotor- vendedor, y, por otra parte, dada la irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el art. 7 de la Ley 57 / 68 impide que se pueda pactar que la obligación de ingresar las cantidades en una cuenta especial es del comprador.

La Sentencia del Tribunal Supremo va más allá en la interpretación literal de la norma y la interpreta conforme al tiempo y a las circunstancias que concurren en la situación que la Banca tenía en el año 2.015 y que venía desarrollándose desde la Crisis de 2.008, y, en el contrato de compraventa de vivienda en construcción.

La nueva interpretación de la Jurisprudencia en esta Sentencia constituye una responsabilidad casi objetiva del Banco que interviene en una operación de

financiación en los casos de entrega de cantidades a cuenta en compraventa de viviendas en construcción.

La mera intervención de la entidad Bancaria la constituye en garante de la operación de tal forma que no sólo existe una obligación de que se constituya una cuenta bancaria especial en la que se efectúen los pagos a cuenta sino que se impone a la entidad bancaria la obligación de asegurarse de que así sea. La entidad bancaria se constituye en avalista tanto si se asegura de la existencia de una cuenta especial para el ingreso de las cantidades anticipadas como si no cumple esta obligación.

Posteriormente, la STS nº320 /2.019, de 5 de Junio de 2.021 y la STS nº200 /2.021 de 13 de Abril de 2.021[468] consideraron que las acciones previstas en la Ley

468. STS Nº200 /2.021, de fecha 13 de Abril de 2.021, Sala de lo Civil, Recurso nº1.667 / 2.018. resuelve un supuesto en el que se ejercitan dos acciones, es decir, se exigen dos tipos de responsabilidades distintas. La demandante interpone demanda de juicio ordinario en reclamación de las cantidades anticipadas a cuenta en la compraventa de una vivienda en construcción contra una entidad bancaria. La entidad bancaria demandada y la promotora suscribieron un documento denominado "Línea de Riesgo para la Constitución de Fianzas y Régimen de Contragarantía "(sin fiadores) que tenía por objeto garantizar las entregas a cuenta de los adquirentes de viviendas. La entidad promotora fue declarada en concurso de acreedores voluntario antes de finalizar y entregar las viviendas por lo que el contrato de compraventa no se cumplió y la demandante simplemente obtuvo el reconocimiento de su crédito (correspondiente a las cantidades entregas hasta la fecha) en el procedimiento concursal. La compradora presentó escrito en el procedimiento concursal manifestando su voluntad de resolver el contrato de compraventa con la promotora concursada por incumplimiento contractual. Posteriormente, y, una vez reconocido el crédito en el procedimiento concursal y resuelto el contrato de compraventa, la compradora interpuso demanda contra la entidad bancaria por su doble condición de avalista colectiva y receptora de las cantidades entregadas a cuenta : primero, consideraba cubiertas las cantidades por la póliza general colectiva independientemente de que las cantidades hubieran sido o no depositadas en la cuenta especial; y, segundo, el contrato había sido resuelto extrajudicialmente por incumplimiento contractual al incumplir la promotora la obligación de entregar la vivienda. La entidad bancaria se opuso considerando que no era aplicable la Ley 57 / 1.968, por no haber acreditado que la compra fuese destinada a satisfacer una necesidad primaria de vivienda permanente o temporal, y que, en cualquier caso no se daban los requisitos exigidos por la Ley para exigir responsabilidad al banco ni como avalista ni conforme a lo dispuesto en el art. 1.2º por considerar que no se había probado la existencia del contrato, ni la realización de los pagos. Respecto a la prueba documental, si bien la Sentencia hace alusión a la falta de aportación de dichos documentos en juicio ordinario, debemos tener en cuenta que fue el Juez de lo Mercantil el que reconoció el crédito en el concurso de acreedores y quien efectivamente constató la concurrencia de dichos hechos y circunstancias, por lo que,

57 /68 deben tener el plazo de prescripción previsto para las acciones personales en el art. 1964.2 Cc y no resulta de aplicación lo previsto en el art. 23 LCS respecto al plazo de ejercicio de las acciones contra los avalistas.

La interpretación de la Ley 57/68 incide en la contratación bancaria y altera el régimen de responsabilidades en los garantes de las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción, modificando no sólo el contrato de compraventa, en cuanto a los efectos de la resolución contractual por incumplimiento de contrato, sino también el contrato de fianza o aval que se superpone a la compraventa, alterando las obligaciones hasta ahora impuestas a la Entidad Bancaria.

### 1.3. La modificación del contrato por alteración sustancial de las circunstancias: cláusulas *rebus sic stantibus versus* principio *pacta sunt servanda*.

La evolución de la crisis económica provocó una evolución en la contratación bancaria como consecuencia de la alteración sustancial de las circunstancias que originiariamente se pactaron por las partes.

En este apartado analizaremos la interrelación que se produce entre las llamadas "claúsulas rebus sic stantibus" y el "Principio pacta sunt servanda". El principio "pacta sunt servanda" se vincula claramente al principio de seguridad jurídica y de legalidad, pero la conservación de estos dos principios no siempre garantiza el cumplimiento de la equidad de prestaciones entre las partes y la idea

ciertamente es innecesario acreditar dichos extremos nuevamente. Respecto a al ejercicio de las acciones la Sentencia expone que: " la Sentencia infringe la Jurisprudencia de esta Sala porque a partir de la Sentencia de pleno 320/2019, de 5 de junio, se fijó doctrina en el sentido de que las acciones contra los garantes comprendidos en la Ley 57/1968, ya fueran aseguradores, ya avalistas, estaban sujetos al plazo general de prescripción de las acciones personales establecido en el art. 1964.2 CC. "

de justicia, que como apuntamos al inicio de este estudio, debe presidir todo el ordenamiento jurídico.

Las llamadas "cláusulas rebus sic stantibus" aparecen como correctivos en los que el principio "pacta sunt servada" puede ser una manifestación del principio de legalidad y de seguridad jurídica pero no una una garantía de justicia ni equidad en las relaciones contractuales[469].

En el ámbito de la contratación bancaria, y, concretamente en los préstamos hipotecarios, la mera alteración de alguno de los elementos o circunstancias esenciales del contrato no conlleva "per se" la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", ya que, en la dinámica contractual las partes asumen riesgos que son inherentes a la intervención en los mercados.

Los cambios que incidan en la dinámica contractual para que permitan la aplicación de la claúsula "rebus sic stantibus", deberán ser sustanciales, no previsibles e ir más allá de lo que razonablemente se pudiera haber previsto por las partes.

La evolución de la Jurisprudencia desde el inicio de la crisis económica y la interpretación que se ha dado a los contratos pone de manifiesto que no es una cláusula de fácil aplicación, y que, ciertamente, existe una clara reticiencia a contravenir lo pactado lo pactado entre las partes.

469. ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, Y MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA. "La Moderna configuración de la cláusula Rebus sic stantibus. Desarrollo de la nueva Doctrina Jurisprudencial aplicable al derecho comparado". Segunda Edición. Ed. Thomson Reuters Civitas. Pamplona, 2.017, p. 26. Veáse las referencias a los distintos ordenamientos jurídicos que contemplan instituciones contractuales que sea aplican como "correctivos" por así llamarlo, de la dinámica contractual en los casos en los que la alteración sustancial de las condiciones provocan un quebranto de la equidad entre las partes ( los autores citan doctrinas como la "doctrina de la pérdida de la base del negocio en Alemania (Wegfall der Geschäftsgrundlage), la doctrina de la frustración del contrato en el Common Law (frustration of contract), o la cláusula "rebus sic stantibus" en España que plantean soluciones a la equidad como la resolución contractual, o la adaptación o renegociación del contrato.

En el ámbito de la contratación bancaria, ese reticencia ha venido determinada en buena medida, por la incidencia que tiene la contratación bancaria en el sistema financiero.

Sin embargo, las modificaciones contractuales que se han producido a través de resoluciones judiciales y de normas que se aprobando con carácter de urgencia tienen su origen en la crisis económica y financiera, que es la causa que no aparecía como previsible por las partes.

Un elemento fundamental en este tipo de relaciones contractuales es que se trata de contratos cuya ejecución se prolonga a lo largo del tiempo, de obligaciones de tracto sucesivo esta circunstancias, nos obliga, a mi juicio a establecer mecanismos de "reajuste" de las obligaciones contractuales durante la ejecución del contrato.

A la hora de aplicar la cláusula "rebus sic stantibus" nos encontramos también con una institución propia de nuestro derecho de obligaciones como es la llamada "causa de fuerza mayor". Pero, lógicamente, la aplicación de estos criterios debe ser restrictiva, precisamente para preservar el principio de legalidad y de seguridad jurídica.

El concepto de imprevisión permite reajustar las obligaciones en los contratos cuando aparezcan causa que eran imprevisibles en el momento en el que se obligaron las partes con la diligencias que les era exigle a los contrantes.

En el caso del Derecho Español, la clásula "rebus sic stantibus" se utiliza como correctivo en la contratación para reestablecer el equilibrio entre las partes cuando por circunstancias imprevisibles ha desaparecido de la relación contractual. Aunque en el Derecho Romano se aplicaba con carácter excepcional la corrección de estos desequilibrios en la contratación, no existía la llamada "cláusula rebus sic stantibus"[470]. No obstante su falta de reconocimiento en el Cc

470. ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, Y, MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA. Íbidem, p. 78. Esta cláusula, como tal, no existía, en el Derecho Romano y tiene su origen en el Derecho Canónico. Su fundamento se basa en que, en el caso de contratos, cuya ejecución

español, la Jurisprudencia española sí ha reconocido dicha cláusula y su aplicación en la contratación.

Para la apreciación de la aplicación de dicha cláusula la Jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.Que se trate de un contrato de cuya ejecución se prolonga en el tiempo (contrato con obligaciones de tracto sucesivo o de ejecución diferida).

2.Que se produzca una alteración de las circunstancias que motivaron a las partes ( es, decir, una alteración de la base del negocio jurídico) de forma sobrevenida al momento en el que se firmó el contrato, e imprevisible, conforme a la diligencia que le era exigible a las partes en el momento en el que pactaron el contrato. En este punto debe precisarse que se excluyen de su aplicación los contratos aleatorios en los que el concepto de riesgo fue asumido por las partes e integrado en el contrato.

En cuanto a las causas que pueden considerarse imprevisibles, a los efectos que nos ocupan, se plantea si la crisis económica o la subida de tipos de interés, podían o no considerarse imprevisibles. La Jurisprudencia no considera que las fluctuaciones económicas puedan ser consideradas circunstancias imprevisibles ya que considera que son previsibles y que para reducir los efectos de la devaluación monetarios existe la posibilidad de pactar "cláusulas de estabilización"[471].

---

se prolonga en el tiempo, las circunstancias que motivaron los pactos entre las partes deben prevalecer durante toda la vida del contrato. En el Código Napoleón no se recoge la cláusula "*rebus sic stantibus*" porque los codificadores consideraron que el principio de autonomía de la voluntad debía permanecer inalterable durante toda la ejecución del contrato, y, lo que no se ha pactado en el contrato no forma parte del contrato. De esta forma se excluía cualquier elemento que pudiera no estar contemplado en el tenor literal del contrato. La influencia del Código Civil francés en el proceso de codificación español justifica el hecho de que nuestro Código Civil recoja en el art. 1091 el principio "*pacta sunt servanda*" pero, no contemple la cláusula "*rebus sic stantibus*".

471. ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, Íbidem, p.89. Cita las STS de 14 de Diciembre de 1.940 ( RJ 1949, 1135), sobre un contrato de explotación minera; STS 26 de Marzo 1.963 ( RJ 1963, 2120), sobre el aprovechamiento de las aguas en una acequia por una Comunidad de Regantes; STS de 31 de Noviembre de 1.963 ( RJ 1940, 4262), sobre un contrato de arrendamiento de minas celebrado entre las partes, entre otras. Las llamadas

En cuanto a las circunstancias sobrevenidas, no puede tratarse de circunstancias que sean imputables a una de las partes[472]. Es decir, las circunstancias que impidan el correcto devenir del contrato no pueden traer causa de un incumplimiento motivado por una actuación negligente de alguna de las partes: por el incumplimiento de prestaciones que fueron contraídas con conocimiento de causa cuando se conformaron las obligaciones.

Otro concepto a la hora de tener en cuenta la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"[473] es lo que se ha denominado la "excesiva onerosidad sobrevenida"

"cláusulas de estabilización" atienden más a la actualización de valores nominales que fluctúan en el transcurso del tiempo como, ocurre, por ejemplo, en el caso de las actualizaciones de renta en los contratos de arrendamientos urbanos.

472. ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, Íbidem, p. 95 a 98. En este sentido, véase las SSTS en las que se rechaza la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" por considerar que el incumplimiento del contrato se produce por causas imputables a una de las partes: SSTS de 19 de Abril 1.985 ( RJ 1985, 1804), de 17 de Mayo de 1986 ( RJ 1986)2725), de 15 de Marzo de 1994 ( RJ 1994, 1784), de 15 de Marzo de 1994 ( RJ 1994, 1784), de 19 de Noviembre de 1994 ( RJ 1994, 8539), de 4 de Julio de 1.996 ( RJ 1996, 5881), de 10 de Febrero de 1997 (RJ 1997, 665), de 15 de Noviembre de 2.000 ( RJ 2000, 9214), de 17 de Noviembre de 2.000 (RJ 2000, 9343), y de 1 de Junio de 2.010 ( RJ 2010, 2661).

473. La STS Nº 227/2.015, de 30 de Abril de 2.015, sobre la Doctrina *"rebus sic stantibus*" consideró en un supuesto de compraventa de vivienda "sobre plano", adquirida con fines especulativos, que no cabía la resolución contractual por el hecho de que el precio de la vivienda sí hubiese bajado y se hubiera detenido la tendencia alcista del mercado (Fundamento Jurídico Décimo):"DÉCIMO.- Formulación del sexto motivo del recurso de casación.1. El sexto y último motivo del recurso de casación se encabeza así: "Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.3º LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Infracción de los arts. 7, 1.105 y 1.258 del Código Civil y la regla "*Rebus Sic Stantibus et Aliquo de Novo Non Emergentibus*". Existencia de interés casacional por vulnerar la sentencia recurrida la doctrina contenida en las SSTS 17 nov. 2.000, 28 de dic. 2.001 y 17 de Enero de 2.013".2. El motivo se desarrolla entre las páginas 89 y 109 del recurso, y tras una transcripción parcial de la Sentencia de esta Sala núm. 820/2.013, de 17 de Enero de 2.014, se solicita una revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la cláusula "rebus sic stantibus" [estando así las cosas]. Alega el recurrente que cuando se firmó el contrato de compraventa de vivienda, en mayo de 2.006, nada hacía presagiar la grave crisis económico-financiera que se avecinaba, pues ese mismo año el recurrente compró y vendió algunos inmuebles, obteniendo un beneficio superior a los 100.000 euros, mientras que en 2.008 sólo pudo vender un inmueble, con un beneficio de 7.603.79 euros. Que el recurrente vivía de la compraventa de inmuebles, por lo que la paralización del mercado inmobiliario por la crisis económica le supuso una total ausencia de ingresos, pese a lo cual tuvo que seguir haciendo frente a los préstamos solicitados en su día para adquirir los inmuebles de cuya venta vivía. Ello habría supuesto, según el recurrente, una alteración sustancial e imprevisible de las circunstancias tenidas en cuenta por el recurrente cuando celebró el contrato". En el

que no es otra cosa que un desequilibrio rotundo e inasumible, que opera en perjuicio de una de las partes, y que es totalmente contrario a los principios básicos de la contratación como la equidad y la buena fe.

Fundamento Jurídico Undécimo la Sala resuelve la improcedencia de aplicar la Doctrina "*rebus sic stantibus*" considerando que el deudor debía prever las fluctuaciones del mercado y que, además, actuó en el mercado con fines especulativos. La interpretación que la Sala realiza de la Doctrina sanciona, de alguna manera, la intervención en el mercado con fines especulativos, por lo que consideramos, que, tal interpretación no debe aplicarse al consumidor cuando se trata de su vivienda habitual. En este sentido, explica la Sentencia los motivos por los que la intervención en el mercado con fines especulativos excluye la aplicación de la Doctrina (Fundamento Jurídico Undécimo):"1.- Como el propio recurrente ha puesto de manifiesto en su recurso, la reciente Jurisprudencia de esta Sala, ha tratado la doctrina "*rebus sic stantibus*" y ha sentado unas conclusiones que no es posible modificar en esta sentencia.2.- La Sentencia de esta Sala, invocada y parcialmente transcrita por el recurrente (núm. 820 /2.013, de 17 de Enero de 2.014) trataba justamente la cuestión de la aplicación de la doctrina "*rebus sic stantibus*" en el caso de la compraventa de vivienda sobre plano en la que el comprador alegaba que el cambio sobrevenido de circunstancias le impedía obtener la financiación necesaria para pagar el precio que quedaba por abonar. En dicha Sentencia se hacía referencia, asumiendo su doctrina, a otra Sentencia anterior, la núm. 568/2.012, de 1 de octubre, que rechazaba la aplicación de la Doctrina "*rebus sic stantibus*", a un caso similar porque el deudor debía prever las fluctuaciones del mercado, y se apreció que la empresa compradora actuó con una finalidad especulativa. Se razonaba en este sentido que los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no puede intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pera repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe. *3.-…Concurren varias de las circunstancias que la sentencia de esta Sala núm. 820/2.013, de 17 de Enero de 2.014, mencionaba para justificar que no procediera la aplicación de la doctrina "rebus sic stantibus": la vivienda adquirida estaba destinada a una operación especulativa (su rápida venta en la expectativa de que los precios seguirían subiendo como lo habían hecho hasta ese momento); el comprador era, en aquel momento, un profesional del mercado inmobiliario, siquiera fuera en este tipo de operaciones especulativas; el comprador, cuando compró la vivienda, ya estaba fuertemente endeudado como consecuencia de la concertación de numerosos contratos de compra sin contar con recursos suficientes para pagar el precio, confiado en que se procedería a la venta de las viviendas antes de tener que pagar el grueso del precio pendiente de pago por el rápido incremento de los precios.4.-Asimismo, la Sentencia núm. 333/2.014, de 30 de Junio, estableció como otro de los criterios a tomar en consideración para aplicar la doctrina "rebus sic stantibus" por cambio de circunstancias lo que denominó "el riesgo normal inherente o derivado del contrato", esto es, los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, ya por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato".*

Lo que denominamos excesiva oneridad sobrevenida permite establecer límites a la exigibilidad del cumplimiento pactado, pero debemos distinguirla de la imposibilidad económica del cumplimiento.

En la doctrina española hay un sector doctrinal que distingue entre imposibilidad subjetiva y objetiva[474] mientras que existe otro sector doctrinal, niega que se puedan equiparar los efectos de la imposibilidad subjetiva y objetiva.

## 2. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO.

Para entender el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda, y la incidencia del derecho a la vivienda en el contrato, debemos reflexionar sobre el origen y naturaleza jurídica del Derecho a la Vivienda.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978 el derecho a la vivienda se consagra en el art. 47, pero su ubicación en Texto Constitucional no ofrece dudas: se trata de un derecho subjetivo, no de un derecho fundamental. Forma parte de los llamados Principios Rectores de la Política Social y Económica, y, en consecuencia, debemos concluir que la exigibilidad de este Derecho no es oponible *inter partes,* en relaciones jurídicas sujetas al derecho privado, como es el contrato bancario, sino frente a las Adminstraciones Públicas, a quien compete,

474. ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "La moderna configuración de la cláusula Rebus sic Stantibus". Íbidem, p. 108. Cita como autores que sostienen la existencia de una imposibilidad objetiva y subjetiva a ESCARDA Y DE LA HOZ, y a CRISTÓBAL MONTÉS, y, entre los autores que no reconocen una equiparación de efectos entre la imposibilidad objetiva y subjetiva, a BALSODA COLL, a BADENES y a BORRELL SOLER.

sin lugar a dudas, garantizar el derecho a la vivienda en los términos en los que se consagró en la Consitución Española.

Hasta el inicio de la Crisis de 2.008, las Administraciones asumieron esta obligación dentro del Derecho Público, del Derecho Administrativo. La necesidad de vivienda se cubría a través de Leyes que creaban parques públicos de vivienda, y a través de Planes Nacionales de Vivienda y a través de la transmisión de la propiedad.

La Administración asumía la creación de vivienda en condiciones ventajosas distinguiéndola en el marcado de las llamadas viviendas de "renta libre" y, además, ofrecía fórmulas de financiación ventajosas, que suponían un privilegio frente a las condiciones de financiación ofrecidas al resto de ciudadados, siendo no sólo las viviendas protegidas por el Estado en cuanto a su precio, sino también en cuanto a su financiación.

Como consecuencia de lo anterior, debemos distinguir claramente el derecho a la vivienda inserto en el ámbito del Estado Social, de las políticas sociales y de la protección de ciudadanos en situación de vulnerabilidad, del ámbito del derecho a la vivienda adquirida en el libre mercado por quienes han podido acceder a ellas sin la intervención del Estado.

En el primer caso, la conclusión sería que el derecho a la vivienda no se articularía mediante financiación para la adquisición porque no existía adquisición de la propiedad, por lo que el contrato bancario quedaría excluído en este ámbito.

La financiación únicamente operaría en los sujetos intervinientes en los procesos de construcción de vivienda pública, en los que se encontrarían, primero, las propias Administraciones, y, segundo las empresas que asumieran el proceso de construcción.

En estos casos, los contratos bancarios, evidentemente, no tendrían las mismas características que el contrato bancario que firma un ciudadano para poder adquirir una vivienda como destinatario último del proceso de construcción.

Respecto a la financiación de las Administraciones, huelga decir que la aplicación de las normas es muy relativa, ya que, las normas se "flexibilizan" considerablemente cuando de una Administración se trata.

Respecto a las empresas intervinientes en el proceso de construcción, tampoco el contrato bancario de financiación para la construcción presentaría las mismas características, y, ello por cuanto el plazo de ejecución del contrato es sustancialmente inferior al del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisicón de vivienda.

En el caso de los promotores o constructores, el plazo de realización de una obra es de dos años aproximadamente. La financiación podría requerir algo más de tiempo, por ejemplo, cinco años, si previamente se tuviera que adquirir el solar y las tramitaciones administrativas demorasen el inicio de las obras. Pero la financiación en estos casos se limitaría a un periodo de 5 o 2 años.

Sin embargo, en el ámbito de la adquisición de vivienda de renta libre, en el caso del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en el ámbito de la renta libre, el plazo de ejecución medio de duración de una hipoteca podría ser de 30 años, lo que hace necesaria una revisión del contrato y una adecuación del mismo conforme avanza su ejecución en el tiempo.

**2.1. Estudio de algunas cuestiones relevantes en torno a los principios que rigen el contrato y su tratamiento en la ejecución.**

**2.1. a. El "principio de responsabilidad patrimonial universal previsto en el artículo 1.911 del Código Civil y la imposibilidad de satisfacer el importe de la deuda a través del procedimiento de ejecución hipotecaria.**

Como sabemos la garantía hipotecaria se constituye mediante la firma de un contrato (en escritura pública) en el que se contienen condiciones generales de

gran transcendencia para la vida del contrato, y, en especial, para la parte más débil que es el consumidor.

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de 7 de Diciembre de 2.016, en el Procedimiento de Juicio Ordinario nº 732/ 2.015, resolvió la no aplicación del principio de responsabilidad patrimonial del deudor interpretándolo de forma contraria a lo que la Jurisprudencia venía considerando respecto a la aplicación del artículo 1.911 CC.

A la hora de examinar la autonomía de la voluntad y si realmente el consumidor contrata en condiciones de equidad, en libertad y con la debida información, la Sentencia hace una interesante distinción respecto a lo que debemos considerar cláusulas impuestas: " participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo".

La Sentencia destaca que no puede equipararse la imposición al desconocimiento de una cláusula y respecto al control de transparencia cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2.013: "La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta

sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

La Sentencia de 9 de Mayo de 2.013 también alude a un doble control de transparencia que viene referido, de una parte al contenido exigido por la LGDCU y de otra "el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.".

La STJUE de 14 de Marzo de 2.013, no sólo admitió la posibilidad de que el Juez nacional pudiera de oficio declarar la nulidad de las cláusulas que, aun no encontrándose especificadas en la LGDCU puedan ser abusivas sino que además supuso una revisión del procedimiento de ejecución hipotecaria al admitir que efectivamente la dinámica del procedimiento generaba indefensión al consumidor.

El Juez que estuviese conociendo de un proceso declarativo ordinario no podría suspender el proceso de ejecución por lo que la sustanciación de ambos procedimientos simultáneamente no tendría ninguna consecuencia útil para el consumidor que perdería irremediablemente su vivienda aun teniendo un

pronunciamiento favorable en el procedimiento declarativo. Es por este motivo por lo que la Sentencia consideró que efectivamente las normas del procedimiento hipotecario eran contrarias a la Directiva 93/13 CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Una de las cuestiones que se plantearon ante el TJUE era si efectivamente este procedimiento causaba indefensión al consumidor ya que el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil limitaba las causas de oposición y no admitía la posibilidad de alegar la nulidad de las cláusulas que permitieron despachar la ejecución o que afectan al título ejecutivo despachado.

Se planteó, por tanto, si las normas procesales que regulaban la ejecución hipotecaria eran contrarias a lo dispuesto en la Directiva 93 /13/CEE.

Nuestro Código Civil consagra en su artículo 1.911 el principio de responsabilidad patrimonial del deudor que permite al acreedor dirigirse contra todos sus bienes presentes y futuros para satisfacer la deuda. Como apunta ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA[475], y, el principio de responsabilidad patrimonial del deudor puede verse restringido de alguna forma, bien por imposición legal o bien por la voluntad de las partes. El autor expone que el ordenamiento jurídico contempla dos tipos de limitaciones el principio general de responsabilidad patrimonial universal del deudor: limitaciones cualitativas y limitaciones cuantitativas.

Define las limitaciones cualitativas como aquellas partes del patrimonio del deudor que el derecho positivo deja fuera de posibles acciones de los acreedores estableciendo la inembargabilidad de ciertos bienes. La aplicación de este principio no supone una remisión de la deuda (como explica el autor, la deuda sigue existiendo) pero impide al acreedor proceder contra esos bienes determinados, en los términos, y con los límites previstos en la Ley.

475. SENDRA ALBIÑANA, ALVARO. "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal". Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 17 /2.016.http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

En este sentido nos remitimos a los artículos 605 y 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la inembargabilidad del salario o de las prestaciones que constituyan rendimientos de trabajo o rendimientos de la actividad profesional.

Si bien las limitaciones cualitativas del principio universal de responsabilidad patrimonial, tienen su origen en la Ley, las limitaciones cuantitativas tienen su origen en la voluntad de las partes, de ahí que sea prácticamente imposible que el acreedor empeore voluntariamente su condición frente al deudor[476].

La Ley 25/2015, de 28 de Julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social vino a establecer una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal impuesto en el artículo 1.911 Cc "ex lege", posibilidad que, hasta el momento sólo era aplicable en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad.

Esta institución nos plantea cuestiones tan trascendentes como los efectos de su aplicación en la extinción de las obligaciones, lo que tiene mucho que ver con la "dación en pago" que tan reivindicada ha sido por los movimientos sociales surgidos durante la crisis.

Como apunta ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA[477], el párrafo segundo del número 2º del artículo 178 bis. 5 de la Ley Concursal, en su redacción dada por la Ley de

476. Idem. Cita, a modo de ejemplo, lo previsto en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria publicado en el BOE 58/1946, de 27 de febrero de 1946). En virtud de este precepto el acreedor autolimita voluntariamente las posibilidades de dirigirse contra la totalidad del patrimonio del deudor para el cobro de la deuda: "No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el art. 121."

477. SENDRA ALBIÑANA, ÁLVARO. "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal". Revista

Segunda Oportunidad, habla de la "extinción de los créditos", pero ciertamente, el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no constituye un modo de extinción de las obligaciones propiamente dicho.

Para conocer el verdadero alcance de esta institución hay que determinar previamente cuál es su naturaleza jurídica. Para algunos autores, el artículo 178 bis. 5 apartado 2º sí representa una verdadera "remisión del pasivo" y efectivamente produce efectos liberatorios para el concursado persona física. Esta conclusión la extraen del tenor literal de la redacción del precepto dada por la Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[478] y por la Ley de Segunda Oportunidad[479].

En el caso de la persona jurídica, la finalización del concurso determinaba la extinción de la misma y la imposibilidad de satisfacer los créditos pendientes por insuficiencia del pasivo. Sin embargo, en el caso de la persona física, la finalización del concurso no determina la extinción de la deuda, ya que el acreedor podrá dirigirse contra deudores solidarios del concursado, avalistas o fiadores[480]. Por tanto, el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no implica la extinción de la deuda, y ello se desprende de la lectura del precepto y de la posibilidad de poder accionar frente a terceros que no sean el concursado pero que resultan obligados en virtud de la relación jurídica existente.

---

CESCO de Derecho de Consumo, Nº17 /2.016, p. 157-158: "el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, viene a configurarse como una excepción personal que, regulada por la normativa concursal, es obtenida de forma singular e individualizada por el deudor, siendo oponible de forma duradera frente a los acreedores, y cuyo alegación, determina el fracaso de la acción tendente a la obtención de la realización de la obligación. Se articula así, por tanto, como una excepción sustancial nacida en el determinado ámbito de la tramitación de un concurso de acreedores y por ministerio de la ley, siendo oponible a aquellos que pretenden realizar un crédito que se ha visto afectado por el beneficio obtenido."

478. Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (BOE 233/2013, de 28 de Septiembre de 2013.
479. Ley 14/2013, de 27 de Septiembre, de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (BOE 233/2013, de 28 de Septiembre de 2013
480. Véase artículo 178 bis, 5.2º, párrafo 2º, de la Ley Concursal: "quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado".

La Ley extiende el beneficio al cónyuge del concursado si estuviera casado en régimen legal de bienes gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del mismo, aunque no se hubiera declarado el concurso del cónyuge, respecto de las deudas anteriores a la liquidación declaración de concurso de las que deba responder el patrimonio común.

El legislador ha querido hacer también aquí una mención expresa a la extensión subjetiva del beneficio al cónyuge, porque el beneficio concedido al concursado no opera la extinción de la deuda, ya que, de ser así, no habría que contemplar supuestos de extensión del beneficio o de exclusión del mismo.

La posibilidad de reapertura del concurso prevista en el artículo 179.1. LC y revocación del beneficio (en la forma y plazos previstos en la Ley) ratifica la teoría que no considera que tenga efectos extintivos de la obligación.

Concluye ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA que el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no es una causa de extinción de las obligaciones, sin perjuicio de que considera, conforme a la Doctrina del Tribunal Supremo, que las obligaciones sufren alteraciones sustanciales en sede del procedimiento concursal por la concurrencia de distintos intereses en conflicto y la existencia de intereses para el orden público económico[481].

El llamado "*mecanismo de segunda oportunidad"* pretende posibilitar al deudor persona física que obró de buena fe poder volver a operar en el mercado tras liquidar de forma ordenada su patrimonio sin que la falta del mismo suponga un estigma no sólo económico sino también social.[482]

481. Ibídem, p. 156. En este sentido, cita las STS de fechas 21 de Mayo y 11 de Diciembre del 2013, ambas bajo la Ponencia de Sastre Papiol, Sebastián (RJ2013/113275 y 2013/246704 respectivamente).

482. Véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Logroño de 25 de Febrero de 2.016: "Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por esta Ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación". En el Procedimiento Abreviado del que trae causa esta Sentencia, el procedimiento fue

Por aplicación del beneficio y de la Ley Concursal, las obligaciones del deudor concursado persona física no se extinguen, sino que son inexigibles al concursado.

El 15 de Junio de 2.016 los Jueces de lo Mercantil y de Primera Instancia nº 50 de Barcelona se reunieron con la intención de elaborar y unificar criterios del llamado mecanismo de segunda oportunidad previsto en el art. 178 bis LC con la finalidad de solucionar las dudas de interpretación y aplicación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho[483].

Sobre la naturaleza jurídica de estos criterios aclara JOSÉ MARÍA MARTÍN FABA[484] que no se trata de los criterios a los que hace alusión el artículo 264 LOPJ para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales en casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. Por tanto se trata de unos criterios acordados en la Judicatura para dar una respuesta uniforme a la interpretación del precepto pero no son de obligado cumplimiento y no constituyen fuente del Derecho puesto que no se trata de Jurisprudencia ( art. 1.6 Cc).

JOSÉ MARÍA MARTÍN FABA analiza las conclusiones adoptadas por los Jueces respecto a los criterios de interpretación del art. 178 bis LC. Las conclusiones

declarado y concluido simultáneamente por Auto de fecha 18 de Noviembre de 2.015, otorgando plazo al solicitante para que solicitase la exoneración del pasivo insatisfecho conforme al artículo 178 bis LECO. El 14 de Diciembre de 2.015, el concursado presentó escrito solicitando el beneficio de exclusión del pasivo. Por parte de algunos acreedores se presentaron escritos de oposición por entender que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos

483. Véase EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. ART. 178 bis. Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona de 15 de Junio de 2.016.

484. MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA. "Unificación de Criterios sobre la aplicación del beneficio de exoneración del pasivo instisfecho". Revista CESCO de Derecho de Consumo. Nº 18 /2.016, http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

formuladas por los Jueces parten en primer lugar de la consideración de que el art. 178 bis LC distingue dos supuestos distintos:

1º.- Supuesto previsto en el Art. 178 bis 3.4º: Viene referido al supuesto en el que se haya satisfecho, al menos, una clase de créditos (contra la masa y con privilegio especial). A este beneficio se pueden acoger aquellos deudores personas naturales que no cumplan con el requisito del art. 178 bis3.3º (que no hayan celebrado (por infructuoso) o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP en adelante) del Título X de la LC.

2º.- Supuesto previsto en el art. 178 bis 3. 5º: se trataría del supuesto del cumplimiento de un plan de pagos o la dedicación de recursos durante un plazo determinado.

Las conclusiones alcanzadas por los Jueces de Barcelona respecto a ambos supuestos es que, en ambos casos, y sin perjuicio de los requisitos exigidos y las causas de revocación, la exoneración puede alcanzar a la totalidad de los créditos concursales y créditos contra la masa que no hayan sido satisfechos con la liquidación.

Para MARTÍN FABA, aunque los Jueces adoptaron estos criterios, lo cierto es que en el primer supuesto referido (art. 178 bis 3.4º) la exoneración no puede comprender los créditos contra la masa ni los concursales privilegiados porque el deudor concursado tiene que pagar esta clase de créditos para optar a la exoneración del pasivo pendiente por esta vía de tal forma que sólo se podría aplicar a los créditos restantes (ordinarios y subordinados).

Respecto al segundo supuesto de remisión (art. 178 bis 3.5º) afirma que " la exoneración podrá alcanzar casi la totalidad de los créditos concursales y créditos contra la masa que no hayan sido satisfechos con la liquidación si se cumplen los requisitos del artículo 178 bis.8 II LC" pero de la misma forma que ocurre con el primer supuesto de exoneración no alcanzará a todos los créditos concursales ni contra la masa "ya el deudor deberá destinar en el mejor de los casos la cuarta parte de sus ingresos –cuando concurriesen en el deudor las circunstancias

previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo– a satisfacer los créditos no exonerados mediante el plan de pagos de cinco años –créditos contra la masa, con privilegio especial excepto la parte de los mismos que no haya podido pagarse con la realización de la garantía; también los créditos públicos y por alimentos–, por lo que una pequeña parte de los créditos no remisibles los habrá pagado".

La Conclusión 7 elaborada por los Jueces de lo Mercantil de Barcelona hace alusión a en los casos de exoneración de definitiva sin cumplimiento íntegro del plan de pagos previsto en el art. 178 bis 8 párrafo segundo el Juez, además de los requisitos señalados en dicho precepto, se atenderá a las circunstancias del caso para su concesión.

Respecto a la posibilidad de conocer el beneficio de exoneración del pasivo al deudor sin la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos, MARTÍN FABA que parte de la Doctrina ha criticado que "el juez pueda conceder la remisión final valorando las "circunstancias del caso" y cita a TOMÁS[485] para quien la discreción judicial en estos supuestos provoca inseguridad jurídica ya que fuera de los parámetros legalmente contemplados no existen otros que pueden servir al Juez como referencia para basar el ejercicio de su discrecionalidad.

**2.1.b. La oposición a la demanda de ejecución hipotecaria: Modificaciones introducidas en la LEC tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013.**

El procedimiento de ejecución hipotecaria ha sido analizado con motivo de la crisis, en todas sus fases y ha planteado serias dudas sobre muchas cuestiones

485. TOMÁS TOMÁS, S., "El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio", Revista Aranzadi Doctrinal, núm.4/2016, p.18 (BIB 2015\4858).

procesales que hasta el momento no habían merecido la atención de las instituciones[486].

El procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento privilegiado que fue creado en 1.909 a instancias de los bancos, que, sabedores de su necesidad hicieron valer su posición fuerte exigiendo la creación de un procedimiento que les permitiera cobrar sus deudas de forma más rápida que cualquier otro acreedor.

El procedimiento de ejecución hipotecaria tiene unas características que lo hacen implacable poniendo en marcha una maquinaria, prácticamente imparable, que arroya al consumidor sin posibilidad de defensa alguna.

La imposibilidad de poder alegar la nulidad de las cláusulas abusivas como motivo de oposición no previsto, entonces, en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suponía la necesidad de acudir a un proceso declarativo ordinario.

El artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contemplaba la posibilidad de que hubiera cuestiones que pudieran afectar a la ejecución pero sin embargo no permitía que se sustanciaran en dicho procedimiento y realizaba una remisión al proceso declarativo correspondiente, por no estar contempladas expresamente como causa de oposición en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

---

486. BLANCO GARCÍA, ANA ISABEL, "Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 7/2.013, pp. 205, Universidad de Valencia. En este punto es interesante destacar que los Estados miembros se rigen por el principio de autonomía procesal y que les compete armonizar sus normas procesales con la normativa comunitaria: con las limitaciones que impone el principio de equivalencia y el principio de efectividad. En virtud de estos principios, las normas procesales españolas no podían se contrarias a lo dispuesto en la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores. Tal infracción se producía desde el momento en el que el juez que tramitaba el procedimiento de ejecución no podía apreciar de oficio esas la nulidad de las cláusulas, y tampoco podría admitir en el trámite de oposición a la ejecución previsto en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en ese momento, que se alegasen las cláusulas abusivas. De la misma forma, el Juez que tramitaba el juicio declarativo ordinario tampoco podía dictar una resolución que permitiese la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. En este sentido quedaba claro que, efectivamente el procedimiento de ejecución hipotecaria no permitía que el consumidor obtuviese la protección que establece la Directiva.

Hasta la fecha, la Doctrina del Tribunal Constitucional consideraba que el procedimiento de ejecución hipotecaria no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española porque aunque las causas de oposición previstas en el artículo 695 de la LEC eran un *numerus clausus* muy limitado, no existía óbice para que el consumidor instara un procedimiento declarativo ordinario en el que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 698 de la LEC se sustanciasen otras cuestiones no previstas en el artículo 695 LEC.

Además, el TC consideraba respecto a la eficacia del procedimiento declarativo ordinario que existía la posibilidad de practicar una anotación preventiva de demanda con base en el artículo 131 LH y que además se podía solicitar la retención del remanente tras la ejecución del inmueble.

No podemos compartir de ninguna forma que, en estas condiciones se pueda afirmar que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. A nuestro juicio, en un Estado de Derecho, no nos debemos conformar con crear normas a los solos efectos de obtener seguridad jurídica sino que debemos aspirar de forma constante a que la norma sea justa. Unas normas como las que conforman el procedimiento de ejecución hipotecaria, y, muy especialmente, las que se encontraban en vigor en el momento en el que se dictó la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, se apartan completamente del concepto de justicia, y, en consecuencia suponen una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Para el Tribunal Constitucional las limitaciones previstas en el artículo 695 de la LEC vigente en aquel momento no generaban indefensión porque según esta Doctrina del Tribunal Constitucional el artículo 698 LEC establecía unos "paliativos" garantizaban el artículo 24 CE: en primer lugar, la posibilidad de iniciar un procedimiento declarativo ordinario donde enjuiciar si las cláusulas son o no abusivas; en segundo lugar, practicar una anotación preventiva de demanda en los términos expuesto en el artículo 131 de la LH; y, en tercer lugar solicitar al Juez

que conozca de la ejecución hipotecaria que retenga el remanente a favor del consumidor.

Ninguna de estas tres medidas o paliativos que indica el TC como garantías del artículo 24 CE lo son, puesto que, desde el punto de vista jurídico ninguna impide que se produzca la ejecución del inmueble, que, no debemos olvidar es la vivienda habitual del consumidor.

El al Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa adoptó, entre otras, las siguientes medidas correctivas : elevó el nivel de inembargabilidad en el caso de deudores que hubieran perdido su vivienda habitual hasta el 150% del SMI; aumentó del 50% al 60% del valor de tasación el límite mínimo para la adjudicación del inmueble y redujo al 20% el depósito exigido para participar en la subasta.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid fue el primero en dejar sin efecto el despacho de una ejecución hipotecaria por fundarse la ejecución en cláusulas abusivas.

Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid se incoó Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 486/2.011 que fue tramitado conforme al régimen normativo que la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 declaró contrario a la Directiva CEE 13/93, del Consejo, de 5 de Abril.

En el supuesto de Autos, el Juez, de oficio y, antes de la conclusión del procedimiento mediante la entrega efectiva a la entidad acreedora, que se había adjudicado el inmueble, con base en el art. 227.2 de la LEC, confirió traslado a la parte deudora para que manifestara lo oportuno respecto de la posible abusividad de las cláusulas que permitieron el despacho de la ejecución. El Auto de 4 de Abril de 2.014 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid declaró la nulidad

de las actuaciones con base en los siguientes motivos (Fundamento Jurídico Tercero):

*"TERCERO.- De entre las cláusulas que constituyen condiciones generales y cuya nulidad por abusividad se denuncia en el escrito presentado por la prestataria, se refieren algunas que ya han sido declaradas contrarias a la normativa sobre protección de consumidores española, concretamente, en la Sentencia nº 792/2.009, de fecha 16 de Diciembre de 2.009, ponente Sr. Corbal.*

*Así, cuando se dictó decreto despachando ejecución, con fecha de 13 de Septiembre de 2.011, ya había recaído dicha Sentencia, que declaraba nulas las siguientes condiciones generales:*

*La falta de pago o de reintegro de las cantidades adeudadas por razón de retribuciones de la finca hipotecada y otras prestaciones accesorias (cláusula 6ª Ap. 1º b).*

*Cuando por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20% y la parte prestataria no ampliase la hipoteca (cláusula 6ª Ap. 1º e).*

*Resolución anticipada si la escritura contuviese falta insubsanable o se denegase la inscripción en el Registro de la Propiedad (Cláusula 6ª Ap. 1º f).*

*Alquiler, arrendamiento o cesión de la finca hipotecada sin consentimiento expreso y escrito de la entidad prestamista (Cláusula 6º Ap. 1º g).Facultar a la entidad prestataria a ceder los derechos de la escritura sin necesidad de notificación al deudor, imponiendo la renuncia al derecho que le confiere el art° 143 LH ( RCL 1946\886 ) (Cláusula 7ª, 3ª).*

*Imposición al prestatario la obligación de no gravar la finca ni cederla sin consentimiento expreso de la hipotecante (Cláusula 8ª, 3º d).*

*Imposición de limitaciones a la trasmisión a terceros al consentimiento por parte de la hipotecante de la asunción de deuda por el tercero (cláusula octava, 5º).*

Respecto a estas cláusulas admite el Juzgador que no debió despacharse la ejecución puesto que son nulas y que el Juez debió controlar esta cuestión de oficio, no obstante considera que la incidencia en el supuesto enjuiciado es nula.

Las causas de oposición a la ejecución hipotecaria vienen reguladas en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 fue modificado por las distintas Leyes que se aprobaron como consecuencia de la presión social ejercitada por la sociedad civil, las instituciones y la ciudadanía desde distintos movimientos y plataformas.

Durante los últimos años de la crisis económica, y desde la STJUE de 14 de Marzo de 2.013, se fueron perfilando distintos motivos o causas de oposición a la ejecución hipotecaria por la vía del artículo 695 LEC introduciéndose, en ocasiones de forma improvisada, y generando no poca inseguridad jurídica antes las distintas resoluciones adoptadas por los Juzgados en la materia.

A continuación explicamos las distintas causas de oposición que se fueron introduciendo en el contexto aludido y su posterior evolución:

A.- Falta de legitimación activa de las entidades bancarias demandantes.

Las entidades financieras fueron objeto de operaciones como las fusiones que pretendieron ser utilizadas como un motivo de oposición a la ejecución manifestando que la entidad que concedió en su día el préstamo, o que, interpuso la correspondiente demanda ejecutiva, no era la misma entidad que en su caso intervenía con posterioridad en el procedimiento de ejecución hipotecaria instando la ejecución o realizando una sucesión procesal durante la sustanciación del procedimiento[487].

487. Por citar algunas de las entidades bancarias más importantes: La fusión por absorción de Banco CAM, S.A.U. por parte del Banco Sabadell, S.A. se formalizó en escritura pública de fecha 3 de Diciembre de 2.012 (autorizada por el Notario D. Javier Micó Giner), inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el día 5 de Diciembre de 2.012. La Caja de Ahorros del Mediterráneo, por acuerdo de su Asamblea General de 30 de Marzo de 2.011, segregó todo su negocio financiero a favor de "Banco Base, S.A", posteriormente BANCO CAM, S.A.U (mediante Escritura de segregación y elevación a público de acuerdos sociales otorgada ante el Notario de Madrid D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez, Nº Protocolo 993, de

En el trámite procesal de OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN se alegaba con carácter previo la falta de legitimación pasiva de la entidad bancaria en los supuestos de fusión por absorción.

Frente a dicha alegación, la entidad bancaria, formulaba en su IMPUGNACIÓN A LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA la entidad bancaria solicitaba que continuase el procedimiento una sucesión procesal (por haber operado una sucesión universal de patrimonios) en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Los demandados alegaban que existía una falta de legitimación activa, y, por tanto, de presupuesto procesal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 559.1.2. LEC sosteniendo que no constaba la pretendida cesión del préstamo hipotecario en el correspondiente Registro de la Propiedad.

Las entidades bancarias alegaban que la excepción procesal de falta de legitimación activa alegada por los ejecutados no era admisible porque no era uno de los motivos de oposición hipotecaria previstos en el artículo 695 LEC, y por tanto, solicitaban al Juzgador que no admitiese la sustanciación de dicha excepción procesal prevista en el artículo 559 LEC.

No obstante lo anterior, las entidades entraban a valorar la excepción procesal y a justificar su improcedencia, no sólo porque no era uno de los motivos de oposición previstos en el artículo 559 LEC sino porque, además, desde un punto de vista sustantivo, entendían que la fusión por absorción opera una auténtica sucesión universal de patrimonios, de derechos y obligaciones, en definitiva.

21 de Junio de 2.011), por lo que quedó subrogado por sucesión universal en todos sus derechos y obligaciones. Con fecha de 23 de Julio de 2.011 se produjo la segregación efectiva y el BANCO CAM, S.A.U. quedó subrogado en todos los derechos y obligaciones de la antigua "Caja de Ahorros del Mediterráneo". Posteriormente, con fecha de 3 de Diciembre de 2.012, se elevaron a públicos los acuerdos sociales referentes a la fusión por absorción de la entidad BANCO CAM, S.A.U por la entidad absorbente BANCO SABADELL, S.A. de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1 de la Ley 3/2.009 de 3 de Abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en virtud de lo cual la entidad BANCO SABADELL, S.A. sucedió íntegramente a título universal a la sociedad absorbida (BANCO CAM, S.A.U que se disolvió) en todos sus bienes, derechos y obligaciones.

Tras estas operaciones financieras una entidad bancaria sucede a otra íntegramente a título universal a la sociedad absorbida en todos sus bienes, derechos y obligaciones, entendiéndose transmitido el patrimonio íntegro de una a otra por el mero hecho del referido otorgamiento, por tanto ocupará la posición jurídica de la sociedad absorbida subrogándose en todos los derechos y obligaciones de la misma.

Por la parte ejecutada, se alegaba que en estos supuestos se debía considerar que no se producía una sucesión universal de patrimonios, derechos, y, obligaciones sino una cesión de créditos en la que no concurrían los requisitos previstos en el artículo 149 TRLH[488].

Frente a dicha alegación, las entidades bancarias alegaban que no se trataba de una cesión de créditos ordinaria y por tanto no era aplicable lo dispuesto en el artículo 149 TRLH. Para las entidades bancarias, tratándose de una fusión era innecesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del banco de la titularidad del derecho de hipoteca ejecutado en el procedimiento. Se distingue entre una sucesión universal como consecuencia de la fusión y otra cosa es la cesión ordinaria de un crédito a la que hace referencia el artículo 149 TRLH. En apoyo de esta interpretación las entidades bancarias citaban lo dispuesto en el artículo 46[489] y en la Disposición Adicional Tercera[490] de la Ley 3/2.009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

488. El Artículo 149 de la Ley Hipotecaria dispone que: "El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad….El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo….El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente".
489. Ley 3/2.009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles Artículo 46. Inscripción de la fusión.: "1. La eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil competente.2. Una vez inscrita la fusión se cancelarán los asientos registrales de las sociedades extinguidas".
490. Ley 3/2.009, de 3 de Abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles Disposición adicional tercera. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito.: "1. Las

Las entidades bancarias además de citar los anteriores preceptos reforzaban su teoría acudiendo a la Jurisprudencia[491] y al papel del Registrador de la Propiedad, como fedatario público, y de su intervención en la calificación de los documentos que accedían al Registro de la Propiedad.

Las entidades bancarias insistían en que los Registradores de la Propiedad ante los que se presentaban los Decretos de Adjudicación o los mandamientos para la expedición de la Certificación de cargas prevista en el art. 688 LEC, los Registradores despachaban dichos documentos sin notas desfavorable y esto suponían que no estaban aplicando el artículo 149 LH, es decir, que no consideraban que se tratara de una cesión de créditos.

Las entidades bancarias distinguían en sus alegaciones de la cesión de un crédito del llamado TRACTO SUCESIVO ABREVIADO al que se refiere el artículo 20 de la Ley Hipotecaria ( los Registros despachan las certificaciones de cargas por

operaciones de fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza, así como las de escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o distinta naturaleza se regirán por las normas establecidas para dichas operaciones en la presente ley, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas entidades. 2. Cuando la operación consista en el traspaso por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una entidad de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, que formen una unidad económica, a otra entidad de crédito de igual o distinta naturaleza a cambio de una contraprestación que no consista en acciones, participaciones o cuotas de la entidad cesionaria, resultará de aplicación a la misma el régimen de la cesión global de activos y pasivos previsto en los artículos 85 a 91 de la presente ley, sin perjuicio de lo previsto en su legislación específica".

491. AAP Alicante (Sección Sexta) de 27 de Febrero de 2.012 que considera que se trata de un cesión de créditos sino de una sucesión universal: "En el presente nos hallamos ante una escritura de préstamo hipotecario otorgada en 2 de Diciembre de 2.005 por la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo al citado D…. siendo que quien formula la demanda de ejecución es Banco CAM, S.A.U. La figura de la cesión de créditos está regulada en el art. 1.526 del Código Civil y puede definirse como aquel negocio jurídico de disposición celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, por virtud del cual aquél transmite a éste la titularidad del derecho de crédito cedido. Pero no nos hallamos ante la citada figura negocial por cuanto se trata del mismo modo acreedor que ostenta su derecho de crédito frente al deudor, sino ante una operación financiera en virtud de la cual la entidad CAM, segregó y cedió todo su negocio financiero a favor de Banco Base, S.A. CAM, segregó y cedió todo su negocio financiero a favor de Banco Base, S.A. CAM, actualmente Banco CAM, S.A.U. en virtud de escritura pública de 21 de Junio de 2.011 y en virtud de la cual quedó éste subrogado por sucesión universal en todos los derechos y obligaciones inherentes a dicho negocio financiero que ostentaba aquella. Por ello procede la estimación del recurso y acordar el despacho de la ejecución".

aplicación de lo dispuesto en el artículo 688 LEC e inscriben los Testimonios de los Decretos de Adjudicación).

Por otra parte, y aun suponiendo que efectivamente se considerase que se trataba de una cesión de créditos, las entidades bancarias alegaban subsidiariamente que, en este supuesto, la inscripción registral del cambio de acreedor no es constitutiva del derecho. Para las entidades bancarias, el hecho de que se considere una cesión de créditos y de que no se haya inscrito el nuevo acreedor no impide que, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 149 y 130 LH se despache la ejecución hipotecaria del art. 681 y siguientes de la LEC. Consideran las entidades bancarias que hacer constar el cambio de acreedor en el Registro de la Propiedad en la inscripción del crédito hipotecario no es requisito indispensable para el despacho de la ejecución del crédito hipotecario no es requisito indispensable para el despacho de la ejecución del crédito hipotecario[492]. Por tanto, las entidades bancarias consideran que la inscripción no tiene valor constitutivo sino meramente declarativo.

Sobre el carácter declarativo de la inscripción se pronunció la STS de 14 de Abril de 2.010 : "La jurisprudencia reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1.905, 12 de Marzo de 1.985, 29 de Junio de 1.989 y 23 de Noviembre de 1.993, entre otras) ha señalado de conformidad a lo establecido en el artículo 1.526 del Código Civil que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene carácter constitutivo: el cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente ( artículo 149.2 de la Ley Hipotecarias), y por tanto, asume la posición jurídica del acreedor hipotecario, lo que determina que la falta de inscripción no priva al cesionario de utilizar los cauces procesales correspondientes para ejecutar el derecho de realización del valor de la hipoteca".

492.STS de 29 de Junio de 1.989, SAP Segovia nº 1511/2.002 de 30 de Abril, SAP Castellón (Sección 39 Auto nº 5161/2.000 de 20 de Septiembre y SAP de Santa Cruza de Tenerife (Sección 19 Sentencia núm.10921199 de 18 de Diciembre).

El AAPCastellón nº 54 /2.012 (Sección Primera, Rollo de Apelación Civil núm. 67/2.012, estimó el Recurso de Apelación interpuesto por la entidad BANKIA SAU y revocó la resolución recurrida. La Sentencia dictada en primera instancia acogió las alegaciones del ejecutado y consideró que la entidad BANKIA SAU carecía de legitimación activa por no haber practicado en el Registro de la Propiedad de la escritura de cesión del crédito hipotecario. El Auto revocó dicho pronunciamiento acogiéndose al criterio del Tribunal Supremo en virtud del cual se considera que dicha inscripción es meramente declarativa y no constitutiva (RJ 3º): "…se trata por consiguiente de un supuesto de sucesión universal al que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 540 LEC que dispone que para el supuesto del despacho de ejecución en casos de sucesión de las personas que como ejecutante y ejecutado figuren en el título ejecutivo, que para acreditar la misma habrán de presentarse al Tribunal los documentos fehacientes en que aquella conste, como así lo ha sido en el presente caso ( en el mismo sentido la AAP de Alicante, Sección 6ª, Núm 141/2.012, de 12 de Julio , Rec. 472 /12)"[493].

Las entidades bancarias venían alegando sobre este extremo que no es aplicable el artículo 149 LH[494] porque las transformaciones societarias no están bajo su regulación[495].

493. En el mismo sentido se pronunció el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 11 de Enero de 2.013, Nº de Recurso 615/12. La resolución insiste en que la cesión de créditos se configura como una transmisión de un crédito concreto y se refiere siempre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 Cc en singular al "crédito, derecho o acción cedidos", mientras que en los casos de fusión por absorción de entidades bancarias se produce una sucesión de carácter universal, en el activo y en el pasivo.
494. Artículo 149 LH: "El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad…El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo…El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente". Respecto a este precepto, las entidades bancarias venían alegando es sus escritos de impugnación a la oposición a la ejecución hipotecaria, que, aun suponiendo que por su Señoría se considerase de aplicación lo dispuesto en el artículo 149 LH, la inscripción registral del crédito carece de efecto constitutivo por lo que aun admitiendo esta interpretación no se podría estimar la falta de legitimación activa. Así lo consideró la STS de 16 de Diciembre de 2.009.
495. En este sentido se pronunció SAPCuenca, Sección 18ª, de 23 de Enero de 2.012.

B.- Liquidación unilateral de saldo deudor ( arts. 572.2 y 573.2 LEC).

C.- Cláusula relativa a los intereses de demora.

D.- Sobre la asunción de Gastos y Costas.

A modo de ejemplo, reproducimos una cláusula común en las escrituras de préstamos hipotecarios en las que se impone a los prestatarios el pago de las costas del procedimiento en cualquier caso: *"…serán de cuenta de los deudores los gastos de cancelación de hipoteca y todos cuantos se produzcan a la Caja si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial, incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizare, aun cuando no sea preceptiva su intervención".*

Respecto de esta cláusula supone una derogación de lo previsto en términos generales para cualesquiera litigantes en el artículo 394 LEC. En términos generales, se excluye la obligación del pago de costas procesales relativas a los honorarios de Letrado y Procurador, cuando no fueran preceptivas. Sin embargo, la entidad bancaria dispone, expresamente, que, aun en este supuesto será obligatorio el pago de las costas para el ejecutado.

E.- Cláusula de vencimiento anticipado y resolución.

El control judicial del contrato bancario que ha dado lugar al desarrollo de Jurisprudencia durante los años transcurridos desde que se iniciara la Crisis de 2.008 hasta la actualidad respecto a las cláusulas anteriormente expuestas, sin embargo, no ha conseguido se suficiente para reestabler de forma constante el equilibrio de contraprestaciones y obligaciones durante la vida del contrato.

El control judicial se produjo en la fase de ejecución, a tráves de los procedimiento de ejecución hipotecaria.

El procedimiento de ejecución hipotecaria, absolutamente taxativo, en cuanto a sus trámites y a las causas de oposición, implicaba casi una pérdida

automática de la vivienda y una nula posibilidad de defensa desde un punto de vista jurídico.

El incremento de procesos de ejecución y el desahucio de miles de personas generó una alarma social y movimientos reinvidicativos del derecho a la vivienda. Sin embargo, las propias características del contrato bancario impedían introducir argumentos de interpretación del contrato, ya que se trataba de un contrato de adhesión completamente aceptado en el tráfico jurídico.

Era la propia configuración y contenido del contrato lo que impedía dar un tratamiento equitativo y justo a cada caso concreto.

Pronto los Jueces empezaron a introducir modificaciones "*de facto*" en la dinámica procesal, introduciendo opciones de defensa que, ni tan siquiera se habían contemplado hasta la fecha, permitiendo alegar causas de oposición que la Ley no contemplaba. Esta intervención de la Judicatura fue provocando modificaciones en la Jurisprudencia, cambios de "criterios" y posteriormente fueron ratificados por distintas modificaciones legislativas.

Posteriormente, se cambió de escenario procesal, y, las normas de la ejecución hipotecarias fueron sustituídas por las normas que regulaban el proceso declarativo ordinario, ampliando así los mediso de defensa, tanto en lo relativo a los cauces procesales como a las cuestiones sustantivas o de fondo del asunto.

El juicio declarativo ordinario permitía abrir un abanico de posibilidades en cuanto a los fundamentos y las causas de resolución del contrato y sus efectos. En este contexto, se fue declarando la nulidad determinadas cláusulas o matizando su contenido, pero ninguna de ellas afectaba realmente, a la forma en la que se desarrolla la ejecución del contrato durante larga duración pactada.

Las cláusulas suelo, claúsulas de intereses moratorios, de vencimiento anticipado de pacto de liquidez o saldo deudor, de intereses remuneratorios o índices de referencia, distribución de gastos de la operación o las relativas a la fijación de comisiones bancarias, únicamente posibilitaban, tras su declaración de

nulidad al considerarse cláusulas abusivas, el recálculo de cantidades que debían detraerse o devolverse al prestatario y la demora del desahucio.

Sin embargo, a nuestro juicio, el motivo que dio lugar a la revisión del contrato bancario cuando se inició la Crisis de 2.008 no era una cuestión de reestablecer contraprestaciones economicas sino de preservar la equidad entre las partes en el contrato evitando así la resolución del contrato, y, la ejecución de la hipoteca con la consiguiente pérdida del derecho a la vivienda.

Sólo un tratamiento diferenciado de cada una de estas cláusulas en cada uno de los tramos de ejecución del contrato permitiría salvar un mayor número de contratos y preservar así el derecho a la vivienda.

El art. 1.124 Cc tiene una especial relevancia a la hora de valorar el cumplimiento o incumplimiento y la ejecución del contrato. La Jurisprudencia ha tenido que reinterpretar también los efectos de la resolución del contrato, generándose también cuestiones controvertidas, como la posible cosa juzgada, o la legitimación activa en el caso de las cesiones de créditos, por ejemplo.

Sin embargo, consideramos que, todas estas cuestiones, si bien han servido como medios de defensa procesales, no ha conseguido impedir la finalidad de conservación del contrato, contribuyendo a demorar la ejecución de la hipoteca y el previsible desahucio en el tiempo, incrementando incluso los propios costes de la ejecución o del proceso declarativo conforme se generaban actuaciones procesales, lo que implica un aumento también de la deuda reclamada y de la situación patrimonial del deudor.

La necesidad de construir un contrato bancario específico y especial en estos casos se pone de manifiesto no sólo por la excepcionalidad de su duración ( en torno a 30 años) sino por las distintas circunstancias que pueden sobrevenir al contrato durante un periodo de tiempo tan largo.

Es precisamente por este motivo por el que se empiezan a valorar las incidencias que puede tener en el contrato bancario la existencia de alteraciones sustanciales de las circunstancias que motivaron su “confección”. Así las *cláusulas*

*rebus sic stantibus* aparecen como una posible solución en situaciones excepcionales, aunque para algunos, la Crisis económica de 2.008 no fue una situación excepcional ya que era perfectamente previsible y evitable.

Pues bien, compartimos, en este sentido, la necesidad de introducir mecanismos de reequilibrio de las contraprestaciones dentro del contrato bancario que permitan preservar, durante, toda la vida del contrato, en el equilibrio entre las partes.

Dichos mecanismos deben introducirse de forma expresa en el contrato, ya que, abandonarse a una posterior intervención judicial deja al prestatario en situación de indefensión absoluta.

El contrato bancario debe contemplar todos los mecanismos de reajuste del equilibrio entre las partes durante toda la vida del contrato, de forma expresa. De lo contrario, se aboca al prestatario al auxilio judicial a psoteriori, justo cuando se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad económica, lo que, evidentemente tiene un efecto disuasorio para el prestatario (dados los riesgos procesales y los costes).

La intervención judicial siempre debe ser el último recurso. En el Derecho, como en la Medicina, si se nos permite la comparación, la prevención es mejor que la reparación. Debemos aprender de los errores y evitar introducir en el tráfico jurídico contratos que contienen el germen de su frustración, ya que un contrato nace con la vocación de que se cumpla.

Se trata de prevenir y de evitar, por todos los medios, la frustración del contrato bancario, evitando así que un impago temporal o justificado, desde un punto de vista contractual, pueda provocar el vencimiento anticipado del contrato, y la pérdida del derecho a la vivienda.

Si bien se constató que en la Crisis de 2.008 se relajaron los controles de crédito, e incluso se burlaron intencionadamente con cooperación de las Agencias de Calificación lo que permitió la titulización de bonos hipotecarios ante la repetición de una práctica de estas característica, un contrato bancario que

conforme compartimentos estantos podría, posiblemente, facilitar la conservación de un mayor de contratos, y en consecuencia, impedir la ejecución hipotecaria en según qué condiciones.

La conservación del contrato bancario es beneficiosa para la entidad bancaria, para el prestatario, y para el sistema financiero y la sociedad en general. Las entidades bancarias no se benefician del impago de las hipotecas, por lo que, habrá que reformular el contenido de los contratos bancarios para preservar su viablidad, asumiendo, no obstante, que siempre habrá un número determinado de impagados. Se trataría de reducir al máximo los efectos jurídicos de los impagos pero siempre en el justo equilibrio: se trata de preservar el contrato pero no de fomentar el impago intencionado ni situaciones de abuso o fraude, de ahí la dificultad de elaborar un contrato de estas características.

**2.1.c. Breve referencia a la comparecencia del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el convenio de realización del inmueble.**

Como hemos analizado en el apartado anterior, antes de la crisis económica el artículo 695 LEC establecía de forma taxativa los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria. Tras el inicio de la crisis, el aumento de las ejecuciones hipotecarias y la proliferación de pronunciamientos judiciales sobre la materia, tras la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 el procedimiento de ejecución hipotecaria empieza a ser analizado desde distintos puntos de vista: desde el punto de vista sustantivo ( mediante el análisis de las distintas cláusulas que configuran el negocio jurídico causal subyacente en el título ejecutivo) y también desde un punto de vista procesal (mediante el análisis y crítica de las características del procedimiento de ejecución hipotecaria).

La Jurisprudencia ha fijado su atención en la comparecencia prevista en el artículo 695 LEC relativa a la sustanciación de las causas de oposición intentando ampliar los motivos de oposición ( mediante distintas reformas y Decretos Leyes creados de forma improvisada, la creación incluso del incidente extraordinario de oposición a la ejecución) pero, en definitiva, una vez alegadas las causas no parece

contemplar más opciones que la subasta del inmueble (para el caso de que sea desestimada la oposición o realmente el ejecutado no pueda hacer frente al pago de la cuota hipotecaria.

Tras la resolución de lo previsto en la comparecencia del artículo 695 LEC el procedimiento continúa por los trámites legalmente previstos ordenados a la subasta del inmueble.

Sin embargo, a mi juicio, el artículo 640 LEC contempla una posibilidad, admisible tanto en un proceso de ejecución ordinario como en el proceso de ejecución hipotecaria, que podría permitir otro tipo de soluciones procesales con un margen mayor de negociación del que permite una intermediación hipotecaria o una negociación extrajudicial entre las partes.

El artículo 640 LEC es el único artículo que contempla la Sección 3ª Del Convenio de realización[496] establece la posibilidad de que tanto ejecutante como

496. Artículo 640. Convenio de realización aprobado por el Secretario judicial. 1. El ejecutante, el ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al Secretario judicial responsable de la misma que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución. 2. Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el Secretario judicial no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante diligencia de ordenación, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados. En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación de ejecutante o ejecutado, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante. 3. Si se llegare a un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero cuyos derechos proteja esta ley, lo aprobará el Secretario judicial mediante decreto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare. Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta. 4. Cuando se acreditare el cumplimiento del acuerdo, el Secretario judicial sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Si el acuerdo no se cumpliere dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograse la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista

ejecutado puedan solicitar dicha comparecencia con la finalidad de poder llegar a un acuerdo lo más razonable posible respecto a la realización del inmueble ejecutado. Ciertamente esta comparecencia permite llegar a cualquier tipo de acuerdo que será aprobado por el Secretario Judicial.

El Secretario Judicial podrá aprobar mediante Decreto el convenio al que han llegado las partes y también el Decreto de adjudicación del inmueble para el caso de que ese sea el contenido del convenio.

**2.1.d. Inidencia de la declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19 en los contratos de préstamo hipotecario: El Real Decreto-Ley 463 /2.020, de 14 de Marzo.**

Anteriormente nos hemos venido refiriendo a suspuestos históricos que justificaron una reinterpretación de los contratos vigentes en el momento en el que acaecieron y la suspensión de la ejecución de los contratos por fuerza mayor, esto es, por causas que no eran previsibles, ni evitables, por las partes en el momento en el que fueron firmados los contratos.

En nuestra historia reciente se han producido hechos que, a pesar de su gravedad, no motivaron la suspensión de los contratos de préstamo hipotecario. Así, la crisis económica de 2.008 dio lugar a la aprobación de una serie de normas que pretendían proteger a los deudores hipotecarios más vulnerables pero, como ya hemos expuesto anteriormente, las crisis económicas, propias de la evolución de la economía, no son son consideradas hechos imprevisibles, que no pudieran ser previstos por las partes en los contratos.

En el presente apartado hacemos breve mención a la llamada “crisis sanitaria” del COVID -19 que supuso un hecho extraordinario con una lógica

en esta ley. 5. Si no se lograse el acuerdo a que se refiere el apartado tercero de este artículo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condiciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del Secretario judicial, para la mejor realización de los bienes.

incidencia en el *iter* de la contratación bancaria. Durante el mes de Diciembre 2.019 se detectó en China, el brote del llamado COVID-19, concretamente, en la región china de Hubei, que rápidamente se extendió por todo el mundo entre los meses de Diciembre de 2.019 y Mayo de 2.020 y que provocó una crisis sanitaria sin precedentes en la historia reciente, provocando también una grave crisis económica internacional.

La crisis sanitaria rápidamente tuvo efectos en los Mercados de Valores que reaccionaron de forma inmediata a las previsiones de futuro realizada por los organismos reguladores y de supervisión de los mercados[497].

Con la finalidad de paliar la volatilidad de los mercados las bolsas y los supervisores reguladores de los mercados de valores adoptaron medidas para proteger el mercado de valores las siguientes:

1º.- La suspensión de la negociación de acciones[498].

497. REMOLINA, NYDIA. (Investigadora asociada del Centro de Inteligencia Artificial y Gobernanza de Datos de Singapore Management University y asesora para regulación y transformación digital del Grupo Bancolombia). Véase el artículo de investigación "Respuestas de Supervisores y Reguladores Financieros al COVID-19. Working Paper Series 1/2.020. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas ( IIDF). El estudio se centra en las consecuencias que el COVID-19 tuvo en el sector financiero.
498. Véase respecto a la Bolsa de Nueva York ( NYSE) y medidas adoptadas por el Presidente Donald Trump Ver https://www.wsj.com/articles/global-stocks-follow-u-s-markets-lower-11583975524?mod=e2tw; respecto a la Bolsa de México: Ver https://www.eleconomista.com.mx/mercados/Bolsa-Mexicana-de-Valores-suspende-operacionestras-caida-de-7.5-en-la-apertura-20200312-0062.html; en Brasil, la Bolsa de San Pablo (Ver https://istoe.com.br/bovespa-volta-a-suspender-negocios-apos-queda-de-mais-de-15/); la Bolsa de Valores de Colombia (BVC) (https://www.larepublica.co/finanzas/por-segunda-vez-en-la-semana-bvc-suspende-operacionesporque-colcap-cae-mas-de-10-2976685; en Italia el Presidente Matteo Renzi consideró la necesidad de cerrar algunas de las Bolsas más afectadas por la situación como la de Nápoles pero encontró detractores como el académico de la Universidad de Oxford Luca Enriques ( véase Luca Enriques, Stock Exchange Shutdowns at the Time Of Coronavirus (2020), disponible en:https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/stock-exchange-shutdowns-time-coronavirus)

2º.- La prohibición de ventas en corto. Esta medida fue solicitada por las Empresas del IBEX 35 a la CNMV para evitar los ataques especulativos de los *hedge founds*[499].

Desde el punto de vista del Sector Bancario se afrontó la crisis sanitaria del COVID-19 teniendo en cuenta distintos puntos fundamentales:

1º.- La implementación del TLAC europeo (MREL). Se trataría de retrasar el calendario de provisiones para créditos morosos con la finalidad de poder continuar financiando la economía real.

2º.- Pruebas de estrés. La Autoridad Bancaria Europea decidió el 13 de Marzo suspender las pruebas de estrés para el 2.021.

3º.- Distribución de dividendos. La Autoridad Bancaria Europea recomendó a Europa una política prudente de distribución de dividendos y de remuneración variable con la finalidad de aliviar el capital y apoyar la economía.

4º.- Colchones de liquidez y capital. El Banco Central Europeo consideró que la regulación debía ser prudencial y cíclica ya que los llamadas colchones de liquidez y capital habían sido diseñados precisamente para amortiguar situaciones de estrés como la generada por la crisis sanitaria del COVID-19 por este motivo acordó permitir a los bancos operar por debajo de los límites de capital establecidos en la Guía del Pilar 2.

La rápida expansión del virus alcanzó inmediatamente a Italia provocando efectos sanitarios nefastos y afectando de forma inmediata a la economía. Así el Gobierno tuvo que adoptar una serie de medidas económicas parejas al confinamiento de los ciudadanos.

Respecto a los créditos hipotecarios, el Gobierno Italiano adoptó mediante Decreto de 11 de Marzo de 2.020 una serie de medidas urgentes para paliar les

499. La CNMV prohibió la venta en corto de acciones durante la jornada del 13 de Marzo de 2.020 respecto a las acciones de empresas que habían registrado caídas como consecuencia de la crisis del coronavirus y en Italia, la Comisión Nacional de Sociedad y Bolsa (Consob), estableció igualmente la prohibición temporal de las posiciones cortas sobre las acciones de las 85 empresas que cotizan en la Bolsa de Milán.

efectos causados por la Crisis del COVID-19 y estableció la posibilidad de suspender los pagos de las cuotas hipotecarias por un plazo de hasta 18 meses. Esta medida se debía aplicar a aquellas personas que hubieran perdido el empleo y a quienes hubieran sufrido una reducción de horarios durante al menos 30 días.

La ya considerada por la OMS pandemia del COVID- 19[500], sí parece encajar en uno de los supuestos que la Jurisprudencia ha venido considerando como causa de suspensión de la ejecución de los contratos por fuerza mayor.

En el caso de España, el 14 de Marzo de 2.020, el Consejo de Ministros declaró el Estado de Alarma[501], en virtud del Real Decreto 463/2.020, con motivo de la crisis sanitaria del COVID- 19 ( conocido como el "coronavirus")[502].

La crisis del Covid-19 se ha considerado, de forma unánime, como causa de fuerza mayor, pero sin embargo, la aplicación de este concepto en la contratación en general, ha sido interpretado de distintas formas en cada país y en cada materia.

En el caso de España, el concepto de fuerza mayor y su incidencia en la contratación, ha tenido tratamientos distintos según se tratase de la contratación laboral, de la contratación civil ( por ejemplo, los arrendamientos urbanos) o de la contratación mercantil ( pensemos en un contrato de suministros de mercancías) y en la contratación bancaria ( como ocurre con los contratos de préstamo hipotecario).

500. El día 11 de Marzo de 2.020 la OMS declaró la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19 pandemia internacional (Véase la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020 (2020), disponible en:https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mediabriefing-on-covid-19---11-march-2020.
501. El llamado "estado de alarma" viene reconocido en la Constitución en su artículo 116.2 y regulado en el artículo cuarto, apartado b) de la Ley Orgánica 4/ 1.981, de 1 de Junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En virtud de dichos preceptos, se reconoce al Gobierno la facultad de declarar el estado de alarma, en todo o en parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que conlleven graves alteraciones de la normalidad.
502. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática "BOE" núm. 67, de 14 de Marzo de 2.020, Referencia: BOE-A-2.020-3692.

Las crisis económicas no han sido valoradas, como supuestos no imprevisibles en los contratos de larga duración en el tiempo, porque se considera que la propia dinámica de la evolución de los ciclos económicos permite preveer estas crisis. Sin embargo, la llamadas "crisis del coronavirus" y sus efectos en la economía, sí se consideró un fenómeno imprevisible como expondremos a continuación[503].

Para VICENTE MAGRO SERVET, la crisis sanitaria no es comparable con la crisis financiera de 2.008 considerando que, la pandemia sanitaria no era previsible ni inherente al riesgo de la contratación mientras que la crisis financiera de 2.008 o las crisis económicas sí son riesgos inherentes al contrato cuando su ejecución se prolonga en el tiempo como como ocurre con los contratos de préstamo hipotecario.

El Real Decreto 463/ 2.020, declaró el estado de alarma durante quince días naturales. En este primer Real Decreto únicamente se declaró el estado de alarma y se hizo mención en la Disposición Adicional Segunda a la "Suspensión de plazos procesales" y el apartado 1 declaraba la suspensión de terminos y la suspensión e interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales en todos los órdenes jurisdiccionales reanudándose el cómputo cuando perdiera vigencia el Real Decreto o sus prórrogas. El apartado 3 contemplaba una serie de actuaciones procesales que sí podrían ser tramitadas debido a su naturaleza urgente.

503. Véase el artículo de VICENTE MAGRO SERVET "La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas *"rebus sic stantibus*" en los contratos". Publicado en El Derecho.com. Lefebvre el 18 de Marzo de 2.020. Como explica el autor, la Jurisprudencia no ha venido considerando las crisis económicas como hechos no imprevisibles entre los contratantes, y, en este sentido cita la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 05-04-2019, nº 214/2019, rec. 3204/2016 (que excluye la imprevisibilidad de una crisis económica) y la sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 30-04-2015, nº 227/2015, rec. 929/2013, qué recuerda qué requisitos se exigen para la aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" y que habla del "riesgo normal o inherente al contrato" ( y en el mismo sentido la STS núm. 333/2014 de 30 junio). La Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 15-01-2019, nº 19/2019, rec. 3291/2015, consideró que la crisis económica (del año 2008) no era un hecho imprevisible que habilitara la aplicación de las cláusulas "rebus sic stantibus".

Esta medida afectaba principalmente a los procesos judiciales en los que se estuviera ejecutando un contrato de préstamo hipotecarios, es decir, a los procedimientos de ejecución hipotecaria y a los juicios declarativos ordinarios.

En principio, en este primer Real Decreto ninguna medida se contempló respecto a la suspensión de los contratos por fuerza mayor.

Tan sólo tres días después de declarar el estado de alarma, el 17 de Marzo de 2.020, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto- Ley 8 / 2.020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19[504].Este segundo Decreto, contempló una moratoria crediticia como consencuencia del COVID- 19 que tendría su antecedente inmediato en Italia. La moratoria crediticia viene contemplada en el apartado IV del capítulo primero Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que fue modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de Marzo.

El hecho de que se tratase de una crisis sanitaria internacional y el importante número de afectados en todo el mundo hizo evidente que no pudiera ser previsible por quienes formalizaron contratos de préstamos hipotecarios con anterioridad a la declaración del estado de alarma máxime cuando ni siquiera los propios Gobiernos de las Naciones afectadas reconocen que fuera previsible y tampoco la OMS[505].

504. BOE de 18 de Marzo de 2.020, Sec. I, Pág. 25853.
505. Respecto a la previsibilidad de la pandemia se ha cuestionado tanto a los Gobiernos de las Naciones afectadas como a la OMS en cuyas recomendaciones dice haber basado su gestión. Respecto a la OMS ha sido objeto de críticas y el Gobierno del Presidente Donald Trump llegó incluso a retirar las aportaciones de EEUU a la OMS considerando que no cumplían la función para la finalidad de investigación y prevención sanitaria. Véase https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020. "Trump contra la OMS: el Presidente suspende la financiación de EEUU a la organización por la gestión de la pandemia". BBS News Mundo. 14 de Abril de 2.020, y https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/08/la-oms-defiende-su-respuesta-al-coronavirus-tras-las-criticas-de-trump/, "La OMS defiende su respuesta al coronavirus tras las críticas de Trump".

En el Real Decreto- Ley 8/2.020, se contempla ya una moratoria en el pago de las cuotas hipotecarias de lo que se denominan colectivos especialmente vulnerables[506]. El Gobierno consideró que la adopción de estas medidas no sólo beneficiaba al ciudadano sino también a las entidades bancarias ya que consideró que se trataba de una medida de contención de la morosidad.

El Real Decreto-Ley 8/2.020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 establece en su art. 7 una moratoria de deuda hipotecaria para la adquisición de vivienda habitual. Las medidas se regulan en los arts. 7 a 16, ambos incluidos y se refieren a aquellas personas que tengan extraordinarias dificultades de pago[507] como consecuencia del COVID-19.

El ámbito de aplicación viene referido a las préstamos o créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda familiar y se extiende tanto al deudor principal como a los fiadores y avalistas en las mismas condiciones que para el deudor principal, respecto de su vivienda habitual.

El art. 9 regula y define el concepto de situación de vulnerabilidad económica a efectos de la aplicación de estas medidas, y establece que tiene que existir un emperoramiento extraordinario de la situación económica del deudor y

506. La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2.020, de 17 de Marzo, hace mención a la necesidad de garantizar el derecho a la vivienda a los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad que hayan reducido sus ingresos como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19 y recuerda "la experiencia acumulada tras la crisis financiera de 2.008" en la materia: el Real Decreto 1.975/2.008, de 28 de Noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda; el Real Decreto-Ley 6/2.012, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y la Ley 1/ 2.013, de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, recientemente modificada por el Real Decreto-Ley 6/2.020, de 10 de Marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.
507. La dificultad de aplicar esta norma estriba en la necesidad de interpretar y valorar qué se entiende por especial situación de vulnerabilidad económica. La norma no se aplica de forma automática por el mero hecho de que se haya declarado el estado de alarma ni opera una suspensión automática de los términos del mismo por la concurrencia de una causa de fuerza mayor como puede ser el COVID-19.

que este empeoramiento tiene que tener su origen en la crisis sanitaria del COVID-19.

El art. 10 recoge de forma expresa la posibilidad de que los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores, aleguen el beneficio de excusión aun cuando hubieran renunciado a él de forma expresa, en aquellos supuestos en los que los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores no se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad. Por tanto, aunque se hubiera pactado la renuncia expresa al beneficio de excusión, podrán exigir que se agote el patrimonio del deudor antes de proceder contra fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores.

Hay que destacar que a diferencia de los Decretos Leyes que fueron aprobados durante la crisis económica de 2.008 a los que ya nos hemos referido, este Real Decreto-Ley nace con una vocación temporal excepcionalmente breve, debido, precisamente, a que tiene su origen en el estado del alarma declarado por el Gobierno de la Nación[508].

Ambas normas circunscribían la aplicación de su contenido y previsiones a la duración del estado de alarma, contemplando una mención el art. 12 del Real Decreto-Ley 8-2.020, a los quince días posteriores a la finalización del estado de alarma.

Tras las sucesivas prórrogas del estado de alarma adoptadas por el Gobierno, finalmente, esta medidas únicamente contuvieron el el impago de dos o tres cuotas hipotecarias ( Marzo, Abril, y Mayo de 2.020).

La moratoria no operaba de forma automática por el mero hecho de que existiese una declaración del estado de alarma y la declaración del estado de alarma provocaba una suspensión de la ejecución del contrato desde el punto de vista de la obligación del pago de la cuota hipotecaria por parte del deudor.

508. El Estado de alarma se declaró mediante Real Decreto 463/2.020, de 14 de Marzo, publicado en el BOE el día 14 de Marzo de 2.020, y el Real Decreto- Ley 8 /2.020, de 17 de Marzo, entró en vigor el 18 de Marzo de 2.020, tras su publicación en el BOE.

En este contexto podemos preguntarnos si esta previsión normativa es o no necesaria, o si realmente, el ordenamiento jurídico, ya prevé la posibilidad de suspender la ejecución del contrato sin necesidad de contemplar una moratoria de este tipo.

Nada impedía realmente, con anterioridad a la aprobación de estas medidas, que el deudor solicitase la suspensión del cumplimiento o ejecución del contrato amparándose en la declaración de estado de alarma y en el concepto de fuerza mayor, sin que hubiera necesidad de hacer mención a una previsión legal expresa en este sentido como la recogida en el Real- Decreto Ley. Es precisamente una previsión de estas características lo que parece excluir cualquier otra opción jurídica que no se la aquí contemplada, por una cuestión de especialidad de la norma.

Por tanto considero que, esta norma, lejos de mejorar la posición del deudor la empeora ya que parece eregirse en norma específica frente a la general de aplicación ( el Código Civil y el concepto de fuerza mayor), y limita los supuestos y el tratamiento y alcance del instituto de la fuerza mayor y de la suspensión del contrato.

El Real Decreto-Ley estableció un procedimiento de solicitud de la moratoria que cada entidad bancaria concretó a través de su publicidad y sus propias condiciones de tramitación on-line. Sin embargo, nada hubiera impedido, bajo mi punto de vista, que cualquier ciudadano solicitara, o incluso, comunicara formalmente, a la entidad bancaria la suspensión de la ejecución del contrato por causa de fuerza mayor debido a los efectos del COVID-19, como se podría admitir en cualquier otro tipo de contrato.

La suspensión del pago de la cuota hipotecaria durante dos o tres mesualidades no parece que produzca un desequilibrio reprobable en el contrato, estando más que justificada dicha suspensión en el contexto de crisis sanitaria internacional.

El art. 13 del RDLey establece una plazo máximo de 15 días desde que se presente la solicitud de moratoria ante la entidad bancaria para que esta proceda a su implementación. El art. 14 atribuye efectos suspensivos a la solicitud de la moratoria durante el plazo estipulado para la misma ( esto es, el periodo de tiempo que dure el estado de alarma y quince días posteriores a la finalización del estado de alarma). El precepto aplica de forma expresa que durante la suspensión no podrá aplicarsela cláusula de vencimiento anticipado. Además durante el periodo de vigencia de la moratoria o será exigible el pago de la cuota hipotecaria ni ninguno de los conceptos que la integran ( ni amortización de capital ni intereses), y tampoco se producirá devengo de intereses.

Sin embargo estos efectos que aquí se contemplan de forma expresa, serían los efectos lógicos que se producirían en la suspensión de un contrato por fuerza mayor.

No debemos olvidar que la "suspensión" tiene como finalidad la conservación de los contratos y la evitación de la resolución, de tal forma que, como indica la propia palabra se suspenden todas las consecuencias que dimanan de la firma del contrato, por lo que, evidentente no cabe la resolución ni por vencimiento anticipado ni por otro motivo durante la suspensión ni cabe el devengo de intereses o de cualesquiera otros conceptos de naturaleza indemnizatoria, resarcitoria o penal para alguna de las partes ( tales como intereses, o imposición de otro tipo de cláusulas o conceptos).

Y esto es así por cuanto el origen o la causa de la suspensión es la fuerza mayor, y, no era ni previsible ni evitable por ninguna de las partes, y ninguna de las partes contribuye a la concurrencia y afectación al contrato de dicha causa.

Precisamente respecto a los efectos inherentes a la suspensión del contrato por fuerza mayor, el art. 15. del RD-Ley hace alusión a que no se permitirá la aplicación de intereses de demora durante la vigencia de la moratoria, algo que, como he expuesto anteriormente parece obvio en el caso de una suspensión de un contrato.

Sin embargo, resulta llamativo que el apartado 2 del art. 15 del RDLey establece que en el caso de deudores o contratos distintos de los regulados este Real Decreto-Ley no se aplicará esta prohibición de devengo de intereses moratorios. De este segundo apartado parece extraerse dos conclusiones:

1º.- Que efectivamente es posible solicitar la suspensión del contrato aun no reuniendo las condiciones subjetivas ( que se trate de los deudores con una situación especialmente vulnerable en los términos exigidos) ni objetivas ( que se trate de contratos distintos a los mencionados en esta norma) establecidas en el Real Decreto-Ley.

2º.- Que cualquier deudor podría solicitar a la entidad bancaria la suspensión de un contrato de prestamo o crédito hipotecario ( aunque no fuera para la adquisición de su vivienda habitual) con motivo de la crisis sanitaria COVID.19 entendiendo que se trata de una causa de fuerza mayor. En este supuesto el Real Decreto-Ley mejora la posición de la entidad bancaria respecto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la suspensión de un contrato y sanciona al deudor con la imposición de intereses, es decir, le hace asumir el "coste" por así decirlo de la concurrencia de una causa de fuerza mayor en la que no tiene ninguna responsabilidad.

El art. 16 sanciona a aquellos deudores que se hubieran beneficiado injustamente de esta moratoria sin reunir los requisitos legalmente exigidos estableciendo que responderán por los daños y perjuicios ocasionados, los gastos, y cualesquiera otras responsabilidades en las que puedan haber concurrido de otro orden. El apartado 2 de este artículo establece un límite mínimo indemnizatorio al fijar que la indemnización no podrá ser inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor.

Respecto a la posible responsabilidad del deudor, el Decreto va más allá del hecho de que el deudor haya disfrutado de estos beneficios sin reunir los requisitos legalmente exigidos para ello, sino que además contempla de forma expresa la responsabilidad de quienes se coloquen y mantengan deliberadamente

en una situación de especial vulnerabilidad para disfrutar de las medidas reguladas en esta norma.

El Real Decreto Ley 11/2.020, por el que se modifica el RD-Ley 8/2.020, amplía el ámbito de aplicación de la moratoria crediticia a supuestos de deuda no hipotecaria.

La declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19 fue contemplada como una situación excepcional, no previsible, que impidió, de forma generalizada, el cumplimiento de buena parte de las obligaciones contractuales.

Pero, a pesar de la excepcionalidad de la situación, las medidas adoptadas seguían la dinámica marcada hasta la fecha, nada especialmente relevante ni vanguardista que supusiera una solución juridica distinta de las demoras en los pagos, o aplazamientos, sin valorar, además, qué consecuencias o qué impacto economico tienen esas medidas en el propio contrato cuando se alzan las mismas. No se valora, en definitiva, la necesidad de preservar el contrato, y se aportan soluciones temporales y breves que no implican una revisión del contrato en su conjunto.

La conclusión es clara: el derecho a la vivienda contemplado en el art. 47 CE no equivale al derecho a la propiedad contemplado en el art.33 CE, y la única forma de garantizar el derecho a la vivienda es que la Administración asuma esta obligación mediante la creación de un parque de vivienda pública que no implique la transmisión de la propiedad, y que esté sujeto a controles administrativos de concurrencia de requisitos económicos de quienes gozan de esa protección, debiendo cesar la misma cuando cesen los requisitos que determinen la misma, ya que hay que evitar por todos los medios situaciones de abusos y corruptelas que impidan una correcta gestión, eficaz y eficiente, de los recursos públicos.

En nuestra oponión, se trata de un contrato de tracto sucesivo, que prolonga su cumplimiento a tan largo plazo ( pensemos en una duración media de 30 años) que no pueder recoger el mismo tratamiento jurídico durante toda su

vida. Sería más adecuado a la buena fe contractual y a la equidad que el propio contrato contemplara fases de la ejecución atribuyendo un contenido jurídico determinado al contrato, variando sus cláusulas, conforme avanzara la ejecución del contrato: reequilibrando de forma constante las contraprestaciones.

La división del contrato por partes de ejecución implicaría que cada una de esas partes actuaría como un compartimento estanco sin poder aplicar las cláusulas del contrato que no correspondieran al periodo o a la parte en la que se produce el incumplimiento.

Evidentemente este planteamiento también implicaría que la hipoteca se adecuara jurídicamente a un contrato de estas características por lo que habria que realizar reformas y legislar también sobre este aspecto así como sobre los aspectos procesales. La adecuación del contrato bancario en el sentido expuesto requeriria un compromiso no sólo de las Administraciones públicas sino también del propio sistema financiero, siendo conscientes de la dificultad de conseguir el establecimiento de un contrato bancario de estas características.

Somos también conscientes de que tal planteamiento en la regulación del contrato conforme avanzara su vida, podría retraer el crédito pero quizás también mejorara la calidad del mismo y permitiera disminuir el número de hipotecas impagadas.

**CONCLUSIONES.**

**Primera.** Hasta el año 2.008 no se desvela la inicidencia del derecho a la vivienda en el contrato bancario de préstamo hipotecario para su adquisición.

Los anteriores periodos de crisis económicas nunca interfirieron en la dinámica del contrato bancario, ni provocaron el análisis del mismo, ni su revisión desde la Judicatura como consecuencia de alarma social generada ante los masivos desahucios de ciudadanos.

Hasta ese momento, el contrato bancario presentaba unas características que no ofrecían dudas desde un punto de vista jurídico, y, tampoco la hipoteca, institución de garantía por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico, era una figura a debate.

Los efectos devastadores de la Crisis de 2.008 obligaron a intentan paliar los efectos del contrato bancario y la dinámica misma de las obligaciones contraídas, siendo la ejecución hipotecaria, el origen de esa revisión y el punto de inflexión en la materia.

La búsqueda de fórmulas de "justicia social" obligaron a los Jueces a revisar la forma en la que aplicaba las Leyes. Las primeras soluciones que se intentaron aplicar, para minimizar de alguna forma los efectos de una aplicación literal del contrato bancario, surgen en sede Judicial: es la praxis judicial la que guía las posteriores modificaciones legislativas.

Para entender el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda, y la incidencia del derecho a la vivienda en el contrato, debemos reflexionar sobre el origen y naturaleza jurídica del Derecho a la Vivienda.

De la revisión histórica del origen y desarrollo del derecho a la vivienda se extraen dos conclusiones que dificultan su incardinación en el Derecho Mercantil: de una parte, su origen social, vinculado a la clase obrera y a lucha por sus

derechos, mejoras sociales y por la reivindicación de la dignidad de las personas, y de otra, la existencia de un parque público de vivienda inmobiliaria hasta la Crisis de 2.008 en el que los ciudadanos adquirían la propiedad de la vivienda protegida.

Las normas preconstitucionales estudiadas coinciden en configurar el derecho como un derecho social, esto es, más propio del Estado Social del Bienestar que de un Estado liberal.

Si bien la configuración del derecho a la vivienda tiene un origen histórico social, vinculado a los movimientos obreros y a la mejora de los derechos de los trabajadores, tras la evolución de las politicas de vivienda, y, el desarrollo económico y social operado en los últimos años, podemos diferenciar claramente el derecho a la vivienda de carácter social, que debe ser proveído por el Estado, del contenido del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, ya que el primero quedaría reservado al ámbito del Derecho Público, mientras que el contrato bancario se encontraría dentro del ámbito del Derecho Privado, con las salvedades que concluimos a continuación.

A nuestro juicio, el derecho a la vivienda, se debe proveer por el Estado en los supuestos en los que los ciudadanos no puedan acceder a la misma por sus circunstancias económicas. En estos casos, el Derecho a la Vivienda debería hacerse efectivo a través de la creación de un parque inmobiliario de viviendas cuya propiedad perteneciera a la Administración.

Para garantizar este derecho a los ciudadanos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, el derecho tendría que tener un carácter temporal, estableciendo unos requisitos en el ciudadano que debieran acreditarse y mantenerse en el tiempo para no perder el derecho.

El control y establecimiento de estos derechos estaría sujeto al Derecho Administrativo, y desaparecida la necesidad del ciudadano o su condició vulnerable, podrían destinarse estos recurso públicos a otra persona, que sería la nueva perceptora ese derecho.

De esta forma el parque inmobiliario de vivienda pública sería permanente, sin que existiera un problema habitacional en casos de ciudadanos que no pudieran acceder a la vivienda y se encontraran en situación de vulnerabilidad. Se evitaría que viviendas protegidas se utilizaran por quienes las adquirieron en condiciones especiales, para especular, y, obtener un enriquecimiento injusto a costa de los derechos sociales, pervirtiendo así el sistema de ayudas sociales.

La necesidad de introducir este cambio en la política de vivienda ha quedado absolutamente demostrada en los últimos años, ya que, incluso hay ciudadados que son propietarios de más de una vivienda, siendo todas ellas, en su origen viviendas protegidas.

No basta con un sistema de descalificación de la condición social de la vivienda, porque, esta opción, también constituye un abuso del Estado Social, al permitir, introducir en el mercado libre la vivienda protegida con una mera tramitación formal o incluso con un límite de precio que beneficiará injustamente al nuevo adquirente.

Podemos concluir que la vivienda debe ser titularidad del Estado (o CCAA, de la Administración), y, que el art. 47 CE permite claramente esta opción, ya que el tenor literal del precepto utiliza la expresión *disfrutar,* lo que no implica el acceso a la propiedad necesariamente.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1.978 el derecho a la vivienda se consagra en el art. 47, pero su ubicación en Texto Constitucional no ofrece dudas: se trata de un derecho subjetivo, no de un derecho fundamental. Forma parte de los llamados Principios Rectores de la Política Social y Económica, y, en consecuencia, debemos concluir que la exigibilidad de este Derecho no es oponible *inter partes,* en relaciones jurídicas sujetas al derecho privado, como es el contrato bancario, sino frente a las Adminstraciones Públicas, a quien compete, sin lugar a dudas, garantizar el derecho a la vivienda en los términos en los que se consagró en la Consitución Española.

Del anális del derecho a la vivienda, de su orígen histórico y de su naturaleza se concluye que se trata de un derecho que debe preservarse por el Derecho Público, no pudiendo repercutir en la esfera del Derecho Privado, en los ciudadanos, obligaciones que son exigibles a las Adminstraciones. Y podríamos concluir también que debe proveerse a personas vulnerables, ya que no es posible reconocer una suerte de derecho universal a que el Estado facilite una vivienda a todos los ciudadanos independientemente de sus circunstancias económicas.

Hasta el inicio de la Crisis de 2.008, las Administraciones asumieron esta obligación dentro del Derecho Público, del Derecho Administrativo. La necesidad de vivienda se cubría a través de Leyes que creaban parques públicos de vivienda, y a través de Planes Nacionales de Vivienda y a través de la transmisión de la propiedad.

La Administración asumía la creación de vivienda en condiciones ventajosas distinguiéndola en el marcado de las llamadas viviendas de "renta libre" y, además, ofrecía fórmulas de financiación ventajosas, que suponían un privilegio frente a las condiciones de financiación ofrecidas al resto de ciudadados, siendo no sólo las viviendas protegidas por el Estado en cuanto a su precio, sino también en cuanto a su financiación.

Como consecuencia de lo anterior, debemos distinguir claramente el derecho a la vivienda inserto en el ámbito del Estado Social, de las políticas sociales y de la protección de ciudadanos en situación de vulnerabilidad, del ámbito del derecho a la vivienda adquirida en el libre mercado por quienes han podido acceder a ellas sin la intervención del Estado.

En el primer caso, la conclusión sería que el derecho a la vivienda no se articularía mediante financiación para la adquisición porque no existía adquisición de la propiedad, por lo que el contrato bancario quedaría excluído en este ámbito.

La financiación únicamente operaría en los sujetos intervinientes en los procesos de construcción de vivienda pública, en los que se encontrarían, primero,

las propias Administraciones, y, segundo las empresas que asumieran el proceso de construcción.

En estos casos, los contratos bancarios, evidentemente, no tendrían las mismas características que el contrato bancario que firma un ciudadano para poder adquirir una vivienda como destinatario último del proceso de construcción.

Respecto a la financiación de las Administraciones, huelga decir que la aplicación de las normas es muy relativa, ya que, las normas se "flexibilizan" considerablemente cuando de una Administración se trata.

Respecto a las empresas intervinientes en el proceso de construcción, tampoco el contrato bancario de financiación para la construcción presentaría las mismas características, y, ello por cuanto el plazo de ejecución del contrato es sustancialmente inferior al del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisicón de vivienda.

En el caso de los promotores o constructores, el plazo de realización de una obra es de dos años aproximadamente. La financiación podría requerir algo más de tiempo, por ejemplo, cinco años, si previamente se tuviera que adquirir el solar y las tramitaciones administrativas demorasen el inicio de las obras. Pero la financiación en estos casos se limitaría a un periodo de 5 o 2 años.

Sin embargo, en el ámbito de la adquisición de vivienda de renta libre, en el caso del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en el ámbito de la renta libre, el plazo de ejecución medio de duración de una hipoteca podría ser de 30 años, lo que hace necesaria una revisión del contrato y una adecuación del mismo conforme avanza su ejecución en el tiempo.

De analisis de las políticas de vivienda, tanto preconstitucionales como postconstitucionales, se aprecia un elemento de distorsión en la dinámica contractual, y, no proviene del Derecho Mercantil, ni del contrato bancario, sino del Derecho Administrativo, al introducir en el mercado viviendas protegidas, transmitiendo la propiedad a los compradores, y, permitiendo que un bien adquirido en esas condiciones especiales y ventajosas, se incorparase

posteriormente al mercado inmobiliario contribuyendo a la especulación y al vaciamiento constante del parque inmobliario público.

De la lectura del art. 47 CE concluimos que la adquisición de la propiedad no es necesaria para garantizar el derecho a la vivienda. El artículo no menciona que el derecho a la vivienda deba proveerse por el Estado mediante la adquisición de la propiedad, ya que, el tener literal del precepto utiliza la palabra "disfrutar".

La conclusión es que, no sólo no es necesaria la adquisición de la propiedad sino que es incompatible con una verdadera protección del derecho a la vivienda.

La única fórmula que permite garantizar el derecho a la vivienda y el mantenimiento de un parque de vivienda social, es la intervención del Estado mediante la creación de un parque público de viviendas que siempre estuvieran disponibles para cubrir esas necesidades habitacionales sociales, lo que irremediablemente implica que no se transmita la propiedad.

Las viviendas serían propiedad de la Administración pero esto requeriría también un control administrativo de las circunstancias económicas de los ciudadanos que disfrutaran de esa cobertura social excepcional y privilegiada respecto al resto de los ciudadanos. El mecanismo de control de la Administración no sería otro que el que aplica normalmente cuando revisa las condiciones económicas que motivan, por ejemplo, una subvención o bonificación en el pago de un impuesto, etc.

Del análisis de las Leyes preconstitucionales y de los Planes Nacionales de Vivienda posteriores a la Constitución se concluye claramente que ha existido una hiperproducción de vivienda pública (bajo distintos regímenes legales, al amparo de distintas leyes) sin ningún tipo de control por parte de la Administración, lo que ha provocado que incluso, los ciudadanos, a lo largo de los años, pudieran adquirir más de una vivienda de este tipo.

Esta inadecuada política de vivienda ha provocado además, que las Administraciones hayan promovido viviendas públicas que nunca se han incorporado al patrimonio de la Administración de tal forma que la Administración

no ha sido capaz de crear viviendas que se encuentren permanentemente al servicio de las personas de las personas vulnerables, eliminando así la existencia de un servicio social real para cubrir las necesidades habitacionales.

En nuestra opinión se puede hablar claramente de un fracaso de las políticas de vivienda, ya que no se han adecuado a las necesidades reales de la sociedad en evolución constante, y, no se ha controlado de ninguna forma la eficacia y eficiencia de los recursos públicos.

La constatación de esa política de vivienda fallida, lejos de llevar a las Administraciones a retomar el control de las políticas de vivienda desde otra perspectiva, creando parques inmobiliarios propiedad de la Administración, ha traslado al ámbito del Derecho Privado sus consecuencias: de una parte, al contrato bancario y su ejecución, iniciando una época de revisión y reinterpretación constante del mismo, y alterando la teoría general de las obligaciones y contratos; y, de otra, repercutiendo en el ciudadano las obligaciones de la Administración.

La Administración ha "señalado" la propiedad privada, recurriendo con total normalidad, a introducir en el debate público y en las "soluciones sociales de la Administración" la limitación del derecho de propiedad, la función social de la propiedad, la posibilidad de la expropiación de derechos legítimos, e, incluso, yendo más allá en las transgresiones del art. 33 CE, sancionando incluso administrativamente la "condición de propietario" como si se tratase de una situación jurídica contraria a Derecho.

Esta postura de la Administración revela una incapacidad absoluta de proveer el derecho a la vivienda desde el ámbito del Derecho Público del que nunca debió salir, traslado al Derecho Privado las obligaciones del Estado.

Esta inoperancia de las Administraciones no sólo resulta insatisfatoria desde un punto de vista social, porque no soluciona el problema de la vivienda, sino que genera otros problemas añadidos, como la inseguridad jurídica, la imposibilidad de acceder a la vivienda por parte de una gran cantidad de ciudadanos, y el

fomento de fenómenos como la ocupación ilegal de inmuebles bajo la aparente premisa de la vulnerabilidad.

La Ley 12/2.023, de 24 de Mayo de 2.023, por el Derecho a la Vivienda, se presenta como la primera Ley Estatal que desarrolla el art. 47 CE, y transcurrido más de un año desde su aprobación, podemos concluir su absoluta ineficacia, ya que la Administración continúa desentendiéndose de sus obligaciones, como principales responsables del mandato contenido en la Constitución y de la obligación de asumir los Principios Rectores de la Política Social y Económica.

La conclusión es clara: el derecho a la vivienda contemplado en el art. 47 CE no equivale al derecho a la propiedad contemplado en el art.33 CE, y la única forma de garantizar el derecho a la vivienda es que la Administración asuma esta obligación mediante la creación de un parque de vivienda pública que no implique la transmisión de la propiedad, y que esté sujeto a controles administrativos de concurrencia de requisitos económicos de quienes gozan de esa protección, debiendo cesar la misma cuando cesen los requisitos que determinen la misma, ya que hay que evitar por todos los medios situaciones de abusos y corruptelas que impidan una correcta gestión, eficaz y eficiente, de los recursos públicos.

**Segunda.** Sentado lo anterior, volvemos al inicio de la Crisis de 2.008, y podemos concluir que efectivamente la Crisis de 2.008 pudo evitarse o al menos reducirse considerablemente sus efectos económicos en la población.

Si bien admitimos que la globalización de la economía y de los mercados provocan efectos sistémicos, se ha podido constatar que las entidades bancarias, las agencias de calificaciones y las Autoridades Reguladoras competentes hicieron una dejación de los controles de calidad del crédito con fines especulativos y con la mera finalidad de obtener liquidez en los mercados para preservar su propia continuidad, bajo la confianza de que, ante un posible colapso, como así ocurrió, el sistema de bancos centrales acudiría a salvar a los Bancos socializando las deudas para salvar el sistema financiero, por el bien de todos.

Aunque el origen de la Crisis de 2.008 se ubica en EEUU, se ha podido constatar posteriormente que el fenómo de las llamadas hipotecas "subprime" se produjo como consecuencia de una dejación de funciones de quienes debia ejercitar los sistema de control de la estabilidad financiera y los destinatarios últimos de la cadena iban a ser necesariamente los ciudadanos.

La evolución del precio de la vivienda, y, su constante subida hacen preveer la continuidad en un futuro de la necesidad de solicitar financiación mediante préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda a plazos considerables, lo que confirma la necesidad de articular la ejecución del contrato a través de distintos tramos, con distintas cláusulas y consecuencias jurídicas dependiendo del momento en el que se produzca un posible incumplimiento contractual.

La evolución del valor de los inmuebles en el mercado demuestra que se trata de una pieza clave en el sector financiero y que, no podemos esperar, como a veces se especula, una posible bajada del precio de las viviendas, no al menos, de forma sustancial.

Por este motivo debería adecuarse el contrato a las características de su objeto y al nivel de endeudamiento que requiere la adquisición de una vivienda, en la mayoría de los casos, con la finalidad de reequilibrar las obligaciones y contraprestaciones establecidas y adecuarlas al principio de buena fe contractual y equidad durante toda la vida del contrato.

Respecto a la posibilidad de que pueda producirse nuevamente un fenómeno como el de la "burbuja inmobiliara", únicamente pueden asegurarse los controles de calidad de los créditos pero, de ninguna forma, puede limitarse el precio de la vivienda, siendo la única solución alternativa la vivienda "propiedad del Estado" que efectivamente cumple fines sociales y que atiende a la función social de la propiedad.

Un mercado inmobiliario controlado, y limitado restringiría el crédito y la actividad economica, frustrando la expectativas de inversión entre los ciudadanos y menoscabando el desarrollo económico.

**Tercera.** La aparición de nuevos operadores el mercado financiero al margen de la banca tradicional, representan nuevos retos para la contratación bancaria en el ámbito que nos ocupa, y, ciertamente, también suponen mayores peligros para el prestatario. Si actuando en un mercado regulado se han producido situaciones como las vividas desde la Crisis económica, la contratación *on line* de un préstamo hipotecario con una entidad que no forma parte de la banca regulada implicaría una desprotección total del prestatario quedando a merced de una suerte de contrato virtual, no sujeto a principios de derecho privado ni a las normas, que podría establecer cualesquiera obligaciones y consecuencias en caso de incumplimiento.

Tras la Crisis de 2.008, y, a pesar del tiempo transcurrido, el precio de las viviendas no ha bajado, no de forma sustancial o relevante. Todo lo contrario, la vivienda sigue subiendo de precio, y, especialmente en determinadas zonas o ciudades en los que resulta imposible su adquisición por la mayoría de los grupos de población.

Sin embargo, y, a pesar de los cambios introducidos en el contrato bancario, ninguno de ellos es relevante o eficaz, porque ninguno supone una verdadera adecuación del mismo a cada estado de su ejecución. Las reformas operadas a través de modificaciones legislativas se centran en demorar los desahucios, aun sabiendo, que únicamente se dificulta algo que tarde o temprano ocurrirá.

Se discuten ciertas cláusulas y se alegan como abusivas, solicitando la nulidad pero esto no hace desaparecer la deuda ni el resto de cláusulas contractuales, por lo que más allá de haber generado el análisis de ciertas cláusulas bancarias, no ha supuesto una revisión de los tramos de ejecución del contrato.

Las soluciones judiciales se han centrado en postergar los desahucios, y, en declarar la nulidad de determinadas cláusulas, de la misma forma que las modificaciones legislativas, pero sin embargo, no ha se propuesto una revisión integral de la ejecución y cumplimiento del contrato.

En nuestra oponión, se trata de un contrato de tracto sucesivo, que prolonga su cumplimiento a tan largo plazo ( pensemos en una duración media de 30 años) que no pueder recoger el mismo tratamiento jurídico durante toda su vida. Sería más adecuado a la buena fe contractual y a la equidad que el propio contrato contemplara fases de la ejecución atribuyendo un contenido jurídico determinado al contrato, variando sus cláusulas, conforme avanzara la ejecución del contrato: reequilibrando de forma constante las contraprestaciones.

La división del contrato por partes de ejecución implicaría que cada una de esas partes actuaría como un compartimento estanco sin poder aplicar las cláusulas del contrato que no correspondieran al periodo o a la parte en la que se produce el incumplimiento.

Evidentemente este planteamiento también implicaría que la hipoteca se adecuara jurídicamente a un contrato de estas características por lo que habria que realizar reformas y legislar también sobre este aspecto así como sobre los aspectos procesales. La adecuación del contrato bancario en el sentido expuesto requeriria un compromiso no sólo de las Administraciones públicas sino también del propio sistema financiero, siendo conscientes de la dificultad de conseguir el establecimiento de un contrato bancario de estas características.

Somos también conscientes de que tal planteamiento en la regulación del contrato conforme avanzara su vida, podría retraer el crédito pero quizás también mejorara la calidad del mismo y permitiera disminuir el número de hipotecas impagadas.

**Cuarta.** Respecto al principio de autonomía de la voluntad, resulta evidente que no concurre por la mera lectura del contrato bancario, y tampoco por la intervención de Fedatarios públicos como el Notario o el Registrador de la propiedad. Los llamados controles de transparencia no dejan de ser meras apareciendas que realmente no separan al prestatario de la firma del contrato bancario.

Sólo un control de las cláusulas del contrato, con carácter previo a la puesta en circulación de un contrato, por parte de la Administración, podría aumentar la protección. Es decir, se trataría, no de revisar un contrato bancario por parte del prestatario cuando lo va a firmar sino de no permitir la puesta en circulación en el tráfico jurídico de ciertos contratos que no cumpliesen una normativa preestablecida en el sentido apuntado anteriormente.

No se trata de revisar si hay una cláusula abusiva cuando se va a firmar un contrato sino de que los contratos bancarios que se utilicen por las entidades bancarias, ya contemplaran distintos tramos de ejecución y distintas consecuencias jurídicas, y, ello sin perjuicio de que, lógicamente todas las cláusulas que fueran incluidas en cada uno de esos tramos no fueran abusivas o nulas.

La autonomía de la voluntad en el prestatario está limitada: o firma el contrato y obtiene la financiación o no firma el contrato y no obtiene la financiación. La negociación es inexistente y la capacidad de elección en el mercado absolutamente limitada tras la progresiva concentración de las entidades bancarias que restringen la competencia en el mercado en perjuicio del prestatario.

**Quinta.** Debemos ser muy críticos cuando se habla de "educación financiera" y de "creditos responsables" ya que quienes realmente conocían los riesgos al inicio de la Crisis de 2.008 fueron precisamente quienes los generaron. La titulización de bonos hipotecarios se realizó por entidades bancarias, prescindiendo de controles de calidad del crédito con la cooperación de las Agencias de Calificación y de las Autoridades Supervisoras, generando una cadena de actuaciones que no eran imputables a los ciudadanos. Los propios bancos centrales tenían mecanismos suficientes para poder controlar y detectar estas prácticas.

Podemos concluir que la banca se encuentra en una posición de garante, y se inserta en un sistema que la protege en caso de que sea necesario, como ya

ocurrió con la Crisis de 2.008, por miedo a la quiebra del sistema bancario, y, es precisamente, este motivo por el que consideramos que el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda es especialmente relevante no sólo porque hace efectivo el derecho a la vivienda, sino porque es un contrato fundamental en el sistema bancario.

Los inmuebles (*bienes raíces*) siguen siendo los bienes de inversión y de garantía por excelencia, y, ello por mucho que asistamos, a la creación de "derechos etéreos virtuales" que a menudo se usan para especular y que tienen una duración limitada en el tiempo.

El prestatario, el consumidor que firma un contrato bancario de préstamo hipotecario, no puede interferir en la conformación del contrato sólo puede adherirse o no al contrato, por lo que la verdadara protección vendría dada por una itervención anterior mediante modificaciones legislativas que impongan unos mínimos necesarios en dichos contratos, en los términos expuestos, contemplando siempre distintas fases o periodos temporales en la ejecución del contrato, evitando que cualquier incumplimiento contractual, pudiera motivar la declaración de vencimiento anticipado del contrato, por ejemplo.

**Sexta.** Revisado el contrato bancario como consecuencia de la Crisis de 2.008, se ha valorado la intervención de los Fedatarios públicos en el mismo, concretamente, de los Notarios, mediante la autorización de la firma de la Escritura Pública que recoge el contrato bancario y, del Registrador de la Propiedad, que califica la Escritura antes de su inscripción.

A la vista de la interpretación que se ha realizado de la intervención de ambos Fedatarios Públicos podemos concluir que, ni la intervención del Notario ni la del Registrador de la Propiedad tienen una incidencia directa y eficaz en el contrato bancario. Respecto al Notario, únicamente asevera requisitos meramente formales pero no puede advertir a las partes, realmente, ni asesorarles, ni mucho menos asesorar a los firmamentes en el sentido de no firmar la Escritura. Por su parte, el Registrador, se limitaba a inscribir la Escritura en el

Registro de la Propiedad, accediendo también las cláusulas del contrato revistiéndose así de cierta legalidad que las legitima. Sin embargo, como ya hemos expuesto, la mera consideración de una cláusula como abusiva no preserva el buen fin del contrato: no garantiza ni protege su conservación, únicamente demora las consecuencias del incumplimiento.

Por este motivo consideramos, que tampoco la intervención del Notario y del Registrador de la Propiedad permiten salvar el equilibrio entre las partes en el contrato durante toda la vida del contrato.

No en vano, la intervención de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad prescinden en muchas ocasiones de una función directa del control de legalidad, dejando en manos de "terceros perjudicados" el posible ejercicio de acciones de naturaleza judicial o administrativa. Sirva a modo de ejemplo, la expresión contenida en las Escrituras en las que se dice que las partes "aseveran" o que las partes "dicen conocer", o que "renuncian" a su lectura, por haber leído ya previamente la Escritura.

**Séptima.** Más relevante ha resultado el control judicial del contrato bancario que ha dado lugar al desarrollo de Jurisprudencia durante los años transcurridos desde que se iniciara la Crisis de 2.008 hasta la actualidad. El control judicial se produjo en la fase de ejecución, a tráves de los procedimiento de ejecución hipotecaria.

El procedimiento de ejecución hipotecaria, absolutamente taxativo, en cuanto a sus trámites y a las causas de oposición, implicaba casi una pérdida automática de la vivienda y una nula posibilidad de defensa desde un punto de vista jurídico.

El incremento de procesos de ejecución y el desahucio de miles de personas generó una alarma social y movimientos reinvidicativos del derecho a la vivienda. Sin embargo, las propias características del contrato bancario impedían introducir argumentos de interpretación del contrato, ya que se trataba de un contrato de adhesión completamente aceptado en el tráfico jurídico.

Era la propia configuración y contenido del contrato lo que impedía dar un tratamiento equitativo y justo a cada caso concreto.

Pronto los Jueces empezaron a introducir modificaciones "*de facto*" en la dinámica procesal, introduciendo opciones de defensa que, ni tan siquiera se habían contemplado hasta la fecha, permitiendo alegar causas de oposición que la Ley no contemplaba. Esta intervención de la Judicatura fue provocando modificaciones en la Jurisprudencia, cambios de "criterios" y posteriormente fueron ratificados por distintas modificaciones legislativas.

Posteriormente, se cambió de escenario procesal, y, las normas de la ejecución hipotecarias fueron sustituídas por las normas que regulaban el proceso declarativo ordinario, ampliando así los mediso de defensa, tanto en lo relativo a los cauces procesales como a las cuestiones sustantivas o de fondo del asunto.

El juicio declarativo ordinario permitía abrir un abanico de posibilidades en cuanto a los fundamentos y las causas de resolución del contrato y sus efectos. En este contexto, se fue declarando la nulidad determinadas cláusulas o matizando su contenido, pero ninguna de ellas afectaba realmente, a la forma en la que se desarrolla la ejecución del contrato durante larga duración pactada.

Las cláusulas suelo, claúsulas de intereses moratorios, de vencimiento anticipado de pacto de liquidez o saldo deudor, de intereses remuneratorios o índices de referencia, distribución de gastos de la operación o las relativas a la fijación de comisiones bancarias, únicamente posibilitaban, tras su declaración de nulidad al considerarse cláusulas abusivas, el recálculo de cantidades que debían detraerse o devolverse al prestatario y la demora del desahucio.

Sin embargo, a nuestro juicio, el motivo que dio lugar a la revisión del contrato bancario cuando se inició la Crisis de 2.008 no era una cuestión de reestablecer contraprestaciones economicas sino de preservar la equidad entre las partes en el contrato evitando así la resolución del contrato, y, la ejecución de la hipoteca con la consiguiente pérdida del derecho a la vivienda.

Sólo un tratamiento diferenciado de cada una de estas cláusulas en cada uno de los tramos de ejecución del contrato permitiría salvar un mayor número de contratos y preservar así el derecho a la vivienda.

**Octava.** El art. 1.124 Cc tiene una especial relevancia a la hora de valorar el cumplimiento o incumplimiento y la ejecución del contrato. La Jurisprudencia ha tenido que reinterpretar también los efectos de la resolución del contrato, generándose también cuestiones controvertidas, como la posible cosa juzgada, o la legitimación activa en el caso de las cesiones de créditos, por ejemplo.

Sin embargo, consideramos que, todas estas cuestiones, si bien han servido como medios de defensa procesales, no ha conseguido impedir la finalidad de conservación del contrato, contribuyendo a demorar la ejecución de la hipoteca y el previsible desahucio en el tiempo, incrementando incluso los propios costes de la ejecución o del proceso declarativo conforme se generaban actuaciones procesales, lo que implica un aumento también de la deuda reclamada y de la situación patrimonial del deudor.

**Novena.** La necesidad de construir un contrato bancario específico y especial en estos casos se pone de manifiesto no sólo por la excepcionalidad de su duración ( en torno a 30 años) sino por las distintas circunstancias que pueden sobrevenir al contrato durante un periodo de tiempo tan largo.

Es precisamente por este motivo por el que se empiezan a valorar las incidencias que puede tener en el contrato bancario la existencia de alteraciones sustanciales de las circunstancias que motivaron su "confección". Así las *cláusulas rebus sic stantibus* aparecen como una posible solución en situaciones excepcionales, aunque para algunos, la Crisis económica de 2.008 no fue una situación excepcional ya que era perfectamente previsible y evitable.

Pues bien, compartimos, en este sentido, la necesidad de introducir mecanismos de reequilibrio de las contraprestaciones dentro del contrato bancario que permitan preservar, durante, toda la vida del contrato, en el equilibrio entre las partes.

Dichos mecanismos deben introducirse de forma expresa en el contrato, ya que, abandonarse a una posterior intervención judicial deja al prestatario en situación de indefensión absoluta.

El contrato bancario debe contemplar todos los mecanismos de reajuste del equilibrio entre las partes durante toda la vida del contrato, de forma expresa. De lo contrario, se aboca al prestatario al auxilio judicial a psoteriori, justo cuando se encuentra en un estado de especial vulnerabilidad económica, lo que, evidentemente tiene un efecto disuasorio para el prestatario (dados los riesgos procesales y los costes).

La intervención judicial siempre debe ser el último recurso. En el Derecho, como en la Medicina, si se nos permite la comparación, la prevención es mejor que la reparación. Debemos aprender de los errores y evitar introducir en el tráfico jurídico contratos que contienen el germen de su frustración, ya que un contrato nace con la vocación de que se cumpla.

Se trata de prevenir y de evitar, por todos los medios, la frustración del contrato bancario, evitando así que un impago temporal o justificado, desde un punto de vista contractual, pueda provocar el vencimiento anticipado del contrato, y la pérdida del derecho a la vivienda.

Si bien se constató que en la Crisis de 2.008 se relajaron los controles de crédito, e incluso se burlaron intencionadamente con cooperación de las Agencias de Calificación lo que permitió la titulización de bonos hipotecarios ante la repetición de una práctica de estas característica, un contrato bancario que conforme compartimentos estantos podría, posiblemente, facilitar la conservación de un mayor de contratos, y en consecuencia, impedir la ejecución hipotecaria en según qué condiciones.

**Décima.** La conservación del contrato bancario es beneficiosa para la entidad bancaria, para el prestatario, y para el sistema financiero y la sociedad en general. Las entidades bancarias no se benefician del impago de las hipotecas, por lo que, habrá que reformular el contenido de los contratos bancarios para

preservar su viablidad, asumiendo, no obstante, que siempre habrá un número determinado de impagados. Se trataría de reducir al máximo los efectos jurídicos de los impagos pero siempre en el justo equilibrio: se trata de preservar el contrato pero no de fomentar el impago intencionado ni situaciones de abuso o fraude, de ahí la dificultad de elaborar un contrato de estas características.

**Decimoprimera.** La declaración del Estado de Alarma como consecuencia del COVID-19 fue contemplada como una situación excepcional, no previsible, que impidió, de forma generalizada, el cumplimiento de buena parte de las obligaciones contractuales.

Pero, a pesar de la excepcionalidad de la situación, las medidas adoptadas seguían la dinámica marcada hasta la fecha, nada especialmente relevante ni vanguardista que supusiera una solución juridica distinta de las demoras en los pagos, o aplazamientos, sin valorar, además, qué consecuencias o qué impacto economico tienen esas medidas en el propio contrato cuando se alzan las mismas. No se valora, en definitiva, la necesidad de preservar el contrato, y se aportan soluciones temporales y breves que no implican una revisión del contrato en su conjunto.

**Decimosegunda.** La Crisis de 2.008, ha revelado en definitiva un concepto obsoleto e insuficiente del contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. De la misma forma que se habla del *smart contract* y la teconología *blockchain* y las nuevas tecnologías parecen ya estar abriéndose camino en la contratación, debiéramos revisar no sólo la forma (el formato) de los contractos, sino también el fondo.

La contrucción del derecho de obligaciones y contratos heredara del Derecho Romano es absolutamente impecable desde un punto de vista técnico y es precisamente éste el motivo por el sigue siendo plenamente actual y perdura en el tiempo, únicamente se trata de explorar nuevas construcciones utilizando como materiales los elementos que ya han sido creados por el Derecho.

El contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda requiere una revisión integral, en toda su extensión temporal, con la finalidad de preservar el contrato mismo, y el derecho a la vivienda, en la medida de lo posible, sin alentar el incumplimiento voluntario, ni afectar a la seguridad jurídica ni al sistema financiero.

Podemos concluir que el derecho a la vivienda, en su vertiente social (propio del Estado Social) debe separarse del derecho a la vivienda en el ámbito de la renta libre y del libre mercado, también reconocido en la Constitución Española, junto con el Derecho a la propiedad privada. Es justamente en el ámbito de la adquisición de vivienda en el libre mercado inmobiliario donde debe operar el contrato bancario, ya que se requiere financiación en la mayoría de los casos por el alto precio de la vivienda.

Por la importancia económica del contrato bancario en la adquisición de vivienda y, por lo gravoso que es para el adquirente de vivienda estar pagando una hipoteca durante un periodo de tiempo de 30 años, el aquirente de la vivienda de renta libre merece también una especial protección legal frente a la complejidad del contrato.

De la misma forma que concluimos que el Estado (o las CCAA) deben asumir la protección del derecho a vivienda, de forma directa, en el caso de los ciudadanos que lo requieran, las Administraciones no pueden dejar desasistidos a quienes acceden el mercado libre de la vivienda sin la protección de la Administración.

No es posible que el Estado procure a todos los ciudadanos viviendas protegidas, ya que no sólo es inasumible en términos económicos sino que además es incompatible con la configuración del Estado reconocida en la Constitución, que consagra no sólo el Estado Social sino también la economía de libre mercado y el derecho a la propiedad privada.

La revisión de las cláusulas consideradas abusivas, ha supuesto un peregrinaje judicial, que, lejos de introducir una reformulación del contrato

bancario, dando lugar a un nuevo modelo, únicamente ha servido para demorar los desahucios, o generar, a favor del consumidor, pequeños créditos contra las entidades bancarias, como por ejemplo, pequeñas reclamaciones de cantidad por gastos de operación, por comisiones, etc.

La Crisis de 2.008 no distinguió el derecho social del derecho que opera en el libre mercado; no se distinguieron ambas perspectivas, y la necesidad de tratamientos jurídicos distintos. Sin embargo, transcurridos más de 16 años, ahora parece estar reparándose en esta necesidad.

La Ley de Vivienda, presentada casi como un hito legislativo histórico, es, a nuestro juicio absolutamente irrelevante e ineficaz, y lejos de buscar soluciones genera aún más problemas si cabe a la "cuestión social" de la vivienda.

La Ley traslada la obligación de los poderes públicos, de cobertura de los derechos sociales, a los propietarios, desentendiéndose claramente de sus atribuciones legales.

La política de vivienda social o protegida sin control, perduró durante años, y hasta poco antes del inicio de la Crisis de 2.008. No se puede "producir" vivienda social para la totalidad de la población y sin embargo, la vivienda social conformaba un porcentaje considerable de la totalidad de viviendas construidas hasta 2.008.

La falta de control permitió, incluso, la adquisición de más de una vivienda protegida (bajo distintas Leyes o normas) por un mismo ciudadano; su venta posterior; la especulación con estas viviendas; no se controlaron los requisitos económicos de los adquirentes, que acudían en muchos casos a adquirir las viviendas de forma individual, con la finalidad de que constaran inferiores ingresos económicos, para posteriormente incorporar la vivienda a una sociedad matrimonial de bienes gananciales, evitando así que los ingresos de la unidad familiar no les permiteran acceder a estas viviendas.

Tampoco se establecieron controles a posteri que permitieran determinar cuál era la situación económica de los adquirentes en años posteriores ya que al

haber optenido viviendas a precios tan ventajosos, los propietarios pudieron incluso adquirir segundas residencias con posterioridad.

Trascurrida la Crisis de 2.008, contrato bancario permanece indemne y asisitimos a las últimas soluciones de la Jurisprudencia sobre claúsulas abusivas en un debate ya casi agotado.

La estructura del contrato bancario no ha sido alterada de forma sustancial e innovadora, lo que hace prever que, ante una nueva Crisis economica, subida de tipos de interés, pérdida de empleo por parte de los adquirentes, el resultado nos abocaría al mismo punto de inicio: se produciría la pérdida de miles de viviendas.

A nuestro juicio se ha perdido la oportunidad de utilizar el principio de conservación de los contratos como una herramiento útil y tremedamente flexible que permita conservar el contrato bancario de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en el mayor número de casos posibles, aun sabiendo, que con ello no se impedirán las consecuencias del impago pero sí se podrán reducir en buena medida.

Los controles del contrato bancario *a posteriori* son ineficaces, por lo que la conclusión es que el contrato bancario debe reconstruirse y, una vez reconstruido introducirse en el tráfico jurídico. Somos consciente de que dicha labor implica un cambio considerable en la contratación bancaria, pero ya se han admitido por el Derecho y por la sociedad, otros cambios, como la permanente y progresiva introducción de la tecnología en la contratación.

La estructuración del cumplimiento del contrato bancario por partes implicaría también un aumento de laseguridad jurídica que facilitaría la negociación, de ser necesaria en algún momento.

La correcta configuración del contrato permitiría distinguir situaciones temporales de impago con expectativas reales de reconducción de la situación y la posibilidad de preservar el contrato, de otras situaciones de abuso o de corruptela contractual con impagos voluntarios.

Finalmente, debemos concluir que, para que la creación de un contrato de estas características sea viable es necesario ser muy rigoroso en su contenido ya que deben depurarse todas las opciones que puedan permitir abusos del prestario que intencionadamente demore los pagos sintiéndose protegido por el contrato ya que esto fomentaría justamente el efecto contrario: la seguridad jurídica sería el primer principio que se truncaría, con las consecuencias que esto implica para la concesión del créditos y el endurecimiento de sus condiciones.

**BIBLIOGRAFÍA.**

A.CASTRILLO ROMÓN, MARÍA. Influencias Europeas sobre la "Ley de Casas Baratas de 1.911": el referente de la "Loi des Habitations Á Bon Marché de 1.894". Cuadernos de Investigación Urbanística, Nº 36 /2.003. Red de Difusión de la Investigación en Castellano. Sección de Urbanismo del Instituto Juan de Herrera (SPyOT), Madrid, 2.003

AGUADO MONTIEL, ARACELI Y OTROS (A.A.V.V.A), "Estudios Jurídicos sobre Vivienda y Desahucios, Análisis críticos y propuestas alternativas". Junta de Andalucía. Consejería de Fomento y Vivienda. Secretaría General Técnica. Grupo de Investigación "El Derecho Civil del Siglo XXI". 2.015.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. Última jurisprudencia en materia de cláusulas suelo: inaplicación del control de transparencia a prestatarios no consumidores, aplicación de la doctrina del TJUE sobre retroactividad y superación del control de transparencia en cláusula aplicada a consumidor, cosa juzgada. Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, Nº. 5, 2017, págs. 173-184.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "Cláusula suelo, interés moratorio, vencimiento anticipado e imposición de gastos a consumidor en el préstamo hipotecario". La Ley mercantil, Nº. 35 (marzo), 2017, pág. 7.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, Nº. 10, 2016, págs. 113-121.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, Vol. 1, Nº. 11 (marzo), 2013, págs. 51-60.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "La Nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, Vol. 1, Nº. 10 (febrero), 2012, págs. 23-33.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado". Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal, Vol. 1, Nº. 1 (abril), 2011, págs. 21-30.

ÁLVAREZ OLALLA, MARÍA DEL PILAR. "La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / coord. por Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2017, págs. 725-810.

ARANGO GRAJALES, MAXIMILIANO. "La causa jurídica de las cláusulas abusivas". Estudios Socio Jurídicos, 18 (1), 241-264, 2.016. Dialnet.

ARIAS GONZÁLEZ, LUIS. "Las Casas Baratas" (1.911-1937), primer gran ensayo de la "vivienda social" en España", SAMBRICIO, C ( Editorial), En 100 años de historia de la intervención pública en la vivienda y la ciudad, Madrid, 2.008.

ARIAS GONZÁLES, LUIS. "Socialismo y vivienda obrera en España (1.926-1.939)". Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca Abril 2.003.

BALAGUER CALLEJÓN, F. "Una interpretación constitucional de la crisis económica". Revista de Derecho Constitucional Europeo", nº 19 de 2.013. Texto disponible en http://www.ugr.es/redce/REDECE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm (consulta realizada el ...

BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1.979". Revista de Derecho Urbanístico nº 85. 1.983.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, ELENA, "Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la DGRN de 2 de Octubre de 2.006".

BORGIA SORROSAL, SOFÍA. "El derecho constitucional a una vivienda digna. Régimen Tributario y propuestas de reforma". Dykinson, Madrid, 2.009.

BLANCO GARCIA, ANA ISABEL, "Control de Oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 7 /2.013, pp. 194-217, Universidad de Valencia. Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER2010-17126: "La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI". Directora: Dª Silvia Barona Vilar.

BLANCO GARCÍA, ANA ISABEL, "Los 20 Años de regulación de las cláusulas abusivas". Rev. Boliv. De Derecho nº 15, Enero 2.013, pp. 64-87.Consultado en RODERIC.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA. "La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario". Tirant lo Blanch, 2000.

BROSETA PONT, MANUEL Y MARTÍNEZ SANZ FERNANDO. Manual de Derecho Mercantil. Vigésimo Cuarta Edición. Volúmen II. Contratos Mercantiles. Derecho de los Títulos Valores. Derecho Concursal. Ed. Tecnos. Madrid. 2.017.

BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL. "El Consumidor ante la crisis económica: vivienda, mercado hipotecario y concurso". Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña". A Coruña, 12-13- Noviembre de 2.009. José Manuel Busto Lago (ed.), Universidade da Coruña, Servizo de PUbicacións.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, RAFAEL. "Revisión del principio hipotecario de legalidad". Cuadernos de Derecho Registral. Ed. Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2.012.

CALVO, RAFAEL. "La ejecución hipotecaria: problemática registral y procesal". Wolters Kluwer, Barcelona, 2.016.

CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJU 3 Junio 2.010 (CAJA MADRID) a la STS 9 Mayo 2.013 sobre

cláusulas suelo", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 6 / 2.013, pp. 98-115, Universidad de la Rioja.

CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN (Dir.), SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE (Dir.), AAVV. "El derecho a la insolvencia. El concurso de acreedores". ED. Tirant lo Blanch. Valencia, 2.015.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL**.**, en *Derecho de contratos*, Thomson, 2010.

CARRASCO PERERA, ÁNGEL. "Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, *a cada día un poco más cerca del abismo". Universidad de Castilla - La Revista Gómez Acebo & Pombo. Análisis GA&P Diciembre 2.015.*

CARUANA FONT DE MORA, GONZALO (Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia), "Cuestiones actuales en los préstamos hipotecarios inmobiliarios: pacto de vencimiento anticipado, y cesión del crédito". Conferencia realizada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el día 24 de Noviembre de 2.015.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, LUIS UMBERTO. "El notario ante las cláusulas abusivas", en El Notario del Siglo XXI, Nº 54, 2.014 (Publicado por primera vez el 9 de Abril de 2.014 versión consultada Julio-Agosto de 2.017, Nº 74). Colegio Notarial de Madrid.

CRUZ GALLARDO, BERNARDO. "Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores". Claves, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2.014.

CUENA CASAS, MATILDE. "Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas". Revista El Notario del S. XXI, nº 43, Opinión, 16 de Mayo de 2.012.

CUENA CASAS, MATILDE. "El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras". Anuario de Derecho Concursal. Nº 37. 2.016, págs. 11-63.

CUENA CASAS, MATILDE. "La exoneración del pasivo insatisfecho". Cuadernos de Derecho y Comercio. Nº Extra 1, 2.016 ( Ejemplar dedicado a Derecho Concursal, Cuestiones Actuales, págs. 575-639).

CUENA CASAS, MATILDE. "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales". Revista de Derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación. Nº 25, 2.016, págs. 33-58.

CUENA CASAS, MATILDE. "La insolvencia de la persona física. Prevención y solución. El Notario del S. XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº 61- 2.015, Págs. 132-135.

CUENA CASAS, MATILDE. "La insolvencia de persona física. Prevención y solución. A propósito de la Ley 25 /2.015, de 28 de Julio, de Segunda Oportunidad). Academia Sevillana del Notariado, Tomo 26, Págs.221-286. 2.015.

CUENA CASAS, MATILDE. "¿Un régimen de segunda oportunidad". El Notario del S. XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid. Nº 60, 2.015, Págs. 10-19.

CUENA CASAS, MATILDE. "Mecanismos de protección del patrimonio familiar": inembargabilidad y patrimonio separado. Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación. Nº 23, 2.015. Págs. 329-346.

CUENA CASAS, MATILDE. "El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente". Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), Nº 6, 2.015, Págs. 16-39.

CUENA CASAS, MATILDE. "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh star". Anuario de Derecho Concursal, Nº 31, 2.014, Págs. 123-159.

CUENA CASAS, MATILDE. "Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nuevo olvidada". Revista CESCO de Derecho de Consumo. Nº 11, 2.014, Págs. 168-185.

CUENA CASAS, MATILDE. "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales". Revista de Derecho concursal y paraconcursal:

Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", Nº 20, 2.014, Págs. 161-185.

CUENA CASAS, MATILDE. "Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal". Escritura Pública, Nº 80, 2.013, pág. 13.

CUENA CASAS, MATILDE. "Conclusión del concurso de acreedores persona física y exoneración del pasivo pendiente". Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Año nº 31, Nº 125, 2.012, Págs. 289-320.

CUENA CASAS, MATILDE. "Fresh start y mercado crediticio". Indret: Revista para el análisis del Derecho. Nº 3, 2.011.

CUENA CASAS, MATILDE. "Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense". Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación. Nº 15-2.011, Págs. 565-593.

CUENA CASAS, MATILDE. "La insolvencia familiar: ejecución universal sobre el patrimonio familiar". Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 1-2.009. Págs. 203-297 (Ejemplar dedicado a: El derecho privado en contextos de crisis).

CUENA CASAS, MATILDE. "Algunas definiciones de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física". Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 7-2.009. Págs. 91-112.

CUENA CASAS, MATILDE. "Endeudamiento e insolvencia familiar". El Notario del S. XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, Nº 22, 2.008, Págs. 38-42.

CUENA CASAS, MATILDE. "El viejo y el nuevo derecho de los contratos". Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Nº 60-2.003 (Ejemplar dedicado a : El consumismo: una visión interdisciplinar) Págs. 187-206.

CUENA CASAS, MATILDE. "Régimen jurídico e impacto económico del aparente régimen de "segunda oportunidad" introducido por la Ley 25/2.015, de 28 de Julio" (Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/ras y empresarios/ as/ Inmaculada Sánchez Ruiz

de Valdivia (ed.lit), Miguel Domingo Olmedo Cardenete (ed. lit), 2.015. Págs. 733-770.

CUENA CASAS, MATILDE. AAVV Coodinadora. "Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito". Ed. Aranzadi. Madrid. 2.017.

CUENA CASAS, MATILDE. "Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas: aproximación de la Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social". Ed. Comares, 2.014.

CUENA CASAS, MATILDE. "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar". Ed. Aranzadi, Madrid. 2.014.

CUENA CASAS, MATILDE. "Régimen jurídico de la vivienda familiar". Ed. Thomson Aranzadi, 2.011.

CUENA CASAS, MATILDE. "Vivienda habitual de la familia y Registro de la Propiedad". Ed. Dykinson. 2.013.

CUENA CASAS, MATILDE. "Algunas definiciones de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física". Asociación de Profesores de Derecho Civil. (14.2.009. Valencia). Ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones.

CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO. 2014 "La nulidad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)" Revista boliviana de derecho 18 524 535. Consultado en RODERIC.

CORDERO, ENCARNA. "Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de Mayo de 2.013). Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

CUÑAT EDO, VICENTE. “Las limitaciones a la libertad en el ámbito contractual bancario”. Estudios de derecho judicial. Nº. 79, 2005 (Ejemplar dedicado a: Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias II), págs. 11-42.

CUÑAT EDO, VICENTE. “El sistema de fuentes en el derecho contractual bancario. Estudios de derecho judicial”. Nº. 55, 2004 (Ejemplar dedicado a: Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias / coord. por Vicente Cuñat Edo. págs. 265-294.

CUÑAT EDO, VICENTE. “Reflexiones sobre la deslegalización del régimen jurídico de la contratación privada”. Anales del Centro de Alzira de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Nº. 6, 1992 (Ejemplar dedicado a: Las fuentes efectivas del derecho español tras la Constitución de 1978), págs. 301-318.

CUÑAT EDO, VICENTE. “Reflexiones sobre las reglas de trasparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade” / coord. por Ana María Tobío Rivas; Angel Fernández Albor Baltar (ed. lit.), Anxo Tato Plaza (ed. lit.), José Antonio Gómez Segade (hom.), 2013, págs. 1097-1110.

CUÑAT EDO, VICENTE. ¿Concedieron las Cajas "buenas" créditos "malos"? Gobierno corporativo, capital humano y carteras de crédito. Luis Garicano, Vicente Cuñat Edo. La crisis de la economía española: análisis económico de la gran recesión / Samuel Bentolila (aut.), Michele Boldrin (aut.), Javier Díaz-Giménez (aut.), Juan José Dolado Llobregad (aut.), 2010, págs. 351-398.

CUÑAT EDO, VICENTE. “Competencia desleal y protección de los consumidores: lección magistral leída en el solemne acto de apertura del curso 2010-2011”. Vicente Cuñat Edo. [Valencia]: Universitat de Valencia, 2010.

CORCUERA ATIENZA, FRANCISCO JAVIER (Ed. Lit.), GARCÍA HERRERA, MIGUEL (ed. lit). “Derecho y economía en el estado social”. Ed. Tecnos, Madrid, 1.988.

DE CASTRO, FEDERICO. "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad". Anuario de Derecho Civil. Estudios Monográficos. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40098701086.

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. "La ejecución hipotecaria y el mercado secundario". Cuadernos de Derecho Registral. Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2.008.

DE GUEVARA RADOSELOVICS, JUAN FERNÁNDEZ. PÉREZ GARCÍA, FRANCISCO Y SERRANO MARTÍNEZ, LORENZO (AAVV). "Crisis Económica, confianza y capital social". 1ª Ed. Bilbao, FUNDACIÓN BBVA, 2.015. Publicado dentro del Programa de Investigaciones Económicas desarrollado conjuntamente por la Fundación BBVA y el Ivie ( dentro de una línea de investigación sobre el capital social).

DÍAZ FRAILE, J.M. "El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de Marzo de 2.013", en LA LEY UNIÓN EUROPEA, Nº 5, Junio 2.013.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Usura. Destipificación penal y control jurídico- privado". La Ley Mercantil. Nº 20- 2.015, Pág. 2.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "El FROB y las garantías financieras en situaciones de insolvencia de las entidades de crédito". Revista de Derecho concursal y paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación. Nº 21, 2.014, Págs. 27-40.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Crédito bancario responsable". Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Nº Extra 1, 2.011, Págs. 224-228.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria". Revista de Derecho bancario y bursátil, Año 29, Nº 119, 2.010, Págs. 279-306.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Nueva normativa legal y reglamentaria norteamericana derivada de la crisis financiera". Revista de Derecho bancario y bursátil. Año 28, nº 115, 2.009, Págs. 221-224.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Cláusulas abusivas en los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación". Revista de Derecho bancario y bursátil. Año nº 25, Nº 101, 2.006, Págs. 185-225.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Sistema de información crediticia y regulación del secreto bancario". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / Coord. Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2.017, Págs. 481-520.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Solvencia, bases de datos y normativa comunitaria". El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea./ Coord. Por Carmen Callejo Rodríguez, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, Mª de la Sierra Flores Doña (Dir. ) 2.016, Págs. 59-82.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Código de Buenas Prácticas en materia de préstamos hipotecarios". Códigos de conducta y préstamos hipotecarios. Coord. Por Emilio Díaz Ruiz. 2.013. Págs. 119-132.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Reestructuración y reorganización de deudas bancarias". La contratación bancaria. / Coord. Por Enrique Gadea Soler, Adolfo Javier Sequeira Martín, Dykinson, 2.007.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "La Central de Información de Riesgos". Comentario a la Ley 44 /2.012, de 22 de Noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero./ Coord. Por Francisco Javier Sánchez Calero, Juan Sánchez Calero Guilarte, Ed. Aranzadi, 2.003.

DÍAZ RUIZ, EMILIO. "Código de conducta y préstamos hipotecarios". Dykinson, 2.013.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica. Diario La Ley, Nº 7765, 2011.

DÍEZ- PICAZO, LUIS. "La existencia del contrato". Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, Nº. 39, 2009, págs. 177-194.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Controles públicos y tráficos privados". Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, Nº. 5, 2009 (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y control registral), págs. 6-12.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "La Sentencia Unibet y el principio de autonomía procesal". Noticias de la Unión Europea, Nº 287, 2008 (Ejemplar dedicado a: Relaciones laborales), págs. 91-93.

DÍEZ- PICAZO, LUIS. "Notas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva". Derecho y Cambio Social, Año 4, Nº. 10, 2007.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Contrato y Libertad Contractual". THEMIS: Revista de Derecho, Nº. 49, 2004 (Ejemplar dedicado a: Contratos), págs. 15-21.

DÍEZ- PICAZO, LUIS. "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 1, 1997 (Ejemplar dedicado a: La vinculación del juez a la ley), págs. 205-218.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "La cláusula "rebus sic stantibus". Cuadernos de derecho judicial, Nº. 26, 1996 (Ejemplar dedicado a: Extinción de obligaciones / José Ramón Ferrándiz Gabriel (dir.)), págs. 669-686.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "La formación del contrato". Anuario de derecho civil, Vol. 48, Nº 1, 1995, págs. 5-32.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. ¿Una nueva doctrina general del contrato? Anuario de derecho civil, Vol. 46, Nº 4, 1993, págs. 1709-1718.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Altibajos de la autonomía de la voluntad". Glosas sobre Federico de Castro / Luis Díez-Picazo (dir.), 2015, ISBN 978-84-470-5350-6, págs. 165-181.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Ley hipotecaria y banco hipotecario". Historia de la propiedad: crédito y garantía: V Encuentro Interdisciplinar : Salamanca, 31 de mayo-2 de junio / coord. por Salustiano de Dios de Dios, Javier Infante Miguel-Motta, Ricardo Robledo Hernández, Eugenia Torijano Pérez, 2007, págs. 487-500.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Propiedad y constitución". Propiedad y derecho civil / coord. por Vicente Guilarte Gutiérrez, 2006, ISBN 84-96347-91-5, págs. 13-22

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "Aproximación a la tutela judicial efectiva". Persona y Estado en el umbral del siglo XXI / coord. por Ana Salinas de Frías, 2001, págs. 209-232.

DÍEZ-PICAZO, LUIS. "La seguridad jurídica y otros ensayos".[Cizur Menor, Navarra] : Civitas, 2014. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS. "Ejecución hipotecaria de vivienda. Rehabilitación del préstamo y enervación de la acción". LEX NOVA. Valladolid, 2.010.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS y TORIBIOS FUENTES, FERNANDO. "La STJUE de 14 de Marzo de 2.013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales". Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 5/2.013. Pp 5-25. Universidad de Valladolid. Estudios realizado dentro Proyecto de Investigación *«El nuevo Derecho Inmobiliario Registral: Hipoteca, Mercado Hipotecario y Derecho civil»*, financiado por el MICINN (DER2009-12093).

DURÁN LALAGUNA, PALOMA. "Sobre la interpretación del derecho a la vivienda". Revista General de Derecho, Nº 630, 1997, pág. 1967.

EBERS, MARTÍN, "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", INDRET 1/2.012, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Enero 2.012. Trabajo basado en una conferencia que pronunció el autor el 11.11.2011, en el marco del congreso "Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores" (Directora: Marta Carballo Fidalgo) celebrado en Santiago de Compostela. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto DER2010-17949 (Universidad Autónoma de Barcelona).

EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. ÁNGELES. "Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria" un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo. Revista Jurídica de Navarra, Nº 51. 2.011.

ESTALLO PUYUELO GREGORIO Y TOBAJAS VINUELA PAULA.. "Blockchain 2.0-Smart contract: ¿Contratos inteligentes?. 4-8-2017 El Derecho.com. Lefebvre. El Derecho. E-Contratación. https://tecnologia.elderecho.com.

FERNÁNDEZ CARRON, CLARA. "El sobreendeudamiento de los particulares". Revista general de derecho público comparado, Nº. 4, 2009.

FERNÁNDEZ CARRON, CLARA. "El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas" .Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

FERNÁNDEZ ESPINOSA, LUZ. "Smart contracts: los contratos basados en blockchain que no necesitan abogados". Última actualización 16 de Noviembre de 2.016. www.bbva.com/es/smart-contracts

FERRANDO VILLALBA, MARIA DE LOURDES. "¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que los impone?". DEF Legal. Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos prácticos. Nº 178-2.015, Págs. 81-102.

FERRANDO VILLALBA, MARIA DE LOURDES. "Mediación en los contratos mercantiles". La mediación en asuntos mercantiles / Coord. Por Carmen Boldó Roda, María del Mar Andreu Martí, Ed. Tirant lo Blanch, Págs. 319-337, 2-015.

FERRANDO VILLALBA, MARIA DE LOURDES. "Preferentes y otros instrumentos financieros de riesgo: Deber de información y buena fe ( A propósito de la STS de 18 de Abril de 2.009). Revista Aranzadi Doctrinal, Nº 10, Febrero 2.014, págs. 93-115.

FERRANDO VILLALBA, MARIA DE LOURDES. "SWAP: vicios del consentimiento y anulación del contrato". Diario La Ley Nº 7523, 2.010.

FERRANDO VILLALBA, MARÍA DE LOURDES. "Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales". Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías". Nº 21-2.009, págs. 65-76.

FERRANDO VILLALBA, MARÍA LOURDES. "Anulación de los contratos de swap por defectuosa información al cliente". Estudios de derecho del mercado

financiero: Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo / Coordinado por Francisco González Castilla, Rafael Marimón Dura, 2.010, Págs. 373-396.

FERRANDO VILLALBA, MARÍA LOURDES. "La información de las entidades de crédito: estudio especial de los informes comerciales bancarios". Ed. Tirant lo Blanch. 2.000.

FERRI, LUIGI. "La autonomía privada". Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho, Director José Luis Monereo Pérez. Traducción y notas de Derecho Español Luis Sancho Mendizábal. Ed. Comares. Granada, 2.001.

FUENTES-LOJO RIUS, ALEJANDRO. "Última Jurisprudencia del TJUE a (A) las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas de intereses moratorios y (B) sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado". Diario La Ley, Nº 8598, Sección Tribuna, 4 de Septiembre de 2015, Ref. D-317, Editorial LA LEY. LA LEY *5150/2015*

GALERA VICTORIA, ADORACIÓN. Papeles en el tiempo de los derechos. "Los derechos sociales en tiempos de crisis económica". RED TIEMPO DE LOS DERECHOS. Nº 19. AÑO 2.014. Este trabajo tiene su origen en una comunicación presentada en el Congreso Internacional "El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI", organizado en el marco del proyecto 'El tiempo de los derechos. Consolider-Ingenio 2010' y celebrado en la Universidad de Cádiz del 5 al 7 de junio de 2014.

GALGANO, FRANCESCO. "El negocio jurídico". Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.992.

GARCÍA GIL, F. JAVIER y GARCÍA GIL, MIGUEL. "La compraventa de Vivienda con Préstamos Hipotecario". 2ª Edición. DAPP Publicaciones Jurídicas, Pamplona, 2.018.

GARCIA MONTORO, LOURDES. "Contra la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo: hay que devolver las prestaciones". Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla - La Mancha. www.uclm.es/centro/cesco.

Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

GARCIA MONTORO, LOURDES. "La cláusula suelo-techo en el préstamo hipotecario: y la prueba de su negociación individual (Análisis de algunos pronunciamientos judiciales recientes previos a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo". Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº 5/2.013. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

GIUSEPPE, STOLFI. "Teoría del Negocio Jurídico". Biblioteca de Derecho Privado. LEX. Ed. Olejnik. Argentina, 2.018.

GRACIANO REGALADO, JUAN CARLOS. "La Central de Información de Riesgos de Banco en España (CIRBE): Régimen Jurídico, funcionamiento y acceso a la información". Diario La Ley, Nº 8647, 2.015.

GRACIANO REGALADO, JUAN CARLOS. "Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito: los ficheros RAI y ASNEF". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2-2.005. Págs. 1.721-1.734.

GRACIANO REGALADO, JUAN CARLOS. "Los ficheros de datos de RAI y de ASNEF: problemática, regulación y perspectiva". Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales. Nº Extra 0, 2.004, Págs. 213-236.

GRANT, GILMORE. "The Death of Contract", The Ohio State University Press, Columbus, 1.974. Existe una 2ª Edición de 1.995 Prologada y Editada por Ronald K.L Collins.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Los llamados 'productos financieros complejos' y el notario". Escritura pública, Nº. 83, 2013, pág. 54.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Análisis y comentarios de la Ley 2/2009, 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". Inmobiliario: cuaderno jurídico. Nº. 6, 2010, págs. 14-23.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Endeudamiento del consumidor: hacia una ley de sobreendeudamiento". Cuadernos de derecho judicial. Nº. 1, 2009 (Ejemplar dedicado a: El derecho privado en contextos de crisis), págs. 377-420.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Una futura ley de sobreendeudamiento". El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid. Nº. 22, 2008, págs. 43-46.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Deontología notarial y nuevas tecnologías". La notaría. Nº. 6, 2004, págs. 23-28.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Reflexiones y propuestas sobre préstamos fuera y dentro del circuito bancario". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / coord. por Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2017. págs. 615-637.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "La supuesta complejidad de los llamados productos financieros complejos y la claridad como derecho del consumidor". Préstamo responsable y ficheros de solvencia / coord. por Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuena Casas, Carlos Alonso Martínez, 2014, págs. 181-206.

GOMÁ LANZÓN, FERNANDO. "Algunas propuestas de disposiciones adicionales para una futura ley de sobreendeudamiento". Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar / coord. por Matilde Cuena Casas, José Luis Colino Mediavilla, 2009. págs. 469-478.

GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS. "The Death of Contract ( Grant GILMORE, 1.974) A propósito de alguna Jurisprudencia reciente", Editorial INDRET 1/2.015.

GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA (Coordinadora). "Estudios sobre la Reforma de la Constitución de 1.978 en su cuarenta aniversario". Thomson Reuters, Aranzadi. Pamplona, 2.018.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA JOSÉ. "El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo". Universidad de Zaragoza. Colección de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Editorial DYKINSON. Madrid 2013.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA JOSÉ. "EL derecho a la vivienda en el contexto de los derechos sociales". Universidad de Zaragoza tiempodelosderechos.es, RED TIEMPO DE LOS DERECHOS (parte de un programa de investigación del mismo nombre desarrollado por 12 grupos de investigación desde los años 2.008-2.014, entre los que se encuentra el de la Universidad de Valencia. que obtuvo una ayuda del Programa Consolider-Ingenio 2010: 'El tiempo de los derechos' (HURI-AGE), un proyecto financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y diseñado para proyectos de alta calidad.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL y GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR (Coordinadoras). "Estudios sobre Incumplimiento y resolución". Thomson Reuters, Aranzadi. Pamplona 2.015.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, "Las modificaciones derivadas de la STJUE 14 de Marzo 2.013 acerca del procedimiento ejecutivo hipotecario y las cláusulas abusivas". RJUAM nº 27, 2.013-I, pp. 355-372.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "El control registral de transparencia y el préstamo responsable". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 92, Nº 756, 2.016, Págs. 1.591-1.608.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año 92, Nº 754, 2.016, Págs. 968-985.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial

referencia a los intereses moratorios". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 91, Nº 749, 2.015, Págs. 1.565-1.583.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas sobre protección del deudor hipotecario: la interpretación y solución de la DGRN". Revista crítica de Derecho Inmobiliario, Año 91, Nº 748, 2.015, Págs. 907-927.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimación para iniciar un procedimiento de ejecución hipotecaria". Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Año 91, Nº 747, 2.015, Págs. 415-433.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de Mayo de 2.013". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año 89, Nº 739, 2.013. Págs. 3.440-3.456.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE de 14 de Marzo de 2.013 y de la Ley 1 /2.013 de 14 de Mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Año 89, Nº 738, 2.013, Págs. 2.667- 2.690.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "La adjudicación de la finca hipotecada al acreedor ejecutante por menos valor de la deuda garantizada ¿debe extinguir la deuda?". Anuario Jurídico Villanueva, Nº 5, 2.011. Págs. 215-232.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111 /2.010 de la Audiencia Provincial de Navarra". Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Año 87, Nº 725, 2.011, Págs. 1.678- 1.694.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Los inconvenientes a la posibilidad de la adjudicación en pago de la finca hipotecada al acreedor hipotecante: una perspectiva desde el Derecho Civil". Revista crítica de Derecho Inmobiliario.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "La interpretación jurisprudencias sobre la Ley 2/1.994, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios". Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Año nº 82, Nº 697, 2006, págs. 2070-2075.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Validez e inscribilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en el préstamo hipotecario". Año nº 82, Nº 694, 2006, págs. 734-739.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. Hipoteca. "Prescripción de la acción hipotecaria". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año nº 81, Nº 690, 2005, págs. 1447-1455.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / coord. por Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2017, págs. 523-570.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Seguridad jurídica ex ante y ex post en las hipotecas: control y eficacia de las cláusulas abusivas". Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as / Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia (ed. lit.), Miguel Domingo Olmedo Cardenete (ed. lit.), 2015, págs. 537-566.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. " La doble ejecución real y personal del crédito hipotecario: una triple perspectiva: Legal, jurisprudencial y de práctica bancaria", Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva / coord. por Jaume Tarabal Bosch; María Elena Lauroba Lacasa (dir.), 2012, págs. 602-618.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. "Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario". Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006

GREGORACI, BEATRIZ. "Cláusula resolutoria y control del incumplimiento". Colección Derecho Privado. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2.015.

IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. "Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina" ( Civil y Mercantil) Volumen nº 6º (2.013-2.014). Dykinson, S.L.. Madrid, 2.016.

IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. "Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina" (Civil y Mercantil), Volumen 7º (2.015). Dykinson, .SL. Madrid, 2.017.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año nº 93, Nº 761, 2017, págs. 1564-1590.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario". Revista crítica de derecho inmobiliario. Año nº 93, Nº 760, 2017, págs. 1043-1064.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario. Análisis de las reformas operadas por la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales. Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 92, Nº 758, 2016, págs. 3483-3500.

JIMÉNEZ PARIS, TERESA ASUNCIÓN. "El Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas hipotecarias tras la Ley 25/2015, de mecanismo de segunda oportunidad". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 92, Nº 757, 2016, págs. 2960-2983.

JIMÉNEZ PARIS, TERESA ASUNCIÓN. "La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 92, Nº 756, 2016, págs. 2318-2341.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 92, Nº 755, 2016, págs. 1677-1705.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Los ficheros de solvencia. Una perspectiva desde el Derecho Francés" Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 92, Nº 754, 2016, págs. 1059-1089.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 91, Nº 752, 2015, págs. 3719-3740.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El régimen de segunda oportunidad introducido por el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 91, Nº 750, 2015, págs. 2365-2384

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 91, Nº 749, 2015, págs. 1643-1664.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 91, Nº 748, 2015, págs. 982-1004.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. Problemas actuales en el Derecho Español en torno al principio de Fe Pública Registral. La unidad o dualidad de terceros hipotecarios. Advocatus, Nº. 30, 2014, págs. 215-230.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El fresh start introducido en el Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 90, Nº 745, 2014, págs. 2585-2610.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013, «anti-desahucios», y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 90, Nº 743, 2014, págs. 1490-1518.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti- desahucios". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 90, Nº 742, 2014, págs. 748-764.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 89, Nº 740, 2013, págs. 4253-4279.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, "antidesahucios". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 89, Nº 739, 2013, págs. 3522-3565.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 89, Nº 738, 2013, págs. 2716-2770.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre: ¿un Derecho de habitación legal de la familia ejecutada o un comodato forzoso? ". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 89, Nº 736, 2013, págs. 1230-1257.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 89, Nº 735, 2013, págs. 273-358.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Sobreendeudamiento y vivienda familiar". Revista general de legislación y jurisprudencia, Nº 1, 2013, págs. 49-86.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Nuevas aportaciones de la Jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 88, Nº 733, 2012, págs. 2947-2971.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 88, Nº 732, 2012, págs. 2387-2425.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe". Revista crítica de derecho inmobiliario Año nº 88, Nº 729, 2012, págs. 516-557.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, de 17 de diciembre de 2010". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 87, Nº 727, 2011, págs. 2928-2963.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El arrendamiento de vivienda: enervación del desahucio y rehabilitación del contrato al amparo del artículo 70 de la Ley Concursal." Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 87, Nº 726, 2011, págs. 2348-2370.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010)". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 87, Nº 725, 2011, págs. 1738-1761.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio". Revista crítica de derecho inmobiliario, Año nº 87, Nº 724, 2011, págs. 1159-1181.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal". Diario La Ley, Nº 7487, 2010.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial". Revista general de legislación y jurisprudencia, Nº 3, 2010, págs. 423-444.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal". Diario La Ley, Nº 7487, 2010.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Ejecuciones hipotecarias, procedimiento concursal y competencia judicial". Revista general de legislación y jurisprudencia, Nº 3, 2010, págs. 423-444.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / coord. por Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2017, págs. 639-680.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario y su familia, y la continuación de la ejecución ordinaria posterior, tras la Ley 1/2013, "anti-desahucios" . Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo / coord. por Ana Isabel Berrocal Lanzarot, Teresa Asunción Jiménez París, Carmen Callejo Rodríguez; Manuel Cuadrado Iglesias (dir.), María de los Desamparados Núñez Boluda (dir.), Manuel García Cobaleda (pr.), Vol. 2, 2015 (Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo. II), págs. 1307-1338.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. La protección del deudor en la ejecución hipotecaria antes y después de la "ley antidesahucios". Il diritto patrimoniale di

fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna / diretto da Juan Pablo Murga Fernández, Salvador Tomás Tomás / Juan Pablo Murga Fernández (dir.), Salvador Tomás Tomás (dir.), 2014, págs. 139-153.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "La figura del "fresh start": ¿es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español?" Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa / coord. por Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, 2013, ISBN 978-84-9031-271-1, págs. 543-558.

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN. "Vivienda familiar y concurso de acreedores". Familia y concurso de acreedores / coord. por Matilde Cuena Casas, 2010, págs. 259-318.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER Y MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA. "La moderna configuración de la cláusula Rebus sic Stantibus. Desarrollo de la nueva Doctrina Jurisprudencial aplicable y derecho comparado". Thomson Reuters. Pamplona, 2.017.

MAGRO SERVET, VICENTE. "La crisis del coronavirus y la aplicación de las cláusulas "rebus sic stantibus" en los contratos". Publicado en El Derecho.com. Lefebvre el 18 de Marzo de 2.020.

MALO VALENZUELA, MIGUEL ÁNGEL. "Remedios frente al incumplimiento contractual". Aranzadi, Thomson Reuters. Pamplona, 2.016.

MARIMÓN DURÁ, R. Y MARTÍN PASTOR, J. "La anulación por vicios del consentimiento de los contratos de suscripción derivados de la OPS de Bankia de 2011(SSTS núms. 23/2016 y 24/2016, Pleno, de 3 de febrero de 2016 [RJ 2016, 2 y 2016, 1])", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 142, marzo abril 2016, págs. 209-258.

MARTÍ MIRAVALLS, JAUME (COORD.) Y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ISABEL, "Contratos mercantiles", en "Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia Mercantil (julio-septiembre 2015)", RDM (Revista de Derecho Mercantil) n. 299, (enero-marzo 2016), págs. 404-409.

MARTÍN MARTÍN, MARÍA DEL ROSARIO, "La titulización en Europa durante la crisis". Documentos de Trabajo nº 49, Julio 2.011, CNMV Comisión Nacional del Mercado de Valores.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA**.** Facultad de Derecho. Universidad de Valencia. "La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales". INDRET Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Abril de 2.014.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, "Contratos bancarios: las tarjetas de crédito". Es válida la certificación unilateral que acredita el saldo deudor final ante la falta de acreditación por el consumidor del abono de tales débitos SAP Valencia (Sección 9ª), núm. 121/2012 de 2 abril (JUR 2012\217947**).** Centro de Estudios de Consumo. Notas Jurisprudenciales. Universidad de Castilla- La Mancha. www.uclm.es/centro/cesco.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL. "¿Qué hay de nuevo en las cláusulas abusivas?. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 9-2.014. Pp. 75-84. Universidad de Castilla-La Mancha.

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, "Cláusulas abusivas en contratos bancarios", Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 4 /2.012, pp. 50-69. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla –La Mancha. Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, "Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario" (A propósito del Auto de la AP de Valencia (Sección 11ª) núm. 208/2014 de 15 Octubre, JUR 2015\17048). Centro de Estudios de Consumo, 11 de Febrero de 2.015. Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación "Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y

la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas", de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Universidad de Castilla-La Mancha.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MARÍA. "Protección de los consumidores y cláusulas abusivas. Especial referencia a las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios". Ponencia. II Jornada Cátedra de Zaragoza de Vivienda. 12 de Diciembre de 2.013. Universidad de Zaragoza.

MARTÍN FABA, JOSÉ MARÍA. "Unificación de Criterios sobre la aplicación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho". Revista CESCO de Derecho de Consumo. Nº 18 /2.016. http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS ( Coordinador). Curso de Derecho Civil II, Volúmen I. Teoría General de la Obligación y el Contrato". 5ª Edición. Ed. Edisofer,S.L., Madrid, 2.018.

MAS BADÍA, MARIA DOLORES. "Reflexiones sobre las limitaciones a la facultad de goce del titular de viviendas de protección oficial". Revista Boliviana de Derecho, Nº. 19, 2015, págs. 306-341.

MAS BADÍA, MARÍA DOLORES. "Especialidades de la compraventa de vivienda protegida". Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz / Angel Carrasco Perera (dir.), María del Pilar Cámara Aguila (ed. lit.), Encarna Cordero Lobato (ed. lit.), Pilar Gutiérrez Santiago (ed. lit.), Manuel Jesús Marín López (ed. lit.), Nazareth Pérez de Castro (ed. lit.), María Susana Quicios Molina (ed. lit.), Vol. 2, 2013, págs. 1053-1064.

MIQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, "Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios", RJUAM, nº 27, 2013-I, pp. 223-252.

MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA, Y PAGADOR LÓPEZ, JAVIER ( Dirs.), AA.VV. "Retos y Tendencias del Derecho de la Contratación Mercantil". José Manuel Serrano Cañas y Antonio Casado Navarro (Coords.). Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paolo, 2.017.

MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS. "Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles". Estudios de Derecho bancario y bursátil:

homenaje a Evelio Verdera y Tuells / coord. por Antonio Polo Díez, Vol. 2, 1994, págs. 1865-1900.

MUÑOZ PÉREZ, DAVID. "Reconstrucción del derecho a la vivienda en España. Una nueva perspectiva constitucional". La Ley. Wolters Kluwer, Madrid, 2.019.

PALAU RAMÍREZ, FELIPE y VICIANO PASTOR, JAVIER. "Tratado sobre la Morosidad". Thomson Reuters, Aranzadi. Pamplona, 2.012.

LAUROBA LACASA, MARIA ELENA (Dir.), Tarabal Bosch, Jaume (Coord.). "Garantías Reales en escenarios de crisis presente y perspectivas". Ed. Marcial Pons. 2.012.

LOREAU, DOMINIQUE. "El arte de simplificar la vida". Ed. Urano. Edición 2.012.

LATORRE CHINER, NURIA**,** "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", en *Anuario de Derecho Concursal*, Nº. 37, 2016, págs. 163-193.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE. "Luchando por el Estado Social y Democrático de Derecho (1.971-2.019)". Selección de trabajos de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional publicados en revistas y libros colectivos entre 1.971 y 1.980. Ed. Enrique Linde Paniagua. Madrid, 2.019.

LUELMO DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (Director). "Comentarios a la Ley Hipotecaria". Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2.013.

LUELMO DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (Director). "Comentarios a la Ley Hipotecaria". Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona 2.016.

O'FLYNN, ANDREW, "El carácter abusivo del pacto de interés de demora en los contratos de préstamo personal. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo (1ª) de 22 de Abril, y de 7 y 8 de Septiembre de 2015", Revista de Derecho Mercantil, Nº 299, (enero-marzo, 2016), págs. 439-454.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13". Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 2, 2017.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Sello notarial de control de transparencia". La notaria, Nº. 2, 2015, págs. 12-13.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Control de transparencia y cláusulas suelo. STS de pleno, núm. 241/2013, de 9 de mayo 2013". Actualidad jurídica Aranzadi, Nº 871, 2013, pág. 7.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. "Las cláusulas suelo: el control de trasparencia". Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel / coord. por Luis Díez-Picazo, Vol. 2, 2014 (Volumen II), págs. 2363-2377.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER. Curso de derecho privado. Emilio M. Beltrán Sánchez (dir.), Francisco Javier Orduña Moreno (dir.), Ana Belén Campuzano Laguillo (dir.).Tirant lo Blanch, 2012. Ha sido reseñado en: "El derecho privado ante la crisis económica". Elisa Muñoz Catalán. Revista de humanidades, Nº. 20, 2013

PARDOS VICENTE, MANUEL (PRESIDENTE DE ADICAE), "La realidad del crédito es España. Hipotecas, créditos rápidos, reunificación de créditos". Estudio realizado por el Equipo técnico de Adicae (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España). Zaragoza, Diciembre de 2.013.

PARRAMÓN JIMÉNEZ, ESTHER. "Claves para entender la Banca en la sombra: Shadow Banking". Revista Análisis Financiero, Editada por el Instituto Español de Analistas Financieros, *Análisis Financiero,* n.º 125. 2014. Págs.: 67-76.

PASCUAL HUERTA, PABLO. "Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia: El impacto del Reglamento de protección de datos de la Unión Europea". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumos responsables. Coord. Matilde Cuena Casas y Vicente Alcañiz Miñano. Ed. Aranzadi. 2.017.

PASCUAL SERRATS, ROSA. "La oposición a la ejecución hipotecaria y las cláusulas abusivas: comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013,89) Caso Mohamed Aziz contra Catalunya Caixa (Asunto C-415/11). En: Revista

Boliviana de Derecho, 2015, Número 19: 686-705. Artículo creado y publicado en 2.015 y consultado en RODERIC.

PAZ-ARES ROGRÍGUEZ, IGNACIO. "Instituciones de Derecho Privado", Tomo III, Vol 2, Madrid 2005.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "Transparencia y seguridad jurídica en el mercado inmobiliario". Escritura pública, Nº. 90, 2014, págs. 48-50.

PRATS ALBENTOSA, LOREZO. "El control de legalidad notarial en el Derecho de la Unión". Noticias de la Unión Europea. Nº 328, 2012 (Ejemplar dedicado a: 150 aniversario de la Ley del Notariado), págs. 39-49.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "La autonomía de la voluntad en el siglo XXI ": objeto del 11.º Congreso Notarial Español, conmemorativo del «150 Aniversario de la Ley del Notariado». Diario La Ley, Nº 7646, 2011.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "La unificación del derecho contractual europeo". Escritura pública. Nº. 70, 2011, págs. 48-51.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO. Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de cláusula de vencimiento anticipado: Comentario a la STS de 27 marzo 1999 (RJ 1999, 2371). Revista Aranzadi de derecho patrimonial. Nº 3, 1999, págs. 459-478.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO. "Préstamo responsable y ficheros de solvencia. coord. por Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuena Casas, Carlos Alonso Martínez Aranzadi, 2014. Ha sido reseñado en: AA.VV., "Préstamo responsable y fichero de solvencia ", Lorenzo Prats Albentosa y Matilde Cuena Casas (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014. Rodrigo Tena Arregui (res.). Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación.

MUÑIZ ESPADA, ESTHER (Directora). "Derecho de obligaciones y contratos. En homenaje al profesor Ignacio Serrano García". LA LEY, Wolters Kluwer. Madrid, 2.016.

PIANO, RENZO. "Casita DIOGENE" ( Proyecto publicado en 2.009 en la Revista Abitare, http://www.abitare.it/it/tag/renzo-piano/?refresh_ce-cp).

RAGA GIL, JOSÉ TOMÁS. "El mercado ante los bienes y servicios de escasa trasparencia". El mercado hipotecario y el mercado de crédito en la Unión Europea / Coord. Por Carmen Callejo Rodríguez, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, María de la Sierra Flores Doña ( dir.) Ed. Dykinson, 2.016.

RAGA GIL, JOSÉ TOMÁS. "Europa y España: 2.007-2.011. Anatomía de una crisis". Coordinado por Salvador Forner Muñoz. Ed. Tirant lo Blanch, 2.012.

RAGA GIL, JOSÉ TOMÁS. "Análisis socioeconómico de la insolvencia familiar". Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Coordinado por Matilde Cuena Casas y José Luis Colino Mediavilla. Thomson Reuters, 2.009.

REMOLINA, NYDIA. (Investigadora asociada del Centro de Inteligencia Artificial y Gobernanza de Datos de Singapore Management University y asesora para regulación y transformación digital del Grupo Bancolombia). Véase el artículo de investigación "Respuestas de Supervisores y Reguladores Financieros al COVID-19. Working Paper Series 1/2.020. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF).

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER. "Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero". Coord. por Francisco Javier Sánchez Calero, Juan Sánchez Calero Guilarte Editorial Aranzadi, 2003.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. "Desahucios y Ejecuciones Hipotecarias. Un drama social y un problema legal". Tirant lo Blanch. Valencia, 2.014.

SERRA RODRÍGUEZ, ADELA. "La información sobre gastos y comisiones en los préstamos hipotecarios y la posible nulidad de las cláusulas que lo imponen al consumidor". Rev. Boliv. Del Derecho, Nº 26, Julio 2018, pp. 108-141.

RODRÍGUEZ, ÁNGEL (Coordinador). "40 años de Constitución: una mirada al futuro", Actas del XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.019.

RODRÍGUEZ ROSADO, BRUNO*. "Resolución y sinalagma contractual",* Marcial Pons, 2013.

RUIPÉREZ ALAMILLO, JAVIER ( Prólogo de ALFONSO GUERRA). "La necesidad de constitucionalizar como "Fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna". Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, n º 28. Andavira Editora. Santiago de Compostela. Julio 2.017

SÁNCHEZ MARÍN, ÁNGEL LUIS. "El Instituto de Reformas Sociales: Origen, Evolución y Funcionamiento", Revista Crítica de las Relaciones Laborales y de la Política Social, nº 8 ( Mayo 2.014).

SAFER, JAY. "The Small House Book".

SYLVAIN BOUYON, ROBERTO MUSMECI. "Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera de la Unión Europea". La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / Coordinado por Matilde Cuena Casas y Vicente Alzañiz Miñano. Ed. Aranzadi. 2.017.

SENDRA ALBIÑANA, ALVARO. "El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho como limitación cuantitativa al principio de responsabilidad patrimonial universal". Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 17 /2.016.http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

SOTILLO MARTÍ, ANTONIO. "Consumidores y Sistema Financiero. Un balance decepcionante". Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación pronunciado el día 7 de Noviembre de 2.013. Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Cuaderno Nº 81-2.013. Valencia.

TEJEDOR BIELSA, JULIO. "Derecho a la Vivienda y Burbuja inmobiliaria. De la propiedad al alquiler y la rehabilitación". LA LEY. Wolters Kluwer. Madrid. Marzo. 2.012.

REVERT ROLDÁN, XIMO. Coordinador. "Reconversión y Revolución. Industrialización y Patrimonio en el Puerto de Sagunto". Centre Cívico Antiguo Sanatorio. Puerto de Sagunto, Enero-Febrero 2.001. Universidad de Valencia, Vicerrectorado de Cultura.

RUIZ -RICO RUIZ, GERARDO. "El derecho constitucional a la vivienda. Un enfoque sustantivo y competencial". Ministerio de Vivienda. Gobierno de España. Edita Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones. Madrid, 2.008.

RUIPÉREZ ALAMILLO, JAVIER. "La necesidad de constitucionalizar como "fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna". (Prólogo de ALFONSO GUERRA). Ed. ANDAVIRA, Julio de 2017, Santiago de Compostela.

TEROL BECERRA, MANUEL JOSÉ y ADNANE, ABDELHAMID (Directores). "Constitución financiera y constitución social". Tirant lo Blanch, Valencia, 2.018.

VERDERA SERVER, RAFAEL. "La responsabilidad civil del notario". Rafael Antonio Verdera Server. Cizur Menor, Navarra : Thomson Civitas, 2008

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. "Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias". Estudios de Derecho Judicial. Nº 55, 2.004. Ejemplar dedicado a: Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias / coord. por Vicente Cuñat Edo), ISBN 84-96228-86-X, págs. 59-146.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias. Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, Nº 13, 2004, págs. 49-84.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. Cuestiones abiertas en la contratación bancaria. Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, Nº. 20, 2003 (Ejemplar dedicado a: Contratos bancarios / Francisco Javier Puyol Montero (dir.), Rafael Fluiters Casado (dir.)), ISBN 84-96228-68-1, págs. 15-56.

VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. La unificación del derecho de obligaciones. Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, Nº 2, 1999, págs. 21-52.

VIDAL ALONSO, JAVIER, “La ejecución hipotecaria en España a raíz de la STJUE”. En: Revista Boliviana de Derecho, 2013, Número 16: 112-119. Artículo creado y publicado en 2.013, consultado en RODERIC.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. "Shadow banking", "crowdfundig" y seguridad jurídica”. Papeles de economía española. , Nº 146, 2015 (Ejemplar dedicado a: Mercados de crédito / coord. por Santiago Carbó Valverde, Francisco Rodríguez Fernández), págs. 145-159.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios”. Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico. Nº. 16, 2014, págs. 140-161.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”. Revista de derecho bancario y bursátil , Año nº 32, Nº 129, 2013, págs. 35-76.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Sobre la regulación internacional del mercado financiero tras la crisis subprime”. Revista de la contratación electrónica. Núm. 93, 2008, págs. 83-105.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Crisis subprime y prestamistas privados”. Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección , Nº. 225, 2007, pág. 37.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Limitaciones a los intereses en el mercado del crédito y tutela del cliente en el tiempo de crisis”. La prevención del sobreendeudamiento privado: Hacia un préstamo y consumo responsables / coord. por Matilde Cuena Casas, Vicente Alcañiz Miñano, 2017, págs. 571-614.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Regulación financiera en una economía globalizada”. Estudos sobre regulação e crises dos mercados financeiros. 2011.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “La regulación jurídica del mercado financiero en una economía globalizada”. Temas actuales de derecho comercial / coord. por Jorge Luis Collantes González, 2004, págs. 711-729.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Abuso de mercado”. Ética y mercado de valores: cursos de verano de la Universidad Complutense de Madrid, San Lorenzo de El Escorial / Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez (dir. congr.), J.L. Fernández Fernández (dir. congr.), 2002, págs. 131-154.

ZUNZUNEGUI PASTOR, FERNANDO. “Contra los antisistema de la banca”. Alternativas económicas, Nº. 40 (Octubre), 2016, pág. 57. Es reseña de: La gran estafa de las preferentes: abusos e impunidad de la banca durante la crisis financiera en España Andreu Missé. Barcelona : Alternativas económicas, 2016

## NORMAS, DOCUMENTOS Y FUENTES DE INTERÉS, Y JORNADAS SOBRE LA MATERIA.

### *I.- LEGISLACIÓN CITADA. NORMAS SOBRE LA MATERIA.*

REAL DECRETO DE 23 DE ABRIL DE 1903, por el que se crea el INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES (publicado en la Gaceta de Madrid nº 120, jueves 30 de abril, págs. 371 y 372.

REAL DECRETO DE 15 DE AGOSTO DE 1903, por el que se aprueba el REGLAMENTO DEL INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES.(Gaceta de Madrid nº 230, martes 18 de agosto, págs. 1970 a 1973).

Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, que permitía la expropiación de viviendas para cumplir un fin social. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía Boletín número 69 de 11/04/2013.

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

### II.- DOCUMENTOS Y FUENTES DE INTERÉS.

NOTA INFORMATIVA del Banco de España publicada el 10 de Mayo de 2.013: Nota informativa sobre la presentación de una nueva estadística de procesos de ejecución hipotecaria sobre viviendas,

http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/Briefing_notes/es/notabe10-05-13.pdf

"LAS REFORMAS DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. LA DETERMINACIÓN FRENTE A LA CRISIS". Secretaria de Estado de Comunicación del Ministerio de la Presidencia. Septiembre de 2012. Texto disponible en www.lamoncloa.gob.es/ Madrid Septiembre de 2.012.

Informe del Defensor del Pueblo "CRISIS ECONÓMICA Y DEUDORES HIPOTECARIOS: ACTUACIONES Y PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO", 9 de Abril de 2.013.

TRADUCCIÓN REALIZADA POR LA A.H.E DEL: "DOCUMENTO INFORMATIVO SOBRE LA MOVILIZACIÓNDEL CAPITAL *(EQUITY RELEASE)"*Council of Mortgage Lenders (CML).

ESTUDIO SOBRE LA CRISIS ECONÓMICA E INSOLVENCIA PERSONAL: ACTUACIONESY PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO (Actualización a Octubre de 2.013). Consulta pág. Web Defensor del Pueblo.

JORNADA DEL CICLO "CRISIS ECONÓMICA Y DERECHOS HUMANOS" organizada por la Fundación del Consejo General de la Abogacía Española y LA LEY sobre "Alternativas al desahucio de deudores hipotecarios" celebrada el 30 de Marzo de 2.012. Madrid.

"JORNADA SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN TRANSITORIO" que fue organizada por el CGPJ, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, D. Juan Antonio Xiol y celebrada el 8 de Mayo de 2.013 en la que participaron 20 Magistrados de todos los órganos judiciales de todos los Tribunales Superiores de Justicia y los miembros de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

LIBRO BLANCO DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO DE LA UNIÓN EUROPEA (Bruselas, 18 de Diciembre 2.007).

ACUERDO EUROPEO RELATIVO A UN CÓDIGO DE CONDUCTA VOLUNTARIO SOBRE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL PARA CRÉDITOS VIVIENDA, RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 1 de marzo de 2001 relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Un mercado único para la Europa del siglo XXI [COM(2007) 724 final - no publicado en el Diario Oficial].

LIBRO BLANCO DE LA COMISIÓN de 1 de diciembre de 2005 sobre la política de los servicios financieros 2005-2010 [COM(2005) 629 final - no publicado en el Diario Oficial]

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN - La educación financiera /* COM/2007/0808 final.

LIBRO VERDE sobre los servicios financieros al por menor Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas, COM/2015/0630 final.

PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS (Partes I, II, ). Preparadas por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos. *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. La versión inglesa de los principios es la versión original.*

2008/542/CE: DECISIÓN DE LA COMISIÓN, de 13 de junio de 2008, por la que se crea un Grupo de expertos sobre historiales de crédito.

"LOS CONSUMIDORES Y LAS HIPOTECAS, CRÉDITOS RÁPIDOS Y LOS SERVICIOS DE REUNIFICACIÓN DE DEUDAS ANTE LA CONYUNTURA ALCISTA DE LOS TIPOS". Informe realizado por el Equipo Técnico de ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España).

JORNADA SOBREENDEUDAMIENTO FAMILIAR Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA: PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS. INAUGURACIÓN Y CONFERENCIA: LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS A LOS SUPUESTOS DE CRISIS ECONÓMICA. Olmos Ortega, M. Elena; Orduña Moreno, Javier; Valencia, 12 de abril de 2013. Inauguración de la Jornada Sobreendeudamiento familiar y ejecución hipotecaria: perspectivas y propuestas a cargo D. M. Elena Olmos Ortega (Decana de la

Facultad de Derecho de la Universitat de València) y conferencia a cargo de D. Javier Orduña Moreno (Magistrado del Tribunal Supremo, Sala primera y Catedrático de Derecho civil). La jornada se inscribe dentro del Taller de garantías organizado por el grupo de innovación educativa de la Facultad de Derecho INNODER3. Video creado en 2.013 y consultado en RODERIC.

"Reconvención y Revolución. Industrialización y Patrimonio en el Puerto de Sagunto", UNIVERSITAT DE VALENCIA, Vicerectorat de Cultura, Ajuntament de Sagunt, Port de Sagunt, Gener- Febrer 2.001

"LA MUJER Y EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA", Publicación la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, Publicación de las Naciones Unidas, 2.012.

MESA REDONDA: PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS ANTE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y ACTO DE CLAUSURA. Mas Badía, María Dolores; Adán García, M. Emilia; Viguer Soler, Pedro Luis; Araque Galván, Daniel; Plaza Penadés, Javier Perfil; Jornada Sobreendeudamiento familiar y ejecución hipotecaria: perspectivas y propuestas, Valencia,12 de abril de 2013. Video creado en 2.013 y consultado en RODERIC. También se puede consultar en:

http://mmedia.uv.es/buildhtml?user=parsanve&name=sobreendeudamiento_2parte.mp4&path=/cream/Jornadas_sobreendeudamiento_familiar/&id=33019

"CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS". Verdera Server, Rafael; Marín López, Manuel Jesús (Unitat d'Innovació Docent de la Facultat de

Dret de la Universitat de València (uv.es/legalskills); (uv.es/innodret), 2011-12-14). Vídeo consultado en RODERIC.

"NUEVA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO". Verdera Server, Rafael; Marín López, Manuel Jesús (Unitat d'Innovació Docent de la Facultat de Dret de la Universitat de València (uv.es/legalskills) ; (uv.es/innodret), 2011-12-14). Vídeo consultado en RODERIC. También se puede consultar en:

http://mmedia.uv.es/buildhtml?user=innodret@post.uv.es&name=condicionesgeneralesclausulasabusivas.mp4&path=/2011-12-14_Derecho_de_Consumo/&id=28285

SEMINARIO DE JUECES DE LO MERCANTIL Y JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 50 DE BARCELONA, DE 15 DE JUNIO DE 2.016. "EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. Art. 178.bis".

JORNADA DEBATE "LAS VÍAS PENAL, CIVIL, Y ADMINISTRATIVA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LOS AFECTADOS POR EL BANCO DE VALENCIA Y CASO BANKIA". Celebrada el día 27 de Abril de 2.017 en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia y realizada en el marco del Proyecto de I+D+i de la Generalitat Valenciana "La protección del inversor-consumidor. Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte. GVAICO2.016-066.

ENCUESTA –INFORME SOBRE PRÉSTAMOS BANCARIOS, realizada por el Banco de España en el Cuarto Trimestre de 2.017. Relativo a los criterios de concesión de los préstamos hipotecarios.

INFORME DE LA CNMV "La crisis financiera en España: marco normativo y actuación supervisora de la CNMV (2.007-2.015)".

RODRÍGUEZ LÓPEZ, JULIO. Expresidente del Banco Hipotecario Español en la Comparecencia que realizó ante la Comisión del Congreso de los Diputados que investigaba la crisis financiera de España y el programa de asistencia a la Banca el día 1 de Septiembre de 2.017.?? www.congreso.es/.../Congreso/Congreso/.../Comision?_...73...?idDiputado

COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. www.registradores.org/ Portal Estadístico Registral: Índice Registral de Actividad Inmobiliaria. El IRAI ( Índice Registral de Actividad Inmobiliaria) correspondiente al Tercer Trimestre de 2.017.

INFORME "Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales" Sección de Estadística ( CGPJ) Publicado 5 de Marzo de 2.018.

https://prensa.tecnocasa.es/category/informes-del-grupo-tecnocasa/informe-mercado-vivienda/.

XXVI INFORME SOBRE EL MERCADO DE LA VIVIENDA. Coordinador del Informe: Jose García-Montalvo Autores del Informe: Josep Maria Raya y Luis Díaz. Departamento de Economía - Universitat Rovira i Virgili (URV). Grupo de investigación en Economía Cuantitativa, Regional y Urbana (QURE), (URV). Tecnocampus - Universitat Pompeu Fabra (UPF). Departamento de Economía y Empresa - Universitat Pompeu Fabra (UPF)El *Informe sobre el mercado de la vivienda* se crea en el marco de un proyecto encargado por el Grupo Tecnocasa a la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona.

Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/SobreElBanco/Conferencias/2018/Agenda.pdf. Spain: From Recovery to Resilience Joint Conference Banco de España and International Monetary Fund Madrid, April 3rd 2018 Spain: From Recovery to Resilience 1 Banco de España, Alcalá 48, Madrid (Salón de Actos).

https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/articulo_epb.pdf. "Encuesta sobre préstamos bancarios en España". Banco de España Eurosistema. Boletín Económico 2/2.018. Artículos Analíticos. Álvaro Menéndez Pujadas. 24 de Abril de 2.018.

https://www.bde.es/webbde/es/estadis/ccff/ccff2.html. Cuentas Financieras publicadas por el Banco de España (Cuentas financieras (SEC 2010),

Series Anuales (2.010-2.017) y Trimestrales (2.016-I / 2.017 -IV). Sobre la evolución del nivel de endeudamiento de los ciudadanos.

http://www.asociacionaev.org/admin/uploads_doc/varios/10052018105425_180404_VIII_Observatorio_de_la_Valoraci%C3%B3n_4T_2017.pdf. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ANÁLISIS DE VALOR. OBSERVATORIO DE LA VALORACIÓN. VIII EDICIÓN. ABRIL 2018. INFORME SOBRE EL MERCADO DE LA VIVIENDA. ESPAÑA, 2017. 4º trimestre . Paloma Taltavull - Universidad de Alicante.

https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/PublicacionesGN.aspx?id=51. Nota de Estabilidad Financiera publicada por la CNMV correspondiente al Primer Cuatrimestre de 2.018 en la que percibe una mayor "laxitud" en la concesión del crédito.

https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/. Informe Anual del Banco de España 2.017.

Circular 2/2018, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios. FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.

Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Bruselas, 27.04.2000, COM(2000) 248 final.

**RESOLUCIONES CITADAS (DGRN).**

RESOLUCIÓN de 19 de Abril de 2.006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el Recurso interpuesto por D. Manuel López Pardiñas, Notario de Bilbao, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 7 de Bilbao a inscribir una escritura de hipoteca (BOE Nº 128, 30 de Mayo de 2.006, pp.20348).

RDGRN 2 octubre 2006 (*RJ* 2006\8196) en la que se define el concepto de pacto de vencimiento anticipado.

RDGRN 21-12-2007 (*RJ* 2008\2086), considera que las cláusulas de vencimiento anticipado deben ser calificadas e inscritas en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en el art.12 LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2.007, de 7 de Diciembre.

RDGRN 1-10-2010, en la que se considera que el Registrador puede rechazar la inscripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración.

RDGRN 21-12-2010, en la que se considera que el Registrador puede rechazar la inscripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración.

RDGRN 11-1-2011, en la que se considera que el Registrador puede rechazar la inscripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración.

RDGRN de 16-8-2011, en la que se considera que el Registrador puede rechazar la inscripción de cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración.

**PÁGINAS WEB REFERENCIADAS.**

http://www.europapress.es/economia/noticia-kutxabank-cuenta-3000-gestores-ofreceran-asesoramiento-cualificado-productos-inversion-20180114140505.html.

http://www.europapress.es/economia/noticia-mifid-ii-afectara-ahorrador-20171212090222.html. "Qué es MIFID II y cómo afectará al consumidor".

Htpp://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/18/midinero/151629524… "Así ha cambiado el mercado de la vivienda en 35 años".

"https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/25/midinero/151690246… "Las reclamaciones de clientes ante el Banco de España se multiplican".

https://elpais.com/economía/2018/01/25/actualidad/15168919_50446… "Banca en un clic. CaixaBank lanza una nueva "app" con más servicios basados en el "big data" y la inteligencia artificial".

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/25/mercados/151690611... "Jean-Claude Trichet: "Somos más vulnerables que en 2.008 por el endeudamiento".

https://retina.elpais.com/retina/2018/01/26/tendencias/ "Tecnología. Si quieres ser jurista, aprende a programar".

https://elpais.com/economia/2018/01/26/actualidad/1516978046_85565... " ¿Sin novedades en el BCE?"

https://elpais.com/elpais/2018/01/26/opinion/1516979904_626012.html "Orden nacional vs orden neoliberal?

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/26/midinero/151697210... "Préstamos con prenda para comprar una casa y esquivar la hipoteca".

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/26/mercados/151699517... "Los bancos maniobran con deuda pública y privada para pasar los controles de Draghi".

https://elpais.com/economia/2018/01/28/actualidad/1517168679_15120... "Un activo seguro para Europa. Los títulos respaldados por bonos soberanos pueden ser una solución".

https: //elpais.com//economía/2018/01/28/actualidad/151710014..30705… "Las comunidades compiten con las ayudas al alquiler".

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/30/midinero/151733393… "España, el riesgo de pasar del fatalismo económico a la complacencia".

https://elpais.com/economia/2018/01/30/actualidad/1517342940_81415... "Facebook veta los anuncios sobre el bitcoin y otras criptomonedas".

http://www.diariosur.es/malaga-capital/juzgado-clausulas-suelo-201801...S "El juzgado de cláusulas suelo de Málaga recibe en seis meses 6.000 demandas, el triple de su capacidad anual".

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/30/midinero/151733984... "Cuántas familias perdieron su casa por la "leyenda urbana" de los desahucios?".

https: //elpais.com/economía/2018/01/31/actualidad/1517398728_54243… "El director general de Caixa Bank se disculpa por decir que los desahucios son una "leyenda urbana"

https://elpais.com/retina/2018/02/08/tendencias/1518067157_210061.html#?ref=rss&format=simple&link=link . "El "Big Data" como herramienta de fidelización de la banca".

http://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-sp-cree-fuertes-condiciones-economicas-espana-ayudaran-reducir-stock-viviendas-20180207125406.html. "S&P cree que las "fuertes" condiciones económicas de España ayudarán a reducir el 'stock' de viviendas".

http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-sareb-lanza-canal-subastas-electronicas-inmuebles-traves-pagina-

web20180208102945.html. "Sareb lanza un canal de subastas electrónicas de inmuebles a través de su página web"

https://elpais.com/economia/2018/02/13/actualidad/1518510804_291555.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "La compra de viviendas creció un 14,6% en 2017, el mayor ritmo desde antes de la crisis".

https://elpais.com/cincodias/2018/02/12/companias/1518460154_929231.html#?ref=rss&format=simple&link=link. "Iberdrola, Sabadell y fondos se alían para construir 1.500 viviendas".

https://elpais.com/cincodias/2018/01/25/companias/1516889138_757283.html#?ref=rss&format=simple&link=link

https://elpais.com/cincodias/2018/02/12/midinero/1518440591_573150.html#?ref=rss&format=simple&link=link "La reforma hipotecaria inyectará a la banca 1.840 millones al año por intereses de demora".

www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/260118reaseguros.aspx. Consulta a la página web de La Moncloa en la que se hace alusión al Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros Privado.

http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Clausulas-suelo-acciones-colectivas-responsabilidad-Estado_11_1198555002.html. "Cláusulas suelo: Cosa juzgada en el marco de acciones colectivas, revisión de sentencias y responsabilidad patrimonial del Estado".

http://www.europapress.es/economia/noticia-mitad-prestamos-ing-vende-traves-movil-20180304110242.html. "La mitad de los préstamos de ING se vende a través del móvil".

https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2018/03/06/la-vivienda-sera-derecho-subjetivo-aragon-podra-expropiar-1228547-300.html. "La DGA garantizará por ley el acceso a una vivienda digna a los que carezcan de recursos".

http://www.elmundo.es/economia/vivienda/2018/03/06/5a9eb57de2704e287d8b46ac.html. “La vivienda será en Aragón un derecho subjetivo exigible ante los tribunales”.

https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan_Actividades_2018.pdf El día 14 de Febrero de 2.018 se publicó el PLAN DE ACTIVIDADES DE LA CNMV 2018.

http://www.europapress.es/economia/construccion-y-vivienda-00342/noticia-fomento-pide-ccaa-ayuntamientos-mas-viviendas-alquiler-conseguir-precios-mas-competitivos-20180313124716.html. “Fomento pide a CCAA y ayuntamientos más viviendas de alquiler para conseguir precios más competitivos”. Declaraciones realizadas por el Ministro de Fomento en el X Encuentro del Sector de las Infraestructuras.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-98-3-por-ciento-de-las-mas-de-9-000-sentencias-dictadas-en-2017-por-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-fueron-favorables-al-cliente. ESTADÍSTICAS DEL CGPJ SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO.

http://www.expansion.com/fueradeserie/arquitectura/2018/03/19/5aa67859468aebc3428b457c.html. ¿Por qué las tiny houses o mini casas son las viviendas del futuro en Europa?.

https://elpais.com/economia/2018/03/26/actualidad/1522086864_127826.html#?ref=rss&format=simple&link=link. “EL FMI reclama activar un presupuesto anticrisis en la UE de 40.000 millones”

https://elpais.com/economia/2018/03/21/actualidad/1521646014_284381.html#?ref=rss&format=simple&link=link. “El modelo del negocio de la vivienda está caduco”.

https://www.elconfidencial.com/vivienda/2018-03-31/el-caos-urbanistico-se-extiende-por-toda-espana-tras-el-boom_1520655/. “El caos urbanístico se extiende por toda España tras el 'boom'”.

https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2018/03/29/mas-800-inmuebles-aragon-cumplen-los-requisitos-compra-del-plan-vivienda-1231230-300.html. "Más de 3.800 inmuebles en Aragón cumplen los requisitos de compra del Plan de Vivienda".

https://www.libremercado.com/2018-03-28/el-bbva-lanza-hipotecas-que-financian-el-100-de-la-vivienda-1276616215/. BBVA lanza hipotecas que financian el 100% de la vivienda. La entidad financiera se consolida como el primer banco que vuelve a ofertar préstamos hipotecarios que financian la totalidad del precio inmueble.

https://www.elsaltodiario.com/vivienda/como-funcionan-socimis-sareb-especulacion-inmobiliaria. "Socimis y Sareb, la última vuelta de tuerca del capitalismo gorrón".

https://www.cuatro.com/noticias/fondos-buitre-negocioviviendapublica_2_2553105142.html. "Los fondos buitre hacen negocio con vivienda pública".

http://www.expansion.com/ahorro/2018/04/27/5ae21bba22601da6068b464c.html. "ING y Abanca dan otra vuelta de tuerca a la batalla hipotecaria".

https://www.elindependiente.com/economia/2018/04/26/sareb-pone-venta-3300-viviendas-costa-25000-euros/. "Sareb pone a la venta 3.300 viviendas en la costa a partir de 25.000 euros".

http://m.europapress.es/economia/noticia-sector-inmobiliario-ve-discriminatorio-sentido-excluir-fondos-ley-desalojo-20180425121715.html. "El sector inmobiliario ve "discriminatorio" y "sin sentido" excluir a fondos de la ley de desalojo".

https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/barclays-pagara-2-000-millones-de-multa-por-las-hipotecas-basura_546245_102.html. "Barclays asume 2.000 millones de dólares de multa por las hipotecas basura".

http://cordopolis.es/2018/05/01/un-juez-de-cordoba-embarga-a-la-antigua-ibercaja-tras-anular-una-clausula-suelo/. "Un juez de Córdoba embarga a Ibercaja tras anular una cláusula suelo".

https://www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2018/05/03/765441-carme-trilla-los-salarios-marcaran-el-limite-en-el-alquiler. Carme Trilla: "Los precios del alquiler bajarán porque los salarios marcarán el límite" https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/adenda/Adenda_independiente.pdf. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA . BANCO DE ESPAÑA. Criterios de organización y funcionamiento. Pág. 10. Madrid 2.017. http://www.publico.es/economia/banca-gana-comisiones-triple-timo-clausulas-suelo.html. "La banca gana en comisiones el triple de lo que timó con las cláusulas suelo. Los clientes de las entidades financieras han pagado más de 180.000 millones de euros por la gestión de su propio dinero desde que comenzó la intervención del sector financiero en 2010".

https://valenciaplaza.com/un-matrimonio-libera-su-hipoteca-tras-ser-vendida-por-bankia-a-un-fondo-buitre. "Un matrimonio libera su hipoteca tras ser vendida por Bankia a un fondo buitre. Debía 473.000 euros y el juez le concede el derecho de retracto por 153.000".

https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2018/05/17/fondos-buitre-compran-deuda-bancos-topan-justicia/0003_201805G17P33991.htm. "Los fondos buitre que compran deuda a los bancos se topan con la Justicia. Un juzgado coruñés establece que una firma de recobro solo puede reclamar por una deuda lo que pagó por ella".

http://www.lavanguardia.com/local/madrid/20180523/443747675273/botella-pelotazo-1000-millones-vpo-buitre.html. "La vivienda protegida que vendió Botella a los Fondos Buitre se han revalorizado un 184%".

http://www.occa.notariado.org.https://verne.elpais.com/verne/2018/09/06/articulo/1536240064_094730.html. ¿Qué es una vivienda según el Ayuntamiento de Barcelona". Héctor Llanos Martínez 6 SEP 2018 - 18:50 CEST.

https://elpais.com/economia/2018/09/05/actualidad/1536139031_462654.html"CaixaBank pide que el Santander no tenga que pagar los pleitos del Popular".

https://www.elconfidencial.com/espana/pais-vasco/2018-09-06/san-sebastian-vpo-pisos-turisticos-ilegales-inspeccionalquiler_1611996/?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=amp"Así caza San Sebastián a los dueños de VPO que ofrecen el piso en alquiler o intercambio".

https://www.economiadigital.es/finanzas-y-macro/multa-a-bankia-por-incumplir-el-codigo-de-buenas-practicas_576137_102.html. "Multa millonaria a Bankia por incumplir el Código de Buenas Prácticas".

http://www.expansion.com/empresas/banca/2018/09/07/5b92b6b246163faa3b8b45e1.html. El "Banco de España multa a Bankia con ocho millones por obviar la ley de protección de deudores".

https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020. "Trump contra la OMS: el Presidente suspende la financiación de EEUU a la organización por la gestión de la pandemia". BBS News Mundo. 14 de Abril de 2.020,

https://cnnespanol.cnn.com/2020/04/08/la-oms-defiende-su-respuesta-al-coronavirus-tras-las-criticas-de-trump/, "La OMS defiende su respuesta al coronavirus tras las críticas de Trump".

https://www.lavanguardia.com/seguros/empresa/20200406/48336906884/seguros-de-vida-prestamos-creditos-ico-garantias-mediadores-de-seguros-agentes.html. "COVID-19: Los mediadores denuncian abusos de la banca en la venta de seguros".

**JURISPRUDENCIA CITADA.**

**AÑO 1.988.**

STC 152/1.988, de 20 de Julio, que acumula los conflictos positivos de competencia 325/84, 410/84 y 615/84, promovidos por el Gobierno Vasco, en relación con el Real Decreto 3280/1.983, Orden del MOPU de 27-1-84, Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27-1-84, Orden del MOPU de 7-3-84, y, conflicto positivo número 880/87, promovido por el Gobierno de la Nación contra el Gobierno Vasco, en el que se reconoce al Gobierno de la Nación la competencia en materia de vivienda.

**AÑO 1.989.**

STC 113/1.989 de 22 de Junio, en la que se relaciona el derecho a la vivienda digna y adecuada con la protección a la familia (art.39) y con la protección a la salud (art 43) con relación a la dignidad humana.

**AÑO 1.998.**

Audiencia Provincial de Madrid, Auto Sección 21ª de 28/04/1998, sobre la posibilidad de ejecutar la vivienda hipotecada en una ejecución ordinaria tras Sentencia en un juicio declarativo ordinario iniciando la vía de apremio sin que requiera el embargo.

**AÑO 2.000.**

AAP Castellón Secc. 39 nº 5.161/2.000, de 20 de Septiembre, sobre la sucesión universal de las entidades bancarias en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

**AÑO 2.001.**

STS de 9 de Marzo de 2.001, que considera que sólo cabe aplicar la cláusula de vencimiento anticipado cuando ha habido un incumplimiento que afecta a obligaciones principales y no accesorias.

**AÑO 2.002.**

SAP Segovia nº 1.511/ 2.002, de fecha 30 de Abril.

**AÑO 2.003**.

SAP Valladolid, Secc. 3ª, de 20 de Enero de 2.003.

**AÑO 2.004**

Sentencia de 1 de Abril de 2.004, del TJUE, Freiburguer Kommunalbauten, C-237/2.002, sobre los elementos que se deben analizar para conferir el carácter abusivo a una cláusula que no haya sido negociada individualmente.

**AÑO 2.005**.

SAP Pontevedra de 4 de Noviembre de 2.005, sobre las cláusulas de vencimiento anticipado.

**AÑO 2.006**

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2006 de 25 enero [RJ 2006\612, sobre los cauces procesales relativos a la reclamación del préstamo hipotecario.

Sentencia de 26 de Octubre de 2.006, del TJUE, C-168 /05, Mostaza Claro, sobre principio de autonomía procesal de los Estados Miembros, principio de equivalencia y principio de efectividad.

**AÑO 2.007**

SAPBarcelona, de fecha, nº 316/2.007, de 25 de mayo de 2007 [JUR 2008/17814, sobre la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado.

Sentencia de 13 de Marzo de 2.007, del TJUE, C-432 /05, C-432/05, Unibet, sobre el principio de efectividad.

Audiencia Provincial de Valladolid, Auto de 05/11/2007, sobre la posibilidad de ejecutar un bien hipotecado en una ejecución ordinaria tras un proceso declarativo sin necesidad de trabar un embargo sobre el mismo para la aplicación de la vía de apremio.

STS Sala 1ª, Núm. 665/2.007, de 4 de Junio ( Rec. 2.438/2.000) sobre la sucesión universal de las entidades bancarias y los efectos meramente declarativos de la inscripción registral.

**AÑO 2.008**

STS de 4 de Julio de 2.008, que considera que sólo cabe la aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando ha habido un incumplimiento de obligaciones esenciales y no accesorias.

STS de 12 de Diciembre de 2.008, que considera que sólo cabe la aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando ha habido un incumplimiento de obligaciones esenciales y no accesorias.

**AÑO 2.009**

STS 27 de Enero de 2.009 (RJ 3294), "Caso GESCARTERA" en el que se consideró que no cabía exigir a las instituciones supervisores la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), núm. 121/2012 de 2 abril (JUR 2012\217947) sobre el pacto de liquidación del saldo deudor en el contrato de tarjeta de crédito.

Sentencia de 4 de Junio de 2.009, del TJUE, C-243 /2.009, Pannon GSM, sobre revisión de oficio de las cláusulas abusivas.

Sentencia de 6 de Octubre de 2.009, del TJUE, C-40 /08, Asturcom Telecomunicaciones, sobre el principio de autonomía procesal de los Estados Miembros, principio de equivalencia y principio de efectividad.

STS de 16 de Diciembre de 2009, núm. 792/2009 estimó un recurso de la OCU en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios.

SAP Valencia (Sección 9ª), núm. 121/2012 de 2 abril (JUR 2012\217947

**AÑO 2.010**

STS de 14 de Abril de 2.010 sobre la sucesión universal de las entidades bancarias en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

STJUE de 3 de Junio de 2.010, sobre el posible carácter abusivo de los elementos esenciales del contrato ( Asunto C-484 /08) asunto Caja Madrid STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v.*

*Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc),* [2010] ECR I-4785, admite que sea valorado por el Juez Nacional.

STJUE de 3 de Junio de 2.010 (CAJA MADRID) interpretó la falta de trasposición del artículo 4.2 de la Directiva en el sentido de considerar que el Estado español podría valorar también si las cláusulas que configurasen los elementos esenciales del contrato.

STS de 1 de Julio de 2.010 ( RJ 6554 /2.010), admite que el Juez Nacional pueda entrar a valorar la abusividad de cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato.

Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010, sobre declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

STS de 4 de Noviembre de 2.010 (RJ 8021/2010), admite que el Juez Nacional pueda valorar la abusividad de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato.

Sentencia de 9 de Noviembre de 2.010, del TJUE, C-137/08, VB Pénzügyi Lizing, sobre la adopción de oficio de diligencias de prueba adoptadas por el Juez sobre cláusulas abusivas.

STS de 10 de Noviembre de 2.010, en la que se resuelve que es posible el desahucio en un contrato de arrendamiento por el impago de una única renta aunque el bien inmueble tenga la consideración de vivienda habitual.

STJUE Banco Español de Crédito, C- 618-10, EU:C :2.012:349, apartado 65, El contrato deberá persistir en la medida que las normas de derecho interno lo permitan pero la cláusula abusiva y nula se tendrá por no puesta.

**AÑO 2.011**

STS de 17 de Febrero de 2.011, que considera aplicable la cláusula de vencimiento anticipado en los supuestos en los que se produzca un incumplimiento de una obligación principal, y, no accesoria, como es el pago de la cuota de amortización.

STS de 2 de Marzo de 2.011 (Nº33/2.003), en la que se considera que las normas de transparencia e información no están excluídas del control de protección a los consumidores.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de León, de 11 de marzo de 2011, sobre declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cáceres, de 18 de octubre de 2011, sobre declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

STJUE Asbeek Brusse y De Man Garabito C-488 /11, EU:C:2.013:341, apartado 57, El contrato deberá persistir en la medida que las normas de derecho interno lo permitan pero la cláusula abusiva y nula se tendrá por no puesta.

**AÑO 2.012**

AAP Castellón, Secc. Primera, nº 54 ( Rollo de Apelación nº 67 /2.012) sobre la sucesión universal de las entidades bancarias en la ejecución hipotecaria.

STS de 25 de Enero de 2.012, caso AFINSA-FORUM FILATÉLICO, en la que se consideró que no era exigible a las entidades supervisoras la responsabilidad patrimonial de la Administración.

SAP Cuenca, Secc. 18ª, de 23 de Enero de 2.012, considera que no es aplicable el artículo 149 LH a la sucesión universal de entidades bancarias en la ejecución hipotecaria.

STS de 31 de Enero de 2.012, caso AFINSA-FORUM FILATÉLICO en la que se consideró que no era exigible a las entidades supervisoras la responsabilidad patrimonial de la Administración.

AAP Alicante, Sec. Sexta, de fecha 27 de Febrero de 2.012, sobre la sucesión universal de las entidades bancarias en la ejecución hipotecaria.

Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cáceres, de 12 de enero de 2012, sobre declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

STS de 13 de Marzo de 2.012 (Nº R 675 /2.009), no admite la retroactividad de la nulidad porque considera que existe una compensación de créditos entre las partes con base en lo dispuesto en los arts. 1307 y 1.308 Cc.

Sentencia de 26 de Abril de 2.012, del TJUE, C-472/10, Invitel, sobre la interpretación del concepto de "cláusula abusiva".

SAP Madrid, nº 126/2.012, Rec. Nº 451/2.012, de fecha 10 de Mayo de 2.012 sobre el vencimiento y resolución anticipada.

Sentencia de 14 de Junio de 2.012, del TJUE, C-618 /10, Banco Español de Crédito, sobre la obligación del Juez de revisar de oficio las cláusulas abusivas y la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas (no cabe otro efecto que la nulidad sin que sea posible la reintegración en el contrato).

STS núm. 406 /2.012, de 18 de Junio de 2.012, consideró que la cláusula de intereses remuneratorios no puede ser valorada como abusiva por el Juzgado porque constituye el precio de la operación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 19 de Junio de 2012, que reconoce los efectos retroactivos de las cláusulas suelo.

STS núm. 333/2.014, de 30 de junio, sobre la aplicación de la doctrina "rebus sic stantibus" y sobre el riesgo normal o inherente al contrato.

AAP Castellón, Secc. Tercera, nº 133/2.012, de fecha 12 de Julio de 2.012 (Rec. Nº 428/2.012, JPI nº 5 de Vinaroz, Ejecución Hipotecaria nº 813/2.011), sobre la aplicación del artículo 149 LH en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Sentencia 217/2012, de 19 de septiembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz, sobre cláusulas suelo.

STS núm. 568/2.012, de 1 de Octubre de 2.012, sobre la aplicación de la Doctrina de las cláusulas "res sic stantibus", no la aplica porque el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado.

Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) Sentencia de 6 de noviembre de 2012 [LA LEY 174381\2012], sobre los distintos cauces procesales posibles para la reclamación del préstamo hipotecario.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19ª) de 19 de Diciembre de 2.012, considera la cláusula de intereses de demora abusiva.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 9 de Noviembre de 2.012, en el mismo sentido que el anterior considera la cláusula de intereses de demora abusiva.

SAP Valencia de 12 de diciembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 11ª), sobre la resolución contractual y el vencimiento anticipado.

**AÑO 2.013**

AAP Madrid, Secc. 12, de 11 de Enero de 2.013, nº Rec. 615/12, sobre la sucesión universal de las entidades bancarias en la ejecución hipotecaria.

STS de 22 de Febrero de 2.013 (RNº 1.759/2.010), sobre el criterio temporal a seguir en la apreciación de la abusividad de las cláusulas. Consideró usurarios unos intereses de un préstamo en atención al momento temporal del cambiante mercado de los intereses.

Sentencia nº 59/2.013 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Bilbao de 7 de Marzo de 2.013, que declara los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo.

STJUE de 14 de Marzo de 2.013, Asunto C-415-11, relativa a los requisitos establecidos para determinar la abusividad y nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Auto de fecha 15 de Marzo de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Madrid, en virtud del cual se aplica la Sentencia del TJUE de 14 de Marzo de 2.013 y se acuerda la suspensión de la ejecución mientras se sustancia el juicio ordinario relativo a las cláusulas abusivas.

STJUE de 21 de Marzo de 2.013 (asunto RWE Vertrieb AG) no admite limitación de efectos de la declaración de nulidad, considerando que la retroactividad es inherente a dicha declaración.

Auto de fecha 24 de Abril de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valladolid, en el Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 486/2.011, declaró nulo el auto por el que se había despachado la ejecución

hipotecaria por considera que la cláusula que fijaba los intereses moratorios era nula de pleno derecho y afectaba al título ejecutivo

STS núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas abusivas y sobre la buena fe y el desequilibrio entre las partes, no admite que el Juez nacional pueda valorar la abusividad de cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ourense de 13 de Mayo de 2.013, que declara la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 23 de Mayo de 2.013 que declarar la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

Sentencia de 14 de Marzo de 2.013 del TJUE, sobre la adecuación del sistema legal español a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ( DO L 95, p.29).

SAP de Ciudad Real de 16 de Mayo de 2.013 ( Sección 1ª), relativa a la cláusula de vencimiento anticipado, que considera que dicha cláusula, valorada en abstracto, no puede ser considerada abusiva.

STS nº 511/2013 de 18 de julio, sobre la aplicación de los Principios de Derecho Europeo.

Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto nº 372/2014, de 23 de noviembre de 2015, sobre la aplicación de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

Auto nº 353 /2.013, de 16 de Septiembre de 2.013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Granollers, en el Proceso de Ejecución nº 2248/10.

STS nº 592/2013 de 9 de Octubre de 2.013 (ROJ: STS 5066/2013), sobre la aplicación de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

AUTO del TJUE de 14 de Noviembre de 2.013 que interpreta la Directiva 93/13 CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, respecto a la aplicación de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Sentencia de 21-11-2013 de la AP de Madrid (ROJ: SAP M 15369/2013, sobre vencimiento anticipado y pérdida del beneficio del plazo.

SSTJUE Unicaja Banco y Caixabank, C-482/2.013, C-484 /2.013, C-485/2.013, C-487/2.013, EU: C:2.015:21, apartado 28) El contrato deberá persistir en la medida que las normas de derecho interno lo permitan pero la cláusula abusiva y nula se tendrá por no puesta.

**AÑO 2.014**

STS (núm. 820 /2.013), de 17 de Enero de 2.014, sobre la aplicación de la Doctrina de las cláusulas "res sic stantibus".

SAP Barcelona 19 de Febrero de 2.014, que declara la responsabilidad civil del Notario al autorizar una compraventa sin cumplir con el deber de información respecto a la compradora.

Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 25 de febrero de 2014 [JUR 2014\283953, sobre los distintos cauces procesales posibles para la reclamación del préstamo hipotecario.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2.014 en la que se resuelve que es posible el desahucio en un contrato de arrendamiento por el impago de una única renta aunque el bien inmueble tenga la consideración de vivienda habitual.

SAP Pontevedra de 14 de Mayo de 2.014 sobre la cláusula de intereses de demora.

STS núm. 333/2014 de 30 junio sobre la aplicación de las cláusulas "rebus sic stantibus".

STJUE de 10 de Septiembre de 2.014 ( Asunto Monika Kasînova y Smart, S.A. C-34/2.013) , que hace referencia a las consecuencias de la pérdida de la vivienda familiar en la ejecución hipotecaria, y, a la afectación que representa también para el concepto de familia. Considera el derecho a la vivienda como un derecho fundamental.

Sentencia nº 328/ 2.014, de fecha 30 de Septiembre de 2.014, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, en Autos de Juicio Ordinario nº1.109/2.013, seguidos contra la entidad KUTXABANK sobre la posición jurídica de los avalistas en un préstamo hipotecario con novación.

SAPAlicante (Sección 8ª) de 11 de Noviembre de 2.014, sobre el pacto de liquidación de saldo deudor. La Sentencia resuelve el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en Primera Instancia que estima la demanda interpuesta por la entidad bancaria con base en una liquidación de saldo deudor de una tarjeta de crédito.

A pesar de que la ejecutada fue declarada en rebeldía por no comparecer en primera instancia, interpuso Recurso de Apelación alegando la abusividad de las cláusulas del contrato bancario. La AP Alicante recuerda el carácter preceptivo del control de oficio de las cláusulas abusivas, conforme a la doctrina del TJUE.

STS núm. 677/2.014, de fecha 2 de Diciembre de 2.014, sobre la Ley de Represión de la Usura de 23 de Junio de 1.908.

**AÑO 2.015**

STJUE de 21 de Enero de 2.015, establece que la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2.013, de 14 de Mayo, que permite el recálculo de intereses para adecuarla al límite legal no es contraria a la Directiva, siempre que quede a salvo la facultad del Juez de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas.

AAPGirona de 23 de enero de 2015, sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

-STS nº 139 /2.015, de 25 de Marzo de 2.015, confirma la no retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo en los mismos términos que la STS de 9 de Mayo de 2.013.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), Auto de 23 de abril de 2015 [JUR 2015\131736, sobre los distintos cauces procesales posibles para reclamar el préstamo hipotecario.

STS (Sección 8ª) Nº 97/2015 de 14 de abril de 2015, sobre declaración del vencimiento anticipado.

ATS (Sección 6ª) Nº Auto 78/2015, de 17 de abril, sobre la aplicación del vencimiento anticipado.

STS Nº 227/2.015, de 30 de Abril de 2.015, sobre la Doctrina "rebus sic stantibus". Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 30-04-2015, nº 227/2015, rec. 929/2013.

STC de 14 de Mayo de 2.015, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4286-2013 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona ( Sección 16 ª) de 30 de Julio de 2.015, en el que se valora la parte proporcional que representa el impago de la cuota hipotecaria con relación al importe total del préstamo para determinar si se trata o no de un incumplimiento esencial que permita aplicar la cláusula de vencimiento anticipado.

Auto del TSJUE de 11 de Junio de 2.015, sobre las cláusulas de vencimiento anticipado.

Sentencia de 27 de julio de 2015 de la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial (ROJ: SAP V 3204/2015), sobre la aplicación de los arts. 1.124 y 1.129 Cc en el préstamo hipotecario.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 5 de Septiembre de 2.015, sobre vencimiento anticipado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), de 28 de Julio de 2.015, sobre la vivienda habitual en la ejecución hipotecaria.

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 5 de Septiembre de 2.015, en el que se valora la parte proporcional que representa el impago de la

cuota hipotecaria con relación al importe total del préstamo para determinar si se trata o no de un incumplimiento esencial que permita aplicar la cláusula de vencimiento anticipado

Audiencia Provincial de Tarragona, Auto nº 210/15, de 17 de septiembre de 2015, sobre vencimiento anticipado y resolución contractual.

Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera, Auto nº 247/2015, de 26 de octubre de 2015, sobre vencimiento anticipado y resolución contractual.

AAPPontevedra ( Sección 1ª Pleno) de 30 de Octubre de 2.015, sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), de 28 de Julio de 2.015, sobre la cláusula de vencimiento anticipado y la consideración de la naturaleza jurídica de la vivienda habitual.

STS nº 3828/2.015, de 7 de Septiembre de 2.015, sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), de 30 de Octubre de 2.015, relativo al concepto de cláusulas no negociadas individualmente. Auto nº 201/ 2.015, de la Sala General de Magistrados del Orden Civil, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, constituida en Pleno Jurisdiccional, de 30 de Octubre.

Audiencia Provincial de Valencia, Auto nº 255/2015 de 11 de noviembre de 2015, sobre vencimiento anticipado y pérdida del beneficio del plazo.

AAP Girona (sección 1ª), Auto de 18 de noviembre de 2015, sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

AABarcelona, Sección 4ª, nº 323/2.015, de fecha 9 de Diciembre de 2.015, relativo a la posibilidad procesal de acudir al proceso declarativo en lugar de al de ejecución hipotecaria.

AUTO Nº 175 /2.015, de 24 de Noviembre, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección nº 3, sobre el pacto de liquidez del saldo deudor

(dictado por el Pleno Jurisdiccional de Magistrados del Orden Civil de la Audiencia Provincial de Baleares).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, en el Auto nº 372/2014, de 23 de noviembre de 2015, sobre vencimiento anticipado y pérdida del beneficio del plazo.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Auto nº 175/2015 de 24-11-2015, sobre vencimiento anticipado y pérdida del beneficio del plazo.

Auto del TJUE de 8 de julio del 2015 (asunto C-90/14), que consideró que las cláusulas abusivas no son nulas per se sino que hay que valorarlas teniendo en cuenta los distintos elementos del contrato.

STS Nº 733 /2.015, de 21 de Diciembre de 2.015 (Nº Recurso 2470/2012), en la que se considera que se condena a la entidad bancaria en un supuesto de vivienda en construcción por incumplimiento contractual del promotor a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por no haberse asegurado de la existencia del correspondiente aval y de la constitución de la cuenta especial.

STS nº 705/2.015, de 23 de Diciembre de 2.015, condena a la entidad bancaria a devolver los gastos de hipoteca.

STS de 25 de Diciembre de 2.015, se admite la posibilidad de optar por el proceso declarativo ordinario en supuestos de incumplimiento del deudor para reclamar las cantidades debidas haciendo valer la hipoteca constituida.

**AÑO 2.016**

Sección 19ª, Auto de 10 de febrero de 2016 [JUR 2016\97027], sobre los cauces procesales posibles para la reclamación del préstamo hipotecario.

STS de 18 de Febrero de 2.016, admite la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo ordinario en un supuesto de incumplimiento del deudor, para resolver un contrato de financiación y reclamar las cantidades debidas, haciendo valer la garantía hipotecaria.

ATS de 22 de Junio de 2016, rec.869/2016, sobre la competencia territorial en el ejercicio de acciones individuales en materia de consumidores y usuarios.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de fecha 21 de Junio de 2.016, dictada en Autos de Juicio Ordinario nº 721/ 2.015- D 2, sobre la nulidad de la cláusula del índice de referencia IRPH.

STC nº 148/2016 de 19 de septiembre -EDJ 2016/186816, sobre la cosa juzgada: el ejercicio de las acciones colectivas en materia de nulidad de cláusulas contractuales no excluye el ejercicio de acciones individuales.

Secc. 4ª, en el Auto 379/2016 de 3 de noviembre de 2016, sobre los cauces procesales posibles para la reclamación del préstamo hipotecario.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, de fecha 7 Diciembre 2016, Proc. 732/2015, sobre la no aplicación del principio de responsabilidad patrimonial del deudor y la dación en pago.

STC nº206/2016 de 12 de diciembre -EDJ 2016/245702- sobre la cosa juzgada: el ejercicio de las acciones colectivas en materia de nulidad de cláusulas contractuales no excluye el ejercicio de acciones individuales.

STC nº207/2016 de 12 de diciembre -EDJ 2016/245703 sobre la cosa juzgada: el ejercicio de las acciones colectivas en materia de nulidad de cláusulas contractuales no excluye el ejercicio de acciones individuales.

STC nº209/2016 de 12 de diciembre -EDJ 2016/245706 sobre la cosa juzgada: el ejercicio de las acciones colectivas en materia de nulidad de cláusulas contractuales no excluye el ejercicio de acciones individuales.

SAP Valencia, Sección 9ª, de 13 de Diciembre de 2.016 (rollo de apelación número 2224/2016, sobre la reclamación del préstamo hipotecario a través del juicio declarativo ordinario.

STJUE de 21 de Diciembre de 2.016, por la que se declara la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo.

SAP Vitoria-Gasteiz de 30 de Diciembre de 2.016 en virtud de la cual la Audiencia Provincial ordena la inscripción de una cláusula abusiva en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

**AÑO 2.017.**

ATS de 18 de Enero de 2017, rec. 1032/2016, sobre la competencia territorial en el ejercicio de acciones individuales en materia de consumidores y usuarios.

AUTO del Tribunal Supremo (Pleno, Sala 1ª de lo Civil), de 18 de Febrero de 2.017, en virtud del cual se resolvió plantear cuestión prejudicial de interpretación conforme a lo establecido en el artículo 267 TFUE en el curso de la deliberación, votación y fallo de un Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14 de Mayo de 2.014 en la que se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

STJUE de 24 de Enero de 2.017, asunto C-421-14, sobre los criterios a valorar a la hora de analizar si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva.

STS de 24 de Febrero de 2.017, rec. Casación 740/2014 -EDJ 2017/9042, sobre la apreciación de cosa juzgada entre procedimientos en los que se ejercitan acciones colectivas y procedimientos en los que se ejercitan acciones individuales.

STS de 25 de Mayo de 2.017, RC 2306/ 2.014 sobre cláusulas suelo.

Sentencia de fecha 7 de Septiembre de 2.017 del Juzgado de Primera Instancia 101 bis de Madrid, anula la cláusula relativa al vencimiento anticipado, la de interés de demora, y las que obligan al prestatario a hacerse cargo de los aranceles de notario y registro.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Castellón, de fecha 8 de Junio de 2.017, declara nula la cláusula que impone al consumidor los gastos de notaría.

SAP Málaga de 3 de Octubre de 2.017, que declara nula la cláusula suelo en un contrato en el que interviene una empresa por primera vez.

Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de Octubre de 2.017, en virtud de la cual se modifica una Orden del Ministerio de Economía de Noviembre de 2.015 sobre información y clasificación de productos financieros para que el inversor minorista distinga el nivel de riesgo de estos productos.

STS 558/2017, de 16 de Octubre de 2.017 -EDJ 2017/215265-), de la misma forma que no cabe oponer la cosa juzgada entre procedimientos en los que se ejercitan acciones colectivas y procedimientos en los que se ejercitan acciones individuales, no cabe oponer que en los supuestos en los que se haya llegado a acuerdos transaccionales extrajudiciales el cliente no pueda interponer acciones posteriormente solicitando la declaración de nulidad de las claúsulas abusivas sin que quepa aplicar la doctrina de los actos propios.

SJPInstancia nº 2 de Ronda ( Málaga) Sentencia nº 187/ 2.017, de 27 de Diciembre de 2.017 Procedimiento Ordinario 111/2017. Se anulan doce cláusulas abusivas ( claúsulas suelo, intereses de demora y gastos) procedentes de cuatro hipotecas distintas en un mismo procedimiento.

**AÑO 2.018**.

STS 36/2.018, de 24 de Enero, sobre la declaración de nulidad de las cláusulas suelo a empleados de la banca.

STS de 19 de Febrero de 2.018, en la que se considera que en un contrato de swaps el plazo para interponer la acción es de prescripción de cuatro años y el inicio del cómputo sería desde el vencimiento o extinción del contrato y no desde que se firmó o desde que se tuvo conocimiento del error.

Sentencia Juzgado Primera Instancia nº2 de Estella (Navarra) de 28 de Febrero de 2.018, declara nula la cláusula de afianzamiento por falta de infomación previa y falta de transparencia.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Córdoba de 14 de Marzo de 2.018, en virtud de la cual se reconoce la condición de consumidor a la Iglesia

Evangélica Bautista de Córdoba en un procedimiento judicial sobre declaración judicial de nulidad de las cláusulas suelo.

Sentencia nº 75 /2.018, de 27 de Marzo de 2.018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Valencia, en Autos de Juicio Ordinario nº 105 /2.017, sobre la aplicación de los arts. 1.124 y 1.129 Cc en el préstamo hipotecario.

STS nº 205/ 2018, de 11 de Abril de 2.018, que declara la validez de un pacto extrajudicial en documento privado en el que la entidad bancaria y el cliente negocian la aplicación de una cláusula suelo en evitación de un proceso judicial.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Refuerzo de Bilbao -de 5 de Abril de 2.018, declara la nulidad de la cláusula de afianzamiento por falta de transparencia y por no informar previamente a los fiadores del alcance real de dicha cláusula.

SAP Castellón de 19 de Abril de 2.018, declara la nulidad de la comisión de apertura del préstamo hipotecario por entender que no atienden a la prestación de servicios efectivos.

SJuzgado de Primera Instancia N°. 1 de Igualada, Sentencia 106/2018 de 30 Abr. 2018, Proc. 278/2017. Ponente: Sanchis Galiana, Carlos. Nº de Sentencia: 106/2018 . Nº de Recurso: 278/2017. Declara la nulidad de las cláusulas en las que se impone al consumidor los gastos de hipoteca y se aparta del criterio adoptado por el TS hasta la fecha imponiendo al Banco el pago de los impuestos generados por la operación.

**AÑO 2.019**.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 15-01-2019, nº 19/2019, rec. 3291/2015, aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus”.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 05-04-2019, nº 214/2019, rec. 3204/2016 sobre la aplicación de las cláusulas “rebus sic stantibus”.

**ANEXO I. Acuerdo de la Junta de Magistrados y Jueces, relativo a la presentación de escritos de demanda y de contestación en los procedimientos sobre condiciones generales de los contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Valencia).**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA** ***Secretaría de Gobierno***
**Palacio de Justicia 1**
**46071 VALENCIA**
**Tfno.: 96-387 69 18 / 19.- Fax: 96- 352 01 94**

**D. José Miguel de Ángel Cubells, SECRETARIO DE GOBIERNO DEL**
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, CON SEDE EN VALENCIA,**

**C E R T I F I C O:** Que en el **"Libro de Actas de las sesiones de la Sala de Gobierno"** de este Tribunal Superior de Justicia, que se halla a mi cargo, en la correspondiente a la celebrada el día 31/01/2018 figura, entre otros, el siguiente **"ACUERDO"**, que copiado literalmente es como sigue:

**13º.- Tomar conocimiento, en el Expediente Gubernativo nº 1439/77**, de los acuerdos adoptados por la **Junta de Jueces del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Valencia** en su sesión de

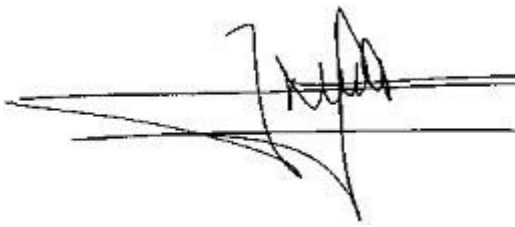
fecha 16 de enero de 2018, relativos al modelo normalizado de Ficha-Resumen a acompañar a los escritos de demanda y de contestación en los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación.

Dado el interés que puede suponer el formato propuesto difúndase entre los Ilmos. Sres. Decanos del ámbito territorial de este Tribunal Superior de Justicia y remítase al Consejo Valenciano de Colegios de Abogados y al Consejo Valenciano de Colegios de Procuradores.

El precedente Acuerdo se adopta por unanimidad de los miembros de la Comisión de la Sala de Gobierno asistentes. Comuníquese.

Y para constancia expido el presente en Valencia a 07 de Febrero del 2018

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SECRETARIA DE GOBIERNO
VALENCIA



**ANEXO.II. Modelo contestación demanda Juzgado 1ª Instancia nº 25 de Valencia.**

**FICHA NORMALIZADA DE ACOMPAÑAMIENTO A LOS ESCRITOS DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA SOBRE "CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN"**

**Dirigidas al Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Valencia**

**Denominación de contestación a la demanda:**

**Número de procedimiento asignado.**

**Enunciado esquemático de las excepciones procesales que se oponen.**

**Breve exposición de la argumentación jurídica.**

**Índice de los documentos acompañados.**

**Suplico de la demanda**