

4.1. DERECHO BANCARIO

Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios

The recent jurisprudence of the Supreme Court of Spain concerning unfair contract terms, especially referred to mortgage loans

por

JOSÉ MARÍA BLANCO SARALEGUI
RAQUEL BLÁZQUEZ MARTÍN

Magistrados

Letrados coordinadores del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
Área Civil

RESUMEN: En los últimos cinco años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado un importante cambio cuantitativo y cualitativo, pues se han incrementado exponencialmente los asuntos relativos a cláusulas abusivas. Antes de 2013, los casos que pasaban el filtro de admisión y eran resueltos por el Tribunal Supremo pertenecían, fundamentalmente, al derecho civil clásico. Desde entonces, y particularmente en los últimos tres años, al menos la mitad de los asuntos resueltos tenían que ver con cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación y acciones de nulidad contractual por inversiones fallidas en productos bancarios complejos. Nuestro estudio abordará solo un resumen de las principales resoluciones en materia de cláusulas abusivas.

ABSTRACT: *In the last five years, the jurisprudence of the Supreme Court of Spain has experienced an important qualitative and quantitative change, as the case law about unfair contract terms applying European law has increased exponentially. Before 2013, the cases that achieved Supreme Court review dealt with standard civil and commercial law. From then on, and especially over the last three years, at least one out of two cases concerns unfair contract terms or failed investments in banking products. We will focus our study summarizing only the main judgements about unfair contract terms.*

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación. Consumidor. Préstamo hipotecario. Control de abusividad. Control de transparencia. Información precontractual. Intervención notarial. Cláusulas suelo. Acciones colectivas en condiciones generales de la contratación. Acciones individuales en condiciones generales de la contratación. Cosa juzgada. Preclusión procesal. Costas procesales.

Transacción. Intereses de demora. Intereses remuneratorios. Hipoteca multidivisa. Índice IRPH. Comisión de apertura. Gastos de constitución de préstamos hipotecarios. Arancel notarial. Arancel registral. Gastos de gestoría. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados). Cláusulas de vencimiento anticipado. Proceso de ejecución hipotecaria. Venta notarial de bienes hipotecados

KEY WORDS: General terms and conditions. Consumer. Mortgage loan. Unfairness control. Transparency control. Pre-contractual information. Notarial instruction. Floor clauses. Class actions. Individual actions. Res iudicata. Procedure preclusion. Costs of proceedings. Settlement agreement. Default interest. Rate interest. Multi-currency loan. IRPH index. Arrangement fee. Mortgage formation fee. Notary costs. Registration costs. Management costs. Tax on property transfers. Clause on early expiration. Mortgage foreclosure. Notarial sale of mortgaged property.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONDICIÓN DE CONSUMIDOR.—III. PRECISIONES SOBRE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU RELEVANCIA EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.—IV. NOVEDADES EN CLÁUSULAS SUELO: 1. EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES. 2. LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN LAS INSTANCIAS. 3. LICITUD DE LA TRANSACCIÓN POR LA QUE EL CONSUMIDOR RENUNCIA A ACCIONES FUTURAS CONTRA EL BANCO A CAMBIO DE UNA REBAJA DE LA CLÁUSULA SUELO. 4. RENEGOCIACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE QUE LA MISMA SURTIERA EFECTO.—V. INTERESES DE DEMORA.—VI. HIPOTECA MULTIDIVISA.—VII. CLÁUSULA IRPH.—VIII. GASTOS E IMPUESTOS. COMISIÓN DE APERTURA.—IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO.—X. MATERIAS CON RELEVANCIA PROCESAL: 1. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA POR EFECTO DE UN PREVIO PROCESO DE EJECUCIÓN. 2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL ARTÍCULO 129 LH.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sufrido un relevante vuelco cuantitativo. Si se examinan las bases de datos antes de 2014, apenas existen pronunciamientos relativos a condiciones generales de la contratación, con la relevante excepción de la primera sentencia de pleno sobre las cláusulas suelo —STS 241/2013, de 9 de mayo—, y algunas otras anteriores que quedaban desdibujadas en un marasmo de pleitos de derecho civil del llamado «clásico». Desde los primeros albores de 2014, los asuntos relativos a cláusulas abusivas y de derecho bancario en general han dado lugar a más de la mitad de los asuntos resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Nos vamos a centrar, como se apunta en el título, en los pronunciamientos más recientes, fundamentalmente en los últimos tres años, dando por conocidos los precedentes anteriores. Y solo en materia de cláusulas abusivas en contratación bancaria, haciendo alusión a los pronunciamientos verdaderamente relevantes o novedosos.

Dejaremos a un lado todas las reclamaciones bancarias formuladas por inversores minoristas frente a productos bancarios, que pertenecen al grupo de casos de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento, más que al

que emplea la técnica propia de las condiciones generales, donde rige por regla general la validez del contrato, con expulsión de la cláusula declarada nula, conforme al principio general *«utile per inutile non vitiatur»*.

II. CONDICIÓN DE CONSUMIDOR

En la STS 314/2018, de 28 de mayo, se analiza la *condición de consumidor en prácticamente todos los supuestos de contratos de garantía* accesorios al préstamo, al existir pluralidad de contratantes, partiendo de la doctrina del TJUE aplicable al caso —asuntos Costea (C-110/14), Dumitras (C-534/15), Tarcâu (C-74/15), Dietzinger (C-45/96) y Bachman (C-535/16)—, en los siguientes términos:

La condición de consumidor se debe apreciar no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza. Ello excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un *«vínculo funcional»* con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación. De esta forma, en el caso hay que distinguir tres situaciones:

1. No existe ninguna duda de que los administradores sociales que garantizan la deuda de la sociedad tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores.

2. En el caso de socios con participación significativa en el capital social, lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas; ambas circunstancias concurren en el supuesto examinado, puesto que los fiadores tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25% cada uno), y la finalidad del préstamo fue la financiación del activo circulante de la empresa: los socios de dicha sociedad —por lo demás, cerrada, y a través de la cual parte de los socios desempeñaban su propia actividad profesional— tenían responsabilidad en su infra-capitalización.

3. Por último, en la fiadora que no era socia ni administradora no puede considerarse que existiera tal vínculo funcional, por lo que respecto a la misma sí debe declararse la ineeficacia de la cláusula suelo.

En similar sentido, la sentencia 728/2018, de 20 de diciembre, sobre la posible abusividad de una cláusula relativa a la fijación del valor de tasación, entendió que la sociedad mercantil hipotecante no deudora no tenía la condición de consumidora. Aunque en el ordenamiento español, a diferencia de lo que sucede en el marco comunitario, una persona jurídica puede ser consumidora si no tiene ánimo de lucro, una sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto social, tiene *per se* ánimo de lucro. En el caso resuelto por esta sentencia tampoco concurría la condición de consumidor en el fiador (persona física) por su vinculación funcional con las partes, ya que era administrador y apoderado de la sociedad hipotecante y administrador de la sociedad deudora. Se interpreta que el término *«gerencia»* que utiliza el TJUE para definir el vínculo funcional equivale a cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien participa directamente en la

toma de decisiones de la empresa tiene ese vínculo funcional con ella y, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores.

Desde la perspectiva contraria, se ha estudiado también la figura del *consumidor con ánimo de lucro*. Desde la sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, se había considerado que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor. Este pronunciamiento se ha reiterado en numerosas sentencias dictadas en el marco de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, con fundamento en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 10 de abril de 2008 —asunto Hamilton, C-412/06— y STJCE de 25 de octubre de 2005 —asunto Schulte, C-350/03—) y en la regulación del artículo 3 TRLGCU, que se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto Costea, C-110/14). En todo caso, el límite se sitúa en aquellos supuestos en que la persona física realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, fondos, etc.) en un período corto de tiempo, pues en tal caso, puede entenderse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario (art. 1.º CCom).

Esta misma doctrina ha sido extrapolada a los préstamos hipotecarios en la sentencia 356/2018, de 13 de junio, en el caso de una persona física que financió la adquisición de una vivienda como inversión, con el propósito de destinarla al alquiler en un marco no profesional o empresarial, a quien se califica como consumidor.

Una dificultad habitual en la delimitación del concepto de consumidor es la que plantean los *contratos mixtos o de doble finalidad*, como los préstamos destinados tanto a necesidades personales como a actividades comerciales o profesionales, que carecen de una norma expresa que guíe su calificación a estos efectos. La STS 224/2017, de 5 de abril, sobre un préstamo dedicado en parte a reformar la vivienda habitual del prestatario y en parte a la construcción de un edificio que el demandante tenía previsto dedicar a una actividad empresarial (alquiler de habitaciones) aplicó el criterio interpretativo establecido en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE y en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de enero de 2005 —asunto Gruber, C-464/01—, STJUE de 3 de septiembre de 2015 —asunto Costea, C-110/14— y auto de 19 de noviembre de 2015 —asunto Tarcâu, C-74/15—), que admite la calificación como consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Y concluyó que si existen indicios de que un contrato persigue una doble finalidad *«el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba»*. En el caso concreto, se consideró probado que el propósito profesional era el predominante, por lo que no se aplicó la normativa de consumo.

Como las circunstancias que determinan la calificación del consumidor no son inmutables, el TS ha definido también el *momento en el que debe concurrir la condición de consumidor*. La sentencia 548/2018, de 5 de octubre, sobre nulidad de una cláusula suelo incorporada en la escritura de ampliación del préstamo hipotecario que se destinó a la adquisición de la mitad del capital social de una sociedad mercantil, explica (con cita de la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*) que el concepto de consumidor «debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». De modo que, en el caso concreto, aunque en el préstamo inicial los prestatarios sí habían actuado como consumidores, como solicitaban únicamente la nulidad de la cláusula suelo de la escritura de ampliación, en la que ya carecían de esa condición, no era posible el control de transparencia que habilitaría esa nulidad. La sentencia precisa que, si se hubiera aplicado la cláusula suelo inicial, los prestatarios consumidores de aquel contrato originario tendrían derecho a la restitución de lo cobrado mediante tal aplicación indebida, pero que ello no ha sido objeto del pleito.

El caso contrario fue objeto de la sentencia 8/2018, de 10 de enero, que versaba sobre un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de un local para su explotación comercial, en el que el prestatario alegó, al presentar la demanda de abusividad, que finalmente se había variado el destino del local. La sentencia entendió que los avatares posteriores a la celebración del contrato eran irrelevantes, porque en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento de celebración del contrato, ya que afectan a la prestación del consentimiento y a él se contrae la relevancia de la información precontractual.

En un caso peculiar, la sentencia 639/2017, de 23 de noviembre, partiendo igualmente de que la cualidad de consumidor ha de tenerse en el momento de la celebración del contrato, abordó las diferencias entre las figuras del promotor y del autopromotor. Se trataba de un supuesto en que en el préstamo hipotecario, formalizado como préstamo a promotor, se hizo constar que la vivienda objeto de financiación se vendería una vez construida, aunque más tarde el prestatario decidió quedársela y utilizarla como domicilio familiar. La regla general configura al autopromotor como consumidor: aunque aborde tareas que, en principio, se encomiendan a profesionales, no lo hace en el marco de una actividad profesional, sino para la satisfacción de una necesidad personal, como es el acceso a una vivienda. Sin embargo, en el caso concreto, el prestatario había actuado como verdadero promotor, y no como autopromotor, a la firma del préstamo, que es el momento determinante de su calificación como consumidor o profesional, sin que, como en el caso anterior, los avatares posteriores permitan modificar esa calificación.

III. PRECISIONES SOBRE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU RELEVANCIA EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Las sentencias de la Sala Primera sobre la relevancia de la *información precontractual* en el análisis del control de transparencia son muy numerosas. La sentencia 593/2017, de 7 de noviembre, hace un recorrido por las resoluciones principales sobre esta cuestión que, en síntesis, resaltan la importancia que para

la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En los últimos años se ha precisado, además, que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, cuando este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrarle toda la información necesaria para adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato (sentencia 643/2017, de 24 de noviembre y otras muchas que reiteran la misma doctrina, hasta la 517/2018, de 20 de septiembre).

En relación con la *intervención notarial*, se ha precisado ya en varias sentencias (entre ellas, la 367/2017, de 8 de junio —de Pleno— y la 486/2018, de 12 de septiembre) que dicha intervención no basta por sí sola para la superación del control de transparencia, no solo por la ya apuntada trascendencia de la información precontractual, que cronológicamente requiere una cierta distancia con la firma de la escritura, sino también por la práctica imposibilidad que tiene el consumidor de rechazar en la notaría la firma de la escritura «*en cuanto que le es indispensable para poder pagar el precio de la vivienda cuya escritura de compra suele firmarse simultáneamente a la escritura de préstamo hipotecario*».

La escritura pública puede contribuir a probar que existió información precontractual (sentencia 171/2017, de 9 de marzo), pero las fórmulas prerradicadas por la entidad bancaria (del tipo «las partes contratantes reconocen y declaran haber conocido, negociado y aceptado íntegramente cuantas cláusulas y condiciones generales de la contratación y de cualquier otra índole, que aparecen incorporadas contractualmente en la presente escritura») carecen de validez a estos efectos, pues además de que su contenido suele verse desmentido por lo realmente acontecido, incurren en la contradicción de calificar las condiciones generales como negociadas. Por ello, este tipo de menciones se interpretan como cláusulas predispuestas precisamente para evitar la aplicación de la normativa protectora de los consumidores (sentencia 486/2018, de 12 de septiembre).

IV. NOVEDADES EN CLÁUSULAS SUELO

1. EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

La STS 367/2017, de 8 de junio —de Pleno—, viene a sentar, muy en síntesis, la siguiente doctrina sobre el efecto de las sentencias estimatorias de la acción colectiva en los litigios entablados en virtud de acciones individuales sobre las mismas cláusulas:

- En la resolución de la acción colectiva de cesación, el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio.
- Es también relevante cuál es la naturaleza de la abusividad de la condición general. En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa

del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado.

- En el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio.
- En aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, declarada nula por la STS de 23 de diciembre de 2015, la regla general debe ser que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.
- El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, y negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual.
- Pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que el Banco hubiera suministrado una información precontractual adecuada.

Desde otro punto de vista, las sentencias 127/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25 de mayo y 357/2017, de 6 de junio analizaron la eficacia de los pronunciamientos de la sentencia dictada sobre la acción colectiva que resulten desfavorables para el consumidor, cuando este no ha sido parte en ese proceso, en el litigio posterior en el que se ejerce una acción individual. Estas sentencias descartan que esos pronunciamientos desfavorables tengan eficacia de cosa juzgada en el proceso instado por el consumidor, a quien no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir. En este sentido, se entiende que el llamamiento regulado en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es suficiente para justificar la extensión frente a los llamados de la eficacia de cosa juzgada del artículo 222.3 de la misma Ley, de modo que esa eficacia debe quedar limitada a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, sobre la falta de efectos de cosa juzgada de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios asociados a la nulidad de las cláusulas suelo analizadas en dicha sentencia, hay múltiples resoluciones que descartan la cosa juzgada (sentencias 123/2017, de 24 de febrero, 314/2017, de 18 de mayo de 2017, 357/2017, de 6 de junio de 2017 y 593/2017, de 7 de noviembre, entre otras muchas)

2. LA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN LAS INSTANCIAS

La STS 419/2017, de 4 de julio —de Pleno—, consideró que las costas de primera y segunda instancia han de imponerse a las entidades bancarias por las siguientes razones:

1.^a. El principio del vencimiento se ha mantenido invariable desde su incorporación en la LEC 1881 y en la LEC 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.^a. Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.^a. La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.^a. En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, sino que se dedicó a plantear toda una batería de óbices en todas las instancias hasta que el asunto quedó definitivamente resuelto.

3. LICITUD DE LA TRANSACCIÓN POR LA QUE EL CONSUMIDOR RENUNCIA A ACCIONES FUTURAS CONTRA EL BANCO A CAMBIO DE UNA REBAJA DE LA CLÁUSULA SUELO

En la STS 205/2018, de 11 de abril —de Pleno—, la Sala defiende la licitud de dicha transacción sobre la base de los siguientes razonamientos:

- La Sala Primera ya había dictado la sentencia de 9 de mayo de 2013 por la que la que se consideraba la nulidad de las cláusulas suelo que incurren en falta de transparencia.
- En enero de 2014 las partes suscribieron sendos documentos privados por los que acordaban un suelo del 2,25%, con renuncia expresa de acciones. El Pleno de la Sala considera que ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciernen en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción: evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos.
- La Sala distingue este supuesto del contemplado en la sentencia 558/17, de 16 de octubre, donde se trataba de una novación modificativa, y 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.

- El Tribunal Supremo considera que la imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico, y 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 ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017.
- Además, la Sala se ha pronunciado sobre la validez de los acuerdos en otros ámbitos como entre asegurador y perjudicado conviniendo una determinada indemnización, o en la reclamación de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de vivienda.
- La firma manuscrita de la transacción contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido.

4. RENEGOCIACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE QUE LA MISMA SURTIERA EFECTO

Es el caso previsto en la STS 489/2018, de 13 de septiembre. La cuestión controvertida suscitada por el motivo de casación es en qué medida esta nulidad puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior. Esto es: si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia.

- En el caso previsto, la sustitución de un límite inferior por otro no supone una novación extintiva, pues nos hallamos ante la misma obligación.
- El efecto de la nulidad es que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del artículo 1303 del Código civil, si se hubiera aplicado el límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida.
- Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.
- Con ello, no se merma el principio de efectividad del artículo 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.
- El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

V. INTERESES DE DEMORA

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, Escobedo Cortés (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), el Tribunal Supremo dictó la STS 671/2018, de 28 de noviembre —de Pleno—, manteniendo la jurisprudencia nacional, incontestablemente refrendada por el TJUE en el siguiente sentido:

- Es nulo el interés de demora tanto de préstamos personales como de préstamos hipotecarios que exceda en dos puntos el interés remuneratorio.
- La consecuencia de la nulidad de la cláusula es la imposibilidad de integración de la misma.
- No supone integración —prohibida por el derecho UE— que el préstamo siga devengando intereses remuneratorios en caso de mora del prestatario, pues estos retribuyen el préstamo, mientras que los intereses de demora suponen una indemnización pactada por el incumplimiento del deudor.

Las sentencias 7/2019, de 11 de enero, y 63/2019, de 31 de enero, reiteran esta misma doctrina.

VI. HIPOTECA MULTIDIVISA

Tras la primera sentencia de la Sala Primera, donde se analizaba la hipoteca multivisa como un derivado y a la luz del error vicio y de la Directiva MIFID, la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto Banif Plus (C-312/14) obliga a un nuevo giro jurisprudencial, completado por la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc, (C-186/16), que hace adaptar al Tribunal Supremo su propia jurisprudencia y analizar la cláusula de denominación en divisas, llegando a las siguientes conclusiones en la STS 608/2017, de 15 de noviembre —de Pleno—:

- En el caso de contratación con consumidores, las cláusulas multidivisa deben ser objeto de control de transparencia.
- No basta que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el consumidor contratante pueda conocer de forma real la carga jurídica y económica del contrato.
- Se debía explicar al consumidor contratante sobre los riesgos de su contratación, incluyendo, muy especialmente, la posibilidad de que, a pesar de las amortizaciones del préstamo en plazo, el capital pendiente no disminuyera, sino que aumentara debido al riesgo de los tipos de cambio.

Las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 669/2018, de 16 de noviembre se pronuncian en el mismo sentido. Esta última se refiere a una escritura de novación de un préstamo hipotecario en euros por la que se cambió la moneda inicial del préstamo por el franco suizo, en una modalidad que se aparta del formato habitual de las hipotecas multidivisa comercializadas en España.

Más recientemente, la STS 158/2019, de 14 de marzo, ha vuelto a reiterar la doctrina, analizando por primera vez un documento empleado recurrentemente por la entidad bancaria Bankinter cuyo contenido había sido considerado adecuado y suficiente por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supre-

mo considera que el documento «se circunscribe a una comparación entre las cuotas a pagar según que el préstamo se concertara en euros o en alguna de las divisas utilizadas por Bankinter en los préstamos hipotecarios multidivisa; a una advertencia genérica sobre la existencia de un “riesgo de cambio”; y a la existencia de comisiones por la utilización de las divisas distintas del euro. Se trata de un documento que resalta las ventajas del préstamo en divisas (el importe de la cuota inicial del préstamo en yenes era de poco más de la mitad que el de la cuota del préstamo en euros y sin embargo se amortizaba casi el doble de capital), pero no informa sobre la naturaleza del “riesgo de cambio” o las consecuencias de la fluctuación de la divisa a que hace mención».

VII. CLÁUSULA IRPH

La STS 669/2017, de 14 de diciembre —de Pleno—, estimó el recurso interpuesto por Kutxabank contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que declaraba la nulidad de la cláusula IRPH (índice de referencia de préstamos hipotecarios).

La sentencia consideró que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo puede ser una condición general de la contratación, y no constando en el caso concreto que fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

La Sala explicó también que, frente a los préstamos en los que se pacta un interés fijo, existen los préstamos con un interés variable, referenciados a un determinado índice, en relación con el precio del dinero (Mibor, Euribor, IRPH) más un margen o diferencial, establecido en términos porcentuales, que se suma o resta al índice de referencia, y examina las diferentes normas que han regulado la utilización del IRPH hasta su desaparición. En el caso, el préstamo fue referenciado al índice IRPH Entidades, definido legalmente, por lo que no corresponde al control de la jurisdicción civil conocer si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración. Por tanto, el IRPH como tal no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora.

Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial

como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia.

La Sala Primera sostiene que no puede afirmarse que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando resulta que el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años y se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acabó haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

Por eso, el Tribunal Supremo puntualiza que, si se siguiera la argumentación de la Audiencia para declarar nula la referencia al IRPH, también habría que declarar nulas las referencias al Euribor en otros préstamos si en cualquier etapa de su vigencia la evolución del Euribor hubiera sido menos favorable para el consumidor.

VIII. GASTOS E IMPUESTOS. COMISIÓN DE APERTURA

La Sala Primera dictó dos sentencias en marzo de 2018 —SSTS 137 y 148/2018, de 15 de marzo, ambas de Pleno— relativas a la consecuencia de la nulidad de la cláusula por la que se atribuía al prestatario el pago de los impuestos del préstamo. En enero de 2019 ha dictado otras cinco donde, además de reiterar la doctrina en relación con la carga tributaria de la operación, tras desdecirse el Pleno de la Sala Tercera de la decisión adoptada por su sección de tributario de modificar su anterior jurisprudencia, ha resuelto sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula atributiva de otros gastos de la hipoteca-arancel notarial, arancel registral, gastos de gestoría y la comisión de apertura.

Se trata de las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero (todas ellas de Pleno).

En cuanto a la comisión de apertura, tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Uno y otra deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque *«es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y*

estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato».

En segundo lugar, la Sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.

1. Son pagos que han de hacerse a terceros —no al prestamista— como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.
2. El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

En cuanto al arancel notarial, la Sala precisa que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

En cuanto al arancel registral, la Sala mantiene que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

La Sala, por último, reitera que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

Y en cuanto a la atribución de los gastos de gestoría, la Sala también impone el pago de los mismos por mitad.

Como pronunciamiento que complementará estas sentencias, debe tenerse en cuenta que la sentencia del Pleno 725/2018, de 19 de diciembre ya había decidido que, si se declara nula por abusiva la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el préstamo hipotecario, procederá distribuir entre las partes el pago de tales gastos según les correspondería conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el efecto restitutorio no es re conducible al artículo 1303 del Código civil, pues no son abonos hechos por

el consumidor al banco que este deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros, por lo que para el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse al banco prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. Esta situación se entiende asimilable a las figuras del enriquecimiento injusto y del pago de lo indebido y, en materia de intereses, el banco habrá de responder de los intereses legales desde la fecha de abono de los gastos, por ser el momento desde que se benefició por el pago indebido, con aplicación analógica del artículo 1896 del Código civil, en detrimento de la norma general de los artículos 1101 y 1108 del Código civil, pues la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota del préstamo, la STS 705/2015, de 23 de diciembre —de Pleno—, pese a reconocer con carácter general su validez, en el caso concreto declaró su nulidad por no superar los estándares que para su validez establecía la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz, C-415/11. En los mismos términos se pronunció, respecto a las acciones individuales, la STS 79/2016, de 18 de febrero. Sin embargo, la sentencia añadía un razonamiento que la hizo especialmente controvertida, suscitándose varias cuestiones prejudiciales de interpretación por distintos órganos judiciales y por el propio Tribunal Supremo. Era el siguiente:

«La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

»Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redunda en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

»6. Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para este

una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

»Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el artículo 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de 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; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo artículo 693 LEC, este no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

»Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el artículo 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el artículo 682-2-1º LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

»Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los artículos 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo».

Parte de las cuestiones prejudiciales —entre ellas la planteada por el propio Tribunal Supremo— han sido resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), cuyo fallo es del siguiente tenor:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio

entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

X. MATERIAS CON RELEVANCIA PROCESAL

1. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA POR EFECTO DE UN PREVIO PROCESO DE EJECUCIÓN

La interacción entre el proceso de ejecución hipotecaria y el posterior declarativo en el que se pretende la nulidad de alguna de las cláusulas del préstamo que sirvió como título de la ejecución ha sido estudiada en dos sentencias. En el caso resuelto por la primera de ellas (sentencia 526/2017, del Pleno, de 27 de septiembre) el prestatario pretendió, a través de un juicio ordinario, la declaración de abusividad y consecuente nulidad de varias cláusulas del préstamo hipotecario, que se había declarado vencido por impago, dando lugar a un proceso de ejecución hipotecaria en el año 2009. En el segundo proceso, declarativo, la sentencia de apelación había apreciado la excepción de cosa juzgada, en la modalidad de preclusión del artículo 400 LEC, porque entendió que los prestatarios pudieron oponer la existencia de cláusulas abusivas en el previo proceso de ejecución, pues a la fecha de inicio del proceso, aunque los artículos 557.1. y 695.1 LEC no contemplaban como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas, ya existía jurisprudencia del TJUE que permitía la apreciación de oficio de esa abusividad. El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y excluyó la viabilidad de la cosa juzgada, porque en la fecha de despacho de la ejecución no existía en las normas citadas un cauce procesal que permitiera la oposición basada en la abusividad, ni era inconscuso en esa época, en la jurisprudencia del TJUE, que el juez pudiera apreciar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas. De hecho, la propia jurisprudencia comunitaria ha fijado la sentencia del caso *Pannon GSM*, de 4 de junio de 2009 (C-243/08) como aquella en la que se atribuye claramente al juez nacional la obligación de examinar de oficio estas cuestiones, cuando tenga elementos para ello.

La segunda sentencia relevante sobre esta materia es la 576/2018, de 17 de octubre. Como en el caso anterior, esta sentencia recuerda (y mantiene) la jurisprudencia de la Sala Primera que había establecido que la cosa juzgada no solo era aplicable respecto de aquellas alegaciones que se realizaron en el proceso de ejecución, sino también respecto de las que, pudiendo haberse efectuado, no se alegaron. Y atribuye fuerza de cosa juzgada al auto que pone fin al incidente de oposición a la ejecución respecto de las cuestiones susceptibles de ser planteadas en ese incidente. En el caso concreto, los fiadores de un préstamo hipotecario ya se habían opuesto en la ejecución hipotecaria alegando la abusividad de varias cláusulas, resultando debatida en la segunda instancia de ese proceso solo la relativa a los intereses de demora y a las comisiones. En el posterior proceso declarativo se planteó la abusividad de la extensión de la fianza y, en concreto, la nulidad de la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división.

La sentencia 576/2018 considera que concurren las tres identidades propias de la cosa juzgada y que el hecho de atribuir ese valor al auto en que se resuelve la oposición a la ejecución no afecta negativamente solamente a una de las partes del proceso, el consumidor, sino que afecta a ambas partes: «*[a]sí, si la declaración de abusividad no pudiera desplegar todos sus efectos en el proceso de*

ejecución (por ejemplo, porque no pudieran restituirse las cantidades cobradas por el acreedor durante la vida del préstamo al ser superiores a la cantidad por la que se despachó la ejecución), en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de esas cantidades indebidamente cobradas, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso no afecta negativamente solo al consumidor, sino que afecta a ambas partes y no vulnera los principios de no vinculación y efecto disuasorio de la Directiva 93/13».

2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL ARTÍCULO 129 LH

La sentencia 251/2017, de 25 de abril, reitera la doctrina jurisprudencial expresada en la previa sentencia del Pleno 483/2016, de 14 de julio, sobre la cláusula de un préstamo hipotecario que habilitaba la posibilidad de venta extrajudicial por el procedimiento previsto en el artículo 129 LH. Aunque estas dos sentencias se refieren a la redacción del artículo 129 LH en la versión anterior a la reforma introducida por las leyes 1/2013, de 14 de mayo, y 19/2015, de 13 de julio (es decir, cuando no existía ninguna previsión sobre la posibilidad de alegar cláusulas abusivas ni de instar la paralización de la venta notarial por tal motivo), sus pronunciamientos afectan a dos extremos importantes: en primer lugar, la apreciación de que la cláusula que prevé la posibilidad de venta notarial no se refiere al objeto principal del contrato, por lo que, si se cumplen las exigencias de transparencia propias del control de inclusión, «*el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor*». Y, en segundo lugar, el recordatorio de que la jurisprudencia del TJUE ha considerado que una cláusula que permite al prestamista acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 —asunto C-34/13, Kusionová— y 25 de junio de 2015 —asunto C-32/2014, Sugár—).

Por otro lado, desde el punto de vista de efectividad del Derecho de la Unión Europea (esencial, junto con el principio de equivalencia, en los límites que el derecho comunitario impone al principio de autonomía procesal de los Estados), el juicio valorativo del artículo 129 LH, en su redacción previa a las mencionadas reformas, sería negativo, debido a los déficits que presentaba el control de abusividad, siempre que se justificara «*la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial [...] mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer*». Sin embargo, en las ejecuciones iniciadas ya con la redacción actual del artículo 129 LH, la valoración es completamente diferente, porque debe realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que, ahora sí, se prevén en la norma.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 705/2015 (Pleno), de 23 de diciembre
- STS 79/2016, de 18 de febrero

- STS 483/2016 (Pleno), de 14 de julio
- STS 16/2017 (Pleno), de 16 de enero
- STS 123/2017, de 24 de febrero
- STS 127/2017, de 24 de febrero,
- STS 171/2017, de 9 de marzo
- STS 224/2017, de 5 de abril
- STS 251/2017, de 25 de abril
- STS 314/2017, de 18 de mayo
- STS 334/2017, de 25 de mayo
- STS 357/2017, de 6 de junio
- STS 367/2017 (Pleno), de 8 de junio
- STS 419/2017 (Pleno), de 4 de julio
- STS 526/2017 (Pleno), de 27 de septiembre
- STS 558/2017, de 16 de octubre
- STS 593/2017, de 7 de noviembre
- STS 608/2017 (Pleno), de 15 de noviembre
- STS 639/2017, de 23 de noviembre
- STS 643/2017, de 24 de noviembre
- STS 669/2017 (Pleno), de 14 de diciembre
- STS 8/2018, de 10 de enero
- STS 137/2018, de 15 de marzo
- STS 148/2018, de 15 de marzo
- STS 205/2018 (Pleno), de 11 de abril
- STS 314/2018, de 28 de mayo
- STS 356/2018, de 13 de junio
- STS 486/2018, de 12 de septiembre
- STS 489/2018, de 13 de septiembre.
- STS 517/2018, de 20 de septiembre
- STS 548/2018, de 5 de octubre
- STS 576/2018, de 17 de octubre
- STS 599/2018, de 31 de octubre
- STS 669/2018, de 16 de noviembre
- STS 671/2018 (Pleno), de 28 de noviembre
- STS 725/2018 (Pleno), de 19 de diciembre
- STS 728/2018, de 20 de diciembre
- STS 7/2019, de 11 de enero
- STS 44/2019, de 23 de enero
- STS 46/2019, de 23 de enero
- STS 47/2019, de 23 de enero
- STS 48/2019, de 23 de enero
- STS 49/2019, de 23 de enero
- STS 63/2019, de 31 de enero
- STS 158/2019, de 14 de marzo

SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1669/2018, de 27 de noviembre
- STS 1670/2018, de 27 de noviembre
- STS 1671/2018, de 27 de noviembre

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia de 17 de marzo de 1998, asunto Dietzinger (C-45/96)
- Sentencia de 20 de enero de 2005, asunto Gruber (C-464/01)
- Sentencia de 25 octubre 2005, asunto Schulte (C-350/03)
- Sentencia de 10 abril de 2008, asunto Hamilton (C-412/06)
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11).
- Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto Kusionová (C-34/13)
- Sentencia de 25 de junio de 2015, asunto Sugár (C-32/2014)
- Sentencia de 3 de septiembre de 2015, asunto Costea (C-110/14)
- Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto Tarcău (C-74/15)
- Auto de 18 de noviembre de 2016, asunto Dumitras (C-534/15)
- Auto de 27 de abril de 2017, asunto Bachman (C-535/16)
- Sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto Andriciuc (C-186/16)
- Sentencia de 25 de enero de 2018, asunto Schrems (C-498/16)
- Sentencia de 7 de agosto de 2018, asunto Escobedo Cortés (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17)
- Sentencia de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17)