

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO
CELEBRADO CON CONSUMIDORES
Y USUARIOS



Juan José Estévez Torres

TITULO: *El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios*

AUTOR: *Juan José Estévez Torres*

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2015
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

www.uco.es/publicaciones
publicaciones@uco.es

UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ECONÓMICAS Y
EMPRESARIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

TESIS DOCTORAL

**EL CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO
CELEBRADO CON CONSUMIDORES Y USUARIOS**

Juan José Estévez Torres

Directores:

Dr. Javier Pagador López

Dr. Manuel Pino Abad

Córdoba, Febrero de 2015



TÍTULO DE LA TESIS: “El contrato de préstamo bancario celebrado con consumidores y usuarios”

DOCTORANDO/A: D. Juan José Estévez Torres

INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

La presente Tesis Doctoral es una obra aseada, metódica y argumentada con un esquema clásico muy atento al contexto normativo, doctrinal y jurisprudencial y que trata de alcanzar unas conclusiones claras respecto al objeto de estudio.

La evolución de la Tesis ha sido constante, desde un planteamiento maduro, muy conectado con la experiencia profesional del doctorando, que es abogado en ejercicio de una entidad de crédito. Tras el planteamiento inicial, el doctorando ha ido asumiendo y aplicando la metodología del análisis científico, con el resultado de una Tesis correctamente cimentada.

Las conclusiones obtenidas resultan de gran interés y tratan de dar respuesta a problemas de muy rabiosa actualidad, para lo cual se han tenido muy presentes los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como fruto e indicio de calidad de esta Tesis, durante su elaboración, ha visto la luz un relevante estudio sobre la póliza de préstamo intervenida por Notario en favor de un menor de edad no emancipado mayor de 16 años que, tras ser favorablemente evaluado por su Consejo de Redacción, fue publicado en la revista jurídica indexada “Diario La Ley” (nº.8441, de 15 de diciembre de 2014, Sección Doctrina).

Por todo ello, se autoriza, por los abajo firmantes, la presentación y defensa de la citada Tesis Doctoral

Córdoba, 3 de febrero de 2015

Firma del/de los director/es

Fdo.:Prof..Dr. Javier Pagador López

Fdo.: Prof. Dr. Manuel Pino Abad

A mis padres.

Agradecimientos

Quiero hacer pública mi gratitud a los directores de la presente tesis doctoral por el derroche de esfuerzo y tiempo que han dedicado a este trabajo.

Siempre estaré en deuda con ellos por darme la oportunidad de cumplir con una de mis mayores ilusiones. La formación que he adquirido durante estos años se puede resumir en esta breve cita de Cicerón a ellos dedicada: “Las ciencias y las letras son el alimento para la juventud y el recreo de la vejez, ellas nos dan esplendor en la prosperidad y son un recurso y un consuelo en la desgracia”.

Sin su minuciosidad y rigurosidad, este trabajo nunca hubiera llegado a buen fin. Su disponibilidad y actitud positiva nunca tuvieron límite y fueron cruciales en los momentos más decisivos. La honestidad de su labor siempre perdurará en mi memoria.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV	Autores Varios
a. C.	Antes de Cristo
ACM	Aranzadi Civil Mercantil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
Apa	Apartado
AS	Aranzadi Social
ASN	Academia Sevillana del Notariado
BCID	Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho
BDBD	Base de Datos Bibliografía El Derecho
BDF	Boletín de Derecho de Familia
BEA	Boletín Económico de Andalucía
BLED	Boletín de Legislación El Derecho
BMED	Boletín de Mercantil El Derecho
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Cco	Código de Comercio
CDBB	Centro de Documentación Bancaria y Bursátil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDR	Cuadernos de Derecho Registral
CE	Constitución Española de 1978
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorros
CGN	Consejo General del Notariado
Dad	Disposición Adicional
DATSJ	Diario de las Audiencias y TSJ
DJED	Diario de Jurisprudencia El Derecho
DLL	Diario La Ley
DN	Derecho de los Negocios
ECL	Estudios y Comentarios Legislativos
EDF	Estudios de Derecho Financiero
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
EDM	Estudios de Derecho Mercantil
EP	Europa Press
FGD	Fondo de Garantía de Depósitos
GT	Grandes Tratados
GTA	Grandes Tratados Aranzadi
JTA	Jurisprudencia Tributaria Aranzadi
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
LN	Ley del Notariado
LOB	Ley de Ordenación Bancaria
LSC	Ley de Sociedades de Capital
MU	Manuales Universitarios.
NUE	Noticias de la Unión Europea
OM	Orden Ministerial

p.	Página
par	Párrafo
PJ	Poder Judicial
pp.	Páginas
QFA	Quincena Fiscal Aranzadi
RAC	Revista Aranzadi Civil
RACC	Revista Actualidad Civil
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RADNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RAP	Revista de Administración Pública
RATC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
RAUE	Revista Aranzadi Unión Europea
RBE	Revista Banca Española
RCC	relacionase con
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCE	Revista de Contratación Electrónica
RCEA	Revista Comunidad Europea Aranzadi
RCGC	Registro de condiciones generales de la contratación
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGRN	Resolución de la Dirección General del Registro y del
Notariado	
RDJ	Revista Derecho y Jueces
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDPR	Revista de Derecho Privado
rec	Recurso
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REDTR	Revista Española de Derecho Tributario
REJ	Revista Estudios de Jurisprudencia
REP	Revista de Estudios Políticos
RES	Revista Española de Seguros
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RHPE	Revista Hacienda Pública Española
RIED	Revista de Inmobiliario El Derecho
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RJED	Revista de Jurisprudencia El Derecho
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RLL	Revista La Ley
RN	Reglamento Notarial
RORN	Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado
RPEE	Revista Papeles de Economía Española
RRCCS	Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro
RS	Revista Sociedades
RVAP	Revista vasca de Administración Pública
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
SEC	Sección

SJM	Sentencia del Juzgado Mercantil
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss	Siguientes
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TGLC	The Global Law Collection
TOGAS BIZ	Portal de Professional Letters S.L
Vid	Véase
Vol	Volumen

CAPITULO I

EL SECTOR FINANCIERO

1. Origen del sector financiero.

Es muy difícil concretar de forma indubitada cuál es el origen exacto de las entidades financieras o de crédito en el sentido que actualmente¹ se define a las mismas en el ámbito de la UE, esto es, como *“toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza”*.

Sin embargo, existen determinadas figuras y actos negociales concretos que nos permiten afirmar que fue en Roma y en la antigua Grecia donde se empezaron a practicar *“actos bancarios”*, entendiendo por éstos a aquellos negocios referidos a la actividad de negociar, administrar y prestar dinero².

Situados en la antigua Grecia clásica, es de destacar que los mencionados actos bancarios surgieron como técnicas financieras que eran necesarias para poder obtener financiación entre comerciantes que en definitiva eran los principales pilares de la economía griega de aquel tiempo, si bien es el comercio el que propició la mayor parte de la riqueza generada en la Atenas del siglo IV a. C.

Mediante dichos actos bancarios, y a fin de conseguir los mayores beneficios posibles por la práctica del comercio, muchos mercaderes, ante la ausencia de liquidez, se financiaban mediante el préstamo de dinero, generalmente concedido a un corto plazo de tiempo, a un tipo de interés pactado y estableciéndose por escrito las condiciones contractuales por las que regía el contrato, sin despreciar, lógicamente, la exigencia entre las partes contratantes de la constitución de garantías para la devolución del importe prestado.

Sin embargo, pese a que en la antigua Grecia se celebraban contratos de préstamo, se carecía de algo fundamental para el buen desarrollo del mismo, como es la existencia de una normativa que lo regulase. En efecto, importantes eran los préstamos que contrataban los particulares, pero más aún los pactados entre

¹ Artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.

² ROMERO GARCÍA-MORA, G., Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraíble, RAD, nº 4, Pamplona. 2010.

comerciantes ya que éstos desarrollaban el comercio como una actividad libre en la que el Estado³ sólo controlaba el suministro de grano.

Por su parte, en la civilización romana, en la que se admite comúnmente, que no existía derecho mercantil⁴ tal y como hoy lo entendemos, en los primeros siglos de su historia, y en especial a partir del siglo III a. C, se desarrollaba una economía basada principalmente en la agricultura⁵ y en la que el trueque y el préstamo de bienes fungibles se constituían como los instrumentos principales de intercambio económico.

Fruto de dicho movimiento económico, surgen en Roma dos ámbitos de intercambio de bienes y monedas, destacando, por un lado, el que desarrollaba el Estado romano, que hizo surgir las *mensae* o banca pública, y por otro, el que llevaban a cabo los profesionales del movimiento bancario a los que se les denominaba “*argentarii*”.

Las *mensae*, comenzaron a constituirse desarrollando una función principal basada en recaudar tributos que depositaban en el tesoro imperial para luego intercambiar monedas de oro y plata. Por su parte, los “*argentarii*”, tendían a localizar su negocio al norte del Foro en unos recintos llamados “*tabernae argentarias*”, donde se negociaba la forma y las condiciones en las que se prestaría el dinero, a la vez que se desempeñaban funciones de custodia de bienes y objetos valiosos, lo que se asemejaría al actual contrato de caja de seguridad.

Pero al igual que sucede en la actualidad, en que la jerarquía se aplica necesariamente tanto al Derecho como a las distintas relaciones sociales que surgen en el transcurrir diario de los hombres, y como si de un grupo con mayor cualificación o conocimientos se tratase, dentro de los “*argentariis*” se encontraban

³ Véase STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 31 de enero de 2008, que describe la territorialidad política en la Antigua Grecia Clásica.

⁴ En la doctrina aparece generalizada la idea de la inexistencia de un Derecho Mercantil en Roma, entendido, como en la actualidad, en el sentido de rama especial del ordenamiento jurídico. Eso pese a que el desenvolvimiento del comercio y de la actividad mercantil en Roma fue extraordinariamente intenso y floreciente, sobre todo desde el siglo III a.C. cuando se convierte en una potencia política y económica. En Roma no se conoce una palabra técnica para designar el comercio. Así “*negotiatio*” se utiliza para designar el gran comercio como una operación aislada; “*Mercatura*” solo indica el comercio de mercancías en sentido estricto. No existe un “*Ius mercatorum*”, como en la Edad Media, ni distinguen entre acto civil y acto de comercio (párrafo transcrito de la obra de MARTIN RODRIGUEZ, M.A., La unificación civil y mercantil en la contratación privada, Ed. Universitaria Ramón Areces, Universidad de Alcalá, 2007, p. 13. En el mismo sentido: JIMENEZ DE PARGA, R., Condicionamientos Históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación. Estudios de Derecho Mercantil en honor del Prof. Rodrigo Urías, Ed. Civitas, Madrid, 1978, p. 318. JORDANO BAREA, J.B., Derecho Civil y Derecho Mercantil, Ariel, 1964, p. 175. Sobre leyes relativas a diversos aspectos del derecho mercantil, consúltese: Digesto: “De lege Rhodia de Jactu”, Lib. 14, tomo 2º, “De náutico foenore”, Libro 22, título 2º, “Nautea, Caupones, Stabularii ut recepta restituant”, Lib. 4, título 9º, entre otros.

⁵ AGUILERA-BARCHET, B., Historia de la letra de cambio en España, Tecnos, Madrid, 1998, p. 32.

los “*foeneratores*”, caracterizados por ser particulares especialistas en actividades crediticias, aunque se les solía considerar usureros.

Si bien durante el siglo III a.C fue la agricultura la protagonista de la economía romana⁶, lo que supuso que se produjeran actos bancarios, es a principios del siglo IV y finales del V a.C cuando se inicia no solo en dicha ciudad, sino a nivel general en Italia, una nueva fuente de recursos económicos generados por el mercado marítimo⁷, que supuso una continuidad en la actividad bancaria⁸.

Así, a principios del siglo VI a. C, en el que Italia y de manera particular Roma, continuaban desarrollando su poderosa economía, con una población en su mayoría agrícola, se produjo un aumento del intercambio de bienes producto de la agricultura no solo entre los pueblos vecinos, sino también a nivel internacional, manteniendo una estrecha relación con los griegos aprovechando las colonias que los mismos mantenían en el sur de Italia.

Ya a finales del siglo XI y principios del XII, resurge en el norte de Italia, un nuevo grupo de banqueros cristianos⁹, que aprovechando la excelente situación económica y política que atravesaba el país, llevaban a cabo importantes intercambios de monedas de oro y plata, ejerciendo sus funciones de banqueros detrás de un mostrador o tabla, acompañados de una balanza y un ábaco¹⁰.

No obstante, no falta quien considera que el origen de las entidades financieras o de crédito está en los “*orfebres*”, que aceptaban depósitos de metales preciosos y negociaban con ellos cuando comprobaban que la entrada y salida de mercancía les permitía contar con un nivel permanente en su poder. Otros, en cambio opinan que el origen se encuentra en los “*cambistas*”, que efectuaban el traslado de dinero de un lugar a otro y el cambio de una moneda por otra, que se traducían en la permuta¹¹ monetaria.

⁶ La política económica romana en esa época era tan poderosa, que incluso en lugares donde los griegos fracasaban, los romanos consiguieron importantes éxitos. En este sentido se manifiesta: IGLESIAS, J., Roma, claves históricas, Universidad Complutense de Madrid, seminario de Derecho Romano, 1985, p. 43.

⁷ ROSTOVTEFF, M., Roma, de los orígenes a la última crisis, Eudeba, 1984, p. 13. No obstante, paralelamente en ese momento histórico, también contribuyó al origen de esa nueva fuente de recursos económicos, la producción de cereales, olivo y ganadería, que se desarrollaba muy especialmente en los pueblos centrales de Italia. En ese sentido, véase: CORNELL, T.J., Los orígenes de Roma, Crítica, (traducción castellana de Teófilo de Lozoya), Barcelona, 1999, p. 397.

⁸ Dicha continuidad de la actividad bancaria también tuvo como resultado que se prohibieran los préstamos con interés mediante la publicación de la Lex Genucia, aunque como señala algún autor, es dudoso su cumplimiento. Así lo indica: CORNELL, T., y MATTHEWS, Roma, legado de un imperio, Volumen I, Del Prado, 1992, p.36.

⁹ CASILDA BEJAR, R., La Banca española, análisis y evolución, Pirámide, Madrid, 1997, p. 27.

¹⁰ Era una máquina de calcular.

¹¹ AGUILERA, Historia....., Ob. cit., p. 49.

Aun así, podría afirmarse que el denominador común de los “*banqueros*” que pudieran existir en Grecia y en Roma, es que eran personas dedicadas al comercio y a actividades económicas vinculadas al mismo, teniendo en cuenta que el oficio de “*banquero*” podía considerarse como un estadio superior al de comerciante, lo que llevaría a concluir que en los lugares donde se celebraban actos de comercio existían “*banqueros*”.

2. Evolución de la actividad financiera en la Baja Edad Media.

En este periodo de tiempo, que a nivel general fue de consolidaciones e innovaciones¹², y que según algunos historiadores comprende los siglos XIII al XV¹³, era tal el volumen que se creaba de monedas que se utilizaban para el intercambio, que podría considerarse el momento de mayor producción monetaria.

Ese movimiento monetario fue aprovechado por los banqueros italianos durante muchos años asumiendo funciones de prestamistas de nobles, soberanos, órdenes religiosas y del papa¹⁴, a los que prestaban importantes sumas que en ocasiones no eran capaces de devolver, por lo que tuvieron que responder con sus propios patrimonios.

En ese sentido, los bancos italianos desarrollaron una función vital de financiación comercial, entre los que destacaba una de las familias más prominente de banqueros florentinos, “*Los Medici*”, que desarrollaron su función de prestamistas, principalmente, mediante el establecimiento de agentes o corresponsales en las grandes ciudades de Europa, convirtiéndose en uno de los elementos indispensables del comercio continental.

Situados en España, y principalmente en los reinos de Castilla y León, y partiendo de que la doctrina es unánime respecto a que en la Península a inicios del siglo XIII existían banqueros¹⁵, se produjeron importantes relaciones de carácter económico entre el núcleo urbano y la clase rural, lo que supuso que la ciudad se convirtiese en un centro de intercambio a la vez que el principal mercado de la producción agraria.

A su vez, el comercio se desarrollaba a través de un sistema de comunicaciones y mediante un instrumento que facilitaba los intercambios, la moneda, pero necesitaba asimismo de un sistema institucional para su normal

¹² MONSALVO ANTÓN, J.M., *La Baja Edad Media en los siglos XIV-XV*, Síntesis, Madrid, 2000, nº 10, p. 9.

¹³ Así lo indica MENENDEZ PIDAL, R., *Historia de España, siglos XIII al XV, la población, la economía, la sociedad*, Espasa, Tomo XII, 1996, p. 11.

¹⁴ CASILDA BEJAR, *La banca española.....*, Ob. cit., p. 26.

¹⁵ MARTIN, J.L., *Economía y sociedad en los reinos hispánicos de la Baja Edad Media*, El Albir, Barcelona, 1983, Volumen 1, p. 76: “*la existencia de banqueros y prestamistas en la Península es conocida.....*”.

desarrollo, que comenzó con el mercado y se prolongó hasta los bancos y las sociedades mercantiles.

Así, ante la presencia en el mercado de piezas monetarias de diverso origen, surgieron unos especialistas en el cambio, a los que se les denominaba “*cambiadores*¹⁶” o “*ambistas*”, cuyo oficio se situaba entre la artesanía y el comercio y para cuya financiación intercambiaban moneda en las tiendas que situaban en los distintos lugares, siendo en la ciudad de Sevilla a mediados del siglo XIII donde inicialmente se localizaron.

Dicho intercambio, se producía en el sentido literal del término, es decir, tomaban libremente unas monedas y las cambiaban o trocaban por otras.

La actividad de los ambistas¹⁷, se convierte por tanto, en dicha época, en una necesidad¹⁸ comercial ante la diversidad de monedas y por la relevancia que tomó el desarrollo de los intercambios comerciales a territorios ajenos a la vecindad habitual de los comerciantes.

Junto a la actividad que llevaban a cabo dichos cambiadores, existían otros que se establecían en villas y ciudades donde tenían tienda abierta al público, en las que además de realizar las operaciones habituales que practicaban los citados cambiadores ambulantes, también llevaban a cabo actividades de tipo bancario.

A mediados del siglo XIII, aparece la Taula de Canvi, que como concepto¹⁹ emana de la tabla o mesa en la que los ambistas tenían sus monedas, en la consideración ya dicha de que existían algunos cambiadores que solo eran negociantes ambulantes que se desplazaban por ferias y mercados, estableciendo paradas para de forma manual ejercer el cambio de diversas clases de moneda. No obstante, otros cambiadores, además de efectuar las anteriores actividades también llevaban a cabo otras de tipo bancario.

A finales del siglo XIV, ante el creciente intervencionismo de las autoridades municipales en los establecimientos bancarios²⁰, se crearon las *Taulas* con el propósito de beneficiar a la Hacienda municipal y de constituir un centro de depósitos que facilitara las operaciones mercantiles.

¹⁶ MENDEZ PIDAL, R., Historia....., Ob. cit. p. 223.

¹⁷ RUIZ MARTIN, F., La Banca Española hasta 1782, en la obra colectiva El Banco de España, una historia económica, Madrid, 1970.

¹⁸ GARCÍAS LÓPEZ, A., Una historia de la banca española, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 61.

¹⁹ LLOBET PORTELLA, J.M., La Taula de Canvi de Cervera y su entorno socio-económico, Lleida, 1985, p. 115, que al tratar el concepto de Taula de Canvi identifica su origen en la primera mitad del siglo XIII.

²⁰ Motivado no solo por la necesidad que tenían de hacer pública, para informar a los clientes, la situación en la que se encontraban los actos de intercambio, de quienes habían prestado fianza y de controlar y regular las actividades de tipo bancario, sino también por el aumento progresivo de los fondos públicos manejados por los banqueros.

Así, los precitados fondos que se depositaban, se remuneraban al depositante, a la vez que se negociaba con la cantidad depositada, prestándola a terceros que debían responder con una contraprestación que se cobraba en dinero o en especie, por lo que estábamos ante un préstamo en sentido estricto.

Dichas Taulas, que fueron producto del indicado intervencionismo municipal y de las exigencias de los clientes, hicieron que se constituyeran las conocidas *Taulas municipales*, que funcionaban como un banco público²¹ llevando principalmente funciones de recaudación de tributos, ingreso de depósitos y préstamo.

Taulas de Canvi municipales se crearon en muchos lugares de España, tales como la de Valencia²² de 1407, la de Barcelona²³ en el año 1400, que se fundó a raíz de la contracción de 1381 y que supuso la ruina de los principales banqueros, o la de Gerona en el año 1443.

A finales del siglo XIII, el oficio de los indicados cambiadores había sufrido un cambio significativo con respecto a los años iniciales de la indicada centeruia, ya que los cambistas adquirieron un mayor protagonismo a la vez que consistencia, lo que supuso que se distinguiera entre “*cambistas de menudo*” y “*cambistas privados o públicos*”, desarrollando estas últimas actividades bancarias con las sumas provenientes de la recaudación de los tributos por las autoridades municipales.

A la vez, conviene señalar, que durante las décadas finales del siglo XIII, primero en Barcelona y después también en Valencia y Mallorca, se crearon los tribunales del *Consolat de Mar*, que se encontraban formados por los propios mercaderes de cada ciudad, y con la especialidad de que si bien funcionaba con plena independencia, sus decisiones en cualquier momento podían ser sometidas a la valoración de la autoridad real o nobiliar existente en ese tiempo, que ostentaban

²¹ La Ley 1/1990, de 22 de febrero, de Cajas de Ahorro de Comunidad Valenciana (derogada por Decreto Legislativo 1/1997, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Cajas de Ahorros), hacía referencia a la Taula de Canvis al establecer que “*creada en 1407, y dependiente de la Administración municipal, constituyó un claro ejemplo de Banco público que, sin efectuar préstamos a particulares y actuando de consumo con banqueros y cambistas privados, sirvió para que la Hacienda municipal paliara las dificultades derivadas de la ruina de muchos cambistas causada por la crisis económica de finales del XIV. La Taula, tras una vida muy irregular, se truncó definitivamente en 1719, en medio del torbellino centralizador que terminó con nuestros Fueros*”.

²² Sobre la inauguración de Taula di Canvi en Valencia en 1407, y posteriormente en Gerona, Palma de Mallorca, Zaragoza, Vich y Perpignan: CARAMES BALO, R. y GARCIA MARIN, J (prólogo), MULET TROBAT, B. (coordinador), *Globalització i Ciències Socials, Limits i Dilemes*, Grup de Recerca de Sociologia de la Cultura i Modernitat de la UIB, Publicación Palma, Universidad de Islas Baleares, 2003. LANGLE RUBIO, E., *Manual de Derecho Mercantil Español*, Tomo III, BOSCH, Barcelona 1959, p. 400.

²³ En esta Taula de Barcelona, además de centralizar los cobros y pagos municipales, pronto fueron abiertas cuentas de instituciones tan importantes como la Generalitat, la Seu y el Hospital de la Santa Creu.

plenas competencias para resolver cualquier asunto relacionado con el derecho marítimo y mercantil²⁴, incluyéndose en esta última las actividades bancarias.

A inicios del siglo XIV, en el que se produce una terrible crisis²⁵ recesiva, de falta de crecimiento, se produjeron dos novedades importantes, ya que los cambios privados disminuyeron de manera significativa, y los públicos fueron incautados por Alfonso XI.

Superada la citada crisis, y durante un periodo de estabilidad económica, en la mitad del siglo XIV, se vuelve a producir un importante volumen cuantitativo de operaciones financieras, lo que permitió a los campsores²⁶ catalano-aragoneses convertirse en banqueros de los municipios, incluso de la propia monarquía, prestando un apoyo decisivo en todo tipo de operaciones que iban desde la financiación de empresas militares hasta la recaudación de los fondos necesarios para proveer de cereales a las ciudades.

No obstante, a principios del siglo XV, la citada libertad que existía para efectuar los mencionados intercambios de monedas fue restringida, limitada y controlada con el reinado de Juan II, previa reclamación en las Cortes de Madrid, que vino a establecer la libertad de cambios²⁷, pero con unos límites²⁸ para los cambiadores, regulando su oficio y estableciéndose que quienes aspiren a convertirse en cambistas públicos²⁹ habrían de someterse a los trámites y fianzas que fueren exigidos por los Ayuntamientos, a la vez que se le imponían pautas de comportamiento sobre los descuentos o comisiones que debían aplicar.

Seguidamente, a mediados del siglo XV surgen los “pósitos”³⁰, “cillas” o “alhóndigas”, que eran instituciones dedicadas a almacenar grano con el fin de

²⁴ GUINOT RODRIGUEZ, E., *La Baja Edad Media en los siglos XIV-XV, economía y sociedad*, Síntesis, Madrid, 2003, nº 9, p. 97: “.....con plenas competencias para dilucidar toda cuestión de derecho mercantil....”

²⁵ DE AYALA MARTINEZ, C., *Rentas Producción y consumo en España en la Baja Edad Media*, Universidad de Zaragoza, 2001, p. 13, se refiere a la citada crisis del siglo XIV en España, indicando que es una crisis que “testimonia el agotamiento de las vetustas estructuras feudales....”

²⁶ AGUILERA, *Historia de la letra.....*, Ob. cit. p. 59.

²⁷ Así, Juan II, ordenó que “*el cambiar sea libre e franco de aquí adelante, asy en la mi corte commo en todas las cibdades e villas e logares de los mios rregnos e sennorios*”, tal y como transcribe MENENDEZ PIDAL, R., *Historia de.....*, Ob. cit., p. 239.

²⁸ Estos límites se llevaron a cabo en las Cortes de Madrid de 1435, donde los procuradores de las ciudades y villas se quejaban de la falta de competitividad en los cambios.

²⁹ IZQUIERDO BENITO, R. (coordinador), RUIZ GOMEZ, F., LOP OTÍN, M.J., e IGUAL LUIS, D.(autores), *Castilla-La Mancha Medieval, Manifiesta*, Ciudad Real, 2002, pp. 104 y ss.

³⁰ Sobre “Pósitos”, véase: NEVADO CALERO, J.G., *El Pósito de Espiel y Villaviciosa en la Época Moderna*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1997. GIL PEREZ, M.D., TORRES HIDALGO, M., MONTERO FERNANDEZ, F.J., y RAMIREZ MORENO, N., *Pósitos, Cillas y Tercias*, Catálogo de Antiguas Edificaciones para almacenamiento de granos, Junta de Andalucía, Dirección General de Arquitectura y Vivienda, Sevilla, 1991. FERNANDEZ HIDALGO, M.C., *Los Pósitos Municipales y su documentación*, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas, Madrid, 1989. Real Decreto de 27 de diciembre 1929, sobre establecimiento de

prestárselo a los habitantes de la propia villa en momentos de hambre, a tipo de interés bajo. Eran pues bancos de crédito en bienes de consumo y nacían en virtud de convenios entre los propios vecinos de la villa o promovidos por Monasterios o señores de una villa determinada.

Finalmente, debido a la prosperidad³¹ económica acontecida en España en los primeros años del siglo XV³², principalmente en Aragón y Cataluña, a la que se sumaba la de Italia³³ y Alemania, que se convertirían en el siglo siguiente en las dos principales potencias económicas³⁴, se produjo un notable incremento de creación de bancos, sobre todo en Santiago de Compostela, Burgos y Valladolid, momento éste en el que acontece el verdadero inicio³⁵ de la actividad³⁶ bancaria.

3. Fases en el desarrollo histórico del sector financiero.

Hay autores que distinguen en la historia de la Banca³⁷ los tres períodos siguientes:

Pósitos en poblaciones no superiores a 5.000 habitantes; Decreto de 13 de abril 1945, relativo a viviendas protegidas, construcción por el Instituto social de la Marina y Cofradías y Pósitos de pescadores; Decreto de 10 de diciembre 1941, referido a crédito agrícola y tipo de interés de préstamos a Pósitos; Decreto de 26 de noviembre 1935, mediante el que Cataluña ratifica el acuerdo de traspaso de servicios de Cooperativas, Pósitos, entre otros; Orden de 4 de junio 1999 (la Orden de 28 de junio 1999, que corrige error en la Orden de 4 de junio de 1999, establece el cauce reglamentario para la devolución del “*Capital Paralizado*” de los Pósitos Municipales que se encuentra depositado en el Banco de España).

³¹ MENDEZ PIDAL, R., Historia de España, Espasa, Madrid, 1998, Tomo XII, p. 123: “... una recuperación, cuyo despliegue se produjo en el siglo XV”.

³² Sobre la situación bancaria en España en el siglo XV, y en especial en Castilla, véase: LASDERO QUESADA, M.A., El siglo XV en Castilla: fuentes de renta y política fiscal, Ariel Barcelona, 1982.

³³ En Italia, en el siglo XV, surgieron los Montes de Piedad, a iniciativa de los franciscanos, quienes otorgaban préstamos prendarios *sin interés* para satisfacer las necesidades más elementales, proviniendo el dinero que se prestaba de limosnas y donativos que los religiosos lograban de las clases sociales más altas.

³⁴ De hecho, Castilla, en el siglo XV, tuvo que solicitar préstamos a Italia y Alemania, tal y como cita: MARTIN, J.L., Economía y sociedad en los reinos hispánicos de la Baja Edad Media, El Albir, Barcelona, 1983, Volumen II, p. 394: “Castilla no puede financiar las exportaciones y se ve obligada al préstamo de banqueros italianos y alemanes, que lógicamente se reservan una parte importante de los beneficios”.

³⁵ CASILDA BEJAR, R., El nacimiento y la evolución de los primeros bancos en España, RBE, números 234 y 235, Madrid, junio-julio, 1991. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., Síntesis histórica de la normativa jurídico española sobre la banca privada, RDBB, nº 57, CDBB, Madrid, 1995, p. 3 (*nota aclaratoria: Todas las páginas que en la presente obra se citan de artículos publicados en revistas, corresponden a las páginas del artículo visto electrónicamente en la correspondiente base de datos digital*). BUENO CAMPOS y DE LA TORRE PRADOS, Evolución y perspectiva de la Banca Española, Estudios y Monografías (Economía y Empresa), Civitas, Abril, 2001, p. 3.

³⁶ PALENZUELA DOMINGUEZ, N., Los mercaderes burgaleses en Sevilla a fines de la Edad Media, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 2003, p. 212.

³⁷ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 36-44. GUILLEN FERRER, M.J., La Sucursal Bancaria: concepto y régimen jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

En primer lugar, el periodo monetario, que se inicia con la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829 y finaliza con la concesión del monopolio de emisión billetes al Banco de España en 1874³⁸.

En segundo lugar, el periodo crediticio³⁹, en el que las entidades de crédito, como aspecto caracterizador, flexibilizaron los criterios y condiciones para dar crédito⁴⁰, llevando a cabo una función promotora de los distintos sectores industrial y agrícola⁴¹.

Y finalmente, el periodo concurrencial, que como continuación del periodo crediticio, da origen al Derecho del Mercado Financiero con la incorporación de España a la Comunidad Europea.

4. Los primeros Bancos y Montes de Piedad desde la instauración borbónica hasta la Restauración.

En el período comprendido entre la instauración borbónica en España (año 1700), y la finalización de la Restauración (año 1923), destacó en España, y en especial a principios del año 1900, el *comercio de la banca*, consistente en la función que las entidades de crédito llevaban a cabo dirigida a la intermediación en el crédito, que suponía recibir de los particulares dinero en depósito que a su vez utilizaban para conceder préstamos a quienes necesitaban capital, con lo que se lucraban al adquirir la diferencia resultante entre los intereses abonados y los percibidos en cada una de esas operaciones.

Dicho comercio de la banca supuso una notable expansión cuantitativa⁴² y cualitativa en diversas áreas de actuación próximas, a la vez que se producía la

³⁸ CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, J., Estudios de historia económica, Banco de España, nº 51, 2007, ¿Puede haber deflaciones asociadas a aumento de la productividad?, p. 41: “*Dicho monopolio de emisión se refería únicamente a la facultad de emisión de un tipo de dinero, que son los billetes al portador; esto es, dicho monopolio solo se extendía a uno de los componentes de la oferta monetaria de la economía*”.

³⁹ que se prolonga hasta el inicio del periodo concurrencial.

⁴⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., Derecho Administrativo Económico, II, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 75.

⁴¹ GUILLEN FERRER, La sucursal....., Ob. cit., p. 126.

⁴² Véase TORTELLA CASARES, G., Archivo de bancos de los siglos XIX y XX, Actas del Primer Congreso sobre archivos económicos de Entidades Privadas, Madrid, Banco de España. 1983. TITOS MARTINEZ, M., Economía y finanzas en la España liberal. La época fundacional de las cajas de Ahorros 1833-1874, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 2003. TEDDE DE LORCA, P., El sector financiero y el fracaso de la Revolución Industrial (1814-1913), Información Comercial Española, 623, 1985.

consolidación⁴³ de una etapa en la normativa reguladora del crédito, dando comienzo a la ya precitada época concurrencial de la reordenación financiera moderna⁴⁴.

En ese escenario, surgieron las Cajas de Ahorros, como parte integrante del moderno sistema financiero español, compartiendo la mayor parte de sus rasgos evolutivos a lo largo de los últimos siglos. Desde 1839, fecha de fundación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, las cajas no solo han ido desempeñando una labor financiera, sino que, particularmente y a diferencia de los bancos, han destacado como entidades benéficas con fines sociales de naturaleza privada que evitaban la exclusión financiera de una buena parte de la población.

Dicha dualidad financiera y benéfica, tuvo su origen en la lucha contra la usura implantada desde inicios del siglo XVIII, surgiendo los Montes de Piedad, que eran instituciones que desempeñaban una labor eficaz allí donde operaron, pero que mostraron una seria incapacidad para lograr su financiación debido a que no cobraban tasas de interés a los préstamos que otorgaban o, si lo hacían, estas eran de escasa cuantía y tampoco ofrecían oportunidades para la retribución del ahorro como medio de captar capital.

Dentro del sector de Cajas de Ahorros, en dicho periodo, es justo dedicar una particular referencia a la creación de las primeras Cajas de Ahorros en Andalucía, donde desde el año 1835 se fue desarrollando la labor⁴⁵ de las veintisiete Cajas de Ahorros fundadas en dicha Comunidad Autónoma a lo largo de su historia, dieciséis en el siglo XIX y once en el XX, no pudiéndose afirmar que sea un número definitivo, ya que seguramente tanto en el siglo XIX como en el primer tercio del siglo XX y en diferentes lugares de Andalucía hubo intentos de crear Cajas de Ahorros, y en algunos casos, pudieron llegar transitoriamente a funcionar aunque extinguiéndose en un corto periodo de tiempo.

En el sistema financiero andaluz, en la época comprendida entre el siglo XVIII al XX, es de destacar que solo la provincia de Huelva no llegó a contar con Caja de Ahorros en el siglo XIX; Almería la tuvo en el año 1900; y en otras como en Cádiz, Granada⁴⁶ o Jaén llegaron a coexistir varias en algún momento.

⁴³ SANCHEZ ALBORNOZ, N., *La formación del sistema bancario español, 1856-1868*, Jalones en la modernización de España, Barcelona, Ariel, p. 15-19. Véase también del mismo autor, *España hace un siglo: una economía dual*, Madrid, Alianza, 1977.

⁴⁴ ZUNZUNEGUI, Derecho, Ob. cit., p. 44.

⁴⁵ Sobre las funciones de las Cajas de Ahorros, véase, PLAZA HIDALGO, I., y CUESTA GONZÁLEZ, M., *Las entidades de depósito en Andalucía: caracterización y posición de mercado*, BEA, nº 19, 1995.

⁴⁶ TITOS MARTINEZ, M., "Cien años en la General", en 1892-1992, *La General 100 años*, Granada, Caja General de Ahorros de Granada, Catálogo-libro de la exposición conmemorativa de su I Centenario, p. 35-61. TITOS MARTINEZ, M., *La Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, 1891-1978: aportación al estudio de la historia económica de Andalucía*, Granada, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, 1979.

En Sevilla, tras la recepción de la Real Orden de 17 de abril de 1839, el jefe político de la provincia intentó movilizar a los alcaldes de la provincia para conseguir la fundación de una Caja de Ahorros. Pero no será hasta el 18 de mayo de 1842 cuando un nuevo gobernador, el sevillano Francisco Moreno Zaldarriaga, consiguió reunir una junta y aprobar unos estatutos, dando lugar a que el 5 de agosto de 1842 abriera sus puertas el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla⁴⁷. Las principales peculiaridades por las que destacó su proceso de creación, se refieren, entre otras, en primer lugar, a que se constituyó mediante la emisión de acciones de 200 reales cada una, con un interés del 4% anual, el mismo que se abonaría a los clientes de la Caja de Ahorros; y segundo, a que el capital desembolsado el día de su apertura ascendía a 10.400 reales.

La primera sede de la nueva Caja sevillana fue el colegio de San Miguel, cedido al efecto por el cabildo eclesiástico, desde donde se trasladó, como arrendataria, en 1845 al nº 29 de la calle Horno de las Brujas de la capital sevillana. En 1862, finalmente, la Caja adquirió en propiedad el nº 9 de la calle San José, donde se instaló la institución.

Situados en Córdoba, el 2 de octubre de 1878 se acuerda la fundación de una Caja de Ahorros cordobesa, comenzando a funcionar el 4 de octubre de dicho año, dando así origen al Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba⁴⁸.

Finalmente, si tuviésemos que destacar una Caja de Ahorros creada en Andalucía, caracterizada no solo por el impacto que provocó en el transcurrir económico andaluz, sino también por ser la primera caja que admitía depósitos con interés a la vez que invertía su importe en facilitar créditos pignoratícios, lo que hizo fluir el crédito, citaríamos el Monte de Piedad de Santa Rita de Casia, que sita en Jerez de la Frontera e inserta en la Real Orden de 2 de abril de 1835, promovió el movimiento creador de Cajas de Ahorros en España, y que desarrollando todas las funciones propias de una Caja de Ahorros, logró convertirse en la primera Caja de España.

5. El sector financiero en la Restauración.

La Restauración, período de tiempo de la historia de España comprendido entre 1874 y 1923, supuso destacados episodios de cambios de gobierno⁴⁹, precedidos principalmente por la Regencia de María-Cristina de Borbón, en cuyo

⁴⁷ PALACIOS BAÑUELOS, L., Sociedad y economía andaluzas en el siglo XIX, CECA, Madrid 1977, pp. 133-154 y 299-301. CAMPAYO RODRIGUEZ, C., El Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla; análisis de su gestión económico-financiera, Universidad de Sevilla, 1985. VILLAGRAN y DE VILLOTA, A., El mérito de durar: 150 años en vida del Monte, Sevilla, 1992.

⁴⁸ Actualmente extinguida tras su conversión en sociedad anónima unipersonal.

⁴⁹ ARRANZ NOTARIO, L., Parlamento, sistema de partidos y crisis de gobierno en etapa final de la Restauración, REP, nº 93, 1996. CARASA Y COLS, P., Poder político, poder económico y parlamentarismo en Castilla durante la Restauración, REP, nº 93, 1996. REY REGUILLO, F., y MORENO LUZÓN, J., Semblanza de la élite parlamentaria en la crisis de la Restauración, REP, nº 93, 1996.

mandato (1.833 a 1.840), tuvo que asumir las funciones correspondientes a la Corona, fijando entre sus objetivos la formación de un gobierno que hiciera frente a la insurrección carlista, para lo que llevó a cabo una serie de reformas, destacando entre ellas, el Estatuto Real de 1834, mediante el que se establecieron unas *Cortes bicamerales*⁵⁰, que se componían de la *Cámara de Próceres*, constituida por los Grandes de España y otros designados de forma vitalicia por el monarca, y la *Cámara de Procuradores*, elegida mediante un sufragio censitario muy restringido.

Posteriormente, a raíz de los indicados cambios de gobierno, surge el reinado de Alfonso XII, que en los años de su mandato (1874 a 1885), dedicó especial atención no solo a consolidar la estabilidad institucional y la monarquía, sino también y de manera especial, a reparar los daños que las luchas internas de los años del llamado Sexenio Revolucionario habían generado, lo que supuso que se le atribuyese el apodo de “*el Pacificador*”.

En ese período de tiempo, de afán de recuperación económica, surgen fuertes necesidades financieras⁵¹ que hicieron que en 1874, el famoso ministro de Economía José de Echegaray⁵² invistiera al Banco de España de soberanas y novedosas competencias no atribuidas en el periodo anterior, atribuyéndole el monopolio de emisión de billetes y monedas⁵³ en todo el territorio nacional.

Así, los bancos provinciales, aquellas sucursales que habían obtenido en su día el privilegio de emitir billetes de manera independiente, recibieron una oferta del Órgano Supervisor: permanecer como bancos comerciales, sin facultad de imprimir o convertirse en sucursales integradas al Banco de España, siendo ésta última opción por la que optaron la mayoría convirtiéndose en el origen de la red de agencias que el Banco llegó a tener en toda España.

No obstante, y sin perjuicio de las citadas competencias que asumió el Banco de España durante el transcurso del año 1874, en Europa, América y Japón se generalizó el “*patrón oro*”, sistema al que España no se acogió, lo que supuso que

⁵⁰ Ambas Cámaras, es decir, la de Próceres y la de Procuradores, asumían funciones muy limitadas ya que el monarca mantenía importantes poderes, lo que suponía que podía convocar y suspender Cortes libremente, a lo que se sumaba que la aprobación de las Cámaras necesitaba el consentimiento del Rey, que ostentaba un derecho de veto.

⁵¹ Véase, GUERRA SESMA, D., Socialismo y cuestión nacional en la España de la Restauración, REP, nº 137, Nueva Época, 2007. BERDÚN CHÉLIZ, P., El fomento de la producción nacional a través del gasto público en la España de La Restauración, Hacienda Pública Española, nº 159, 2001. VALLEJO POUSSADA, R., La Hacienda española durante la Restauración: ¿quietismo fiscal?, Hacienda Pública Española, Monografías, 1999.

⁵² Premio Nobel de Literatura en 1904, premio compartido con el escritor provenzal, Frédéric Mistral.

⁵³ SERVICIO DE ESTUDIOS DEL BANCO DE ESPAÑA, La banca española en la restauración, Madrid, 1974, II, p. 101.

los billetes en pesetas, recientemente impresos, nunca fueron convertibles exclusivamente⁵⁴ en oro, por lo que nunca se produjo la desaparición de los mismos.

Paralelamente a las indicadas delegaciones de facultades a favor del Órgano Supervisor, en el año 1874 se produce el primer balance sectorizado⁵⁵ en España, llevado a cabo por el Banco de España conforme a las atribuciones que le confirió el Decreto-Ley de 19 de marzo, de 1874, que impulsado por el precitado ministro de Economía José de Echegaray, y con el fin de acabar con el sistema de pluralidad de emisión, concedió al Banco de España no sólo el monopolio de la emisión de billetes para la península y las islas, sino también conocer los billetes en circulación y las cuentas corrientes abiertas en las distintas entidades de crédito, que constituían los pasivos monetarios existentes en las distintas sucursales de las entidades de crédito.

En esta época, resalta como especialidad, a nuestro juicio, que el Banco de España utilizaba, para referirse a lo que hoy conocemos como entidad financiera, el término entidad de crédito⁵⁶, englobando en las mismas principalmente a los Bancos que se constituían como Sociedades Anónimas, refiriéndose con el término “*banco*” a otras entidades que aún siendo entes que prestaban dinero no guardaban la forma de Sociedades Anónimas, tales como el Banco Cooperativo del Comercio y de la Industria, El Hogar Español y la Cooperativa Hipotecaria, entre otros.

Es significativo, si se relaciona con los acontecimientos vividos actualmente en el sector financiero, que en este período de la Restauración, el órgano regulador intentaba que los entes de crédito aplicasen la “*buena práctica bancaria*”⁵⁷. Muestra de ello es la publicación del Decreto de 18 de marzo de 1874, mediante el que no solo se concede al Banco de España el privilegio de emisión, sino que se le faculta para establecer determinadas pautas de comportamiento para el funcionamiento de las entidades de crédito, endureciendo los requisitos para poder obtener la correspondiente “*licencia bancaria*”, lo que supuso que, además del Banco de España, solo cinco Bancos privados (Bancos de Bilbao, Barcelona⁵⁸, Tarragona, Reus y Santander), permanecieran en funcionamiento en España.

Finalmente, en el año 1901 se produce el último cambio de la Jefatura del Estado de la época, comprensivo del mandato de Alfonso XIII, que dirigió su política

⁵⁴ Banco de España, Sección Historia, <http://www.bde.es>, consulta realizada el 18 de noviembre de 2013.

⁵⁵ SERVICIOS DE ESTUDIOS DEL BANCO DE ESPAÑA, ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX, apéndice II, Madrid, 1970, pp. 289-295.

⁵⁶ MARTIN ACEÑA, P., La España de la Restauración. Expansión y Consolidación Institucional de las Cajas de Ahorros (1880-1923), en siglo y medio de ahorro en España, CECA, 93-119, Madrid, 2003.

⁵⁷ A la que se alude en: Memorias del Banco de España de 29 de marzo de 1917 y 27 de marzo de 1921.

⁵⁸ JOAN SARDÁ Y LLUC BELTRÁN, El problema de la banca catalana, Institut d'Investigacions Econòmiques, Barcelona, 1933, pp. 15 y s.s. ALVARO CUERVO, la crisis bancaria en España, 1977-1985, Ariel, Barcelona, 1988, p. 16.

a que España recuperase una situación destacada en relación con otros países en materia industrial, cultural y de política internacional.

En el ámbito financiero, durante su reinado, las Cajas de Ahorros tuvieron que mantener una fuerte competencia con los bancos, si bien aquellas lograron mantener en todo momento una posición de preferencia en cuanto a la captación de depósitos, principalmente de particulares, a diferencia de los bancos que inclinaban su negocio a la fidelización de empresas.

Sin embargo, y aunque los citados depósitos eran constituidos principalmente por la clase trabajadora, a principios de 1900 se originó un aumento en la contratación de préstamos hipotecarios, solicitados por sectores de las clases propietarias o altas y medias o trabajadoras, si bien, de éstas últimas, que suponían el 20%⁵⁹ de los préstamos hipotecarios que se solicitaron, solo el 3% recibieron el préstamo, lo que suponía que los capitales que captaban las entidades de crédito, y en especial las Cajas de Ahorros, no se destinaban en esencia a conceder crédito a las clases depositantes, y sí en cambio, a las clases más altas que no contribuían en tal alto porcentaje a la constitución de depósitos.

6. La entidad financiera en España en el siglo XX.

Al margen de la gran crisis de 1882⁶⁰, a comienzos del año 1900, y considerada como un desastre español, se desarrolla una nueva crisis que afectó tanto a la economía de nuestro país como a su sistema financiero. Las causas que originaron dicha crisis pueden clasificarse en externas e internas; entre las primeras, se incluirían el descenso económico de otros países y la especulación; entre las segundas, la falta de profesionalidad, las conductas ilegales⁶¹ de determinados

⁵⁹ Historia de las Cajas de Ahorros, nuevas perspectivas, Fundación de las Cajas de Ahorros, Papeles de Economía Española, 105/106, 2005, p. 11.

⁶⁰ Véase TORTELLA CASARES, G., La evolución del sistema bancario español de 1856 a 1868, en ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX, Servicio de Estudios del Banco de España, Madrid, 1970, pp. 89 y ss. TEDDE DE LORCA, P., La banca privada española durante la restauración, Servicios de Estudios del Banco de España, Madrid, 1974. SANCHEZ CALERO, F., Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal, en crisis bancarias, soluciones comparadas. AEB, Madrid, 1984, p. 254.

⁶¹ DOMINGO MONFORTE, J., Innovaciones financieras. Crisis de confianza, AJA, nº 845, 2012: *“Regenerar esa confianza es tarea compleja, que debe comenzar con el cambio de actitudes y comportamientos de los banqueros que deben ser servidores de la economía real y cumplir su función dentro del sistema económico distribuyendo el capital para usos productivos, gestionando con responsabilidad y disciplina el riesgo, lo que hace necesario el control y efectiva supervisión, hasta recobrar los niveles y valores tradicionales de honradez, lealtad, transparencia y ética”*. Respecto a la competencia para imposición de sanciones por el Banco de España a los administradores de entidades financieras, léase: EUROPA PRESS, publicación de 27 de agosto de 2012: *“hasta ahora, la imposición de sanciones por infracciones muy graves correspondía al Ministerio de Economía a propuesta del Banco de España, mientras que a partir de que el decreto se publique en el BOE, será el regulador el que asuma esta capacidad tras dar cuenta razonada de su decisión al departamento”*. SALA ARQUER, J.M., Fusiones de Cajas de Ahorros y crisis financieras: los poderes de supervisión de los organismos reguladores, Cívitas, REDA, nº 149, 2011. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., Un Sistema

banqueros y la concentración de inversiones, lo que supuso que a inicios del año 1900 se elevaran las suspensiones de pagos y las quiebras⁶², afectando a 58 bancos y 48.381 empleados de las entidades de crédito.

El factor determinante que supuso el origen de dicha crisis de 1900, fue que la normativa por la que se regían las entidades financieras conllevaba que el Banco de España careciera de instrumentos legales para intervenir, como sucedió en los supuestos de adquisición de bancos por personas o empresas no bancarias, que no necesitaban autorización; no tener en cuenta y regular la cuestión del grupo de empresas, por lo que el riesgo se incrementaba peligrosamente; y la ausencia de un derecho concursal adecuado, lo que suponía que no se pudiera llevar a cabo por parte del Banco Supervisor una intervención rápida ante situaciones de insolvencia, produciéndose con ello un contagio entre entidades de crédito que alcanzó al propio Banco de España y a los accionistas de los bancos.

Posteriormente a la descrita crisis de 1.900, una de las más importantes y profundas fue la acontecida en el período comprendido entre 1977 y 1985⁶³, ya que de los 110 bancos que operaban en España a 31 de diciembre de 1977, la crisis bancaria⁶⁴ afectó, en mayor o menor grado, a 56 bancos y a 23 empresas bancarias, considerando como unidad a los grupos bancarios, desapareciendo⁶⁵ los más ineficientes⁶⁶ por causas⁶⁷ tales como mutaciones industriales o desacierto en la administración llevada a cabo por los banqueros, que al igual que hoy día, son los rasgos⁶⁸ que destacan en la actual crisis económico-financiera.

Financiero...¿ético?, AJA, nº 784, 2009. MUÑOZ CUESTA, F., Pago de grandes cantidades de dinero a directivos de entidad bancaria: ¿delito societario, apropiación indebida o mero funcionamiento del mundo empresarial?, RJ, nº 29, 2006. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El buen gobierno de las cajas de ahorro, AJA, nº 601, 2003.

⁶² Véase, para conocer desfases y posteriores quiebras de entidades financieras, recomendaciones que HUGH McCULLOCH (Secretario del Tesoro de Estados Unidos en diciembre de 1863), mediante carta enviada en dicha fecha, hizo llegar a las entidades de crédito del citado País.

⁶³ Véase el Informe del Presidente del Consejo de Corporación Bancaria S.A, a la Junta General de 30 de mayo de 1981 y el Informe del Banco de España de diciembre de 1979, sobre la crisis bancaria.

⁶⁴ HUERTA VIESCA, M.I., Crisis económica, crisis bancaria, inseguridad y cajas de seguridad, DLL, nº 7106, 2009, Año XXX. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., Panorama general de las crisis bancarias, Civitas, REDA, nº 59, 1988.

⁶⁵ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., Las fundaciones y las entidades de crédito: las Cajas de Ahorro, Aranzadi Civil-Mercantil nº 12, 2000.

⁶⁶ TORRERO MAÑAS, A. banca y crisis económica, en ICE, febrero, 1981, pp. 40-41. DE JUAN, A., La supervisión de las entidades de crédito y ahorro en España. Ponencia presentada en el Seminario "crisis bancarias, soluciones comparadas". UIMP, Santander, 1983.

⁶⁷ A.L. LÓPEZ ROA, Origen, efectos y gestión de las crisis bancarias. Círculo de Empresarios, Boletín nº 21, tercer trimestre, 1983, pp. 21-44.

⁶⁸ CALVO VÉRGEZ, J., Líneas de actuación acometidas por el Banco Central Europeo destinadas a garantizar la estabilidad financiera en la zona euro, QFA, RDM, nº 10, 2012.

Sin duda, el común⁶⁹ denominador en las distintas crisis que han golpeado a nuestro país, ha sido el no saber anticiparse a los acontecimientos⁷⁰; de haberse hecho, quizás no estaríamos ante el terrible escenario que supondrá el inicio de un proceso que con toda probabilidad culminará con la desaparición en España del sistema de Cajas de Ahorros⁷¹.

Durante el siglo XX se produce en España, como hecho diferenciador del resto de países, la creación y desarrollo de instituciones crediticias con elevado capital social y grandes redes de sucursales, destinadas a captar depósitos y desarrollar la banca al por menor y crear así la estructura, aun vigente, de banca mixta⁷², y en especial a partir de los centros financieros de Madrid, Bilbao y Asturias, provocando, dicho interés por captar depósitos, que se detectase un alto nivel de incumplimiento en los límites de interés de las cuentas corrientes⁷³, destacando la euforia en los negocios y en las transacciones⁷⁴.

Con posterioridad a la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, la ley 14 de abril de 1962⁷⁵ y el Decreto-Ley de de 7 de junio de 1962, asignan

⁶⁹ CASTILLA CUBILLAS, M., Recapitalización de entidades de crédito, infracapitalización de promotoras inmobiliarias y abuso de la personalidad jurídica, RDM, nº 283, 2012, afirma que *“la mayoría de las crisis bancarias modernas ocurren como consecuencia de la inflación en los precios de determinados activos por encima de sus niveles de equilibrio a largo plazo; puesto que el crédito para la adquisición de tales activos es erogado por las entidades de crédito, buena parte de su riesgo de deflación pesa, en última instancia, sobre el patrimonio de éstas”*.

⁷⁰ Dicha necesidad de anticiparse a los acontecimientos, también fue mantenida por REVELL, J., “El tamaño de los bancos españoles: fusiones bancarias, un proceso continuo”, en la obra *La banca española de los noventa*, Economistas Libros, 1990, cuando en su p. 224, alude a un informe que el autor emitió en 1987 y que le fue encargado por Don Pedro Toledo, sobre la cuestión de las fusiones. Las sugerencias que se plasmaban en el citado informe al parecer no se llevaron a cabo con la suficiente rapidez, por lo que el autor indica: *“ahora todo el mundo se ha dado cuenta del escaso tiempo de preparación que resta antes de.....”*, lo que puso en riesgo la solvencia del sistema financiero de ese momento. En el mismo sentido, véase: DE JUAN, A., *Supervisión de entidades de crédito y ahorro*, ABC, edición impresa de 18 de julio de 1983.

⁷¹ Digo que con toda probabilidad el sector de Cajas de Ahorros desaparecerá en España, porque dichas entidades de crédito, con la entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, se encuentran sometidas para mantenerse como Cajas de Ahorros, a cumplir con difíciles requisitos de solvencia y cuota de mercado, tal y como se describe en los artículos 32 y 34 de la citada Ley. En ese sentido, la disposición adicional segunda de dicha Ley, establece que *“Las cajas de ahorros que a la entrada en vigor de esta Ley (29-12-2013) no cumplan los requisitos para continuar operando como tales, en los términos previstos en el capítulo II del título II de esta Ley, dispondrán de un plazo de seis meses para cumplir tales requisitos o, en caso contrario, para transformarse en fundación. A tal efecto, traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en una fundación bancaria o, en su caso, ordinaria, perdiendo su condición de entidad de crédito”*.

⁷² ALVAREZ RENDUELES, J.R., *El tratamiento de las crisis bancarias en España, en crisis bancarias, soluciones comparadas*, AEB, Madrid, 1984, pp. 29 y s.s.

⁷³ BANCO DE BILBAO, *una historia de la banca privada en España, en situación*, nº 3, 1982, p. 100.

⁷⁴ SANCHEZ ASIAÍN, J.A., *Reflexiones sobre la banca*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1987, p. 37.

⁷⁵ CUERVO GARCIA, A., *La banca española ante su futuro: consideraciones generales*, en la obra *La banca española de los noventa*, Colegio de Economistas, Madrid, 1990, p. 27: señala que dicha Ley

al Banco de España el carácter de asesor y ejecutor de la política monetaria y de crédito, con el fin de asegurar el interés general y muy especialmente el funcionamiento del sistema crediticio, permitiendo al banco emisor efectuar una actividad de inspección y sanción⁷⁶ ya recogida en dicha Ley.

Seguidamente, mediante el Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre⁷⁷, se creó el Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios⁷⁸, que se constituyó como un Patrimonio dotado de plena personalidad jurídica, dirigido a cumplir una doble finalidad: el aseguramiento de los depósitos en las entidades de crédito, y el saneamiento y reflotamiento de entidades de crédito en dificultades, y cuyos fondos se nutren primordialmente con las aportaciones anuales y derramas realizadas por las entidades adscritas a cada fondo.

Dentro de dichos fondos, a los que aludía el derogado Real Decreto 3048/1977, se distinguían los fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, si bien cada uno de ellos era regido y administrado por una comisión gestora, y cuya incorporación⁷⁹ a los mismos era libre para las entidades de crédito del país.

7. Concepto actual de entidad financiera y de depósito.

Según determina el artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, se conceptúa⁸⁰ como entidades de crédito el Instituto de Crédito Oficial⁸¹, los Bancos, las Cajas de

“rompe con el <<statu quo>> y la banca mixta y fuerza, artificialmente, una especialización bancaria”.

⁷⁶ NUÑEZ-LAGOS MORENO, F., Tramitación y resolución de expedientes sancionadores a entidades de crédito y ahorro, Banco de España, Centro de Formación, 1974. SANCHEZ MIGUEL, M.C., Bancos privados: Falta de cumplimiento de las circulares e instrucciones del Banco de España, RDBB, nº 22, abril-junio, 1986, p. 416.

⁷⁷ Derogado por el Real Decreto-Ley 4/1980, de 28 de marzo, por el que se dota de Personalidad Jurídica al Fondo de Garantía de Depósitos y otras medidas complementarias, que a su vez, fue derogado por el vigente Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

⁷⁸ Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., La reforma del régimen del fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, RDBB, nº 55, 1994. RUIZ-JARABO FERRÁN, F., El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Hacienda Pública Española, nº 110 – 111, 1988.

⁷⁹ CUERVO, La banca....., Ob. cit., p. 105.

⁸⁰ CESPEDES LORENTE, J., Grupos estratégicos y sistema bancario español, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996 p. 53, sostiene que *“el sistema bancario español está constituido por tres grupos de entidades que pueden realizar las mismas operaciones financieras: Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito. Dentro de los bancos se diferencia la banca privada y la banca pública; o bien entre banca nacional y banca extranjera, aun cuando las diferencias operativas sean mínimas. Dentro de las Cooperativas de Crédito las Cajas Rurales son, sin duda, las que tienen un mayor peso específico”.*

⁸¹ Regulado en la Disposición Adicional Sexta de RDL 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia Presupuestaria, tributaria y financiera; Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que deja sin efecto el apartado 6 de dicha Disposición Adicional; y Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, de adaptación del Instituto de Crédito

Ahorros y las Cooperativas de Crédito, dedicadas a la concesión de crédito a clientes sobre los fondos reembolsables procedentes a su vez de depósitos bancarios de clientes, que son préstamos remunerados⁸² a tipo (pasivo) inferior al tipo crediticio o de préstamo (activo), así como a las actividades parabancarias como el préstamo al consumo, el factoring, el leasing⁸³ (*arrendamiento financiero*), la emisión de tarjetas o la concesión de garantías.

Ahora bien, hay que señalar, que con la reciente entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias, nace en España, en su ámbito bancario, un nuevo ente denominado Fundaciones Bancarias⁸⁴. Este tipo de entes, que no son entidades de crédito aunque se encuentren sometidos al control y supervisión del Banco de España, viene regulado en el artículo 32 de dicha Ley. Así, se entiende por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración.

La finalidad de dichas fundaciones bancarias es social, orientando su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito.

En la denominación de las fundaciones bancarias deberá hacerse constar la propia expresión "*fundación bancaria*", si bien, las fundaciones bancarias podrán utilizar en su denominación social y en su actividad las denominaciones propias de las cajas de ahorros de las que procedan.

Dicha Ley regula igualmente el régimen de transformación en una fundación bancaria, tanto de las cajas de ahorros como de las fundaciones ordinarias. Respecto a las cajas de ahorros, su transformación se producirá en dos supuestos diferentes: cuando una caja de ahorros crezca por encima de los límites permitidos por la Ley, dado que es necesario que las cajas no incrementen su volumen a niveles que las hagan sistémicas; y en el supuesto de cajas que a la entrada en vigor de la Ley estén ejerciendo su actividad financiera a través de un banco. En ese sentido, dado que la caja ya no ejerce actividad financiera y centrará sus funciones en la acción social, el legislador defiende que no tiene justificación que mantenga la licencia bancaria. En cuanto a

Oficial a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos.

⁸² SEMPERE NAVARRO, A., Las normas de 2011-2012, de disciplina bancaria, y los empleados de entidades de crédito, Aranzadi Social nº 2, p. 2.

⁸³ Respecto a su concepto, véase: PARRA LUCÁN, M.A., La función de garantía del leasing financiero mobiliario, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 18, 2005. Sobre sus modificaciones conceptuales, consúltese, PARRA LUCÁN, M.A., El leasing en la jurisprudencia, Aranzadi Civil-Mercantil vol. II, 1994.

⁸⁴ Regulado en el capítulo II de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

las fundaciones ordinarias, la transformación en fundación bancaria se producirá en el caso de que adquieran el mencionado porcentaje del 10 por ciento de participación en un banco.

Por otro lado, la Ley también desarrolla la normativa sobre los órganos de gobierno de las fundaciones bancarias, el régimen de participación de las mismas en la entidad de crédito, y las obligaciones en materia de gobierno corporativo y transparencia. Con ello se persigue que las fundaciones bancarias ejerciten sus funciones conforme a niveles de profesionalidad, independencia, transparencia y eficiencia, evitando así que peligre la solvencia de las entidades en las que participen.

Conviene insistir en que el mayor grado de intervención de la normativa estatal en materia de fundaciones bancarias, recaerá sobre aquellas que ostenten posiciones de control sobre una entidad de crédito o tengan una participación superior al 50 por ciento. Así, estas entidades deberán elaborar un plan de diversificación de sus inversiones para minimizar riesgos y constituir un fondo de reserva para garantizar la financiación de la entidad de crédito participada en situaciones de dificultades, no podrán ejercer los derechos políticos cuando participen en incrementos de capital en determinadas condiciones y la distribución de dividendos deberá ser aprobada por un quórum y una mayoría reforzados de la asamblea general. Con estas medidas, se persigue que las fundaciones bancarias disminuyan progresivamente su participación en las entidades de crédito.

Distintos del concepto legal de entidad de crédito, y de las fundaciones bancarias, es necesario señalar que existen otro tipo de entes que sin llegar a ser entidades de crédito, llevan a cabo actividades de financiación, ya que de forma accesoria⁸⁵ se dedican a prestar dinero. Tal es el caso de empresarios-comerciantes que se dedican a la compraventa de mercancías adquiridas a plazo y revendidas posteriormente, con lo cual, además de efectuar una mediación, obtienen y a su vez otorgan créditos, pero sin identificarse como una empresa bancaria, lo que nos sitúa ante el denominado crédito comercial.

Este tipo de entes, que no son reconocidos en los textos legales como entidades de crédito, vienen desarrollando la actividad clásica bancaria⁸⁶, mediando en el mercado de dinero o de crédito mediante la aplicación de tipos de interés de

⁸⁵ SANTOS, V., El contrato bancario, concepto funcional, Universidad de Bilbao, Facultad de Ciencia Económicas y Empresariales, Bilbao, 1972, p.241, distingue operaciones de crédito practicadas por entidades no bancarias y bancarias en sentido estricto. CABA TENA, A., Problemática planteada por la modificación legal a las entidades de crédito, ahorro y financiación, AJA, nº 102, 1993.

⁸⁶ Sobre nuevas actividades bancarias, véase: VALENZUELA GARACH, J., Las nuevas actividades bancarias de las entidades de crédito, RDBB, nº 78, 2000. JIMENEZ SANCHEZ, G. (coord.), Tratado de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Tomo XXXIX, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.

pasivo y activo. Además, los requerimientos⁸⁷ que se les exige a estas entidades en sus procedimientos de liquidación y saneamiento⁸⁸ son muy distintos a los exigidos a los entes descritos como entidades de crédito al amparo de las normas antes identificadas.

Hoy día, las entidades de crédito denominadas así legalmente, se dedican básicamente a la prestación de servicios de inversión⁸⁹ y de intermediación financiera, ampliando su negocio a las ya conocidas desde antiguo como “operaciones neutras⁹⁰”, cuya calificación jurídica es próxima a la del mandato y a la del arrendamiento de servicios.

Nuestro vigente Código de Comercio de 1885, no recoge⁹¹ el concepto de entidad de crédito, si bien sí trata de la actividad profesional que desarrollan las mismas mediante las operaciones que componen esta actividad, lo que provoca, como veremos más adelante, que las mismas se puedan considerar sujetas⁹² al Derecho Mercantil, lo que supone que pueda considerarse al Derecho Bancario como una parte de aquel.

Visto lo anterior, es muy difícil facilitar un concepto de entidad de crédito por la diversidad de entes que basan su principal actividad en prestar dinero y no se encuentran controladas por el Banco de España, por lo que compartimos, aunque resulte alejado en el tiempo, el criterio adoptado por Garrigues⁹³ a la hora de definir a los bancos y banqueros.

⁸⁷ Sobre requerimientos de carácter legal y económico para constituirse como entidad de crédito, véase: CESPEDES, Ob. cit., pp. 55 y ss. CUERVO GARCIA, A., los grupos empresariales bancarios, RPEE, nº 49, 1991, pp. 237 a 245. CASILDA BEJAR, R., Sistema Financiero Español, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 234 y ss. GARCÍA SOLÉ, F., El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito, RS, nº 6, 1996.

⁸⁸ ESPINAR VICENTE, J.V., El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ámbito comunitario, RDBB, nº 82, 2001, en especial p. 15 y ss.

⁸⁹ Consúltese: Las Directivas sobre servicios de inversión y sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y de las entidades de crédito, RDBB, nº 52, 1993.

⁹⁰ Sobre concepto de “operación neutra”, véase: SAP de Granada, Sección 4ª, de 26 de mayo de 1999, y SAP de Madrid, Sección 10ª, de 27 de junio de 1998.

⁹¹ Sí utiliza el Cco, para referirse a los mismos, las expresiones de “banco/s” en los artículos 178, 206, 213, entre otros; de “entidades de crédito” en su artículo 323; de “cooperativas de crédito”, “de producción” o “consumo”, en su artículo 124.

⁹² Respecto a la cuestión de si el Derecho Bancario se considera parte del Derecho Mercantil, véase: BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil, TECNOS, Madrid, 1983. GARRIGUES, J., contratos bancarios, Madrid, 1975, y curso de Derecho Mercantil, Madrid, 1980. GIMENO TUSET, J.J., operaciones bancarias, Instituto Bancario, Madrid, 1972. GUZMAN COSP, J., y otros, aspectos jurídicos de las operaciones bancarias, Editorial HISPANO EUROPA SA, Barcelona, 1981. LORENTE HERNANDEZ, D., organización bancaria, Instituto Bancario, Madrid, 1973. URÍA, R., Derecho Mercantil, Madrid, 1975.

⁹³ LANGLE, Ob. cit., p. 399, Manual de....., cita a Garrigues, el cual defiende que “al concepto de banco se llega a través de las operaciones que los bancos realizan; pero como entre ellas hay algunas que también ejecutan quienes no son Bancos ni banqueros, habrá que distinguir aquellas que son operaciones genuinamente bancarias”, y que concluye dando este concepto: “empresa mercantil

8. Breve alusión a la ordenación de las entidades de crédito en España con anterioridad a 2007.

Desde finales de la década de los 70 de la pasada centuria, se vino produciendo, hasta su total consolidación en el año 2009, la liberalización del sistema financiero, lo que favoreció la libertad de acción por la entrada de España en la CEE.

Con independencia de otras normas anteriores⁹⁴, fue la Ley de 29 de junio de 1880, promulgada por Alfonso XII, que promovió la instalación de Cajas de Ahorros y Montes de Piedad en las capitales y poblaciones más importantes donde no existían, además de en las Escuelas e Institutos, la que permitió⁹⁵, la creación de las actuales Cajas de Ahorros y Montes de Piedad, actualmente inmersas en un complejo proceso de transformación⁹⁶.

Desde esta Ley y hasta el año 2007 se crearon en España sesenta y cinco Cajas de Ahorros, cifra muy alejada de las que finalmente quedarán como consecuencia del proceso de transformación⁹⁷ en Fundaciones Bancarias al que se ha hecho alusión en el anterior epígrafe.

Hasta finales de 2007, el sistema financiero estaba formado por tres grupos de entidades según su naturaleza jurídica, Banca Privada (que incluye a las entidades formalmente denominadas Bancos Industriales, Bancos Comerciales⁹⁸ y Mixtos), Cajas de Ahorros (que incluye las cajas de ahorros confederadas y la Confederación Española de Cajas de Ahorros) y Entidades de Crédito Cooperativo (incluye Cajas Rurales y las cooperativas de crédito no agrarias).

que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos". BOIX SERRANO, R., curso de derecho bancario, EDERSA, 1986, p. 3 y ss, mantiene que "la actividad a la que se han de referir las normas jurídicas es a la realizada por los Bancos, y en segundo lugar, la actividad de estos se lleva a cabo mediante operaciones con otros sujetos, clientes, a través de la formalización de los correspondientes contratos".

⁹⁴ Tales como las Reales Órdenes de 3 de abril de 1835 y 17 de abril de 1839, que promovieron el movimiento fundacional de las Cajas de Ahorros, o el Real Decreto de 21 de junio de 1853, que supuso el establecimiento de las Cajas de Ahorros en las capitales de provincia.

⁹⁵ Mencionada Ley de 1880, incluso permitió el establecimiento de Cajas Escolares en los centros de enseñanza.

⁹⁶ Sobre los motivos de transformación y los retos a los que se enfrentan estas entidades, y en particular, su obra social, puede consultarse BERGES LOBERA, A., y GARCIA MORA, A. (coaut.) Las Cajas de Ahorros: retos de futuro, Fundación alternativas, Madrid, 2007.

⁹⁷ TORTELLA, G., Para comprender la crisis, GADIR, 2009. Ofrece una visión de conjunto sobre las circunstancias de la crisis financiera indicando además, en las páginas 136 a 144, las peculiaridades jurídicas y políticas de las Cajas de Ahorros. Asimismo, HIDALGO ROMERO, R., Hacia la desaparición de las Cajas de Ahorros: la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial, RAD, nº 6, 2012.

⁹⁸ Sobre su consideración como entidad de crédito, funciones y criterios de concesión de préstamos, véase: Boletín mensual del Banco de España, agosto 2010, p. 111.

El órgano que supervisaba⁹⁹ de forma exclusiva a dichas entidades de crédito a nivel nacional era el Banco de España, pero ya antes de 2007 existía la sospecha de que determinadas entidades financieras iban a ser rescatadas con dinero público, cumpliéndose a finales de 2008 los peores augurios anunciados por analistas y economistas, ocasionándose la intervención del Estado mediante la entrada en vigor del derogado¹⁰⁰ Real Decreto 9/2009, de 26 de junio, de reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito mediante el que se creó el llamado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB)¹⁰¹, convirtiéndose éste ente, con personalidad jurídica propia, junto al Banco de España, en las entidades públicas encargadas de controlar y vigilar el sistema financiero español.

Dicho sistema de supervisión hace que las entidades financieras estén sometidas a un régimen especial de regulación y vigilancia mucho más intenso que el que afecta a los restantes sectores económicos, dado que por su función de intermediación entre el ahorro y el crédito, captan importantes fondos del público que deben ser supervisados, con lo que se intenta conseguir un sistema financiero solvente y gestionado sobre la estabilidad financiera y la actividad económica general, lo que supone alejarse de un posible riesgo sistémico que ponga en riesgo al mercado en general.

Es de destacar, que el mercado se organizaba en los años anteriores a 2007 alrededor de un sistema de compensación centralizado y la central de anotaciones en cuenta¹⁰², conducido por el Banco de España, no admitiéndose en dicho periodo la agrupación de varias entidades bajo un Sistema Institucional de Protección (SIP), lo que ha sido desde principios de 2010 la figura jurídico-financiera que por un periodo corto de tiempo mantendrá¹⁰³ vivas a determinadas Cajas de Ahorros, ya que como indiqué, las mismas se verán inmersas en un proceso de transformación.

Los citados SIP fueron introducidos por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que a través de su artículo 25, relativo al régimen jurídico de los sistemas institucionales de

⁹⁹ Antes de 2009, véase: El Banco de España y las evaluaciones del sistema financiero, Notas de estabilidad financiera, nº 5, diciembre de 2006.

¹⁰⁰ Por Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que mantiene como órgano del gobierno al FROB.

¹⁰¹ CINCODÍAS, publicación de 25 de enero de 2011, p. 20, afirma que el FROB podrá entrar en el capital de aquellas entidades que no alcancen el 8% de "core capital" en septiembre de 2011. CINCODÍAS, publicación de 21 de enero de 2011, p. 17, reflexiona sobre el capital mínimo que el Banco de España exigirá a la banca.

¹⁰² Sobre su análisis, véase PELLICER, M., Los mercados financieros organizados en España, Servicio de Estudios del Banco de España, Estudios Económicos, nº 50, 1992.

¹⁰³ No obstante, según información incluida en el diario EL ECONOMISTA, edición impresa de 28 de enero de 2011, p. 7, el Secretario General de la patronal bancaria (CECA), Jose-María Méndez, señala que la reforma legal de las Cajas mediante el Decreto que prepara el Gobierno, "permite la supervivencia de un modelo que, de otro modo, habría sido imposible de mantener".

protección a efectos de su consideración como grupos consolidables de entidades de crédito, añadió una nueva letra d) al apartado 3 del art. 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, y creó una nueva figura jurídica denominada Sistemas Institucionales de Protección, que supone un acuerdo contractual entre varias entidades de crédito por el que las mismas establecen un compromiso mutuo de solvencia y liquidez a través de fondos inmediatamente disponibles de un importe igual o superior al 40% de los recursos propios de cada entidad.

En dicho acuerdo, que tendrá una duración mínima de diez años, las entidades deben fijar la parte alícuota que asume cada una de ellas, debiendo existir siempre una denominada "*entidad central*" o "*fundamental*", firmante, que será responsable del cumplimiento de todos los extremos del acuerdo, y que, de estar participada por las demás partes contractuales, deberá adherirse al Fondo de Garantía de Depósitos.

9. Reordenación y organigrama de las entidades de crédito en España con posterioridad a 2007.

El estallido de la crisis mundial a inicios de 2007, ha provocado que a principios de 2009 el sector financiero español, y en especial el sector de Cajas de Ahorros, haya sido objeto de cambios muy significativos, originándose, quizás, la más contundente reordenación¹⁰⁴ de un sistema financiero nacional jamás conocida, provocando la inevitable desaparición¹⁰⁵ de muchas Cajas de Ahorros, existentes desde los años 80 como uno de los principales músculos que articulaban al sistema financiero español. A la ya desaparición de un elevado número de Cajas de Ahorros, se une el citado proceso de transformación¹⁰⁶ de las mismas en Fundaciones Bancarias, lo que con toda probabilidad llevará a la extinción de todas las Cajas de Ahorros.

Tal desastre financiero surgido en Europa, y principalmente en España a partir de 2007, evoca lo sucedido en EEUU en los años 80, al desarrollarse una gran

¹⁰⁴ Sobre reordenación a partir de 2009, véase OLIVENCIA BRUGGUER, L.M., crisis financiera y ayudas públicas, RAD, nº 5, 2010. ANDALUCÍA ECONÓMICA, edición impresa de diciembre de 2011, p. 40.

¹⁰⁵ CINCO DIAS, edición impresa de 10 de septiembre de 2012, sección Finanzas: "*Guindos acelera las fusiones para cerrar el mapa financiero antes de fin de año*". EXPANSION, edición impresa de 10 de septiembre de 2012, sección Finanzas: "*Liberty no quiso pactos con Cajas y el tiempo nos da la razón*".

¹⁰⁶ Consúltese: GARA, edición impresa de 7 de julio de 2012, Kutxabank: "*la guinda de Guindos*", escrito por Guzmán Ruiz Garro (Ex consejero general en la asamblea de BBK). DEIA, edición impresa de 31 de julio de 2012, sección de economía, "*Urkullu brinda su apoyo a Kutxabank para evitar la conversión en fundación*". DIARIOVASCO, edición impresa de 27 de julio de 2012, sección de economía, "*Kutxabank tilda de «expolio» la iniciativa europea de que las cajas dejen los bancos*". LA VANGUARDIA, edición impresa de 23 de enero de 2011, "*Ordóñez quiere que todas las cajas sean fundaciones*". CINCODIAS, edición impresa de 17 de septiembre de 2012, sección de Finanzas, "*Bruselas quiere que todas las Cajas pierdan la mayoría en sus bancos*". EXPANSIÓN, edición impresa de 17 de septiembre de 2012, sección Finanzas, "*¿una o dos Bankia?*".

crisis que afectaría a entidades similares a las Cajas de Ahorros (*savings and loan associations*).

El sector en EEUU, muy regulado, captaba depósitos y daba hipotecas residenciales a particulares. Sin embargo, la flexibilización legislativa, a principios de 1980, les permitió ampliar su actividad, asumiendo riesgos que terminaron siendo excesivos, en áreas tradicionalmente reservadas a la banca comercial. Los riesgos les pasaron factura, con la desaparición de más de 700 entidades a principio de 1990, sobre una totalidad de más de 3.000, lo que supuso que el gobierno tuviera que garantizar los depósitos con un coste superior a 120.000 millones de dólares. La única gran entidad que sobrevivió y la mayor del sector, WASHINGTON MUTUAL, terminó desapareciendo durante la crisis “*subprime*” y fue adquirida por JPMORGAN.

En España, a fecha de 2007, se ha heredado el citado desastre financiero americano de los 80, ya que los procesos de integración de Cajas que se han aprobado por el Banco de España a fecha diciembre de 2010, implican pasar de 45 Cajas de Ahorros a un total de 17, de las cuales, con la reestructuración¹⁰⁷ del sector, se extinguirán la gran mayoría o todas.

La señalada reordenación del sistema financiero se basa principalmente en cuatro pilares básicos: rescate¹⁰⁸ del Estado¹⁰⁹ a las entidades de crédito en situación de insolvencia o con posibilidad de llegar a estarlo en un corto periodo de tiempo; pruebas de resistencia; reestructuración¹¹⁰ del sector de Cajas de Ahorros; y recapitalización¹¹¹ de las entidades que hayan necesitado ser rescatadas; todo lo cual

¹⁰⁷ ANDALUCÍA ECONÓMICA, edición impresa de enero de 2011, El sistema financiero a debate, p. 52, al calificar de “*histórico el proceso de transformación que han emprendido en 2010 las Cajas de Ahorros españolas*”.

¹⁰⁸ ESTOA PEREZ, A., Ayudas de Estado y crisis actual: Orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español, REDE, nº 34, 2010, analiza la intervención pública mediante ayudas del Estado en la crisis internacional surgida a inicios de 2007.

¹⁰⁹ TIEMPO, edición impresa de 29 de noviembre de 2013, sección de economía, p. 42: “*Toda la verdad sobre las ayudas a la banca española. Las cajas de ahorros ya han recibido 111.000 millones de euros en metálico y 45.000 más en avales del Estado*”.

¹¹⁰ Véase: situación y perspectivas del sistema bancario español, Banco de España, Eurosistema, diciembre de 2010, p. 20 y ss. EXPANSIÓN, edición impresa de 25 de enero de 2011, p.13, avanza que “*el Gobierno forzará a las Cajas menos solventes a convertirse en Bancos, además de elevar los requerimientos de capital de máxima calidad de la banca para disipar las dudas del mercado sobre el sistema financiero*”. EL MUNDO, edición impresa de 21 de enero de 2011, p. 37, anuncia que las entidades que no sean bancos estarán limitadas, restringiéndose por el Gobierno su actividad al negocio financiero básico y no podrán operar fuera de su territorio de origen. EL ECONOMISTA, edición impresa de 20 de enero de 2011, p. 10, publica la declaración de Jaime Caruana, Director General del Banco Internacional de Pagos “*que urge a las Cajas a convertirse en bancos para poder recapitalizarse*”.

¹¹¹ Sobre soluciones que buscan Cajas y Bancos para recapitalizarse, véase: CINCODÍAS, edición impresa de 26 de enero de 2011, p. 16. EXPANSIÓN, edición impresa de 24 de enero de 2011, p. 14, que trata, entre otros aspectos, sobre la nacionalización parcial y temporal de las entidades para dotarles de mayor solvencia tras la recapitalización. CINCODÍAS, edición impresa de 21 de enero de

debe conducir a cada entidad a redimensionar la capacidad instalada, deshacerse de participaciones o acciones que tengan¹¹² en las distintas sociedades, y a mejorar su eficiencia en el medio plazo a través del reforzamiento de su solvencia¹¹³ y en función de sus propias características y circunstancias, adecuándose a la nueva realidad en la que ha de operar el sector financiero en el futuro próximo a fin de reducir el deterioro¹¹⁴ económico que se ha producido.

Dichas pruebas de resistencia a la banca, que lleva a cabo la Unión Europea cada año a través del Comité de supervisores bancarios europeos, y que surgieron a inicios de 2009 a consecuencia del déficit que presentaban las entidades de crédito, superiores en 2012 a 52.000 millones¹¹⁵, consisten en un procedimiento de simulación que persigue conocer la capacidad de estabilidad de una entidad en particular o del sistema bancario en general, sometiendo a control tanto las carteras de activos como de pasivos de las entidades financieras en diferentes situaciones para conocer sus posibles reacciones ante escenarios económicos adversos.

No obstante lo anterior, un aspecto que seguirá debilitando al sector financiero español, a nuestro entender, será la competencia de la financiación minorista, que incrementa los costes de financiación y presiona los márgenes a la baja, presión a la que contribuyen también las tensiones de los mercados financieros mayoristas, que no sólo implican mayores primas de riesgo, sino que, de prolongarse y acentuarse, podrían complicar el propio acceso a los mercados mayoristas, motivo por el cual, dichas entidades deberán absorber sus desequilibrios internos, gestados a lo largo de años de fuerte crecimiento económico y de la actividad bancaria, que afectan¹¹⁶ con diferente intensidad a las distintas entidades de depósito españolas.

2011, p. 17, publica que MERRILL LYNCH vaticina que alguna caja española podrá ser nacionalizada. Además, sobre la nacionalización, véase EXPANSIÓN-EDITORIAL, edición impresa de 25 de enero de 2011, p. 2, "un marco para las Cajas que entienda el mercado".

¹¹² Sobre las participaciones que las cajas de ahorros tienen en distintas empresas, aproximadamente en 50 mercantiles cotizadas en la bolsa española, con un conjunto inversor a valor de mercado de 30.000 millones de euros, lo que pone de manifiesto la capacidad instalada de las cajas, véase: EXPANSIÓN, edición impresa de 27 de enero de 2011, p. 16.

¹¹³ Sobre radiografía de la solvencia de la banca española en % a diciembre de 2010, véase: CINCODIAS, edición impresa de 26 de enero de 2011, p. 17.

¹¹⁴ EL MUNDO, edición impresa de 21 de enero de 2011, p. 36, cuantifica que el deterioro de las cajas supone 26.000 millones de euros, advirtiendo que el saneamiento se hará, además de con el dinero del FROB, con cargo al patrimonio de las entidades, y aclarando que serán necesarios otros 3.000 millones de euros de dinero público para mantener la solvencia. Sobre lo mismo, EXPANSIÓN, edición impresa de 19 de enero de 2011, p. 17.

¹¹⁵ Sobre la prueba de resistencia bancaria efectuada a las entidades de crédito españolas por la consultora OLIVER WYMAN a instancia de la UE en el último trimestre de 2012, consúltese: EXPANSIÓN, edición impresa de 21 de septiembre de 2012, sección de banca-empresas, "Oliver Wyman revelará un déficit de 52.000 millones en la banca, según Bank of América". PÚBLICO, edición impresa de 21 de septiembre de 2012, "Los bancos españoles necesitan 52.000 millones de capital".

¹¹⁶ EXPANSIÓN, edición impresa de 27 de enero de 2011, p. 16, destaca que será el banco cotizado estadounidense BANKINTER el que se verá más afectado por las nuevas exigencias de capital.

Entre los indicados desequilibrios se encuentra un exceso de dependencia de la financiación de los mercados mayoristas y la dificultad de Bancos y Cajas para conseguir recursos en los mercados de capitales, a lo que se une el gran número de activos¹¹⁷ tóxicos existentes en los balances de dichos entes.

Además, y a pesar de que los vencimientos de deuda de las entidades españolas se concentran en su mayoría en el medio y largo plazo, la intensidad de la crisis y la rápida desaparición de los inversores ante una pérdida generalizada de confianza presionan aún más a las entidades, que han reaccionado intensificando la captación de depósitos, modificando la estructura de pasivo.

Es tal el grado de desequilibrio que sufre el sistema financiero español, provocado en mayor grado por la alta exposición de Bancos y Cajas a las empresas de construcción¹¹⁸, a la promoción inmobiliaria y al exceso de capacidad instalada en el sector bancario, que el Gobernador del Banco de España ha sometido a consulta pública una modificación de las normas de información financiera que incide en la transparencia y en el establecimiento de unos criterios de mínimos para las entidades.

Finalmente, y para que las entidades que resulten del proceso de reestructuración pueden capitalizarse, el Gobierno español, mediante Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, permite a las entidades de crédito, y en especial a las Cajas de Ahorros, acudir al mercado para obtener recursos propios de “*alta calidad*”, tal y como exigen las nuevas normas de Basilea III¹¹⁹.

Este Real Decreto, persigue no solo reforzar el nivel de solvencia de todas las entidades de crédito, mediante el establecimiento de un nivel elevado de exigencia con relación al capital de máxima calidad, con objeto de disipar cualquier duda sobre su solvencia, sino también acelerar la fase final de los procesos de reestructuración de las entidades, garantizando de esta manera la función del sector financiero de canalizar el crédito a la economía, y que en el caso de las Cajas de Ahorros, se compagine con el mantenimiento de su obra social.

¹¹⁷ RODRIGUEZ CAMPOS, S., Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica, REDA, nº 142, 2009 (en el punto 3 del trabajo establece determinadas conclusiones sobre el estado regulador y sus potestades interventoras: en particular, la intervención administrativa en la banca a través del fondo para la adquisición de activos financieros).

¹¹⁸ EL ECONOMISTA, edición impresa de 27 de enero de 2011, p. 13, incorpora datos sobre las cinco entidades más débiles y que afloran “*activos tóxicos*” de 14.100 millones de euros, exponiendo por millones de euros la exposición al ladrillo que cada una de dichas entidades mantiene, encabezando la lista el banco estadounidense BANKINTER.

¹¹⁹ Sobre Basilea, véase: EXPANSIÓN, edición impresa de 12 de noviembre de 2010, p. 54, artículo escrito por Steve Culp y Josep Nadal, socios de Accenture, bajo el título “Basilea III y el sistema bancario mundial”. CINCODÍAS, edición impresa de 28 de enero de 2011, p. 16, “*La Caixa emitirá en un mes 1.500 millones de euros en bonos convertibles para mejorar su solvencia y llegar al 8,7% según Basilea III*”.

En cuanto al reforzamiento de la solvencia, se establece una aplicación adelantada y exigente de los nuevos estándares internacionales de capital establecidos en Basilea III.

Así, y en líneas generales, se procede al establecimiento inmediato de un mínimo de capital principal, con relación a los activos ponderados por riesgo. Este nivel mínimo de la ratio de capital principal se sitúa en el 8%, siendo del 10% para aquellas entidades que no hayan colocado títulos representativos de su capital a terceros por al menos un 20%, y, que además, presenten una ratio de financiación mayorista superior al 20%, persiguiendo con ello que las entidades se doten un capital de la máxima calidad y que resulte suficiente para garantizar su solidez.

No obstante, de forma adicional, el Banco de España podrá requerir a una entidad individual un nivel superior de capital principal en función de los resultados de ejercicios de resistencia que puedan hacerse para el conjunto del sistema.

En ese sentido, los elementos que integran el capital principal son, en línea con lo establecido en Basilea III para 2013: el capital, las reservas, las primas de emisión, los ajustes positivos por valoración, los intereses minoritarios; y, adicionalmente, los instrumentos suscritos por el FROB y, transitoriamente, los instrumentos obligatoriamente convertibles en acciones y que cumplan ciertos requisitos que garanticen una alta capacidad de absorción de pérdidas, si bien estos elementos serán minorados por los resultados negativos y pérdidas, los ajustes negativos por valoración y los activos inmateriales.

10. La entidad financiera en los países miembros de la Comunidad Económica Europea (1986-2010).

Previamente a analizar la situación de las entidades financieras en el ámbito europeo en el periodo que transcurre desde 1986 a 2010, conviene delimitar algunos conceptos. Así, hay que indicar qué se entiende por Unión Europea (UE) y cuál es su origen; qué es el Eurosistema; qué es el Banco Central Europeo (BCE); y qué son los Bancos Centrales Nacionales (BCN).

Respecto al primer interrogante, la UE surge¹²⁰ a partir del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992¹²¹ (en adelante TM), si bien previamente se había creado la Comunidad Económica Europea mediante el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957¹²², siendo reformados¹²³ ambos tratados *por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007*.

¹²⁰ MARTÍN BERNAL, J.M., Abogados y procuradores en y ante la Unión Europea, AJA, nº 739, 2007, p.1. ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., La denominada "Constitución Europea" y las nuevas fuentes del Derecho Comunitario, RATC, nº 9, 2004, p. 1 y ss.

¹²¹ Entró en vigor el 01 de noviembre de 1993.

¹²² GALIANA MORENO, J.M., El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht, Civitas, REDT, nº 58, 1993, p. 2 y ss.

El fin perseguido por la unión de países miembros viene determinada en el artículo primero del TM, al establecer que *“por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes”*. Entre estos *“objetivos comunes”* se encuentran los relativos a materia financiera, tales como regular la supervisión¹²⁴ de las entidades de crédito y alcanzar la estabilidad¹²⁵ del sistema financiero.

Por lo que respecta al Eurosistema, es la autoridad monetaria de la zona euro, compuesta por el Banco Central Europeo como eje central, y los bancos centrales nacionales de los países de la UE cuya moneda es el Euro, ya que en la misma existen países que no han adoptado el euro.

Así, mientras haya Estados miembros de la UE que no pertenezcan a la zona del euro, tanto el Eurosistema como el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) tendrán que mantenerse como entes independientes, bajo las premisas marcadas por

¹²³ ALONSO GARCIA, R., Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de funcionamiento de la Unión Europea, Civitas, 2012, p. 5. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas, Madrid, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Dykinson, 2008, p. 12 y ss. MATIA PORTILLA, F.J., Estudios sobre el Tratado de Lisboa, Granada: Comares, 2009, p.10 y ss.

¹²⁴ ARZOZ SANTISTEBAN, X., Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito, RAP, nº 178, 2009, p. 4 y ss. Sobre los procedimientos de supervisión, puede consultarse: PALOMAR OLMEDA, A., El fuero jurisdiccional en las reestructuraciones bancarias, RAD, nº 7, 12, p. 3. ARCENEGUI RODRIGO, J.A., La supervisión interna y el gobierno: el caso de las Cajas de Ahorros, Obra Social y Cultural de CajaSur, 2005, p. 17 y ss.

¹²⁵ Sobre las consecuencias de que los países miembros no consigan una estabilidad financiera, véase: CASTILLA CUBILLAS, M., Sobre la abusividad de las cláusulas de «suelo» hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España, RAD, nº 1, 2011, p. 5, en la que a su vez cita a S. L.SCHWARCZ, «Systemic Risk», Georgetown Law Journal, 97, 2008, p. 193 y ss. *“En síntesis, el desarrollo del proceso de “pánico” puede describirse así: la incapacidad de una entidad de crédito para satisfacer las peticiones de reembolso de sus depositantes, produce la inquietud de otros depositantes en otras entidades de crédito, quienes dada la asimetría de información con los directivos de su banco, pueden racionalmente dudar de su solvencia. Puesto que las entidades de crédito sólo tienen en forma líquida una pequeña parte de su activo, la petición de reembolso inesperada de muchos depositantes puede provocar su incapacidad para atenderlos, extendiendo, así, el efecto “pánico” a otros depositantes y entidades financieras”*. En cuanto a las medidas que la Comisión Europea puede adoptar a fin de garantizar la estabilidad financiera en la actual crisis iniciada a principios de 2007, véase: OLIVENCIA BRUGGER, L.M., Crisis financiera....., Ob. cit. p. 2. CALVO VÉRGEZ, J., Líneas de actuación, Ob. cit., p. 5: *“con fecha de 2 de diciembre de 2010 el Banco Central Europeo (BCE) garantizó proporcionar a los bancos comerciales de la Zona Euro toda la liquidez que necesitasen hasta finales de junio del año 2011 mediante la puesta en marcha del denominado Securities Markets Programme (SMP), previéndose que la cuantía de las adquisiciones realizadas resultase acorde al mal funcionamiento que mostraba el mercado. Sin embargo la adopción de la citada medida no fue acompañada por otro tipo de medidas extraordinarias esperadas por el mercado como, por ejemplo, la ampliación de la compra de deuda pública de países de la Eurozona con problemas de financiación en los mercados”*.

el Acta Única Europea¹²⁶, el Tratado de Maastricht¹²⁷ y los últimos acuerdos alcanzados¹²⁸.

En cuanto al BCE, es un ente con personalidad jurídica propia, cuyos órganos rectores son el Consejo de Gobierno y el Comité Ejecutivo. Entre sus funciones, en ocasiones cuestionadas por algún autor¹²⁹, destacan principalmente el poder disponer en cada uno de los Estados miembros de la capacidad jurídica más amplia concedida a las personas jurídicas con arreglo al respectivo Derecho nacional, pudiendo incluso adquirir o vender propiedad mobiliaria e inmobiliaria y ser parte en actuaciones judiciales.

La función del BCE, en materia de entidades de crédito, se ciñe básicamente en velar porque se cumplan las funciones encomendadas al SEBC con arreglo a los apartados 2, 3 y 5 del artículo 105 del TM.

Finalmente, los Bancos Centrales Nacionales (BCN), que se incluyen dentro del SEBC, son aquellos bancos centrales de cada estado miembro¹³⁰. Entre sus principales funciones se encuentran: mantener la estabilidad de precios; plantear consultas al BCE; recopilar información estadística; definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad; realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado; poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros; promover el buen funcionamiento del sistema de pagos; y contribuir a una buena gestión de las políticas que lleven a cabo las autoridades competentes con respecto a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero.

¹²⁶ Si bien en 1968 los miembros de la CEE habían suprimido ya los derechos de aduana (aunque las diferentes legislaciones nacionales siguieron constituyendo una traba para el libre intercambio económico), en 1987 entró en vigor el Acta Única Europea y la primera gran reforma de los tratados vigentes, que fijaba como objetivo la creación de un mercado único no más tarde del 1 de enero de 1993. Durante los años ochenta, este proceso concentró gran parte de las energías europeas.

¹²⁷ En 1992 se dio un paso definitivo en el proceso de integración con la aprobación del Tratado sobre la Unión Europea o Tratado de Maastricht. La Comunidad Económica Europea pasó a llamarse Comunidad Europea; se creó una nueva organización supranacional, la Unión Europea, que absorbía las tres Comunidades Europeas existentes: la CECA, la CE y la CEEA, y se dio luz verde a la creación de una Unión Económica y Monetaria, con el mandato de establecer una moneda única.

¹²⁸ Tales como el Tratado de Amsterdam de 1997 y el Tratado de Niza de 2001, que permitieron ampliar las competencias de la Unión y avanzar en la renuncia por parte de los estados miembros a algunas parcelas significativas de su soberanía en aras de unas reglas comunes y unas normas armonizadas de actuación, y últimamente el Tratado de Lisboa.

¹²⁹ ARRIOLA, J., DEIA, publicación de 11 de febrero de 2013, p. 2, bajo el título “conflicto de intereses”, al manifestar que “*en definitiva, la propia legislación comunitaria, bajo la apariencia de preservar la independencia de las autoridades monetarias, pone en sospecha al resto de autoridades públicas que no pueden opinar ni asesorar en relación con las actividades del BCE, y sin embargo, si se considera que este organismo de funcionarios designados a dedo puede dar orientaciones a los gobiernos democráticamente elegidos*”.

¹³⁰ DEANE, MARJORIE, Bancos Centrales, Escuela de Finanzas Aplicadas, 1996, p. 25 y ss.

Aclarados los precitados conceptos, seguidamente analizaremos brevemente qué tipo de entidades de crédito existían en Europa en mencionado período de 1986 a 2010; en qué situación se encontraban sus balances; qué normativa se les aplicaba a nivel nacional y europeo; y cuáles eran los entes que a nivel de UE ostentaban competencias de asesoramiento y fiscalización de las distintas entidades de crédito.

En los países miembros¹³¹, en indicado período, han coexistido básicamente tres tipos de entidades de crédito: Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito.

Los Bancos, son entidades de crédito con forma de sociedad anónima, cuya creación autoriza la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Estado miembro correspondiente si se cumplen determinados requisitos legales¹³² organizativos y de solvencia¹³³. En ese sentido, en España, los requisitos que son necesarios para ejercer la actividad bancaria vienen recogidos en el artículo 2 del Decreto 1245/1995 de 14 de julio, sobre creación de Bancos, Actividad Transfronteriza y otras cuestiones relativas al Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito. Dichos requisitos comprenden:

a) Revestir la forma de sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida.

b) Tener un capital social inicial no inferior a 18 millones de euros, desembolsado íntegramente en efectivo y representado por acciones nominativas.

c) Limitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito.

d) Que los accionistas titulares de participaciones significativas sean considerados idóneos, de acuerdo con los términos previstos en los artículos 2 y 4 de citado Decreto.

e) No reservar a los fundadores ventaja o remuneración especial alguna.

f) Contar con un consejo de administración formado por no menos de cinco miembros. Todos los miembros del consejo de administración de la entidad, así como los del consejo de administración de su entidad dominante cuando exista, serán personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, deberán poseer

¹³¹ ORIOL LLEBOT MAJO, J., El mercado interior del crédito en el ámbito de la CEE, RDBB, nº 38, 1990, p. 3 y ss.

¹³² FERNÁNDEZ FARRERES, G., Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades, RAP, vol. III, 1983, p. 2 y ss. SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de los clientes, RDBB, nº 41, 1991, p. 3 y ss.

¹³³ SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional, RDBB, nº 38, 1990, p. 4 y ss.

conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y estar en disposición de ejercer un buen gobierno de la entidad. Los requisitos de honorabilidad, y conocimiento y experiencia, deberán concurrir también en los directores generales o asimilados, así como en los responsables de las funciones de control interno y otros puestos clave para el desarrollo diario de la actividad de la entidad y de su dominante, conforme establezca el Banco de España.

g) Mantener una adecuada organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad. En especial, el consejo de administración deberá establecer normas de funcionamiento y procedimientos adecuados para facilitar que todos sus miembros puedan cumplir en todo momento sus obligaciones y asumir las responsabilidades que les correspondan de acuerdo con las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, u otras disposiciones que sean de aplicación.

h) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional.

i) Contar con procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales en las condiciones establecidas por la normativa correspondiente.

Por su parte, las Cajas de Ahorros, se presentan en el período analizado como instituciones de patronato oficial o privado, sin ánimo de lucro¹³⁴, pero de interés público y de naturaleza privada¹³⁵.

En España, la derogada Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de Normas Básica de las Cajas de Ahorro (LORCA), recogía en su exposición de motivos un triple objetivo a conseguir por estos entes: democratizar los órganos de gobierno¹³⁶ de las Cajas de Ahorro; conciliar esa democratización con las

¹³⁴ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., Las fundaciones y las entidades de crédito: las Cajas de Ahorros, ACM, nº 12, 2000, p. 2 y ss. VAÑÓ VAÑÓ, M.J., En torno a la pretendida crisis de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, RGD, nº 672, 2000, p. 3.

¹³⁵ Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (que deroga a la indicada Ley 31/1985, de 2 de agosto), las Cajas de Ahorros vienen definidas en su artículo 2.1, como *"1. Las cajas de ahorros son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orientará principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas"*.

¹³⁶ GARCÍA VALVERDE, R., Los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: del patronato al sistema actual de representaciones, RDBB, nº 43, 1991, p. 2.

exigencias¹³⁷ de una gestión¹³⁸ eficaz; y establecer una normativa de acuerdo con los principios que inspira la nueva organización territorial¹³⁹ del Estado, sentando al mismo tiempo las bases del régimen de disciplina, inspección¹⁴⁰ y control¹⁴¹ de estas Entidades¹⁴².

Finalmente, las Cooperativas de Crédito, son entidades de crédito con personalidad jurídica propia que realizan cualquier¹⁴³ operación financiera prevaleciendo todo caso los intereses financieros de sus socios, limitando su actividad con terceros a la aplicación de determinado porcentaje de sus recursos totales.

Por lo que respecta a los balances de las entidades de crédito en Europa en el mencionado periodo, a inicios de 1997 había aproximadamente mil entidades de crédito, la mayoría de dimensiones reducidas. Si bien es un número excesivo, también es cierto que las mismas en el periodo comprendido entre 1987 y 2002 presentaban unos balances saneados caracterizados por su extraordinaria solvencia, con negocios diversificados y unas buenas tasas de rentabilidad, lo que provocó que se iniciaran distintas actuaciones por las distintas entidades europeas conducentes a un aumento de dimensión¹⁴⁴, cuestión ésta que se convertiría en una de las causas que ha llevado a la actual crisis financiera en Europa.

En este sentido, los principales Bancos holandeses¹⁴⁵ y alemanes fueron los que mayores procesos de expansión realizaron en el mencionado período, a los que

¹³⁷ CARBÓ VALVERDE, PALOMARES BAUTISTA Y RAMÍREZ GONZÁLEZ, La regulación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: consideraciones electorales, RHPE, nº 171, 2004, p. 3.

¹³⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El buen gobierno, Ob. cit., p. 3.

¹³⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Las Cajas de Ahorros ante la intervención de las Administraciones públicas: una evaluación general, RDBB, nº 43, 1991, p. 3. FRANCH I SAGUER, M., Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros, Monografías, 1992, p. 2 y ss.

¹⁴⁰ LAFONT NICUESA, L., Comentario a la STSJ del País Vasco número 354/2007 de 17 de mayo de 2007: la inspección de las Cajas de Ahorro por las comunidades autónomas y el Banco de España, RVAP, nº 82, 2008, p. 4 y ss.

¹⁴¹ FRANCH SAGUER, M., Competencias de las Comunidades Autónomas sobre la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro, RVAP, nº 12, 1985, p. 3 y ss.

¹⁴² Ese triple objetivo también es perseguido en la actual Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, si bien se introducen novedades de calado.

¹⁴³ Respecto a la supervisión de las Cooperativas de Crédito por el Banco de España y los requisitos que deben reunir para poder prestar dinero, consúltese página web del Banco de España, www.bde.es, ¿quién puede operar como entidad de crédito?, al establecer, principalmente, que *“hay una categoría de entidades no sujetas a supervisión del Banco de España, las secciones de crédito de las cooperativas que pueden captar fondos, pero única y exclusivamente de sus socios. Debe tenerse en cuenta que dichas secciones no pertenecen a ningún fondo de garantía y por tanto el dinero depositado en dichas secciones de crédito no cuentan con la garantía que ofrece el fondo de garantía de depósitos”*.

¹⁴⁴ AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., Constitución y expansión de las Cajas de Ahorros, RDBB; nº 43, 1991, p. 4.

¹⁴⁵ NEDERLANDS INSTITUUT VOOR HET BANK –EN EFFECTENBEDRIJF (NIBE): Banks and Brokers in the Netherlands 1997/1998; NEDERLANDSE VERENIGING VAN BANKEN: JAAVERSLAG 1995/1997. En

se sumó Luxemburgo y finalmente Austria, que destacó por una elevada diversificación de su sector financiero, baja rentabilidad y una importantísima presencia del sector público en las entidades de crédito.

Por otra parte, situándonos en la normativa que se les aplicaba a las entidades de crédito europeas en mencionado período, hay que indicar que la misma se refiere a la propia legislación nacional y la común aplicable a todos los estados miembros.

En efecto, cada país ha ido desarrollando su propia normativa reguladora de las entidades de crédito, si bien ajustando la misma a las premisas que en cada momento vienen establecidas en la distinta legislación europea. Así, en España se aprobó el RDL 1298/1986 de 28 junio 1986, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas; y la Ley 26/1988 de 29 julio 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Finalmente, en relación a los entes que a nivel europeo vienen asumiendo competencias de asesoramiento y fiscalización de las distintas entidades, debemos partir para su análisis de dos objetivos comunes perseguidos por el TM: regularización de la supervisión de las entidades de crédito y la búsqueda de la estabilidad del sistema financiero.

Así, los países miembros de la UE, a través del artículo 3.3.3 del TM, expresaron su firme propósito de iniciar y desarrollar una supervisión “*prudencial*” de las entidades de crédito y alcanzar con ello en Europa una situación de estabilidad financiera, para lo que en el propio TM se dota de amplias competencias al BCE y al Instituto Monetario Europeo (IME), entes¹⁴⁶ claves para el normal desarrollo del sistema financiero europeo.

En ese sentido, al BCE se le faculta para que lleve a cabo las actuaciones necesarias para que el SEBC cumpla sus funciones con arreglo a los apartados 2, 3 y 5 del artículo 105 del Tratado. Por su parte, el artículo 4 del Protocolo sobre los Estatutos del IME que se incorporan en el TM, establece que el IME tendrá las siguientes facultades en materia financiera: mantendrá consultas sobre temas que sean competencia de los bancos centrales nacionales¹⁴⁷ y que afecten a la estabilidad de entidades y mercados¹⁴⁸ financieros; vigilará el funcionamiento del Sistema

1997, con una población de solo 15,5 millones de habitantes, el país contaba con tres grupos bancarios que figuraban entre los treinta primeros de Europa por volumen de balance y entre los diecisiete primeros por capitalización. Los tres principales grupos: ABN-AMOR, ING Bank y Rabobank, se consolidaron en Europa mucho antes que cualquiera de las entidades financieras del resto de Europa.

¹⁴⁶ GONZALEZ IBÁN, R., El Banco Central Europeo y la política monetaria común: el banco que gobernará Europa, Pirámide, Madrid, 1999, p. 39 y ss.

¹⁴⁷ BACARIA, J., Los bancos centrales nacionales en el sistema europeo de bancos centrales, Universidad Autónoma de Barcelona, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 1998, p. 10 y ss.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ DE LA BUELGA, L. El sistema financiero español ante el mercado único, Civitas, Madrid, 1993, p. 185 y ss.

Monetario Europeo; mantendrá consultas regulares relativas a la orientación de las políticas monetarias¹⁴⁹ y al uso de los instrumentos de política monetaria; y elaborará las normas que regularán las operaciones que deberán emprender los bancos centrales nacionales en el marco del SEBC.

No obstante, consideramos que si los citados organismos comunitarios hubiesen ejercido con mayor rigor las facultades que les han sido conferidas, probablemente no nos encontraríamos ante la mayor catástrofe financiera que se haya conocido, dejando como resultado, y a modo de dato ejemplar, que del total porcentaje de activos en Europa, ciento ochenta y cuatro mil millones de euros, se calificaron como activos tóxicos en los meses anteriores a 2007.

11. La entidad financiera en Europa. Panorama y tendencias.

Es incuestionable que desde inicios de 2007 el sistema financiero de la CEE ha ido deteriorándose en cuanto a su imagen y solvencia, ya que ha tenido que enfrentarse no solo a las propias consecuencias de la nefasta gestión llevada a cabo por sus órganos de gobierno, sino también a los obstáculos puestos por los mercados y a las nuevas exigencias que la UE ha impuesto e impondrá a las entidades de crédito europeas en cuanto a su inevitable reestructuración y necesidades de capital.

Estas nuevas exigencias de capital han quedado reguladas reglamentariamente¹⁵⁰, creándose por la autoridad comunitaria “*las pruebas de resistencia a las entidades de crédito europeas*”, convirtiéndose en una importante herramienta de gestión de riesgos para evaluar la resistencia de las entidades y de los

¹⁴⁹ Sobre las políticas monetarias que se aplicaban con anterioridad a la entrada en vigor del tratado de Maastricht, véase: PRADOS ARRARTE, J., Bancos y política monetaria, Guadiana, Madrid, 1975.

¹⁵⁰ El Reglamento de la UE 407/2010, de 11 de mayo, mediante el que se Establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, establece en su considerando CUARTO que la profundización de la crisis financiera ha inducido un grave deterioro de las condiciones de empréstito de varios Estados miembros, muy superior al que podrían explicar los indicadores económicos fundamentales. Se ha llegado a un punto en el que esta situación, si no se afronta con urgencia, podría constituir una seria amenaza para la estabilidad financiera de la Unión Europea en su conjunto; y en el QUINTO, que a fin de hacer frente a esta situación excepcional que los Estados miembros no pueden controlar, resulta necesario instaurar de inmediato un mecanismo de estabilización de la Unión para preservar la estabilidad financiera en Europa. Tal mecanismo debe permitir a la Unión dar una respuesta coordinada, rápida y eficaz a las dificultades agudas padecidas por un determinado Estado miembro. Su activación se hará en el contexto de un apoyo conjunto UE/Fondo Monetario Internacional (FMI). Relacionado con lo anterior, léase: LA RAZON, publicación de 9 de abril de 2011, informó que “*la Autoridad Bancaria Europea (EBA en inglés) fijó el día anterior el umbral mínimo de capital básico para los bancos que realizarían los test de estrés en el posterior mes de junio. Para superar las nuevas pruebas, cualquier entidad financiera europea habría de tener como mínimo un capital principal del 5% sobre sus activos ponderados por riesgo. En total serían 90 las entidades europeas que realizarían estos test, de las que 24 (el 26,6%), serían españolas. Ninguna de ellas corría el riesgo de no superar este nuevo umbral, toda vez que la nueva legislación española exigía desde febrero de aquel año un 8% a las entidades que cotizan en Bolsa y un 10% a las que no lo hacen. El objetivo de estos test era, en un contexto de crisis, medir la capacidad de reacción y solvencia del sistema financiero europeo*”.

sistemas financieros en general ante posibles¹⁵¹ perturbaciones como las acontecidas por la crisis financiera originada a principios de 2007, y ello, al margen de la Directiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010¹⁵², que establece nuevas políticas de control y de mayor transparencia en las remuneraciones¹⁵³ de la banca.

Dichas pruebas de resistencia, que serán la clave que marque el futuro de las entidades de crédito europeas, han consistido en evaluar¹⁵⁴ los resultados adversos e inesperados relacionados con distintos riesgos asumidos por las entidades de crédito, proporcionando una señal de los recursos propios que se necesitaría para absorber pérdidas en caso de que realmente se produjeran las perturbaciones incluidas en los supuestos.

Generalmente, las pruebas de resistencia consideran un conjunto de escenarios hipotéticos (*what if*) con distintos niveles de desfase, siendo su objetivo general el ofrecer información para evaluar la resistencia del sistema bancario de la UE ante posibles acontecimientos económicos adversos, así como valorar la capacidad de las entidades de absorber posibles deficiencias sobre los riesgos de crédito y de mercado.

En el ejercicio de 2010¹⁵⁵, las autoridades europeas decidieron divulgar un informe detallado sobre la evaluación de la resistencia del sector bancario de la UE, los principales resultados del impacto de los escenarios de dificultad sobre cada

¹⁵¹ EUROPA PRESS, publicación de 31 de octubre de 2012, bajo el título *“Rajoy dice que la recapitalización directa de bancos es «menos acuciante» ahora que en junio”*, informando que en concreto, se *“avanzó en la forma concreta en que se llevará a cabo la recapitalización bancaria, un tema muy importante según el presidente porque, si se hace bien, se dará una señal de confianza en la moneda común, lo que será beneficioso para todos los estados miembros”*.

¹⁵² Por la que se modifican las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la supervisión de las políticas de remuneración.

¹⁵³ Véase, ABC, Empresa, publicación de 29 de mayo de 2011, p. 20 y ss, sobre *“sueldos por decreto para la banca”*, al publicarse que *“a instancia de la Comisión Europea, los países europeos preparan la oportuna modificación normativa para ajustarse a los criterios comunitarios sobre control de salarios en el sistema financiero”*. A tal fin, en España se aprobó el Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito.

¹⁵⁴ Sobre pruebas de resistencia de entidades de crédito españolas, véase informe del Banco de España de 23 de julio de 2010, p. 4, al indicar que queda *“demostrada la solvencia del sistema financiero español”*.

¹⁵⁵ En referencia a los resultados individuales a dichas pruebas de cada una de las entidades de crédito españolas sometidas a las mismas, puede consultarse el informe del Banco de España, de 23 de julio de 2010-pruebas de resistencia 2010-2011-resultados individuales; y a nivel europeo, analícese Banco de España-nota informativa de 18 de marzo de 2011 *“The EBA publishes details of its stress test scenarios and methodology”*. EXPANSIÓN, publicación de 06 de febrero de 2013, p. 15, bajo el título *“siete firmas ultiman la valoración de las cajas medianas”*, al mencionar que *“el FROB ultima la valoración de las entidades.....obligatoria antes del desembolso de los 1.865 millones de ayudas públicas que han llegado para estas entidades de Europa”*.

entidad individual que participó en el ejercicio, así como sus exposiciones a la deuda soberana, con una diferenciación detallada que distinguía las exposiciones en la cartera de negociación y las situadas en inversión, y todo ello bajo las siguientes pruebas:

1º.- Las entidades tuvieron que calcular su ratio de recursos propios estimados de primera categoría (*tier 1*) para 2010 y 2011.

2º.- Esos mismos cálculos se efectúan en un futuro escenario adverso y, acontecido éste, se considera al mismo como un riesgo adicional sobre el desfase soberano que debe corregirse.

No obstante lo anterior, de la mano de las citadas pruebas de resistencia camina el proceso que recapitalizará la banca europea. Dicho proceso parte de la constitución de un capital que proviene del Fondo Europeo de Estabilidad, que simultáneamente se traspassa al Mecanismo Europeo de Estabilidad, inyectándose la financiación a las entidades mediante los Fondos de Reestructuración de cada país miembro, que en el caso de España es el FROB.

Dicho capital va dirigido a solventar el déficit de capital que puedan presentar determinadas entidades de crédito europeas, si bien, previamente a que el órgano comunitario conceda la correspondiente inyección de capital, la entidad receptora del mismo deberá presentar previamente ante la UE un plan de reestructuración, que recogerá, necesariamente: datos económicos financieros que demuestren la viabilidad a largo plazo de la entidad en cuestión, de tal manera que la misma no solo pueda participar en el ámbito bancario prestando dinero, sino también competir en el mercado; un pacto obligatorio referido a que serán los accionistas y los propietarios de bonos quienes compartan la carga financiera; y un programa de reestructuración de sus actividades financieras, como por ejemplo, centrar su negocio en la banca minorista¹⁵⁶.

Por otra parte, hay que señalar que el sistema financiero europeo desde inicios de 2007 ha sido cuestionado por las autoridades europeas, dudando de su estructura, de su administración y de sus niveles de solvencia, lo que ha conllevado que a partir de 2013 el sistema bancario europeo quede estructurado en dos tipos de entes: las *entidades de crédito*, y los *entes que obtendrán licencia bancaria* pero sin denominarse¹⁵⁷ entidad de crédito, perdiendo ambos, de manera fulminante, la

¹⁵⁶ CINCO DÍAS, publicación de 6 de febrero de 2013, p. 20, bajo el título “La UE entrega los 1.865 millones del segundo tramo del rescate”, al mencionar que “Bruselas exige a las tres entidades supervivientes reorientar su modelo empresarial para centrarlo en el negocio minorista y la concesión de préstamos a las pymes en las regiones en las que habían operado tradicionalmente”.

¹⁵⁷ EL ECONOMISTA, publicación de 25 de enero de 2013, bajo el título “nuevo marco legal de las cajas de ahorros”, al informar que “las cajas de ahorros deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última, y procederán a su transformación en una fundación bancaria, con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito”. En el mismo sentido, consúltese: EL DIA DE CÓRDOBA, publicación de 21 de

autonomía¹⁵⁸ de la que disfrutaban para gestionar su activo y pasivo, así como su red de oficinas.

Tal será la rapidez con la que se irá efectuando dicha pérdida de independencia¹⁵⁹ que probablemente a finales de 2015 la misma desaparecerá, pudiendo incluso adelantarse a ésta fecha conforme dichas entidades vayan solicitando¹⁶⁰ y recibiendo ayudas de la UE, mediante aportación de ésta a aquellas de fondos públicos a fin de cumplir con el capital mínimo impuesto por la *Troika*.

A la mencionada pérdida de soberanía contribuirá, inevitablemente, la actuación que lleve a cabo el nuevo ente que la UE ha creado en abril de 2014, denominado “*Supervisor Bancario*” único. Este nuevo organismo supervisor será el Banco Central Europeo, que vigilará de forma directa las entidades significativas o sistémicas, es decir, el 80% de las europeas¹⁶¹, y el 90%¹⁶² en el caso español. De esta manera, los órganos supervisores nacionales, serán colaboradores del Banco Central Europeo en esa responsabilidad.

12. La reordenación estratégica de las entidades financieras europeas.

La crisis financiera ha puesto de manifiesto la existencia de graves problemas en la regulación del sistema financiero europeo, referidos principalmente al ámbito de la ordenación de las operaciones financieras y al de las instituciones que las regulan y supervisan, que dada su débil regulación, han originado situaciones de riesgos excesivos en el ámbito inmobiliario por parte de las entidades de crédito,

enero de 2013, p. 30, bajo el título “principio de acuerdo en la ley de cajas entre el Gobierno y Bruselas” al señalar que “una vez que las cajas se hayan convertido en fundaciones ya no se les aplicará la obligación de renunciar al control de los bancos que crearon”. DIEZ ALDAY, J.A., DEIA, publicación de 21 de enero de 2013, p. 29, bajo el título “el futuro de la banca”, al comentar que “*tendrá que desarrollar una férrea regulación para atar en corto a las fundaciones.....*”.

¹⁵⁸ En cuanto a dicha pérdida de soberanía, véase: EL MUNDO, Edición Nacional, prensa diaria, publicación de 29 de noviembre de 2012, p. 32, bajo el título “*La UE limita el negocio de la banca rescatada*”, al informar “*que deberán someterse a un duro ajuste de su actividad y tamaño durante los próximos cinco años que incluirá la venta de filiales, el traspaso de activos tóxicos al banco malo, la reducción del número de oficinas hasta la mitad de las que tenían a finales de 2010 y el despido de más de 8.000 empleados*”.

¹⁵⁹ Sobre los poderes de intervención de los Fondos de Reestructuración Bancaria de los distintos países miembros de la UE, consúltese: CALVO VÉRGEZ, J., La última gran etapa en la reforma de nuestro sistema financiero: sociedad gestora de activos (“banco malo”) versus “banco puente”, RAD, nº 7, 2012.

¹⁶⁰ EUROPA PRESS, publicación digital de 07 de noviembre de 2012, bajo el título “*la banca habrá recibido ayudas por 91.059 millones de euros hasta 2014*”, señalando que “*de las que el 61,3% correspondería a las necesidades de capital fijadas por Oliver Wyman en un escenario estresado*”. En lo que afecta a las ayudas recibidas de España, consúltese: EL ECONOMISTA, publicación de 29 de noviembre de 2012, p. 6., bajo el título “*Las ayudas para sanear la banca sobrepasan ya los 106.500 millones de euros*”; y EXPANSIÓN, publicación de 29 de noviembre de 2012, p. 16, bajo el título “*Las ayudas a las nacionalizadas ascienden a 67.000 millones*”.

¹⁶¹ Lo que supone que el BCE tenga que supervisar unas 600.000 entidades de crédito europeas.

¹⁶² Así lo señala DE GUINDOS, L., en EL PAÍS, edición impresa de 21 de abril de 2014, sección opinión, p. 25: “*...el 90% en el caso español*”.

provocando la quiebra de las mismas e infectando el sistema económico de los países miembros, obligando a que los Bancos Centrales y los gobiernos nacionales tengan que intervenir con carácter de urgencia.

Dicha intervención o actuación, y con la finalidad de que las entidades de crédito europeas vuelvan a ser solventes y en consecuencia puedan volver a prestar dinero, de lo que están muy necesitados particulares y empresas, se ha centrado en ir eliminando la diversificación en la que se encontraba inmerso el sistema financiero europeo; reorientar su negocio; modificar las clases de entidades de crédito que coexistirán; y modificar sus órganos de gobierno.

El hecho de que exista un mercado único europeo, y por consiguiente, un sistema financiero comunitario que atiende necesidades financieras de millones de personas físicas y jurídicas, no ampara el redimensionamiento que a nivel europeo adoptó su sector bancario, lo que ha originado que las entidades de crédito necesariamente deban iniciar un nuevo modelo de gestión de su negocio, disminuyendo la concesión de préstamos hipotecarios al promotor; reestructurando y reorientando su negocio a la banca tradicional¹⁶³ y mercado doméstico; y cumplir con las exigencias¹⁶⁴ marcadas por las autoridades europeas conforme a los fines establecidos que se necesitan alcanzar. De lo contrario, doy por hecho que se provocará una nueva crisis financiera de consecuencias inimaginables.

No obstante lo anterior, podemos preguntarnos: ¿qué actuaciones están llevando a cabo las autoridades europeas a fin de conseguir los objetivos antes mencionados?: principalmente cuatro:

1º. Concesión de las ayudas públicas¹⁶⁵ dadas por los Gobiernos europeos a la banca.

2º. Creación de los Sistemas Institucionales de Protección (SIP), instrumento que será de utilidad para las entidades de crédito en la necesaria e inmediata reestructuración¹⁶⁶ del sector de cajas europeas¹⁶⁷, y

¹⁶³ A nivel comunitario, este tipo de banca, centrada en el negocio minorista, conviene que sea desarrollada por aquellas entidades de crédito que cuentan con una red de oficinas de entre 375 a 400.

¹⁶⁴ En cuanto a las exigencias marcadas para España por la UE a partir de 1998, véase: CONLLEDO LANTERO, F., Las reformas legislativas que la Unión Económica y Monetaria exige para nuestro sistema financiero, Publicación, Noticias de la Unión Europea, nº 175, Editorial CISS, SA, Valencia, 1999. Y a partir de 1992, consúltese: FERNÁNDEZ DE LA BUELGA y EZQUIAGA DOMÍNGUEZ, El sistema financiero español ante el mercado único, Publicación, Estudios y Monografías (Economía y Empresa), Civitas, Enero, 1993.

¹⁶⁵ OLIVENCIA BRUGGER, L., Crisis financiera y ayudas públicas, RAD, nº 5, 2010.

¹⁶⁶ HIDALGO ROMERO, R., Sobre la estructura de gobierno de los sistemas institucionales de protección (SIP), RAD, nº 11, 2011.

¹⁶⁷ Respecto a esa reestructuración del sector de Cajas en Europa, en opinión de GEORGE SOROS (Presidente de Soros Fund Management), en entrevista publicada en EL PAÍS, Madrid, edición

3º. Regulación de los tipos de interés en contratos de depósito ya existentes, a fin de conseguir llegar a las exigencias de incremento de capital de la Entidad.

Para concluir, y como aspecto fundamental para conseguir una estructura organizada y fiable del sistema financiero europeo, la autoridad comunitaria tendrá que decidir sobre los sistemas de banca que los distintos países que componen la UE desarrollarán, de los que destacan principalmente tres: el sistema generalista; el sistema de especialización; y el sistema de banca al por menor.

Si se opta por el primero¹⁶⁸, la entidad de crédito que lo adopte o que se le obligue a adoptar, deberá intentar conseguir un incremento de la cuota de mercado y reducir los costes de transformación, caracterizándose frente al resto de entidades por la ventaja económico-fiscal de un determinado producto, y analizar las actuales ventajas competitivas mediante el conocimiento de las necesidades del cliente para poder ofertarle una amplia gama de productos y servicios que se ajusten a su específica necesidad; concentrar esfuerzos en el aumento de la calidad del servicio; y decidir el grado de presencia internacional que se desea alcanzar, respetando en todo caso los límites impuestos por la UE en materia de concentración del negocio bancario en la región de origen de la entidad financiera en cuestión.

De optar la entidad de crédito por el segundo de los sistemas, especialización o banca especializada¹⁶⁹, se deberá tener muy en cuenta que mantener la exclusividad de un producto financiero puede llevar a que éste por determinadas circunstancias llegue a desaparecer con mayor rapidez que cada uno de los productos que se comercialicen mediante una amplia cartera, para lo cual es necesario reestructurar la composición de “*los paquetes*” que se oferten, liberando los recursos referidos a inversiones y vendiendo segundas marcas que no sean claves para lograr el beneficio bancario, fortaleciendo así la presencia en el ámbito de la especialización.

Y respecto a la banca al por menor¹⁷⁰, hay que valorar detenidamente que se trata de un negocio que se desarrolla a nivel nacional, lo que origina situaciones de competencia desleal entre las entidades de crédito y publicidad engañosa para conseguir el mayor nivel de pasivo, conceptualizado éste como el dinero efectivo que el

impresa de 20 de abril de 2014, p. 18, la unión bancaria europea aprobada en abril de 2014, tenía que haberse aprovechado “*para eliminar la relación incestuosa entre las autoridades nacionales y la gestión de los bancos*”. Así, el autor mantiene que fruto de esa relación, “*Francia, es famosa por sus inspecteurs de finance, que acaban dirigiendo los bancos más grandes. Alemania tiene sus landesbanken, y en España, sus Cajas, todos con una relación poco saludable con políticos provinciales. Estas relaciones fueron una fuente mayor de debilidad en el sistema bancario europeo y han tenido un papel importante en la crisis bancaria que está todavía pesando sobre la eurozona. La unión bancaria que se ha propuesto debería haber eliminado esto, pero ese vínculo fue preservado, principalmente debido a la insistencia de Alemania*”.

¹⁶⁸ Abarca todos los aspectos del negocio bancario.

¹⁶⁹ Cada vez se refuerza más entre las alternativas de negocio, la especialización puede ser en segmentos de clientes, zonas geográficas, productos o servicios.

¹⁷⁰ Orienta su actividad y sus servicios hacia el gran mercado de las familias, comercios y las pequeñas y medianas empresas.

ciudadano ingresa en una entidad financiera y que debe remunerarse por ésta al tipo de interés pactado.

13. La entidad financiera en el Derecho alemán y francés.

La estructura del sistema financiero alemán y francés es muy parecida a la mantenida actualmente en España, en el sentido de que desde las primeras regulaciones normativas de los respectivos sistemas financieros se han creado, básicamente, tres bloques de entidades de crédito: la banca privada, la banca pública (Cajas de Ahorros) y las Cooperativas de crédito.

En Alemania, su sistema financiero se encuentra regulado por la Ley Bancaria de 1961 (*Gesetz über das Kreditwesen*), modificada en algunos extremos¹⁷¹ con posterioridad, principalmente a través de Enmiendas, a fin de conseguir en todo momento la creación de entidades financieras solventes.

Desde la entrada en vigor de dicha Ley, el sistema financiero alemán se compone principalmente de tres tipos de entidades de crédito: Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito, si bien, cada uno de los tres tipos se dividen en distintas subentidades especializadas en materias financieras, como sucede por ejemplo con los Bancos, que se subdividen en otros tantos, tales como Bancos comerciales, Bancos regionales o Bancos privados.

Respecto a los Bancos, que se constituyen bajo la forma jurídica de sociedades de capital, presentan como características principales: primero, que en todo momento deben tener un capital social suficiente; y segundo, que su actividad es generalista o expansiva, es decir, que pueden ampliar su negocio y abrir sucursales en cualquier región distinta a la de su domicilio social, facultad que no se confiere a la banca pública, tal y como se indicará seguidamente.

En cuanto a las Cajas de Ahorros alemanas, puede afirmarse que la primera entidad con esta denominación, *Sparkasse*, nace en 1778¹⁷², si bien con anterioridad existieron otras, como la Caja del Orfanato (*Waisenkasse*), fundada en Salen en 1749 por el Abad Anselmo II, constituida como un ente con personalidad jurídica propia con la finalidad de llevar a cabo las funciones de administración y control del propio orfanato, con amplias facultades e incluso las referidas a disposición de sus bienes.

Paralelamente a este tipo de Cajas surgen las *Leihhäuser*, constituidas como Cajas de préstamos y Montes de Piedad, cuyo objetivo era combatir la usura. La primera de ellas *Herzogliches Leihhaus*¹⁷³ (Caja Ducal de préstamos), fue fundada en 1765 por el Duque de Brunswick, con sede social en esta ciudad, destacando entre su

¹⁷¹ Sobre las modificaciones acontecidas en dicha Ley, consúltese: LISO, BALAGUER y SOLER, El sistema financiero europeo, panoramas y tendencias, Colección de Estudios e Informes, La Caixa, nº 6, 1996, p. 15 y ss.

¹⁷² Posteriormente, en el año 1786, se crea la caja *Oldenburgische Landesparkasse* (Oldenburg).

¹⁷³ TITTA, A., (s/a): Le Case di Risparmio nel Mondo. Origini e sviluppo, Malfasi Editore, Milano, p. 27.

objeto no solo el de conceder a los ciudadanos préstamos con garantía hipotecaria, sino que recibían en depósito cantidades de dinero que remuneraban en el periodo y conforme al tipo de interés pactado.

La expansión de las Cajas de Ahorros en territorio alemán adoptó tal magnitud que en el año 1900 su número era muy superior al existente en otros países, si bien con la gran diferencia de que las Cajas de Ahorros alemanas remuneraban los depósitos muy por encima de lo que lo hacían las Cajas de otros países, llegando a superar el 3,27 %.

Actualmente, el sector de las Cajas de Ahorros es dentro del sistema bancario alemán el de mayor importancia ya que representa el 40% de volumen de activos de todo su sistema financiero. Además, el citado sector de Cajas de Ahorros ha destacado por la solvencia mantenida hasta finales de 2008, llegando a efectuar en 2007 actuaciones muy distintas a las habidas en otros países, en el sentido de rescatar¹⁷⁴ a Bancos mediante inyecciones de liquidez aunque no a través de compra mediante la cesión de activos y pasivos.

Como aspecto diferenciador, hay que indicar que las Cajas de Ahorros alemanas, como instituciones de derecho público, creadas por municipios o provincias, y a diferencia de las Cajas de Ahorros españolas, solo pueden desarrollar el negocio financiero en la zona geográfica en la que radica el ente público que las controla.

Respecto a los órganos supervisores de las entidades de crédito alemanas, el organismo público regulador de las mismas se denomina *Oficina Federal de Supervisión Bancaria (Bundesaufsichtatmt für das Kreditwesen)*, que desde sus inicios, como medida significativa, persiguió implantar un sistema de ayuda¹⁷⁵ entre Bancos que disminuyera el posible impacto de una crisis financiera como la vivida a nivel europeo a principios de 2007.

Así, en el año 1966¹⁷⁶, se constituyó la *Asociación Federal de Bancos*, que creó un Fondo Común de Garantía, que fue sustituido en 1976 por el actual Fondo de Garantía de Depósitos (*Kredit Scherungs Fond*). Entre sus finalidades, la principal es

¹⁷⁴ EL ECONOMISTA, publicación digital de 20 de agosto de 2007, sección de bancos y finanzas, bajo el título Cajas de Ahorros inyectan crédito millonario Sachsen LB afectado por crisis EEUU: “Un grupo de Cajas de Ahorro alemanas ha inyectado un crédito de 17.300 millones de euros (23.355 millones de dólares) al banco regional público Sachsen LB para rescatarlo de las dificultades que atraviesa por su exposición a la crisis hipotecaria de EEUU”. OLIVENCIA BRUGGER, L.M., Crisis financiera y ayudas públicas, RAD, nº 5, 2010, p. 2: “En Alemania, junto al Hypo Real, la Comisión ha tenido que analizar -y de hecho continúa controlando- las ayudas recibidas por la Sachsen LB (Landesbank), Bayern LB (cuya crisis provocó la nacionalización del Hypo Group Alpe Adria austriaco), Commerzbank, West LB, HSH Nordbank o Landesbank Baden-Württemberg, muchas de ellas entidades financieras públicas, muy apegadas a su respectivo territorio y fuertemente politizados, que sirven además de financiadores de cajas de ahorros alemanas”.

¹⁷⁵ CORREA y GIRON, Economía financiera contemporánea, Volumen II, 2004, p. 101 y ss.

¹⁷⁶ CUERVO, A., Ob. cit. p. 95.

prestar colaboración a los Bancos en dificultades financieras y asegurar el capital ingresado en las entidades de crédito por los depositantes¹⁷⁷, si bien, como garantía exclusiva de los depósitos de los clientes, nace un nuevo Fondo¹⁷⁸ que garantiza sus ahorros¹⁷⁹ con determinados límites. En el año 1976¹⁸⁰, el límite garantizado para cada Banco se estableció en función de un coeficiente de garantía¹⁸¹.

En la actualidad¹⁸², si tuviesen que concretarse cinco indicadores por los que se caracteriza el sistema financiero alemán, serían: el crédito está regulado muy ampliamente; estrechos márgenes en los tipos de interés; límites normativos estrictos; relaciones estrechas con las empresas; y destacadas participaciones sociales de las entidades de crédito en sociedades mercantiles, tales como aseguradoras, compañías eléctricas, entre otras.

Por lo que respecta a la entidad financiera en Francia, su sistema financiero se muestra probablemente menos liberal que el sistema financiero alemán, lo que puede ser provocado porque aquél se encuentra ampliamente dominado por el sector público.

En ese sentido, en el año 1829 el Gobierno francés decidió avanzar de manera determinante en su modelo de financiación, para lo que reformó su sistema financiero, fusionando¹⁸³ al *Banque de France* con otros Bancos, con un único propósito, unir fuerzas para iniciar el mercado de la compra y venta de deuda pública, para lo que creó una ley que autorizaba a las Cajas a traspasar los saldos depositados a una cuenta corriente en el Tesoro Público, logrando de esta manera captar capital que convertido en títulos de Estado¹⁸⁴ se comercializaban en los mercados, lo que resultaba atractivo y seguro para el depositante y abría el camino hacia un sistema de inversión pública.

¹⁷⁷ BURCKHARDT LÖBER Y MANFRED VON SCHILLER, Las nuevas condiciones generales de la Banca alemana, RDBB, nº 50, 1993, p. 2 y ss.

¹⁷⁸ Simultáneamente a mencionado Fondo de Garantía de Depósitos.

¹⁷⁹ EUROPA PRESS, publicación digital de 6 de octubre de 2012, bajo el título "*Alemania rescata a Hypo Real Estate y garantiza los depósitos*", al indicar que "*se garantizan los depósitos privados con 500.000 millones de euros para ayudar a restablecer la confianza en la peor crisis financiera desde la década de los 30*".

¹⁸⁰ Según Memoria del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, 1983.

¹⁸¹ De esta circunstancia debe informar la entidad financiera al depositante previamente a constituir el depósito.

¹⁸² Sobre el número y denominación de las distintas entidades de crédito a fecha 2013 en Alemania, puede consultarse: Banco de España, Registro de Entidades. Respecto a la comparativa de entidades existentes en 2013 y en años anteriores a éste, véase: Banco de España, Datos históricos: Situación de los Registros de Entidades a 31 de diciembre de 2012.

¹⁸³ CASTAÑEDA, LL., El Banco de España (1874-1900) la red de sucursales y los nuevos servicios financieros, Banco de España, Servicios de Estudios-Estudios de Historia Económica, nº 41, 2001, p. 25.

¹⁸⁴ Fue la ley Minjoz de 1950 la que amplió aún más el mencionado sistema de inversión pública, permitiendo además a las Cajas dirigir parte de sus fondos a inversiones en títulos del Estado, pero esta vez de renta fija con y sin cotización, así como inversión en deuda pública.

Posteriormente, con la idea de que las entidades de crédito quedasen bajo el control de los poderes públicos, en el año 1936 se produce una nueva transformación del sistema financiero francés, ya que un gran número de Bancos fueron nacionalizados¹⁸⁵, quedando bajo el control y administración de las autoridades estatales.

A continuación, surge la Ley de 24 de enero de 1984, conocida como *Ley Bancaria*¹⁸⁶, que actualmente regula el sistema financiero francés, y cuyo objetivo principal fue liberalizar el sistema bancario y fomentar el desarrollo de las operaciones económico financieras en los mercados.

Como particularidad de dicha Ley, y a fin de que las entidades de crédito sean representadas ante el *Banque de France* o el Ministerio de Economía, destaca la obligación que incumbe a las mismas de inscribirse en un organismo profesional u organismo central y de esta forma agruparse¹⁸⁷, resultando asociaciones tales como la *Asociación Francesa de Bancos*¹⁸⁸, la *Caja Nacional del Crédito Agrícola*, o la *Cámara Sindical de los Bancos Populares*, entre otras.

En cuanto a la estructura del sistema financiero francés, es muy parecida a la mantenida por Alemania o España, en el sentido de que se sostiene principalmente sobre tres tipos de entidades de crédito: los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Cooperativas de Crédito¹⁸⁹.

¹⁸⁵ CASTRO BALAGUER, R., La banca francesa en la España del siglo XX, Banco de España, Estudios de historia económica, nº 61, 2012, p. 51.

¹⁸⁶ RIVERO ALEMÁN, S., Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor, Aranzadi, 1995, p. 152: “*produce la adaptación a la Directiva de 12 de diciembre de 1977*”. RIVES-LANGE y CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, p. 23 y ss.

¹⁸⁷ Sobre este tipo de Agrupaciones, véase, EUROPA PRESS, publicación digital de 18 de octubre de 2007, bajo el título “La CE declara ilegal las tarifas impuestas por los grandes bancos de Francia a las tarjetas de pago”, al informar que “*según explicó Bruselas, la Agrupación incluye a más de 150 bancos franceses y está dirigido por los más importantes, entre los que se cuentan Crédit Agricole, Crédit Lyonnais, Crédit Mutual o Société Générale. La Agrupación justificó que la imposición de tales tarifas era “necesaria para luchar contra el parasitismo” y porque así se incitaría a los competidores de los grandes bancos a afiliarse a comerciantes a este sistema de pago y a instalar en sus comercios distribuidores automáticos de billetes*”.

¹⁸⁸ Para conocer la capacidad de representación y de obligar que ostentan dichas asociaciones, léase: Decisión 2011/747/UE, de 24 de mayo, de la Comisión Europea, relativa a la ayuda estatal C 88/97 concedida por la República Francesa en favor del banco Crédit Mutuel. Decisión 1999/508/CE, de 14 de octubre, que aprueba con condiciones las ayudas concedidas por Francia a la Société Marseillaise de Crédit (SMC). Decisión 1998/204/CE, de 30 de julio, que aprueba condicionalmente las ayudas concedidas por Francia al grupo GAN.

¹⁸⁹ Es necesario aclarar que junto a los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito, en el año 1881, el Gobierno francés, apoyado por la autoridad supervisora de las entidades de crédito y con el consenso de las Cajas de Ahorros existentes (si bien no contó con el apoyo de la totalidad de los Bancos y Cooperativas de Crédito), crea las “Cajas Postales”, constituidas como organismos autónomos, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que actúan para el cumplimiento de sus fines con autonomía respecto a la Administración del Estado. Entre los fines de dichas Cajas Postales, se encuentra la captación de ahorro y su administración, la prestación de servicios bancarios, el

Así, los Bancos constituyen sin duda alguna el mayor número de entidades de crédito existentes en Francia, la mayoría de ellos constituidos mediante Sociedades Anónimas, subdividiéndose en otros tantos grupos en función de su especialidad, como sucede en Alemania.

En cambio, las Cajas de Ahorros, que tienen menor número de sucursales que los Bancos, se constituyen como sucede en Alemania, en las entidades de crédito más importantes y las que más transformaciones han sufrido desde el año 1818, en el que se fundó la primera Caja de Ahorros por Benjamín Delessert, que imitando el ejemplo británico, se constituyó como sociedad anónima con la participación del banquero Lafitte y el duque de Rochefoucauld-Liancourt, entre otros.

Al igual que en otros países de la comunidad europea, el objetivo inicial de los fundadores de las Cajas de Ahorros francesas fue facilitar el acceso de los ciudadanos a la financiación mediante fondos públicos, a través de la concesión de créditos con tipos de interés asumibles por el acreditado y con el establecimiento de cómodos plazos para su devolución, así como fomentar la voluntad de ahorro de los depositantes mediante remuneraciones atractivas.

A inicios del año 1990, las Cajas de Ahorros han sufrido en Francia importantes modificaciones¹⁹⁰ a partir de la entrada en vigor de la Ley de 10 de julio de 1991, que incorporó como novedad un extenso programa de fusiones que conllevó la supresión de las sociedades regionales de financiación, pero que posibilitó que las Cajas pudiesen desarrollar su negocio fuera de sus regiones de origen, pudiendo por lo tanto expandir su ámbito de actuación mediante la apertura de sucursales en distintas regiones, a diferencia de lo que sucede en Alemania.

En el año 1995, las Cajas de Ahorros francesas estuvieron sometidas a una batería de restricciones impuestas por su la autoridad supervisora, con el objeto de estabilizar los tipos de interés entre las posiciones activas y pasivas que la entidad mantenía con el cliente. A tal fin, en primer lugar se reguló las cantidades mínimas y máximas depositadas por libreta, ya que dependiendo de cada depósito se aplicaría un tipo de interés remuneratorio; en segundo lugar, se crearon formulas determinadas de ahorro¹⁹¹, centradas en determinar las condiciones aplicables al depósito a corto y

asesoramiento financiero a sectores crecientes de la población y la cooperación en realizaciones económicas de interés público o sentido social. Las Cajas Postales adoptaron la instrumentación genérica para contratar utilizada por las entidades financieras francesas, que como ya indiqué se basan en pliegos de condiciones generales y particulares que contaban con la conformidad del organismo supervisor.

¹⁹⁰ PRIETO ÁLVAREZ, T., Las cajas de ahorro francesas cambian su estatuto jurídico, RAP, nº 155, 2001, p. 3 y ss.

¹⁹¹ Sobre las limitaciones a determinados productos de ahorro, véase: Decisión 2003/216/CE, de 15 de enero, de la Comisión de las Comunidades Europeas, p. 3: *“La Comisión deberá examinar en qué medida la distribución de la cuenta de ahorro Livret bleu ha podido otorgar al Crédit Mutuel ventajas económicas procedentes de la comisión de captación abonada por la CDC. Si la comisión de captación es superior a los costes netos del sistema, es decir, a la diferencia entre los productos extraídos de las*

largo plazo; y finalmente, se establecieron controles sobre tipos de interés a aplicar en las operaciones activas y pasivas.

Finalmente, en referencia a los órganos de control y supervisión de las entidades de crédito francesas, las mismas están controladas por el *Banque de France*¹⁹² y el Ministerio de Economía, dependiendo jerárquicamente el primero del segundo. Uno de los retos al que ambos órganos se enfrentan desde inicios de 2013, se refiere a la delicada situación de los balances de las entidades de crédito francesas, que mantienen un altísimo endeudamiento¹⁹³ con el BCE, muy por encima de la media del sector bancario europeo.

otras aplicaciones (aplicaciones libres, aplicaciones de interés general) y los costes reales de captación y de gestión, teniendo en cuenta un margen de rentabilidad normal, constituiría una compensación excesiva calificada como ayuda estatal'.

¹⁹² Sobre sus orígenes, véase: MARTIN-ACEÑA, P., *La Banque de France, la BRI et la création du service des Études de la Banque d'Espagne au début des années 1930*, Banco de España, documentos ocasionales, nº 602, 2006.

¹⁹³ CALVO VÉRGEZ, J., *Líneas de actuación acometidas por el Banco Central Europeo destinadas a garantizar la estabilidad financiera en la zona euro*, QFA, nº 10, 2012, p. 8 *in fine*.

CAPITULO II

EL CONSUMIDOR BANCARIO

1. El consumidor y usuario. Antecedentes.

En la actualidad, el término “*consumidor*”, desde un punto de vista *económico*, es considerado como un sujeto de mercado que adquiere bienes o contrata servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades o las de un tercero¹, convirtiéndose, por tanto, en el último de los eslabones que componen la cadena del proceso económico, en el sentido de que dicho consumidor no pretende utilizar el bien que ha adquirido para conseguir otros bienes o servicios.

Dicho proceso económico que, en definitiva, se traduce en el desarrollo del mercado, ha sufrido, sobre todo a partir de la década de los años sesenta, numerosas transformaciones que, junto a los cambios sociales², han supuesto que el legislador comunitario y de los distintos estados, lleven a cabo políticas dirigidas a velar por la protección³ y los intereses de los consumidores, al considerar a éstos como la parte débil en la contratación.

En ese sentido, tanto la Unión Europea, como los estados miembros, no solo han desarrollado distintas normas⁴ que han perseguido proteger los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sino que, en particular, han centrado la creación de las mismas en intentar que se produzca un verdadero equilibrio en el momento de la contratación entre aquellos y los empresarios, y sobre todo, en lo referente a la contratación en masa.

¹ Por ejemplo, la familia.

² Estas sociedades, posindustriales y de consumo, se dirigen “*hacia un capitalismo financiero y tecnológico globalizado*”, tal y como señalan: PANIAGUA ZURERA, M., y MIRANDA SERRANO, L.M., en la obra *Derecho (privado) de los consumidores* (coordinada por Miranda Serrano, L.M., y Pagador López, J.), Marcial Pons, 2012, p. 20.

³ TOMILLO URBINA, *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, ECL, Civitas, 2011, p. 2 y ss.

⁴ A veces confusas o contradictorias, tal y como indica: ORDÁS ALONSO, M. *La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ACM, nº 9 y 10, 2009, p. 2: “Partiendo de la situación descrita, si bien resulta encomiable la labor efectuada por los poderes públicos con la finalidad de proteger al consumidor de crédito, la multiplicidad de normas existentes en la materia (cada una con su rango jerárquico, cada una con un diferente ámbito de aplicación, etcétera) produce una gran confusión e inseguridad jurídica, puesto que resulta muy difícil averiguar cuál es la concreta regulación aplicable a un supuesto dado. Así, a título meramente ejemplificativo, en unas ocasiones se exige que el acreditado o prestatario reúna la condición de consumidor, y en otros supuestos tal calificación carece totalmente de relevancia; las personas jurídicas son consideradas consumidores en unas Leyes sí (lo que implica incluirlas en su ámbito de aplicación), pero en otras no (lo que sirve para excluirlas de la protección otorgada por la norma); algunas normas exigen que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, mientras que otras prescinden de la naturaleza del objeto hipotecado”.*

A las señaladas pretensiones que a nivel comunitario y nacional se llevan a cabo, se suman recientes resoluciones judiciales emanadas del TJUE⁵ y de los órganos jurisdiccionales de los países comunitarios⁶, que han supuesto una clara apuesta por erradicar los abusos y desequilibrios económicos a los que al parecer se han visto sometidos los consumidores y usuarios en los últimos años.

En ese orden de cosas, surge el concepto de consumidor y usuario visto desde un punto de vista jurídico⁷, debiendo distinguirse entre el concepto de consumidor y usuario en sentido amplio, y el concepto de consumidor y usuario en sentido estricto.

El consumidor en sentido amplio, se refiere al sujeto, persona física o jurídica, que se encuentra protegido⁸ por la legislación de consumidores.

Era la derogada Ley 26/1984, General de defensa de Consumidores y Usuarios, amén de otros⁹ textos legales, la que en sus artículos 1.2 y 3, recogía los

⁵ SSTJUE, Sala 1ª, de 14 de marzo y 30 de mayo de 2013. En la primera de ellas, el Tribunal declara que la citada norma se opone a una normativa nacional que, al mismo tiempo que no prevé en el marco de una ejecución hipotecaria la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite tampoco que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. Además, para determinar el concepto de “*desequilibrio importante*” en detrimento del consumidor, el Tribunal indica que el mismo debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

⁶ Por lo que respecta a España, consúltese: STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013. El Pleno del TS declara la nulidad de las cláusulas suelo incluidas por las entidades bancarias demandadas por falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas generales o particulares, por falta de información de que se refieren a un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Aunque la falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia daban cobertura exclusivamente 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. Esta sentencia ha sido aclarada por auto de 3 de junio de 2013.

⁷ BERMEJO, J., Aspectos jurídicos de la protección del consumidor, RAP, nº 87, 1978, p. 263, entiende por consumidor a cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situada en la posición de demanda de un hipotético y convencional vínculo con el titular de la oferta. POLO, E., La protección del consumidor en el Derecho privado, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980, p. 27, conceptúa al consumidor como *destinatario final de bienes y servicios para el consumo privado*. DE CASTRO, F., Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, ADC, 1982, p. 1068 y ss., comenta citado uso privado.

⁸ RIVERO ISERN, E., La protección del usuario de los servicios públicos, RAP, 1978, p. 206, trata las distintas posiciones en las que se puede encontrar el consumidor en el contexto más amplio de la teoría general del llamado Derecho del Consumo.

⁹ La Ley 29/2009 de 30 diciembre 2009, por la que se modifica el régimen legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, da nueva redacción al artículo 3.1 de la vigente Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, al

criterios generales que nos servirán para concretar los criterios delimitadores del concepto legal de consumidor, en el sentido amplio o general.

Así, se consideraba como tales a *“las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*; y no ostentando tal condición *“quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”*.

Para la citada Ley, el consumidor, era pues, la persona¹⁰ que adquiere bienes¹¹ para su propio consumo, resultando pues excluidos quienes adquieren un bien o servicio no como destinatarios finales del mismo, sino para su integración en una actividad profesional o empresarial¹².

Una cuestión debatida de la norma derogada, trató de si las personas jurídicas podían considerarse consumidores, lo que no se dudó en admitir, y actualmente tampoco, ya que las mismas podían y pueden ser consumidores o usuarios. Ello es así porque hay personas jurídicas que son destinatarios finales de los bienes o servicios en el mercado, siendo su situación equiparable a la persona física, consumidor en sentido jurídico, que adquiere los bienes o servicios para su utilización en el ámbito familiar o doméstico.

Por su parte, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el texto refundido de la LGCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, no solo reúne todos los conceptos de consumidor que estaban dispersos¹³ por las leyes especiales, sino que además presenta una nueva definición de consumidor que en nuestra consideración, mejora

determinar que *“La ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*. Así lo aclara también: SSTS de 11 de julio de 1980, 22 y 25 de marzo de 1996, 27 de enero de 1997, 6 de octubre de 2004; y STJUE, de 7 de julio de 2005.

¹⁰ BOURGOIGNIE, T., Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor, *Estudios sobre consumo*, nº 24, 1992, p. 25.

¹¹ GUILLEN CATALÁN, R., El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores, Centro de Estudios, 2010, p. 19: *“la entrada en vigor del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, a pesar de que pretende, con una clara finalidad, la unificación del derecho de consumo, deja al margen la inclusión de determinados ámbitos específicos de contratación de bienes dirigidos a consumidores”*.

¹² En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, al declarar, en su sentencia de 16 de octubre de 2000, Fundamento de Derecho segundo, que *“La Ley -art. 1 apartados 2 y 3 - excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales”*.

¹³ LARROSA AMANTE, M.A., Principales novedades en el ámbito de la protección del consumidor. El RD Legislativo 1/2007 de 16 noviembre, RJED, nº 3, 2008, p. 1.

de manera significativa a la anterior recogida en la Ley de 1984, que se caracterizaba por su amplitud¹⁴ en el concepto.

Pensamos que la actual definición es mejor que la recogida en la anterior norma, porque se muestra mucho más breve y concreta, al establecer en su artículo 3 que *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*.

De la redacción se desprenden varias diferencias respecto a la norma anterior. Así, el legislador sí ha mantenido el concepto de persona jurídica¹⁵ como consumidor, en tanto en cuanto actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, lo que estrecha el ámbito de personas jurídicas consumidores, como sucede con las asociaciones, que constituidas como personas jurídicas, no desarrollan una actividad empresarial o profesional, teniendo prohibido legalmente el ánimo de lucro, en aplicación del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

Como consecuencia, la Ley solo será de aplicación a las relaciones entre consumidores y empresarios¹⁶, quedando excluidas las relaciones entre particulares, que sí quedaban incluidas en la anterior legislación del año 1984, lo que supone que las relaciones entre empresarios o las que se mantengan entre particulares se regirán por la normativa común, esto es, Código Civil y Código de Comercio, o cualesquiera otras que sean de aplicación.

¹⁴ VAZQUEZ GARCIA, R., El consumidor y los bancos, tensiones y relaciones contractuales, en la obra Curso sobre el nuevo derecho del consumidor, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, p. 198.

¹⁵ La SAP Valencia, Sección 9ª, de 22 de septiembre de 2010, en su Fundamento de Derecho primero, introduce algunas interpretaciones que pueden ayudar a esclarecer el concepto legal de consumidor persona jurídica, al señalar que: *“El Juzgado de Primera Instancia 4 de Xàtiva dictó sentencia, con fecha 3-3-10, que estimaba parcialmente la demanda interpuesta por.....SL contra.....SDAD COOP CRÉDITO, a la que condenaba a abonar al actor la suma deEuros más los intereses como han quedado determinados en la propia resolución, sin expresa imposición de costas. La sentencia resolvía, en primer lugar, no ser aplicable a la actora la condición legal de consumidor y/o usuario conforme los apartados 2 y 3 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en la redacción vigente en el momento relevante a efectos de este litigio, por tratarse de sociedad mercantil, y versar sobre un contrato de préstamo, por elevadísimo importe, concertado para el desarrollo de su actividad mercantil. Ello implica, según la propia sentencia, que el control admisible sólo puede dirigirse a que la condición general no sea contraria a la propia Ley sobre condiciones generales de la contratación u otra norma legal imperativa. La actora por tanto no sería consumidor y, por el contrario, tiene la posición de fuerza propia como sociedad mercantil dedicada a actividades inmobiliarias, por lo que, siendo promotora, las cláusulas se han negociado individualmente, por lo que no existiría la pretendida "abusividad"”*.

¹⁶ FLORES RODRIGUEZ, J., Los nuevos contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, reventa e intercambio de alojamiento, conforme al Real Decreto Ley 8/2012, de 16 marzo, BCID, 2012, p. 1.

Por otra parte, el RDL 1/2007, a través de sus artículos 5, 6 y 7, introduce otra novedad en relación con la legislación anterior, ya que incorpora los conceptos de productor, producto y proveedor, lo que conllevaba que para la localización de dichos conceptos no haya que recurrir a normas comunes o especiales, como sí sucedía en la LGCU de 1984.

No obstante, no todo son diferencias con respecto a la anterior norma, ya que la actual Ley mantiene coincidencias cuando define al consumidor, entre las que destaca el mantenimiento en el concepto legal de consumidor del término de “*usuario*”, utilizando la redacción “*consumidor y usuario*”, en el afán, creemos, de, sin perjuicio de que ambos términos quedan incluidos en el concepto de consumidor, de diferenciar “*consumidor*” como sujeto que se encuentra protegido por la legislación de consumidores, de “*usuario*” como sujeto que disfruta de un bien o servicio.

Aun así, creemos que el legislador podría haber evitado, a fin de hacer aún más breve y sencilla la definición de consumidor, la utilización del término “*usuario*”, reunificando ambos términos en el concepto de “*consumidor*”, ya que nada impediría incluir en el término “*consumidor*”, por ejemplo, a la persona física o jurídica que recibe el servicio de un tercero, sin necesidad de denominar al sujeto que disfruta del mismo como “*usuario*”.

Respecto al concepto de *consumidor en sentido estricto*, se definiría como cualquier persona física o jurídica que puede ejercer todos los derechos que estén reservados por la normativa específica¹⁷ sobre consumo.

Dicha norma específica aplicable a consumidores, la encontramos en varias ocasiones inserta en el RDL 1/2007, por ejemplo, cuando en su Libro Cuarto, Título I, recoge la normativa sobre Viajes Combinados, estableciendo en su artículo 151. g., que a efectos de citado Libro, se entenderá por consumidor o usuario a “*cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario*” de un viaje combinado; o cuando en el Libro tercero, Título primero, Capítulo primero, referido a la Responsabilidad Civil por bienes o servicios defectuosos, determina en su artículo 128, que “*todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*”.

Pero no solo se contempla el concepto de consumidor en sentido estricto en la vigente LGCU, sino que también puede localizarse en otras normas, como sucede en

¹⁷ En el sentido, por ejemplo, de que conforme a la normativa específica, el consumidor bancario puede ejercer el derecho de reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y un consumidor de vehículos no, y ello, sin que ambos dejen de ser consumidores desde el punto de vista legal de consumidor.

la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, al incluir en su artículo 2.1 que *“a efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”*; o en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de diciembre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuando en su artículo 1 señala que *“la presente orden ministerial tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios”*; o cuando la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, indica en su artículo 1 que *“lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas), que, de manera profesional, realicen cualquiera de las actividades que consistan en: a- la concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación”, y b-, la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su inscripción”*.

2. El concepto de consumidor y usuario bancario.

Dentro del concepto de consumidor y usuario en sentido estricto, se incluiría aquel consumidor o usuario, esto es, persona física o jurídica, a la que le es de aplicación¹⁸ la normativa nacional y europea¹⁹ en materia bancaria.

¹⁸ Véanse: SJPI nº 24 de Barcelona, de 9 noviembre de 2010; SAP de Palencia, de 9 febrero de 2012; y SAP de Zaragoza, de 30 abril de 2012.

¹⁹ También se encuentra en el ámbito del derecho comunitario el concepto de consumidor en sentido estricto, en el que queda incluido el concepto de consumidor bancario. Así, véanse: Directiva del Consejo, de 22 de febrero de 1990, que modifica la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de crédito de consumo; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior (que modifica a la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia); y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En ese sentido, el concepto de consumidor y usuario bancario, aparece o se identifica en el ámbito financiero cuando al mismo le es de aplicación la citada normativa en las distintas fases²⁰ de sus relaciones²¹ con las entidades de crédito.

Así, la persona física o jurídica, que un momento determinado ve regidos sus derechos y establecidas sus obligaciones por lo recogido en las distintas normas bancarias, adquiere²² la calificación o denominación de consumidor y usuario bancario²³.

En efecto, dicho momento en el que la persona física o jurídica adquiere la calificación de consumidor bancario, se produce, *de forma general*, cuando aquella lleva a cabo con la entidad de crédito las distintas negociaciones que surgen de las denominadas *operaciones de pasivo*, referidas a aquellas que consisten en captar fondos, y en las que la entidad financiera es deudor y el depositante es acreedor, tales como cuentas corrientes, cuentas de ahorro y cuentas a plazo, entre otros productos; de las *operaciones de activo*, que sitúan a la entidad financiera en acreedor y al titular del contrato en deudor, como consecuencia de la inversión que la entidad de crédito realiza a favor del deudor, como sucede en el contrato de préstamo, crédito en cuenta corriente, aval, etc.; y de las *operaciones de mediación o accesorias*, que no suponen aumento del activo ni el pasivo de la entidad de crédito, pero que sí derivan en prestación de servicios a la clientela y sirven, en muchos casos, para captación de la misma, como son el cobro y pago de cupones, compraventa de valores, giros, entre otras, y en las que el consumidor, bancario, ostenta la condición de ordenante de un servicio²⁴.

²⁰ Precontractuales y contractuales. La SAP de Málaga, Sección 6ª, de 16 de noviembre de 2006, al utilizar el *concepto de consumidor bancario*, parece situar al mismo tanto en la fase precontractual como en la contractual, al señalar en su Fundamento de Derecho tercero: “.....*pudiendo inducir a error al usuario afectando a su comportamiento económico y vinculándose por ello en una relación contractual en la que el consumidor bancario no tiene seguridad ni certeza de cuanto beneficio efectivamente le puede generar la contratación del mencionado producto financiero, o de si acaso puede existir riesgo en la misma.....*”. El mismo criterio parece mantener el Banco de España, cuando en la memoria del servicio de Reclamaciones del año 2003, utiliza e identifica el concepto de consumidor bancario en ambas fases, al señalar, refiriéndose a las reclamaciones presentadas por los clientes, que este *“importante incremento es fruto tanto del mayor conocimiento de sus derechos por parte del consumidor bancario y del significativo aumento del número de operaciones bancarias”*.

²¹ RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito*, Ob. cit., p. 130, se refiere a que en la negociación entre consumidor y entidad financiera, ésta última utiliza el término *“clientela”* como concepto más amplio y que abarca no solo a los consumidores o usuarios sino a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que se relacionan con las entidades de crédito en el marco de la actividad de estas empresas.

²² HUALDE MANSO, T., *Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago desde la perspectiva de sus usuarios*, ACM, nº 5, 2010. ORDÁS ALONSO, M., *El descubierto en cuenta corriente y la protección del usuario de servicios bancarios*, ACM, nº 9, 2007. SABATER BAYLE, E., *Los contratos usurarios en la reciente Jurisprudencia*, ACM, Vol. I, 1994.

²³ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos bancarios*, RDBB, nº 17, 1985, p. 131.

²⁴ Se refiere a las operaciones denominadas neutras o de servicios.

Una vez que el consumidor o usuario se sitúa en mencionados escenarios de contratación con la entidad de crédito, rigiéndose cada una de las partes por la normativa bancaria que les sea de aplicación, surge la figura del consumidor bancario en sentido estricto.

No obstante, obsérvese, que cuando se ha aludido a que el concepto de consumidor o usuario bancario surge en el momento de la negociación que el mismo mantiene con la entidad de crédito en las distintas operaciones pasivas, activas y de mediación, se ha señalado que se trata de un criterio general a seguir, no pudiendo utilizarse el mismo de manera “*tajante*” ya que, por ejemplo, en las citadas *operaciones pasivas*, el depositante de efectivo no puede ser concebido como destinatario final, aunque su voluntad sea obtener rentabilidad, custodia de los fondos y una serie de servicios adicionales tales como la transferencia o domiciliación de recibos. Lo mismo sucede en las precitadas *operaciones activas*, en las que se excluye del concepto legal de usuario a quien contrata créditos de mediación, es decir, promotores de viviendas y otros, o destinen el producto a la financiación de inmovilizado o circulante del profesional de la empresa, de ahí la prudencia que debe adoptarse en la utilización del ya descrito *criterio general* de identificación del consumidor bancario.

Finalmente, y al no poder dejar de atribuir a la actividad bancaria el carácter de servicio, de índole financiero, no cabe duda de que esta actividad se encuentra comprendida entre las incluidas en la Ley 1/2007, LGCU, lo que supone, que serían consumidores bancarios las personas físicas o jurídicas que, contratando con una entidad financiera, adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios o actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada²⁵, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden; no ostentando tal condición quienes, contratado con la entidad financiera, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

3. Transformación del consumidor bancario a partir de los años sesenta.

Puede afirmarse, sin temor a equivocarnos, que fue a partir de los años sesenta cuando la actividad bancaria se incrementa en las sociedades internacionales, y en especial, en la española.

Es posible verificar ese incremento de la actividad bancaria en la sociedad de nuestro país a partir de la década de los 60, en el aumento de quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios²⁶ bancarios ante el Servicio de Reclamaciones del Banco

²⁵ Es decir, banca privada o pública.

²⁶ Tradicionalmente, los usuarios del Servicio de Reclamaciones del organismo regulador han sido personas físicas, sin embargo, desde la creación del Servicio en el año 1987 han adquirido relevancia

de España. Así, a lo largo del año 2009²⁷, se presentaron 57.007 nuevos casos, de los que 13.640 fueron reclamaciones y quejas (un 93% más que en el año anterior); 4.837 fueron consultas recibidas a través de la oficina virtual (un 20% más) y 38.530 fueron consultas telefónicas (un 52% más), cantidad muy elevada si la comparamos con las reclamaciones presentadas en el año 1999, 2.498, o con el año 1990, que fueron un 25% menos en relación con éstas últimas.

Ese incremento del negocio bancario producido a partir de los años 60 en España y en el resto de las distintas economías internacionales, tiene lugar, principalmente, por la transformación de las actividades mercantil y bancaria²⁸ al verse modificadas las circunstancias económicas a las que las sociedades y el Derecho se enfrentaban. De este modo, cada vez con mayor intensidad, se realizaban a nivel nacional e internacional transacciones comerciales que urgentemente necesitaban estar asistidas, para su buen fin, de nuevos productos financieros que garantizaran un mínimo nivel de rapidez y seguridad, y que fuese económicamente admisible para el usuario bancario.

Las entidades financieras de las distintas naciones, conscientes de las mencionadas transformaciones mercantiles y bancarias, y utilizando esta mutación para incrementar su negocio y cuentas de resultados, comenzaron a incrementar a partir de 1950, la comercialización de nuevos productos financieros que eran puestos a disposición de los consumidores bancarios, como fue el caso de los créditos documentarios²⁹, de los créditos sindicados³⁰, el arrendamiento financiero³¹ en sus distintas modalidades³², el factoring, los swaps³³, etc.

de forma progresiva las reclamaciones y quejas recibidas de personas jurídicas, en especial pequeñas y medianas empresas.

²⁷ Consúltense: Banco de España-servicio de quejas y reclamaciones.

²⁸ El consumidor bancario se enfrentaba en el periodo estudiado a una operatividad financiera muy distante de la actual del siglo XXI, ya que en dicha época los contratos básicos eran principalmente el de préstamo, crédito, cuenta corriente y aval; sobre los mismos. En ese sentido, véase: GARRIGUES., contratos bancarios, Madrid, 1975, 2ª edición.

²⁹ A consecuencia de precitadas transformaciones económico-financieras que afectaban al *tráfico comercial internacional*, en los años 1951, 1962 y 1974, fueron revisadas las Reglas y Usos uniformes relativos a citados créditos documentarios. Así, al entrar en vigor la revisión de 1974, se produjeron varias consultas a la Cámara de Comercio Internacional, por parte de Bancos y comerciantes de diversos países, sobre determinados puntos incluidos en las mismas, y ello dio lugar a que desde 1975 hasta 1983 se celebraran determinadas reuniones de la Comisión de Prácticas Bancarias de la Cámara de Comercio Internacional con objeto de estudiar las posibles enmiendas y tomar decisiones que correspondiesen en cada caso, y si se estimase oportuno proceder a redactar una nueva revisión de las citadas Reglas. Por todo ello, se realizó una nueva revisión de las Reglas y Usos en 1983, que entró en vigor el 1 de octubre de 1984. Finalmente, la Cámara de Comercio Internacional (Viena, 1933), regula los créditos documentarios mediante Reglas Uniformes, estableciendo dos tipos: 1) el revocable, cancelable *ad nutum* por el emisor sin notificar al beneficiario; y 2), el irrevocable, donde el emisor se obliga tanto con su cliente ordenante como con el beneficiario. A dicha repercusión en el tráfico comercial, aluden: GUERRERO LEBRÓN, M.J., La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios, DN, nº 121, 2000, p. 2 y ss. TAPIA HERMIDA, A., Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, RDBB, nº 57, 1995, p.1 y ss. TAPIA HERMIDA,

Como consecuencia de las precitadas transformaciones bancarias y económicas se inicia, a partir de los años 60 del pasado siglo, una producción legislativa que, con diferente alcance, tiene como principal objetivo la regulación de la actividad bancaria y la protección del usuario de servicios bancarios.

En ese sentido, podemos distinguir dos periodos, el comprendido entre los años 1960 y 2007, y el que se extiende a partir de éste último hasta la actualidad. Así, a partir del año 1960, resulta profundamente influenciada la promulgación de la Constitución Española de 1978, que en su artículo 51 dispone “*que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo,*

A., Consideraciones procesales y sustantivas en torno a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, RDBB, nº 51, 1993, p. 3. URÍA, R., MENENDEZ, A., Y VERGEZ, M., *Compraventa Internacional, Estudios y Comentarios Legislativos*, Civitas, 2007, p. 1 y ss.

³⁰ Contrato procedente del Derecho anglosajón. En este sentido, véase: CREMADES, B., Régimen jurídico general en préstamos sindicados en pesetas, Instituto de Empresa-Banco de Vizcaya, Madrid, 1981, p. 25, al considerar al crédito sindicado como aquel contrato de crédito de origen variado (*préstamo, apertura de crédito, emisión de pagarés,...*) caracterizado porque la posición del acreditante o prestamista es asumida por varias entidades de crédito, debido al elevado importe de la financiación concedida. La organización del sindicato de bancos corresponde al denominado “*banco agente*”. Sobre la parte acreditada-consumidor bancario, véase: AMESTI MENDIZABAL, C., El banco agente en los contratos de crédito sindicado. Consideraciones sobre la naturaleza de la relación que establece el banco agente en dichos contratos, RDBB, nº 45, CDBB, Madrid, 1992. En relación a las primeras regulaciones normativas del contrato, consúltese: Orden Ministerial de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo, ya que es la primera disposición que hace alusión a la existencia de operaciones de préstamos o créditos con tipos de interés variables, incluyendo a los calificados como sindicados.

³¹ Por arrendamiento financiero, también llamado en acepción inglesa “*leasing*”, ha de entenderse aquel contrato mercantil cuyo objeto es la cesión de un bien, sea mueble o inmueble, adquirido por parte de un establecimiento financiero de crédito a un cesionario o usuario que, previamente y mediante la especificación y concreción del mismo, delimitó la adquisición de la entidad a cambio de una contraprestación dineraria y periódica de cuotas a lo largo del plazo o periodo estipulado. El contrato carece de una regulación normativa unitaria y armónica, teniendo que acudir a distintas normas para conocer su regulación, como la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el RDL 4/2004 de 5 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que derogó a la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, si bien, conservan su vigencia, su disposición adicional 13ª; disposición final 2ª, 2 y 4 y disposición final 7ª.

Sobre concepto de leasing, véase: DE LA SERNA Y VIÑAS, R., DE PASQUAL-MARZO & VILASECA, y TINTORÉ ESPUNY, A., TOGAS.BIZ, El acceso a la propiedad a través del leasing inmobiliario, publicación de 27 de junio de 2002, nº 19, al conceptuar a precitado contrato, con carácter general, “*como un arrendamiento financiero, a medio o largo plazo, de bienes de equipo o inmuebles destinados a finalidades empresariales y/o profesionales, en el que el cliente-arrendatario financiero, dispone, al término del contrato, de una opción de compra que le permite adquirir el bien por un valor residual*”.

³² Se distingue el arrendamiento financiero mobiliario e inmobiliario, no debiendo confundirse con figuras próximas pero con causas y contenidos obligacionales distintos como es el caso del leasing del fabricante, el *leaseback* y el *leasing operativo* o *renting*. Sobre los orígenes, desarrollo del contrato de leasing inmobiliario, véase: SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., El leasing inmobiliario, BCID, nº 1, abril 2004, p. 3.

³³ Tuvo su origen en 1981. Sobre la diferencia de la fiscalidad de los swaps en los distintos períodos, consúltese: VILARROIG MOYA, R., Régimen fiscal de los swaps de tipo de interés y de divisas, EDF, 2002.

mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo, promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles”.

La legislación que desarrolla citado mandato constitucional sobre consumidores en materia bancaria, referida aquella al periodo comprendido de 1960 a 2007³⁴, y a pesar de que la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ya facultaba y faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para, 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, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, se limita a dar un enfoque general sobre el concepto de consumidor y de la regulación de sus derechos³⁵ y obligaciones.

En cambio, es a inicios de 2007, cuando se percibe claramente a través de la creación de distintas normas³⁶ una verdadera intención por parte del legislador de establecer³⁷ criterios concretos sobre materias específicas de contratación bancaria, tales como tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad, garantizando la adecuada información y protección de quienes concierten productos financieros, facilitando la selección de distintas ofertas en contratos de préstamo más convenientes para el prestatario, profundizando en adoptar la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que se vaya a formalizar.

³⁴ Cítese, como enumeración no exhaustiva, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; y la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia sobre las condiciones financieras de préstamos hipotecarios.

³⁵ Sobre los derechos de los consumidores bancarios, y en concreto de ejercicio de defensa por intereses usurarios, véase: DIAZ ALABART, S., Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dirigida por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas, Madrid, Civitas SA, 1992, p. 274. NIETO CAROL, U., Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de los contratos crediticios, Actualidad Civil, 2, 1993, pp. 31-32. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A., Contratación bancaria y consumo, RDBB, 30, 1988. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en Contratos bancarios, dirigida por Rafael García Villaverde, Madrid, Civitas, 1992, pp. 939 y ss. AZORÍN RONCERO, J., La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y consumidores. Operaciones bancarias, RGD, 1985, nº 490.

³⁶ Enumérese, a modo de referencia, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; o la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo

³⁷ A ese establecimiento de nuevas normas a favor de la protección de los consumidores, y en especial, sobre derechos de información, ya aludió la doctrina con anterioridad a 2007, tal y como hizo: SABATER BAYLE, E., Préstamo con intereses, usura y cláusulas de estabilización, Aranzadi, 1986, p. 115, al manifestar *“la necesidad de proteger contra el fraude a los inexpertos”*.

De esta manera, se consigue un objetivo no contemplado en el periodo anterior a 2007, como es regular el producto concreto, con la idea de conseguir la concreción de los requisitos que han de cumplir ciertos productos financieros, de forma que dichos requisitos sean similares sea cual sea la entidad que los presta, ya se trate de una entidad de crédito o de cualquier otra empresa.

Con ese objetivo, no solo se aplica al consumidor bancario el régimen general de protección de los consumidores y usuarios establecidos constitucionalmente, sino que se utiliza, para fortalecer el sistema de contratación bancaria, una regulación concreta, profunda y exacta sobre los productos y servicios específicos ofrecidos por las entidades de crédito en sus relaciones con los consumidores y usuarios, y cuyos actos precontractuales, oferta y contratación, son controlados y vigilados por un organismo supervisor.

Finalmente, y como particularidad, es a partir de 2007 cuando el legislador, a través de la aprobación de distintas normas, introduce en las mismas políticas firmes dirigidas a dar fin a la posible indefensión que el consumidor bancario pueda sufrir en las distintas fases³⁸ de la contratación con la entidad de crédito de préstamos con garantía personal o hipotecaria, estableciendo nuevas obligaciones a cargo de las entidades de crédito y de los fedatarios públicos en materia de transparencia e información precontractual, tal y como sucede, con la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, entre otras.

4. El consumidor bancario a principios del siglo XXI.

En materia bancaria, se produce a comienzos del siglo XXI una tendencia a la creación de normas, interpretaciones doctrinales y resoluciones judiciales dirigidas, por un lado, a tratar de conseguir un trato igualitario entre consumidor persona física y el consumidor persona jurídica, y por otro, a implantar una mayor protección jurídica y económica para el consumidor bancario, centrada, principalmente, en los clausulados incorporados a los contratos que suscriben el usuario y la entidad de crédito.

La citada protección que el legislador lleva a cabo, y que incide sobre los clausulados insertados en los contratos bancarios, se centran principalmente en:

³⁸ Precontractual y contractual.

1º. Excluir la posibilidad de que las cláusulas insertas en los correspondientes contratos suscritos entre los consumidores y las entidades de crédito, otorguen a una de las partes la posibilidad de resolver unilateralmente³⁹ el contrato.

2º. Respecto a las pólizas bancarias, mediante las que se instrumenta el contrato de préstamo con garantía personal formalizado entre consumidores y entidad de crédito, y en la mayoría de los casos intervenidas por fedatario público salvo que no se alcancen determinados límites del importe prestado, el principio de libertad contractual consagrado por el artículo 1255 CC debe de matizarse conforme a lo previsto en la vigente TRLGCU, ya que las cláusulas expresadas en los contratos de adhesión⁴⁰ no tienen necesariamente que ser contrarias al orden público para ser declaradas abusivas.

3º. En cuanto a las defensas procesales⁴¹, de contratos de préstamo y crédito, y sobre la base de la vigencia constitucional de la ley de la usura del 23 de julio de 1908 y de otras normas administrativas⁴², se centran, básicamente, en la defensa en sede judicial de los derechos⁴³ del consumidor presuntamente lesionados, que pueden

³⁹ A fin de comparar tanto la actual legislación y la reciente jurisprudencia, con las normas y resoluciones judiciales, creadas y dictadas, respectivamente, con anterioridad al año 2000, en materia de resolución unilateral del contrato por la entidad de crédito, véase: ESPIAU ESPIAU, S., La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial, ACM, Vol. I., 1998, al indicar, como particularidad, que *"El estudio jurisprudencial realizado permite sostener la idea de la admisibilidad de la facultad de extinción o resolución unilateral del contrato en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, esta admisibilidad no es indiscriminada y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, prácticamente unánime en cuanto a los presupuestos que la determinan, no ha seguido en cambio ni criterio uniforme a la hora de establecer los requisitos que deben concurrir en su ejercicio ni, consecuentemente, a la hora de precisar los efectos o consecuencias que derivan del mismo."*

⁴⁰ CASTILLA CUBILLAS, M., Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes, RAD, nº 5, 2010, p.3.

⁴¹ BERMÚDEZ REQUENA, J.M., La oposición por pluspetición a la ejecución del contrato bancario de descuento, AJA, nº 789, 2009. CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.A., ¿Acciones de clase en el proceso civil?, ACM, nº 3, 2001.

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., La potestad sancionadora de las administraciones públicas y la defensa de los consumidores, ACM, nº 13, 2008, p. 3 y ss.

⁴³ Para conocer el verdadero alcance del nuevo intento de protección de derechos de los consumidores bancarios, consúltese, BELUCHE RINCÓN, I., Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato, DLL, nº 7182, 2009. MORENO-TORRES HERRERA, M.L., Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE, y su transposición a los ordenamientos: un caso de "desarmonización", DLL, nº 5655, 2002. FENOY PICÓN, N., Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la disposición adicional 1ª 9ª LGDCU, RCDI, nº 668, 2001. ÁLVAREZ OLALLA, M.P., Novedades en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, ACM, nº 7, 2011. REPRESA POLO, M.P., La relación entre deudor cedido –cesionario: las excepciones oponibles, ACM, nº 4, 2010. PIPAÓN PULIDO, J.G., Acciones en materia de prácticas desleales y códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios, AJA nº 799, 2010. GARCÍA ABURUZA, M.P., Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?, RAD, nº 6, 2009. Sobre la insuficiencia de la anterior legislación, véase: MUÑOZ DE DIOS, G., El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas, RDP, Madrid, 1981. CAMACHO DE LOS RIOS, J., Ingreso de las cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda en la cuenta especial establecida por la Ley 57/1968,

ser ejercitados tanto en juicios declarativos, como ejecutivos e incluso en el trámite de oposición,

Para lograr tales fines, el legislador ha utilizado, principalmente, tres cuerpos legales y una sentencia. A nivel autonómico cabe destacar el Decreto 218/2005, de 11 octubre, que aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas de Andalucía; en tanto que, a nivel estatal, destacan 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 complementarias⁴⁴; y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Finalmente, como fuente complementaria, debemos resaltar la STS de 16 de diciembre de 2009, que especifica qué cláusulas incorporadas en contratos de préstamo con garantía personal o hipotecaria, cuenta corriente o de ahorro, descuento, o aval, entre otros, son consideradas abusivas, y la STS de 9 de mayo de 2013, que declara la *nulidad de las cláusulas suelo incluidas por determinadas entidades bancarias por falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato*

El mencionado Decreto 218/2005, de 11 octubre, persigue principalmente⁴⁵ armonizar y regular las relaciones⁴⁶ entre el ámbito bancario y el mercado inmobiliario, y en especial, en los negocios referidos a la compra de vivienda o su arrendamiento, por presentarse como los dos contratos que originan mayores e importantes consecuencias para la economía de las personas.

De este modo, el citado Decreto andaluz persigue lograr exigiendo una más mayor transparencia en el mercado inmobiliario de Andalucía a través de una completa información al consumidor, a fin de que pueda adoptar sus decisiones de consumo con un mayor conocimiento, y de esta forma, se logre una mayor protección de sus intereses económicos.

CCJC, Madrid, nº 46, 1998. OROZCO PARDO, G., Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios. Aranzadi Civil, nº 10, 2002. MARÍN LÓPEZ, J. J., Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (Comentario a la STS de 30-12-1998), Madrid, CCJC, 1999, nº 50. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles, Civitas, Madrid, 1990.

⁴⁴ Modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

⁴⁵ Completando a la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, que recoge en su artículo 4 como derechos de los consumidores «*La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales*» y «*La información veraz, suficiente, comprensible, inequívoca y racional sobre las operaciones y sobre los bienes y servicios susceptibles de uso y consumo, de acuerdo con la normativa vigente.*»

⁴⁶ GARCÍA MEDINA, J., Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 10, 2006.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁴⁷, contiene importantes novedades que van a favorecer la protección y garantías⁴⁸ de los usuarios bancarios. Entre dichas novedades destacan las siguientes:

- la comunitaria, en relación al empleo de los términos consumidor, usuario y empresario;

- se establece un régimen común para el derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho⁴⁹;

- se eleva el nivel de protección de los usuarios bancarios al prohibirse que estos puedan renunciar con carácter previo a los derechos legalmente reconocidos. Así los pactos de sumisión al arbitraje⁵⁰ se retrasan al momento en el que el consumidor tiene una mayor capacidad para evaluar la decisión⁵¹ adoptada, esto es, el momento en el que surge la correspondiente controversia;

- se obliga a las entidades de crédito a proporcionar a sus clientes un mayor grado de información publicidad⁵² y transparencia de las operaciones que concierten con ellos;

- se desarrolla más ampliamente la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos;

⁴⁷ Da cumplimiento a la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilitó al Gobierno para proceder a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos. Respecto a las citadas actuaciones de *regularizar* y *armonizar* los textos legales objeto de refundición, véase: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, GT, 2009, 2171, p. 3 y ss.; y CARRASCO PERERA, A., Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007), Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, ACM, nº 5, 2008, p. 1 y ss.

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., El texto refundido sobre legislación de consumo, ACM, nº 18, 2007.

⁴⁹ Si bien, las modificaciones introducidas por la ley 3/2014, de 27 de marzo, suponen una regulación más amplia del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento.

⁵⁰ MUERZA ESPARZA, J.J., El sistema arbitral de consumo, AJA, nº 751, 2008, señala que tras la publicación del RDL 1/2007, afrontamos “*un arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor*”.

⁵¹ Para analizar la vigente modificación con la normativa anterior, véase, ISCAR DE HOYOS, J., Adecuación de la cláusula de sumisión a arbitraje privado a la legislación protectora de los derechos del consumidor Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 4, 2004.

⁵² MUÑOZ CUESTA, F.J., Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación, RAD, nº 1, 2010, aborda el tipo penal que castiga la publicidad engañosa teniendo en cuenta además el contenido del RDL 1/2007.

- se amplía la regulación sobre viajes combinados, cuya actividad se lleva a cabo por agencias⁵³ de viajes participadas 100% por entidades financieras;
- se promulga un nuevo régimen jurídico sobre garantías en la venta de bienes de consumo y su financiación⁵⁴ por las entidades financieras, y finalmente,
- se modifica la normativa reguladora de la contratación a distancia⁵⁵.

Por su parte, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, de igual forma que el RDL 1/2007, incorpora nuevas garantías y una mayor protección⁵⁶ a favor de los consumidores bancarios. En ese sentido, se imponen nuevas obligaciones a las empresas que ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario distintas de las entidades de crédito. Obligaciones hasta ahora exigibles en exclusiva a estas últimas, en particular en materia de transparencia sobre comisiones y tipos de interés, y sobre información precontractual de los créditos y préstamos hipotecarios. Además, se articula un régimen jurídico específico al que quedan sometidas las empresas que realicen operaciones de intermediación, y en particular, de reunificación de créditos o préstamos.

Cuando los créditos o préstamos hipotecarios son concedidos por las entidades de crédito sujetas a la supervisión del Banco de España, se cuenta con una regulación específica en materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, concretada en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, respectivamente. Sin embargo, dado que en el Ordenamiento jurídico español esta actividad de intermediación crediticia no está reservada⁵⁷ a las entidades de crédito,

⁵³ GONZÁLEZ CABRERA, I., La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viajes, ACM, nº 4, 2010, p. 2 y ss.

⁵⁴ ORDÁS ALONSO, M., A propósito de la conveniencia de una reforma de la legislación reguladora de los contratos de financiación, ACM, nº 16, 2009.

⁵⁵ PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, DN, nº 209, 2008.

⁵⁶ ORDÁS ALONSO, M., La contratación con....., Ob. cit., p. 1 y ss.

⁵⁷ Recientemente han aumentado en nuestro país actividades de intermediación de préstamos que se muestran especialmente activas en lo referente a la agrupación de deudas. Esta actividad, realizada por empresas que no entran dentro de la categoría de entidad de crédito, aunque de auge reciente en nuestro país, está muy presente en otros países, donde una parte importante de los préstamos que conceden las entidades son objeto de intermediación. Con esta finalidad, se limita el ámbito de aplicación de la citada Ley 2/2009 a las empresas distintas a las entidades de crédito y a los supuestos de concesión de créditos o préstamos hipotecarios y de prestación de servicios de intermediación financiera, en el marco de la legislación general de protección de los consumidores,

cuando se desarrolla por otro tipo de empresas queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores sin otras exigencias particulares de transparencia y sin un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan préstamos o créditos hipotecarios con las mismas. Esta situación cambió radicalmente, tras la promulgación de la citada Ley 2/2009, de 31 de marzo, que impone nuevas obligaciones a las empresas en el desarrollo de su actividad de intermediación, así como en materia de información precontractual y contratación de préstamos hipotecarios.

Así, respecto a las citadas obligaciones adicionales en la actividad de intermediación que lleven a cabo estas empresas, se establece que aquellas que trabajen en exclusiva para una entidad de crédito u otra empresa, no podrán percibir retribución alguna de los clientes. En ese sentido, las empresas independientes sólo pueden percibir retribución cuando se haya acordado el importe de la remuneración en documento en papel o cualquier otro soporte duradero, y se prohíbe a las empresas percibir de los clientes o las empresas el precio o los fondos que constituyan el contrato principal.

Además, los intermediarios independientes estarán obligados a seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado, los que mejor se adapten al perfil de cada consumidor, poniendo a su disposición, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor.

En cuanto a la información precontractual, se exige una mayor transparencia en el desarrollo de la misma, debiendo las empresas poner gratuitamente a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen en sus contratos.

Paralelamente a dicha fase de información precontractual, las empresas deben facilitar al consumidor, con una antelación mínima de quince días a la firma del contrato, información relativa a la propia empresa, al servicio ofrecido y al contrato de intermediación que se pretenda celebrar, e incluyendo en dicha información aquellos elementos esenciales⁵⁸ para la adopción de una decisión informada y responsable, tales como la descripción de las principales características de los contratos y el precio total que debe pagar el consumidor.

Por su parte, en cuanto a la contratación de préstamos hipotecarios, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, incorpora una batería de obligaciones a cumplir por estas empresas. En ese sentido, cuando para la formalización del préstamo hipotecario se

sin perjuicio de la normativa específica de determinados productos como el crédito al consumo o la venta a plazos de bienes muebles.

⁵⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J., Interpretación y prueba del «acuerdo previo, concertado en exclusiva», entre prestamista y proveedor, artículo 15.1.b de la Ley de Crédito al Consumo: doctrina de las Audiencias Provinciales, ACM, nº 18, 2008, p. 2 y ss.

realice la correspondiente tasación del bien objeto de hipoteca, en los supuestos en los que la empresa concierte o efectúe directamente la tasación del inmueble u otro servicio que sea por cuenta del consumidor, debe indicarse la identidad de los profesionales seleccionados al efecto así como las tarifas de honorarios que se aplicará.

En la fase precontractual de los préstamos o créditos hipotecarios que se pretendan formalizar, se exige que las empresas que concedan los mismos entreguen a los consumidores un folleto informativo y gratuito con un contenido mínimo, y vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del mismo. Esta oferta deberá formularse por escrito, se firmará por el representante de la empresa y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la misma, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

En la publicidad que las empresas lleven a cabo de estos préstamos o créditos las mismas deben cumplir las exigencias establecidas por la normativa aplicable al préstamo o crédito sobre el que recae el asesoramiento o intermediación, además de señalar el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo o crédito, a la vez que indicarán el alcance de sus funciones y representación, haciendo constar si trabaja en exclusiva con una entidad de crédito o empresa, o bien se encuentra vinculada con varias entidades de crédito u otras empresas, o si, en su caso, trabaja como intermediario independiente.

Completando a las obligaciones ya descritas que deben asumir las precitadas empresas, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, contempla otras que también deben asumir dichas empresas, tales como:

- Obligación de tener contratado un seguro de responsabilidad civil, o de un aval bancario que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores; estar inscritas en los registros públicos que a tal efecto se creen por las Comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias.

- Se exige a estas empresas la carga de la prueba respecto al cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley y se regula el acceso a los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos y las acciones de cesación frente a las conductas contrarias a la Ley que lesionen los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

- Se regula las obligaciones de transparencia en relación con los precios, prohibiendo que las empresas puedan imponiendo que respondan a servicios efectivamente prestados o a gastos ocasionados.

- Se contempla específicamente el derecho de desistimiento en los contratos de intermediación, reconociendo a favor del consumidor un derecho de desistimiento

dentro de los catorce días naturales siguientes a la formalización del contrato, sin necesidad de alegar justa causa y sin penalización.

- En cuanto a las comunicaciones comerciales que efectúen las empresas, se obliga a las mismas a que identifiquen la tasa anual equivalente mediante un ejemplo representativo y especifique el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del préstamo o crédito.

Finalmente, es de destacar, que principalmente a inicios del siglo XXI, el consumidor bancario ha sido sujeto pasivo de cláusulas abusivas incorporadas en contratos de préstamo con garantía personal o hipotecaria, o en contratos de cuenta corriente o de ahorro, descuento, aval, etc. De entre dichas cláusulas abusivas destacan, entre otras, como las más utilizadas las siguientes:

En primer lugar, en la constitución de hipoteca, algunas entidades de crédito recogían en sus escrituras que para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en las mismas, dicha hipoteca garantizaría la devolución del capital del préstamo y además el pago de las costas procesales⁵⁹.

En segundo lugar, sobre el pacto de liquidez o de liquidación que da lugar al despacho de la ejecución, se modifican los criterios⁶⁰ relativos a la prueba de la cantidad reclamada, incluida en la certificación expedida por la entidad acreedora.

En tercer lugar, en cuanto a las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tuviese o pudiera tener en la entidad financiera en las que figure como titular único o indistinto, se establecen los criterios para que dichas cuentas y

⁵⁹ La reciente STS, de 16 de diciembre de 2009, resuelve en el asunto en los siguientes términos: *"La cláusula controvertida no contiene un pacto sobre costas, es decir, un pacto del que resulte que en todo caso de existencia de proceso -que es cuando se producen las costas procesales- las costas hayan de ser pagadas por el prestatario. Así lo entiende la sentencia recurrida, y no hay duda interpretativa, ni se planteó. Lo que sí establece el pacto es que la hipoteca cubre las costas, esto es, que la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplicará también al pago de las costas hasta la suma al respecto asegurada. Y ello no solo no es ilegal, procediendo añadir a los artículos citados en la resolución impugnada la adecuación a los preceptos de los artículos 689, 692.1, 693, párrafo final, y 694.2, párrafo segundo, LEC, y menos todavía abusivo, sino que es conforme al principio de especialidad o determinación de la hipoteca, en relación con la denominada "garantía accesoria"*.

⁶⁰ Dicha STS, lo aclara en el siguiente sentido: *El denominado "pacto de liquidez" o "de liquidación" es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SSTS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; artículos 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º LEC-. Esta es la finalidad del pacto -despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba"*.

depósitos queden afectos al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pudiendo el Banco compensar⁶¹ y garantizar entre sí reiteradas cuentas y depósitos.

En cuarto lugar, en las causas de vencimiento anticipado de un préstamo con garantía personal o hipotecaria, no solo se declaró abusiva la cláusula relativa a que la entidad de crédito se encontraba facultada para resolver⁶² el contrato cuando se produjera el impago de una sola cuota del préstamo, sino que también se declara ilícita por abusiva, la cláusula de vencimiento anticipado utilizada por las entidades de crédito consistente en: *“cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”*, ya que supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato desproporcionada, no contemplando ni si quiera la posibilidad para el deudor de constitución de nuevas garantías⁶³.

En quinto lugar, en relación a determinadas cláusulas o estipulaciones no financieras incluidas en pólizas y escrituras de préstamo, y en concreto la referida a

⁶¹ La sentencia, señala en su Fundamento de Derecho séptimo que *“Con independencia de que no todas las Sentencias de las Audiencias Provinciales presentan una conclusión al respecto del tema en el sentido en que lo entienda la parte recurrente, en cualquier caso, no cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (artículo 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación “ad intra” con ellos. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente”*.

⁶² En ese sentido, la sentencia aclara que *“el motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo”*.

⁶³ Así, la sentencia, afirma que *“El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. 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 previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya “acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia”, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional -predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual. Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva”*.

que “*mientras no esté totalmente reembolsado*⁶⁴ el préstamo, la parte prestataria queda obligada a no celebrar, sin consentimiento de la entidad financiera, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años”, se establecen tres criterios a observarse de manera general por las entidades de crédito. El primero de ellos, consiste en establecer que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda. El segundo de los criterios, viene a indicar que el pacto de vencimiento anticipado solo será operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos⁶⁵. Y finalmente, como tercer criterio, se señala que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, lo que supone que la posible desproporción⁶⁶ dependerá de las circunstancias del caso concreto.

Por último, en cuanto a la limitación impuesta por las entidades financieras que conlleva que la parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del préstamo que deberá ser autorizada expresamente por la entidad prestamista, se aclara el alcance que debe darse a dicha limitación⁶⁷.

⁶⁴ La sentencia, indica que “*para dar respuesta al motivo es preciso tener en cuenta diversas apreciaciones previas. La primera es que el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (artículo 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada-. En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo -coeficiente- que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar”.*

⁶⁵ Entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.

⁶⁶ La sentencia, indica que “*en principio el 6% previsto en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, no puede considerarse “per se” desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia”.*

⁶⁷ Así, la sentencia, especifica que “*El motivo se estima porque de la lectura de la cláusula cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas. Cuando menos la cláusula es oscura en tal sentido y con el evidente riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del usuario o consumidor, por lo que le es aplicable la doctrina de la interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC) y lo dispuesto en los apartados 2º y 18º DA 1º LGDCU. El argumento expuesto debe ser complementado con los razonamientos siguientes. En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo*

5. La repercusión de la Constitución y Estatutos de Autonomía en la tutela de los derechos del consumidor bancario.

Para poder aproximarnos a concretar la repercusión que la CE y los Estatutos de autonomía tienen sobre el consumidor bancario, es imprescindible referirnos a los niveles de protección⁶⁸ que estos textos legales conceden al mismo.

Así, a nivel estatal, la promulgación de la CE marcó un momento fundamental para la protección del consumidor, al establecer en su artículo 51 que:

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

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Con la creación de dicho artículo, no se está regulando un derecho fundamental, pero sí se está recogiendo una exigencia constitucional que debe orientar⁶⁹ la labor del legislador al crear los diferentes mecanismos de política económica. En ese sentido, dentro de la expresión “*procedimientos eficaces*” a la que

contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales). Por otro lado, la transmisión de la deuda por el deudor (que no es en puridad “subrogación”, pues esta expresión se refiere al aspecto activo de la relación jurídica obligacional o crédito, aunque también se utiliza para designar la subrogación en la carga hipotecaria -responsabilidad, que no deuda-), que constituye una modalidad de novación, requiere, para que produzca el efecto de liberar al deudor transmitente, dando lugar a la denominada asunción de deuda liberatoria, el consentimiento del acreedor. De lo expuesto se deduce que no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor -prestatario-. Solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca”.

⁶⁸ LARROSA AMANTE, M.A, ¿Es necesario un nuevo proceso específico para la protección de los intereses individuales de los consumidores?, RJED, nº 5, pg. 1, marzo de 2006: “*nunca la protección del consumidor ha alcanzado en nuestro Derecho un nivel de protección tan importante como el derivado del actual desarrollo, con origen en la Constitución y en la incorporación de España a la Unión Europea (con su especial interés en llevar a cabo una política común de protección de los consumidores”, de los diversos mecanismos de protección que se han ido incorporando en los diversos textos legales sobre esta materia y que en cumplimiento del mandato constitucional y de trasposición de diversas Directivas comunitarias, han supuesto una superación de la tradicional vigencia del Código Civil en la regulación de las relaciones entre particulares, incorporando nuevos criterios más acordes con el actual tipo de contratación entre empresa y consumidor, así como una nueva interpretación del concepto de autonomía de la voluntad que ha supuesto la llamada “contratación en masa”.*

⁶⁹ El efecto fundamental de dicho artículo 51, radica, según completa el artículo 53.3 CE, en que su contenido se constituye en *principio inspirador de las nuevas leyes que se promulguen*, así como también deberá inspirar la actuación de las autoridades y los tribunales.

alude el texto constitucional en el apartado 1 del citado artículo 51, se incluyen los distintos procedimientos⁷⁰ que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han creado para la efectiva protección de los derechos de los consumidores en general y de los usuarios bancarios en particular.

Dicha labor de creación de procedimientos eficaces a favor de dichos sujetos, es una función que obedeciendo al mandato constitucional, debe llevarse a cabo por el Estado y las Comunidades Autónomas de manera ininterrumpida, adaptando los mismos a las distintas realidades sociales y económicas, y buscando satisfacer el interés general.

En ese sentido, se produjo la promulgación de múltiples textos⁷¹ legales sobre la protección de los consumidores en general y sobre la protección de los usuarios bancarios en particular, que en cumplimiento del mandato constitucional y de la trasposición de diversas Directivas comunitarias, han supuesto una superación de la tradicional vigencia del Código Civil en la regulación de las relaciones entre particulares, al incorporar nuevos criterios de más fácil adaptación al actual tipo de contratación entre empresa y consumidor, a la vez que aportan una nueva interpretación del concepto de autonomía de la voluntad.

No obstante, y ante el hecho de que las distintas normas que se creen para llevar a cabo la protección de los consumidores, pueden ser objeto de interpretación en cada momento, en última instancia, serán los órganos judiciales los que resolverán en cuanto a la correcta interpretación que deba darse a cada una de dichas normas, y con la particularidad, de que en el supuesto que a dichos órganos jurisdiccionales se le planteen dudas⁷² respecto a mencionada interpretación de la norma en cuestión, deberán interpretarlas conforme al espíritu del contenido del artículo 51 de la CE.

⁷⁰ administrativos, contractuales, arbitrales y/o judiciales, etc.

⁷¹ Con posterioridad a la promulgación de la CE de 1978, se originaron textos legales que han desarrollado a la normativa constitucional, destacando a nivel estatal: Orden de 22 de junio de 1982, de desarrollo de determinados aspectos del mercado hipotecario; Ley 13/1985, de 25 de mayo, de tipos de interés, comisiones e inversiones; RDL 1298/1986, de 28 de junio; RD 321/1987, de 27 de febrero, por el que se regula el coeficiente de inversión obligatorio de las entidades de depósito; Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés, comisiones y normas de actuación de las entidades de depósito; orden de 16 de junio de 1988, sobre información que las entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes; Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito; Orden de 12 de diciembre de 1989, de tipos de interés y comisiones; Circular 8/1990, de 7 de septiembre, de transparencia de las operaciones de las entidades de crédito y protección de la clientela.

⁷² BELLO PAREDES, S.A., La actividad pública en materia de consumo, DJED, nº 2012, 2005, al señalar que *"los criterios hermenéuticos a utilizar por el TC, para valorar si la actuación normativa se incardina en uno u otro título competencial, se centran en aspectos tales como la afectación "predominante" o "directa" en uno u otro sentido. De esta forma, si la actuación normativa autonómica, amparada en la protección de los consumidores, "afecta al régimen de la competencia entre los ofertantes, y aspira a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia estatal"*.

Particularmente, a nivel autonómico, las Comunidades Autónomas han aprobado numerosas normas⁷³ en estrecha conexión con la norma constitucional, y en defensa de los intereses legítimos y económicos de los consumidores. En ellas, se impele a los poderes públicos en la labor de velar por su cumplimiento, y se crean, para conseguir los citados objetivos y como entes colaboradores, los Institutos del Consumo como organismos autónomos que tienen entre sus funciones orientar, formar e informar a los consumidores y usuarios, aportando asistencia técnica a las asociaciones de consumidores y usuarios.

Sin embargo, al margen de los citados niveles de protección, entre el Estado y las Comunidades Autónomas no ha existido una relación pacífica en lo que se refiere a la competencia para legislar en materia de consumo, sino que, por el contrario, han surgido numerosos conflictos que han tenido que resolverse por los órganos jurisdiccionales.

Concretamente, ha sido el contenido del artículo 148 CE, que enumera las materias que pueden asumir las Comunidades Autónomas; y lo estipulado en el artículo 149 CE, que señala las materias sobre las que el Estado ostenta una competencia exclusiva, lo que ha originado los mencionados conflictos. En efecto, dado que en dichos artículos no se incluye la competencia en materia de protección de los consumidores, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han interpretado dicha falta de regulación normativa según su libre criterio, dando lugar a numerosas sentencias de nuestro TC⁷⁴, que ha mantenido un denominador común, procurar la protección⁷⁵ de los consumidores y usuarios.

⁷³ Entre las normas desarrolladas por las distintas Comunidades Autónomas, destacan, a modo ejemplificativo: en Andalucía: la Ley 5/1985 de 8 julio 1985, Consumidores y Usuarios en Andalucía (derogada por Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía); en el País vasco, la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor (Derogada por disposición derogatoria primera de la Ley 6/2003 de 22 diciembre 2003); en Cataluña, la Ley 1990, de 8 de enero, sobre disciplina del mercado y defensa de los consumidores y usuarios; la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de comercio interior; y la Ley 3/1993, de 5 de marzo, Estatuto del Consumidor: En Castilla la Mancha, la Ley 3/1995, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (derogada por Derogada por Ley 11/2005 de 15 diciembre 2005); y en Valencia, la Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana (derogada por Ley 1/2011 de 22 marzo 2011).

⁷⁴ Entre ellas: A), la STC, de 22 de marzo de 1991. En este caso, el Tribunal estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Galicia 12/1984, del Estatuto Gallego del *consumidor*, y el conflicto positivo de competencia contra el Decreto de la Junta de Galicia 37/1985, de 7 de marzo, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo. El TC considera, por un lado, que *"la determinación del contenido de los contratos corresponde incuestionablemente al Estado y su simple reproducción por la legislación autonómica...incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias..."*. Por otro lado, señala que *"el derecho del consumidor a recibir una información veraz sobre las características del objeto y la correlativa obligación del vendedor de suministrarla han de ser afianzados exclusivamente por la Administración de la Comunidad Autónoma"*. Y finalmente, afirma que *"el establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado..."*. B), la STC de 10 de febrero de 1992, de 3 de marzo de 1992. En este supuesto, el Tribunal estudia las cuestiones de inconstitucionalidad

Algunas de las indicadas resoluciones judiciales, han ido delimitando las distintas competencias⁷⁶ que el Estado y las Comunidades Autónomas han tenido en materia de contratación bancaria, y entre ellas, destaca la STC de 30 de noviembre de 1982, que negaba la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan competencia normativa sobre la contratación bancaria, en aras de una unidad de mercado, o la STC de 23 de septiembre de 2004, que intentó aclarar algunas dudas sobre competencia, al delimitar⁷⁷ la misma, esto es, estatal o autonómica, atendiendo a la forma legislativa que se le diera a la concreta norma que se crease.

promovidas por diversos Órganos Judiciales en relación con el párrafo 4º del artículo 1435 LEC, en la redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto. El TC declara que el citado párrafo - *que establece un mecanismo para determinar la cantidad que ha de figurar en el título de ejecución esgrimido por las entidades de crédito, ahorro y financiación, frente al deudor de dichas entidades por obligaciones mercantiles* -, no es inconstitucional. Y C), la STC, de 23 de noviembre de 1992. En esta ocasión, el Tribunal analiza el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con los artículos 1, 2 y 3 de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de febrero de 1985, por la que se establecen normas para la concesión durante 1985 de ayudas sobre colaboración y asistencia técnica con las Corporaciones Locales en materia de consumo. El Tribunal, considera que la titularidad de la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña, salvo lo dispuesto en el artículo 1.1, en relación con la afectación de las subvenciones a gastos de instalación o potenciación de laboratorios de control de calidad de alimentos y bebidas que es competencia del Estado.

⁷⁵ CASTELLANO RAMÍREZ, Mª J., Organización Territorial del Estado y Defensa de la Competencia, Comentario a la STC 208/1999 de 11 noviembre 1999, DJED, nº 1211, de 28 de junio de 2000, al señalar que *"más polémica resulta la apreciación del Alto Tribunal en relación con la segunda cuestión (defensa de la competencia y comercio exterior). Hay que recordar que los señalados Estatutos de Autonomía no reservan tampoco de manera expresa en favor de las respectivas Comunidades Autónomas potestades en la "defensa de la competencia", sino sólo en materia de "comercio interior". Por ello, la "defensa de la competencia" sólo podrá considerarse como parte del acervo competencial de aquéllas en la medida en que puedan entenderse comprendidas en la materia comercio interior. Y aquí el Tribunal estima las pretensiones de los recurrentes confirmando la opinión de que la defensa de la competencia se halla incardinada en el concepto de comercio. El razonamiento que conduce a esta conclusión está en considerar que la defensa de la competencia y la protección de los consumidores constituyen dos aspectos de la ordenación del mercado, de modo que siendo el comercio un elemento esencial e ineludible del mercado, parece claro que una competencia de ordenación del mercado habrá de constituir, al menos parcialmente, un modo de intervención pública en el comercio y ser, sólo en esta medida, conceptualmente comercio"*.

⁷⁶ Sobre competencia de las Comunidades Autónomas en materia de consumidores, véase: CASTELLANO RAMÍREZ, M.J., Organización Territorial del, Ob. cit. LABORDA VALLE, E., Doctrina jurisprudencial y desarrollo legislativo de la ordenación del comercio minorista y la competencia desleal (I y II), DJED, nº 514, 1997.

⁷⁷ BELLO PAREDES, Ob. cit., La actividad pública..... Al margen de citar las SSTC de 11 noviembre 1999 y 26 enero 1989, indica que *"la primera gran conclusión que se extrae de la lectura de esta sentencia, 157/2004, es que nuestro Tribunal Constitucional se mantiene en la línea jurisprudencial, elaborada a lo largo de estos quince últimos años en relación con la distribución de competencias en materia de protección de los consumidores y de defensa de la competencia. De esta forma, la competencia sobre la materia de protección de los consumidores corresponde, según declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 15/1989, de 26 de enero , a las Comunidades Autónomas salvo en aquellos aspectos en los que, por referirse a otros títulos competenciales contenidos en el art. 149,1 CE, pudiera ser de competencia estatal, y. En lo que toca al título competencial de defensa de la competencia, la STC 208/1999, de 11 noviembre, tiene sentado que es el Estado quien ostenta la titularidad sobre la normación y ejecución sobre aquellas conductas que puedan afectar a la libre*

No obstante lo anterior, cada Comunidad Autónoma ha aplicado las resoluciones judiciales a sus Estatutos en materia de consumidores de distinta forma. Así, existen Comunidades Autónomas que a consecuencia de declararse competentes en materia de protección de consumidores, han creado distintas normas que desarrollan los derechos y obligaciones de dichos consumidores, como es el caso de los Estatutos publicados por el País Vasco⁷⁸, Cataluña⁷⁹ y Andalucía⁸⁰, entre otros⁸¹.

Finalmente, como particularidad, señalar que hasta la actualidad, en lo referente al asunto de derechos del consumidor en *materia bancaria*, solo el País Vasco hace alusión a los mismos en La Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías⁸².

6. La relación contractual entre el consumidor bancario y la entidad de crédito en el marco normativo actual. La evolución normativa más reciente.

Desde el inicio de la liberalización del sistema financiero, a través de la derogada Orden de 17 enero de 1981, el Estado y las Comunidades Autónomas,

competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios, en otro caso, la competencia de ejecución corresponderá a las Comunidades Autónomas.

⁷⁸ En la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en su artículo 10, se recoge: “*La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: 26). Instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorro en el marco de las bases que sobre ordenación del crédito y la banca dicte el Estado y de la política monetaria general; 27). Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Ferias y mercados interiores. Denominaciones de origen y publicidad en colaboración con el Estado; y 28). Defensa del consumidor y del usuario en los términos del apartado anterior*”.

⁷⁹ En Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece en su artículo 28, de los Derechos de los consumidores y usuarios, lo siguiente: “*1). Las personas, en su condición de consumidoras y usuarias de bienes y de servicios, tienen derecho a la protección de su salud y seguridad. Tienen también derecho a una información veraz y comprensible sobre las características y los precios de los productos y de los servicios, a un régimen de garantías de los productos adquiridos y de los suministros contratados y a la protección de sus intereses económicos ante conductas abusivas, negligentes o fraudulentas; y 2). Los consumidores y usuarios tienen derecho a ser informados y a participar, directamente o mediante sus representantes, en lo que se refiere a las Administraciones públicas de Cataluña, en los términos que establecen las leyes*”.

⁸⁰ La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 27, dentro del apartado Consumidores, “*garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor*”.

⁸¹ Tales como la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja; o la ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la defensa de los consumidores y usuarios de Castilla y León.

⁸² Concretamente, en su artículo 9, apartado i), al establecer que “*Las Administraciones públicas de Euskadi, en el ámbito de sus respectivas competencias en materia de defensa de las personas consumidoras y usuarias, promoverán acciones que aseguren el respeto de sus legítimos intereses económicos y sociales y el cese o rectificación de las conductas contrarias a dichos intereses, y en particular las encaminadas a garantizar: i) La eliminación, en las condiciones generales de contratación, de las cláusulas abusivas o contra la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones*”.

conforme a las competencias expuestas en el epígrafe anterior, y a través de la creación de la correspondiente normativa al efecto, tienden a ser más exigibles y ejercer un mayor control sobre las entidades de crédito y, en concreto, sobre determinadas condiciones financieras y no financieras que se aplican al consumidor bancario en los contratos que ambas partes suscriben, tales como tipos de interés en operaciones de activo y pasivo⁸³; tarifas de comisiones⁸⁴; condiciones y gastos; publicidad de tipos preferenciales; fecha valor⁸⁵ y cálculo del interés; servicio de reclamaciones⁸⁶; entrega de documento contractual de la operación formalizada y tipos de interés aplicable en descubiertos, entre otras.

⁸³ Conforme a la Circular 1/2010 del Banco de España, a efectos informativos y estadísticos, las entidades de crédito tienen que informar mensualmente al Banco de España de los tipos de interés que apliquen a las distintas operaciones activas y pasivas.

⁸⁴ El día 8 de julio de 2010 entró en vigor la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que en su disposición adicional segunda establece que la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (transferencias, adeudos y recibos domiciliados, cuentas corrientes y de ahorro y operaciones con tarjetas), se regulará exclusivamente por lo dispuesto en ella y no por la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, que hasta entonces les era aplicable. Por tanto las entidades no están obligadas a incluir en sus folletos de tarifas las comisiones aplicables a los servicios de pago sujetos a las disposiciones de la Ley 16/2009. No obstante, el Banco de España continuará publicando las comisiones aplicables a esos servicios para aquellas entidades que voluntariamente así lo decidan, por ello, debe tenerse en cuenta lo siguiente: Salvo que la entidad manifieste algo diferente en los epígrafes de tarifas para estos servicios de pago, debe entenderse que las comisiones que se publican para dichos servicios tienen carácter de comisiones máximas y son de aplicación a cualquier clase de cliente (consumidores y no consumidores). Los epígrafes de tarifas para servicios de pago ya no forman parte de los elementos a verificar por el Banco de España y por ello corresponde a las entidades asegurarse de que su contenido se ajusta a lo dispuesto en la Ley de Servicios de Pago y en la Orden EHA/1608/2010.

⁸⁵ La “*fecha valor*” es un concepto que, aplicado a la cuenta corriente, aparece en las comunicaciones que la entidad financiera envía al cliente. Se refiere al momento (fecha efectiva) a partir del cual comienza a generar intereses un abono en una cuenta corriente o cuando deja de generarlos un adeudo, con independencia del día de la contabilización de la operación o “*apunte contable*”. Aunque las entidades están obligadas a contabilizar las operaciones con la mayor rapidez posible, por razones operativas las fechas pueden no coincidir. Para evitar que la fecha de contabilización del apunte pueda afectar significativamente al pago de intereses de la cuenta, las entidades deben fijar unas condiciones de valoración de los apuntes, indicando qué desfase temporal puede existir entre la fecha contable del apunte y la fecha que será tenida en cuenta a efectos del cálculo de intereses, o “*fecha valor*”. Tales condiciones deben ajustarse a ciertas limitaciones establecidas en el anexo IV de la Circular del Banco de España 8/1990, donde se fijan los desfases máximos admisibles entre la fecha del apunte y la fecha de valoración en los abonos, y los desfases mínimos entre la fecha del apunte y la fecha de valoración en los adeudos.

⁸⁶ Con el objetivo de tramitar y solucionar los conflictos originados entre entidades de crédito y consumidores bancarios, tales como desacuerdo en las comisiones cobradas o el cálculo de intereses, en España existen diversos sistemas regulados desde la Administración Pública que permiten que el cliente bancario presente sus quejas y reclamaciones. En primer lugar, se puede reclamar ante los Servicios o Departamentos de Atención a la Clientela y los Defensores del Cliente vinculados a las propias entidades. En segundo lugar, se puede acudir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, salvo si se trata de cuestiones referidas a fondos de inversión o valores, en cuyo caso deberá acudir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, si se trata de asuntos

Ese aumento de control y fiscalización de las entidades de crédito por los poderes públicos estatales y autonómicos, ha propiciado que las entidades de crédito se vean compelidas a adaptar sus normativas internas y sus criterios de análisis y concesión de riesgos a la vigente legislación, lo cual ha afectado a los consumidores bancarios que, por una parte, observan, como se pretende conseguir una mayor protección de sus derechos y dotar de una mayor transparencia a la hora de contratar con la entidad de crédito, pero, por otra, contemplan, como su solicitud de riesgo se ve sometida a un estricto control de valor y de fiscalidad que dificulta la obtención del crédito solicitado.

En efecto, la nueva normativa⁸⁷, viene a establecer un “*marco de control*” sujeto a revisiones y ajustes periódicos, bien por la incorporación de nuevas actividades y riesgos, o bien por la modificación de los ya existentes, que afecta directamente a las relaciones contractuales entre entidad de crédito y consumidor bancario.

Pero no solo se establecen controles en el ámbito estatal y a nivel autonómico, sino también a nivel europeo⁸⁸. Así, el Comité de Basilea en el documento denominado “*Buenas prácticas para la gestión y supervisión del Riesgo Operacional*”, establece que las entidades financieras, persiguiendo el buen fin de la venta y contratación de sus productos por parte de los consumidores bancarios, tienen la responsabilidad de desarrollar las políticas, procesos y procedimientos necesarios para una adecuada gestión del riesgo operacional⁸⁹.

Para lograr dichos fines, completando a las citadas políticas de riesgo, las entidades de crédito aplican otro de los principios establecidos por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en el citado documento de “*Buenas prácticas en la gestión y supervisión del Riesgo Operacional*”, referido a la ejecución de procedimientos que se centran en la identificación, evaluación, seguimiento y control del riesgo. Además, las entidades de crédito, para conseguir dichos fines, y

sobre Seguros y Fondos de Pensiones, a la Dirección General de Seguros. En todo caso, siempre puede recurrir a los tribunales de justicia o a un órgano arbitral aceptado por ambas partes.

⁸⁷ Surgida de los requerimientos establecidos por el nuevo acuerdo de capital de Basilea II y III, entre las que se encuentran: las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006; la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/1985 de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras; y la Circular 3/2008 del Banco de España, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

⁸⁸ MELÉNDEZ HUÉLIN, O., Basilea II en España: transposición de las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, Noticias de la Unión Europea, nº 296, 2009.

⁸⁹ Dicho riesgo operacional se concibe como la posibilidad de incurrir en pérdidas derivadas de fallos, errores, insuficiencias o inadecuaciones en los procesos o sistemas, o como consecuencia de acontecimientos externos. Esta definición incluye el riesgo legal (posibilidad de ser sancionado, multado u obligado a pagar daños como resultado de acciones supervisoras, judiciales, administrativas o de acuerdos entre las partes), y excluye el riesgo estratégico y el de reputación.

atendiendo a las sugerencias de indicado Comité, estarán apoyadas y controladas por sus organismos supervisores.

Como dato adicional que facilitará conocer el alcance del riguroso control al que se encuentran sometidas en la actualidad las relaciones contractuales entre las entidades de crédito y los consumidores bancarios, podemos citar, entre otras normas, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención⁹⁰ del fraude fiscal (que modificó determinados artículos de la Ley del Notariado y de la Ley Hipotecaria que afectan a las pólizas de operaciones de activo⁹¹ y de avales y a las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria, que controla y fiscaliza la contratación entre entidades de crédito y usuarios bancarios), así como las Instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado números 21992 y 21993; y el RD 45/2007 de 19 de enero, que obliga a los Notarios⁹² no sólo a identificar, sino también a incorporar fotocopia de los medios de pago empleados que le exhiban los otorgantes⁹³ en las escrituras públicas⁹⁴ relativas a actos o contratos sobre bienes inmuebles.

Citada Ley 36/2006, igualmente requiere que consten los números de identificación fiscal de los comparecientes, y en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen. De este modo, de no figurar en las escrituras los datos expresados, la Ley y las Instrucciones que la desarrollan son claras, señalando que no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que supone no solo que en las escrituras de préstamo hipotecario sea obligatorio recoger el número de la cuenta de pasivo a nombre del consumidor bancario-prestatario donde se abonará el préstamo y el número de identificación fiscal de los apoderados, sino también que en las escrituras de compraventa será necesario indicar los medios de pago empleados por las partes.

Respecto a las pólizas intervenidas, la Ley y su desarrollo normativo concreta que se formalizarán en un único original que el Notario conservará en su libro-registro ordinario, considerándose título ejecutivo⁹⁵ la copia autorizada o el testimonio del original de la póliza. Además de estos documentos, los Notarios

⁹⁰ FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L., Las reformas en materia inmobiliaria introducidas por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, BCID, nº 36, 2005, p. 2 y ss.

⁹¹ Sobre "*operaciones de activo*" y sus consideraciones respecto a la Ley 36/2006, consúltese: CORDERO GARCÍA, J.A., Notas al desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006, de medidas de prevención del fraude fiscal, QFA, nº 17, 2009.

⁹² AGUILERA ANEGÓN, G., Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática, RADNT, nº 16, 2008, p. 2 y ss.

⁹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Reglamento del notariado, ACM, nº 21, 2006, p. 1 y ss.

⁹⁴ NAVAS NAVARRO, S., Comentario a la sentencia de 11 de Diciembre de 2009, CCJC, nº 84, 2010, p. 1 y ss.

⁹⁵ Sobre su concepto, véase: AAP de Cádiz, de 17 de mayo de 2011; AAP Guadalajara, de 9 de noviembre de 2010; y AAP de Ávila, de 26 de octubre de 2010.

podrán expedir traslados con efectos informativos de la póliza incorporada al protocolo al libro–registro.

Sin embargo, y al margen del precitado control que los organismos públicos con competencia para ello puedan llevar a cabo, el gran problema que aún la vigente normativa en materia de consumidores no ha sido capaz de regular correctamente, es la ausencia de control y falta de rigor en la información⁹⁶ que proporciona la entidad financiera y que recibe el consumidor bancario en la fase precontractual.

En efecto, la vigente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, se limita a afirmar en su exposición de motivos que *“se establece una referencia explícita a la información precontractual que las entidades de crédito deban poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características para así estar en disposición de formarse una opinión fundada sobre ellos. Así, se habilita al Ministro de Economía y Hacienda para que pueda*

⁹⁶ Así lo entiende la SAP de Asturias, Sección 7ª, de 10 de diciembre de 2010, al señalar: *“Pues bien, de lo expuesto consideramos que no se cumplió el deber informativo que exige la legislación vigente, no consta que se le haya proporcionado al cliente la documentación e información necesaria para conocer el verdadero contenido y alcance de la operación que concertaba, y de los riesgos concretos que tenía el swap que suscribió, especialmente en caso de que se produjese una importante bajada de los tipos de interés, como fue el caso, máxime al ser un producto que se ofrece de forma novedosa por la demandada al cliente, en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas, como era el caso, y conoce en una situación peculiar. No se aportó por la entidad bancaria los elementos probatorios derivados de toda la documentación que manejó y le entregó al cliente; de otra parte, el test de conveniencia que se realizó al cliente dio como resultado su falta de experiencia, lo que impondría para la entidad financiera una mayor diligencia y detalle en la información, lo cual no facilitó ni realizó”*. En el mismo sentido: SSAP de Asturias, de 27 de enero de 2010, 18 de junio de 2010 y 29 de octubre de 2010. Asimismo, destacable es la SAP de Málaga, de 25 de mayo de 2009, Sección 5ª, al establecer en su Fundamento de Derecho tercero: *“Lo que se discute no es el principio de libertad de pacto en los contratos, sino la ausencia o insuficiencia de la información prestada por la entidad bancaria demandada a uno de los usuarios de sus servicios; información que ha de abarcar no sólo la existencia de tales gastos y/o comisiones, sino también su cuantía y, fundamentalmente, a las condiciones de la modificación de la hipoteca. Dicha información ha de perseguir, no tanto la cantidad, cuanto la claridad, transparencia y proporcionalidad de sus términos, facilitando al consumidor la oportunidad de su entendimiento. Obligación de transparencia que se infiere, entre otras disposiciones, del art. 7.4 de la Orden de 12 de diciembre de 1989 y de la norma 6.ª de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, así como de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios; de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios; la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de entidades de Crédito, y la más reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre sobre Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema Hipotecario y Financiero, y, en todo caso, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que, mediante la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, amplía el marco jurídico de protección al consumidor disponiendo expresamente en el preámbulo de su Exposición de Motivos que las condiciones generales «formen parte del contrato, sean conocidas o --en ciertos casos de contratación no escrita-- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez».*

determinar la información mínima que las entidades de crédito deben facilitar a sus clientes con anterioridad a la firma de cualquier contrato. Esta información precontractual debe permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos sobre los que puede contratar y evaluar si tales productos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera". De dicha redacción se desprende que no solo no se establecen unos criterios objetivos y ciertos que deba conocer previamente a la contratación el consumidor bancario sobre las características propias del producto que se contratará, sino que de seguir utilizando el legislador las citadas expresiones, esto es, "*datos más relevantes*", "*información mínima*" o "*características esenciales*", el consumidor bancario nunca estará plenamente informado en la fase precontractual del riesgo que pretende asumir, desconociendo, por tanto, las consecuencias económico-dinerarias que puede ocasionar la contratación de determinado producto financiero.

Dicha omisión de criterios objetivos y ciertos, que deben utilizarse por las entidades de crédito en la fase precontractual que mantiene con el consumidor bancario, también se observa la Ley 41/2007, cuando al referirse a los contratos que formalicen las entidades de crédito con consumidores bancarios, utiliza las expresiones "*necesaria claridad*"⁹⁷, o "*información mínima*", cuando al tratar de la información que dichas entidades deben proporcionar al consumidor bancario sobre los productos ofertados, utiliza el término "*características esenciales*"⁹⁸.

7. Eficacia del Real Decreto Legislativo 1/2007 LGCU sobre los contratos bancarios.

El RDL 1/2007⁹⁹, al cumplir con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los

⁹⁷ Expresión recogida en citada Ley 41/2007 (apartado Transparencia en la Contratación de Préstamos y Créditos Hipotecarios, artículo 1, modificación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, APARTADO 1, al modificar el artículo 48, apartado 2, letra a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito), que establece: "*los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos*".

⁹⁸ Los señalados términos de "*información mínima*" y "*características esenciales*", se incorporan en la precitada Ley 41/2007 (APARTADO 2 del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, al incluirse una nueva letra h), cuya redacción comprende: "*Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera*".

⁹⁹ Modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

consumidores y usuarios, procede a refundir¹⁰⁰ en un único texto tanto la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección¹⁰¹ de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, así como regularizando y desarrollando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En ese sentido, gran parte de la normativa que regulaba la actividad bancaria, y, por lo tanto, las relaciones contractuales de las entidades de crédito con consumidores bancarios, quedaron reunificadas en el citado RDL 1/2007¹⁰². Así, en el Libro segundo del mencionado RDL 1/2007, se regulan las relaciones jurídicas privadas, mediante la estructura de cinco títulos, si bien será a dos de ellos, esto es, los Títulos I y II, a los que se aludirá en el presente epígrafe por ser los que consideramos que afectan especialmente a las relaciones contractuales entre entidades de crédito y consumidores bancarios.

En cuanto al Título I, en sus artículos 60, 65, 62.3, y 68 y ss., se contienen disposiciones referidas a la necesidad de que la información precontractual¹⁰³ obligatoria se facilite al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales¹⁰⁴; la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación¹⁰⁵ e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia; prohibición de las cláusulas contractuales que establezcan determinadas limitaciones¹⁰⁶ y, en particular, la imposición de plazos de duración

¹⁰⁰ Para la identificación de las normas objeto de refundición se ha considerado el listado del anexo de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que identifica las disposiciones comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, y, en consecuencia, las normas de transposición respecto de las cuales debe examinarse la procedencia de su incorporación al texto refundido.

¹⁰¹ BOTANA GARCÍA, G., Protección de los consumidores y comercio electrónico, RCE, nº 18, 2001, pp. 108-111. CAVANILLAS MUGICA, S., La protección del consumidor y la sociedad de la información, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 1999, pp. 435-437.

¹⁰² No sucedió lo mismo con la derogada Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que aún cuando contenía una regulación específica de los contratos con consumidores, no se incorporó a la refundición en consideración a su incidencia específica en el ámbito financiero.

¹⁰³ GUILLEN CATALÁN. Ob., cit., p. 31.

¹⁰⁴ Esta previsión tiene por objeto evitar prácticas lesivas, conforme a las cuales el cumplimiento de las obligaciones legales de los empresarios no sólo suponen costes adicionales a los consumidores, sino una retribución adicional al operador, mediante la utilización de las nuevas tecnologías. Nuevas tecnologías que, por otra parte, permiten la prestación gratuita de la información mínima exigible, conforme ya está previsto en algunos ámbitos de la actividad económica.

¹⁰⁵ Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del art. 1258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada.

¹⁰⁶ Se refiere a aquellas que evitan la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales, que prohíbe los obstáculos no contractuales para el ejercicio de tales derechos, y en tal sentido deberá ser transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

excesiva o las limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato; y régimen común del derecho de desistimiento en aquellos contratos en los que se prevé tal derecho.

Por otra parte, en el artículo 59.2 del RDL 1/2007, se establece un nivel mínimo de protección en favor del consumidor, que se corresponde con un contenido mínimo, y por tanto indisponible para las partes, lo que supone que el consumidor no puede renunciar a los mismos.

La cuestión del derecho de información precontractual en los contratos también se ha reforzado por el RDL 1/2007, al reconocerse en su artículo 60, la obligación del empresario de facilitar al consumidor, de forma gratuita, la información relevante, veraz y suficiente, sobre las características principales del contrato, y en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

Además de las normas ya descritas, el RDL 1/2007, reúne otra serie de medidas que deben cumplir los empresarios en su relaciones con los consumidores, y por lo tanto, en los contratos que celebren las entidades de crédito con consumidores bancarios. Entre dichas medidas, cabe citar:

- El artículo 61 del RDL 1/2007, al tratar de la Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato, el contenido de la oferta, promoción o publicidad, establece que serán directamente exigibles por los consumidores a los empresarios, y ello aunque dicho contenido no se integre dentro del contrato.

- El artículo 65 del RDL 1/2007, cuando regula la integración del contrato, determina que los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante, lo que supone que se pueda efectuar una interpretación contractual en beneficio del consumidor ante cualquier clausulado dudoso.

- Los artículos 68 a 79 del RDL 1/2007, que regulan el Derecho de desistimiento a favor del consumidor en un sentido generalizado, se convierte, en una de las más destacadas exigencias que introduce dicha norma, recogiendo una regulación completa del derecho de desistimiento del contrato ya concertado, configurándose¹⁰⁷ como una facultad del consumidor que se impone al empresario, sin necesidad de justificación ni penalización, si bien su aplicación al contrato tiene

¹⁰⁷ Se refiere a una figura que ha sido incorporada en diversas leyes especiales relacionadas con la protección del consumidor, pero la novedad radica en la amplia regulación, con intención de ampliarse a todos los contratos con consumidores, que se contiene en el RD L 1/2007, fijando un régimen jurídico concreto con clara delimitación de los derechos y obligaciones de ambas partes, así como las consecuencias derivadas de su ejercicio. Igualmente, regula el desistimiento de los contratos vinculados, figura de gran trascendencia práctica ante la frecuente necesidad de financiación.

que estar legal o reglamentariamente prevista, o que se le haya reconocido en la promoción o publicidad.

Por su parte, el título II, establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, persiguiendo que los contratantes mantengan y negocien en una posición de auténtica igualdad¹⁰⁸, y en especial, en los actuales momentos en los que el incremento de la contratación en masa pone en entredicho la existencia de un real equilibrio entre los contratantes. En ese sentido, no solo se clarifica la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas¹⁰⁹ y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador, sino que también se prevé una mayor protección al consumidor adquirente de vivienda¹¹⁰ cuando se incurra en cláusulas abusivas que le trasladen gastos¹¹¹ que corresponden al profesional, como los impuestos en los que el sujeto pasivo es el transmitente, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda.

¹⁰⁸ La protección y búsqueda de auténtica igualdad entre los contratantes es un objetivo que se solicitaba con insistencia por la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 1/2007, y sobre todo en aquellos negocios jurídicos relativos a contratación inmobiliaria e hipotecaria. En este sentido, consúltese, GARCÍA MEDINA, J., cantidades entregadas, Ob. cit., que entre otras consideraciones, señala: *“El interés jurídico protegido en este complejo marco legal se sustenta sobre la idea del desequilibrio económico y social que puede presentar el comprador de viviendas frente al promotor-vendedor de las mismas, ya sean éstas de mercado , o protegidas . Esta potencial desigualdad subjetiva entre quien cede y quien adquiere, viene a ser una especie de verdad axiomática que informa el conjunto del sistema de protección en todos sus perfiles”*.

¹⁰⁹ Para comprender aún mejor lo que el RDL 1/2007 ha supuesto, con respecto a la norma anterior de consumidores, en materia de cláusulas no negociadas individualmente con consumidores bancarios, y en concreto, en contratación hipotecaria relacionada con la normativa anterior, consúltese: RUBIO TORRANO, E., préstamo hipotecario: nulidad de la cláusula de subrogación, ACM, nº 11, 2000. Dicho autor, entre otras afirmaciones, manifestó, vigente la LGCU de 1984, que: *“El tráfico inmobiliario ofrece a diario ejemplos que expuestos de forma teórica cualquier jurista calificaría de abusivos y que, no obstante, se producen habitualmente sin que los afectados reaccionen haciendo uso de los instrumentos que el ordenamiento jurídico les pone a su alcance. Sólo cuando los consumidores hacen valer sus derechos y los tribunales tienen oportunidad de pronunciarse, cabe dar noticia –a la par que felicitarse– de sentencias como la de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de julio de 1998 o la de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 5 de marzo de 1999”*.

¹¹⁰ GARCÍA ABURUZA, M.P., Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula Rebus Sic Stantibus, RAD, nº 6, 2012, p. 3 y ss.

¹¹¹ Véase, BUSTO LAGO, J.M., ALVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., Reclamaciones de Consumo: Clausulas Abusivas, GT, 2008. Indican que *“las SSAP de Asturias, Sección 4ª, de 14 junio y 5 de julio de 2007, han declarado la nulidad de las cláusulas contractuales incorporadas a documentos privados de formalización de compraventa de vivienda del siguiente tenor: «Serán de cuenta de la parte compradora todos los gastos Notariales, Fiscales y Registrales que tengan su origen en la presente escritura y por pacto expreso entre las partes, incluso el Impuesto Municipal sobre el incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plus-valía) si lo hubiere, que se compromete a hacer efectivo aun cuando el Ayuntamiento lo gire a nombre de la parte vendedora, y tan pronto le sea dado traslado de la liquidación”*.

Por otro lado, se incorporan determinadas provisiones tendentes a dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente.

Por último, el RDL 1/2007, a través de los Títulos I y II, como particularidad, lleva a cabo una configuración material del contenido del contrato, que completa a los elementos anteriormente citados con unas indicaciones que inciden en el contenido material del contrato, siempre partiendo de la base de que no se trata de cláusulas contractuales libremente concertadas, sino más o menos impuestas por el empresario en sus modelos de contrato.

Así, el RDL 1/2007, mediante su artículo 87, prohíbe la utilización por el empresario de aquellas cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados en el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, y en especial, las cláusulas que obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato de tracto sucesivo.

Por su parte, el artículo 59.3 de dicha norma, alude a las condiciones generales de la contratación, estableciendo que en aquellos supuestos en los que el contrato quede dentro del ámbito material de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación, el mismo se regirá, preferentemente, por dicha Ley, y, subsidiariamente, por las normas reguladoras del contrato con consumidores del RDL 1/2007.

El RDL 1/2007, también hace referencia a la cláusulas no negociadas individualmente, centrándose en aquellas cláusulas que se integran en un contrato pero que no pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación al no poder incluirse en el ámbito objetivo y material de la citada Ley 7/1998, de 13 de abril, pero que, sin embargo, se incluyen por un empresario en un contrato con consumidores de forma imperativa, o no negociada, exigiéndose en este caso, en aplicación del artículo 80.1 del RDL 1/2007, que se cumplan los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción; accesibilidad y legibilidad, y buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones, de manera que, en caso de duda, se incorpora un criterio de interpretación de la cláusula en el sentido más favorable al consumidor.

Finalmente, el RDL 1/2007, cuando se refiere a las cláusulas abusivas, desarrolla, a través de los artículos 85 a 90, una ordenación sistemática de todas las cláusulas que se presumen abusivas, de tal manera, que se convierten en un importante instrumento de interpretación del contrato, directamente alegable y aplicable ante los tribunales, sin que, en ningún caso, pueda considerarse que estamos ante una relación que se extingue en sí misma o limitativa, sino que es susceptible de ampliarse a otras cláusulas que, por sus condiciones y efectos, puedan ser consideradas como perjudiciales para los consumidores.

8. Noción de consumidor bancario de crédito en sentido objetivo y subjetivo.

Ya indicamos en el epígrafe segundo del presente capítulo, que el concepto de consumidor y usuario bancario, si bien surgía en las distintas relaciones contractuales que el mismo mantuviese con la entidad de crédito, esto es, operaciones pasivas, activas o de mediación, no es menos cierto que dicha afirmación no puede aplicarse, de manera “*tajante*”, como un *criterio general*, ya que en las citadas *operaciones pasivas*, por ejemplo, el depositante de efectivo no puede ser concebido como destinatario final, aunque su voluntad sea obtener rentabilidad, custodia de los fondos y una serie de servicios adicionales tales como la transferencia o domiciliación de recibos.

En ese sentido, el consumidor bancario que formaliza con la entidad financiera un contrato de crédito¹¹², desde ese mismo momento, adoptaría la denominación de consumidor bancario a crédito. De este modo, sería necesario establecer un triple criterio para determinar cuándo un sujeto puede ser considerado consumidor bancario a crédito.

Dicho criterio se desprende del contenido de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008¹¹³, relativa a los contratos de crédito al consumo, en la que para conocer cuándo una persona puede considerarse consumidor bancario a crédito, utiliza mencionado triple criterio. Así, cabe distinguir:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta un criterio subjetivo referido a las partes intervinientes¹¹⁴ en el contrato, es decir, al consumidor y al prestamista¹¹⁵. El artículo 3 de la Directiva, define al consumidor, como aquella persona física que, en las operaciones reguladas por la Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional, excluyendo, por tanto, del concepto de consumidor, a las personas jurídicas, separándose así del concepto de consumidor incluido en el RDL 1/2007.

En segundo lugar, un criterio objetivo, que viene determinado por el destino de la financiación crediticia y de los bienes y servicios a adquirir. En este caso, será

¹¹² Entiéndase, en este caso: contrato de préstamo o contrato de crédito en cuenta corriente, que si bien son contratos distintos, la Ley 16/2011, de crédito al consumo, se refiere a ellos indistintamente en cuanto a la aplicación de dicha norma, al establecer en su artículo 1.1 que “*Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación*”.

¹¹³ Que deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

¹¹⁴ Respecto a una valoración de las partes contratantes, consúltese: ÁLVAREZ OLALLA, M.P., La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo, ACM, nº 10, 2012.

¹¹⁵ El artículo 3, apartado b, de la Directiva, define al prestamista como “*persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional*”.

considerado consumidor conforme al precitado artículo 3. c, aquel que recibe un crédito en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar, exceptuando los contratos¹¹⁶ para la prestación continuada de servicios o para el suministro de bienes de un mismo tipo en el marco de los cuales el consumidor paga por tales bienes o servicios de manera escalonada mientras dure la prestación.

Y finalmente, un tercer criterio, de identificación del contrato, que necesariamente habrá de ser de crédito y reunir una serie de requisitos previstos en la propia Directiva.

En efecto, el artículo 2 de la Directiva establece que la misma “*se aplicará a los contratos de crédito*”. El motivo del por qué la Directiva se aplica en exclusiva a los contratos de crédito, se centra en prever un marco comunitario armonizado en una serie de ámbitos esenciales como es el crédito al consumo, que se muestra en permanente desarrollo. De este modo, teniendo en cuenta dicha trayectoria, así como la creciente movilidad de los ciudadanos europeos, el crear unas normas comunitarias orientadas hacia el futuro, que puedan adaptarse a futuras formas de crédito y que permitan a los Estados miembros un grado idóneo de flexibilidad en su aplicación, contribuirán, sin duda, tal y como menciona la Directiva, a lograr una legislación moderna en materia de crédito al consumo.

En cambio, en el punto segundo del artículo 2 de la Directiva, se enumeran los contratos a los que no le será de aplicación la Directiva, entre los cuales, destacan, por citar algunos.

En primer lugar, la Directiva no será aplicable a los contratos de crédito celebrados con empresas de inversión¹¹⁷, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros; o a los formalizados con entidades de crédito, en el sentido del artículo 4 de la Directiva 2006/48/CE, es decir, a efectos de que un inversor pueda realizar una operación en relación con uno o más de los instrumentos enumerados en la sección c) del anexo I de la Directiva 2004/39/CE, cuando la empresa de inversión o la entidad de crédito que concede el crédito participe en la operación.

En segundo lugar, la Directiva de 2008 tampoco será aplicable a los contratos de crédito que son el resultado de un acuerdo alcanzado en los tribunales o ante cualquier otra autoridad pública.

En tercer lugar, no será aplicable la Directiva a los contratos de crédito relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, y a los contratos de

¹¹⁶ RUBIO TORRANO, E., Derecho comunitario, legislación interna y cláusulas abusivas, ACM, nº 6, 2012, p. 2.

¹¹⁷ Véase: Las Directivas sobre servicios de inversión y sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y de las entidades de crédito, RDBB, nº 52, 1993/756.

crédito para cuya celebración se pide al consumidor que entregue un bien al prestamista como garantía¹¹⁸ de seguridad y en los que la responsabilidad del consumidor está estrictamente limitada a dicho bien. Finalmente, quedarán fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, los contratos de crédito relativos a préstamos concedidos a un público restringido, en virtud de una disposición legal con un objetivo de interés general, y a un tipo de interés inferior al habitualmente propuesto en el mercado o sin interés o en condiciones que son más favorables para el consumidor que las habituales en el mercado y a un tipo de interés no superior al habitualmente propuesto en el mercado.

Al margen de la mencionada Directiva 48/2008, el citado *triple criterio*, que como se ha indicado, es necesario establecer para determinar cuándo un sujeto puede ser considerado consumidor bancario a crédito, también se encuentra en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo¹¹⁹.

En ese sentido, en primer lugar, debe tenerse en cuenta un criterio subjetivo relativo a las partes intervinientes en el contrato, es decir, y como sucedía con dicha Directiva, al consumidor y al prestamista¹²⁰. El artículo 2.1, de la Ley 16/2011, define al consumidor¹²¹, como aquella persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional, excluyendo, por tanto, como hace la Directiva 48/2008, a las personas jurídicas, separándose de este modo del concepto de consumidor incluido en el RDL 1/2007.

En segundo lugar, un criterio objetivo, que viene determinado por el destino de la financiación crediticia y de los bienes y servicios a adquirir. En este caso, será considerado consumidor conforme al artículo 1.1 de la Ley, aquel que recibe un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación.

¹¹⁸ STJUE, Sala 4ª, de 12 de julio de 2012, “*El TJUE resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 22, 24 y 30 de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo, en relación con determinadas cláusulas incluidas en los contratos de crédito al consumo celebrados entre una entidad bancaria y sus clientes que, según la Autoridad nacional para la protección de los consumidores, contravienen la normativa nacional que tiene por objeto la transposición de la mencionada Directiva. La Sala declara que el art. 22,1 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una medida nacional para la transposición de dicha Directiva al Derecho interno incluya en su ámbito de aplicación material contratos de crédito como los controvertidos en el litigio principal, que tengan por objeto la concesión de un crédito garantizado con un bien inmueble, aun cuando tales contratos estén expresamente excluidos del ámbito de aplicación material de dicha Directiva en virtud de lo dispuesto en su art. 2,2 a)*”.

¹¹⁹ Deroga a la anterior Ley 7/1995 de 23 marzo 1995. Crédito al Consumo.

¹²⁰ Definido en el artículo 2.2 de la Ley 16/2011, como “*la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional*”.

¹²¹ ÁLVAREZ OLALLA, M.P., Ob. cit., Novedades en....., considera que “*al igual que en el caso de la Ley anterior, se mantiene un concepto de consumidor restringido*”.

Y por último, un tercer criterio, de identificación del contrato, que al igual que contempla la Directiva 48/2008, habrá de ser de crédito.

9. Medidas de protección del consumidor bancario en los países miembros de la CEE. Evolución y perspectivas, y en especial, en Alemania y Francia.

Desde el origen de la comunidad europea han sido diversas las normas que el legislador comunitario ha creado para intentar armonizar las relaciones contractuales entre consumidores bancarios y entidades de crédito. El principal objetivo que se ha perseguido a través de la publicación de dichas normas, es buscar el equilibrio en la relación contractual de los consumidores bancarios y las entidades de crédito, al considerar a los mismos como la parte débil en la contratación.

Aún así, si se analiza detenidamente la forma en la que va transcurriendo el desarrollo del actual mercado financiero, puede observarse que las autoridades europeas están más preocupadas por resolver los asuntos económicos de las entidades financieras de los estados miembros, que por dictar normas que no solo eviten que la contratación entre consumidores bancarios y entidades de crédito produzca situaciones de quiebra económica en las economías domésticas de dichos consumidores, sino que también supongan una recuperación de las mismas.

La autoridad europea es conocedora desde mucho antes de 2007¹²² que con el actual sistema de contratación bancaria, y en especial, el hipotecario, se produciría el desplome económico de muchas familias europeas, como ha sucedido en España, que desde principios de 2007 hasta mediados de 2013, 400.000 familias han perdido su vivienda, 250.000 más podrían ser desahuciadas¹²³ antes de 2015, y 500 son desalojados de sus hogares diariamente.

En efecto, desde inicios de 2006 se han producido en Europa determinadas actuaciones llevadas a cabo por las entidades de crédito europeas que han contribuido a situar a miles de consumidores bancarios en una posición de declive

¹²² En 2005 ya acontecían situaciones más que suficientes para conocer las consecuencias que tendría la comercialización por las entidades de crédito europeas de determinados productos de riesgo, tales como las participaciones preferentes. En ese sentido puede consultarse: EUROPA PRESS, publicación de 19 de enero de 2005: *“La Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) de Aragón ha constatado un incremento en las consultas y reclamaciones relacionadas con la inversión en las denominadas participaciones preferentes, <<un producto financiero de alto riesgo que puede llegar a ocasionar importantes pérdidas económicas a los clientes de las entidades bancarias y cajas de ahorro>>, subrayan”*.

¹²³ Respecto a estadísticas sobre la situación en la que se encontraban los desahucios en España a fecha 2012, puede consultarse: CINCO DÍAS, publicación de 08 de noviembre de 2012, p. 20, bajo el título *“PP y PSOE pactan una ley urgente para frenar los desahucios”*. DEIA, publicación de 12 de noviembre de 2012, bajo el título *“Banca y partidos políticos reaccionan de urgencia ante el drama de los desahucios”*, al informar que *“todas las fuerzas políticas has pedido que se paralicen los desahucios a la espera de un cambio legal”*.

económica¹²⁴, cercana a la pobreza y la exclusión social¹²⁵. Entre dichas actuaciones de las entidades de crédito europeas, por citar algunas de ellas, destacan la colocación¹²⁶ por las entidades de crédito españolas de determinados productos financieros a consumidores bancarios, tales como las participaciones preferentes o los swaps.

Dichas actuaciones bancarias, han sido demandadas por los consumidores bancarios y por las organizaciones de consumidores ante los órganos judiciales europeos, resolviendo éstos últimos a favor de dichos consumidores, pero a pesar de ello, la autoridad europea a fecha 2014 ha omitido actuar creando la oportuna normativa que acabe con las descritas formas de actuar de las entidades de crédito, o al menos, que ayude a paliar los efectos adversos que los descritos contratos han ocasionado.

En cambio, desde inicios de 2007 hasta finales de 2013, las autoridades comunitarias sólo han creado normas que, si bien afectan a los consumidores bancarios¹²⁷, nada han ayudado a evitar que la contratación entre éstos y las entidades de crédito produzca situaciones de derrumbe económico de las economías domésticas de dichos consumidores.

Han sido los estados miembros, obligados por las resoluciones de los órganos judiciales europeos, los que se han visto obligados a legislar en el sentido antes descrito, como ha sido el caso de España, que ha creado la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, que entre otros asuntos, declaró que la norma española se opone a la normativa comunitaria nacional que, al no prever en el marco de una ejecución hipotecaria la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, a la vez que tampoco permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter

¹²⁴ RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., Comentario al auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que extingue deudas concursales de personas físicas, RAD, nº 1, 2011.

¹²⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R. La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social, REDT, nº 131, 2006.

¹²⁶ CINCO DÍAS, publicación de 1 de febrero de 2013, p. 18, bajo el título *“la banca compensa a miles de clientes por contratos abusivos en Reino Unido”*, al indicar que *“los cuatro bancos ya aceptaron indemnizar a los clientes de este tipo de instrumentos financieros después de que una investigación anterior encontrara <<serios fallos>> en su colocación”*.

¹²⁷ Como es el caso de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, que regula los créditos al consumo y deroga Directiva 87/102/CEE, de 22-12-1987 ; la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; la Directiva 2011/90/UE, de 14 de noviembre, que modifica la parte II del anexo I de la Directiva 2008/48/CE (LCEur 2008\799), del Parlamento Europeo y del Consejo, en la que se establecen supuestos adicionales para calcular la tasa anual equivalente; y la Recomendación 2011/136/UE, de 1 de marzo, sobre Directrices para la aplicación de las normas de protección de datos en el Sistema de Cooperación para la Protección del Consumidor.

abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Las autoridades europeas, ante las situaciones descritas, y dado que los contratos bancarios se vuelven cada día más complejos, tienen que centrar todos sus esfuerzos en crear normas e instrumentos que no solo alivien la dramática situación en la que se encuentran los consumidores bancarios, sino que también supongan garantizar que los mismos tengan un mayor asesoramiento financiero¹²⁸ a la hora de contratar con la entidad de crédito, permitiendo a los mismos conocer plenamente, sin confusiones, las características del producto en cuestión, así como decidir sobre la necesidad y conveniencia económica de contratarlo.

A tales fines, las autoridades europeas y nacionales deben de evitar manifestaciones relativas a que ante la complejidad del producto financiero en cuestión resulta difícil o imposible¹²⁹ establecer una norma que regule su oferta y contratación, debiendo incentivar aún más el apoyo económico de las asociaciones¹³⁰ de consumidores y otras organizaciones no gubernamentales en el momento de la contratación entre los consumidores y las entidades de crédito, mediante políticas que permitan representar y orientar al consumidor bancario¹³¹.

¹²⁸ Tales como la Decisión 2010/462/UE, de 18 de agosto, relativa a la adopción de una decisión de financiación sobre un proyecto piloto destinado a promover la capacitación de los consumidores, así como la eficiencia y la estabilidad de los mercados financieros europeos, proporcionando formación a las asociaciones de consumidores y organizaciones similares.

¹²⁹ CINCO DÍAS, publicación de 8 de noviembre de 2012, p. 22, bajo el título *“la CNMV advierte de las dificultades para dar la razón a los clientes que invirtieron en preferentes”*, al informar ÁNGELES GONZALO sobre la *“imposibilidad normativa. Esa es la causa que ha argumentado la CNMV para no impedir la comercialización masiva de las participaciones preferentes entre clientes minoritarios durante más de una década”*.

¹³⁰ Como ha sucedido con la entrada en vigor en mayo de 2013 de la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que permite presentar quejas o reclamaciones y formular consultas, a las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que tales intereses resulten afectados y aquéllas estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos establecidos en 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, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

¹³¹ Como el Reglamento (UE) 1095/2010, de 24 de noviembre, mediante el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), que modifica la Decisión nº 716/2009/CE y deroga la Decisión 2009/77/CE, de 23-1-2009, de la Comisión. Mediante dicho Reglamento la Autoridad europea no solo protege valores públicos tales como la integridad y estabilidad del sistema financiero, la transparencia de los mercados y los productos financieros y la protección de los inversores, sino que garantiza condiciones de igualdad entre los consumidores, y refuerza reforzando la coordinación de la supervisión internacional, en beneficio del conjunto de la economía, y en particular las entidades financieras y otras partes interesadas, los consumidores y los asalariados.

Situados en Alemania, el derecho alemán se ha centrado seriamente en establecer medidas que persiguen que el consumidor bancario reciba la adecuada y necesaria información¹³² por parte de la entidad financiera que le permita conocer y decidir sobre el producto que desea contratar. Para ello, y a pesar de haber perdurado durante más de un siglo su código civil¹³³, se ha desarrollado especialmente su legislación mercantil y procesal¹³⁴.

Así, en el año 1909 se creó la Ley de Competencia Desleal¹³⁵ (UWG), que consideraba a los consumidores como meros receptores de información económica financiera, a los que había que prestar una extraordinaria protección. Dicha Ley fue derogada por la Ley de Competencia Desleal de 2004, en la que como aspecto significativo destaca la regulación de determinadas formas¹³⁶ de resolución de conflictos en vía judicial¹³⁷ en procesos de escasa cuantía, resolviéndose los mismos en cortos períodos de tiempo y pudiendo adoptar el órgano judicial las medidas cautelares que estime convenientes, lo que ha supuesto que a partir de 2004 en Alemania se use con muy poca frecuencia el arbitraje¹³⁸ como forma de resolución extrajudicial de conflictos.

En el año 1957 se creó la Ley contra prácticas restrictivas de la competencia (GWB), reformada en sucesivas ocasiones hasta llegar a la actual de 1980, que

¹³² SANCHEZ ANDRES, A., El control de las condiciones generales en Derecho Comparado: Panorama legislativo, RDM, nº 157/1958, Madrid, 1989, p. 3 y ss.

¹³³ Lo que hace suponer que en gran medida se encuentre obsoleto e insuficiente para conseguir los fines perseguidos en materia de protección de consumidores a nivel europeo.

¹³⁴ Estableciéndose procedimientos judiciales especiales sobre cobro de deudas y morosidad. En este sentido, puede consultarse: REVILLA GONZÁLEZ, J.A., Comentario a la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BLED, nº 121, 2000, p. 4: *“fruto de ello es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y de la Comisión por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad de en las transacciones comerciales [COM (1998) 126 final], en la que se incluye el establecimiento de procedimientos agilizados de cobro que, en opinión de la Comisión, deberían existir en todos los Estados miembros (citándose como ejemplo los ya existentes en algunos Estados, como el summons production procedure, en el Reino Unido, injonction à payer, en Francia y Mahnverfahren, en Alemania)”*; y NIEVA FENOLL, J., El «Auto-modelo»: Un nuevo concepto para el derecho procesal y un nuevo instrumento para la protección del consumidor, ley alemana de 16 de agosto de 2005 para la introducción del procedimiento especial para la protección de inversores de capital, Publicación: Diario La Ley, nº 6445, 2006, Doctrina, Las Rozas, 2006.

¹³⁵ LABORDA VALLE, E., Doctrina jurisprudencial y desarrollo legislativo de la ordenación del comercio minorista y la competencia desleal (I y II), DJED, nº 514, 1997, p.1.

¹³⁶ TORSTEN EHMCKE, El coste de la justicia en Alemania, CDJ, 2001, p. 149 y ss.

¹³⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., Los procesos de escasa cuantía en el ámbito de la Unión Europea, BDBD, 2007, p. 1: *“en efecto, el panorama actual refleja sólo algunos países tienen procedimientos específicos, otras normas de simplificación, y el resto nada a este respecto. Así el Reino Unido (Inglaterra/País de Gales, Escocia e Irlanda del norte), Irlanda, Suecia y España tienen procesos específicos de escasa cuantía. En Alemania, los órganos jurisdiccionales pueden elegir el proceso adecuado en los litigios de escasa cuantía”*.

¹³⁸ REMÓN PEÑALVER Y GARCÍA PAREDES, La anulación del laudo. El marco general y algunos problemas (II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje - El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid), BDBD, 2007, p. 3.

persigue conseguir una competencia libre sin influencias de cártels¹³⁹ u otras restricciones en beneficio de los consumidores.

Posteriormente, el 9 de diciembre de 1976, el gobierno alemán, concededor de la situación de desequilibrio en la que se encuentra el consumidor bancario en el momento de la contratación con la entidad financiera, y con el afán de propiciarle la mayor protección¹⁴⁰ posible, crea la norma general de contratación, la conocida “*AB Gesetz*”, que junto a la Ley Bancaria de 1984, y completadas ambas por una jurisprudencia¹⁴¹ ejemplar que resuelve a favor de los consumidores bancarios, regulan el actual sistema¹⁴² de contratación¹⁴³.

Particularmente, y dentro del contenido de la citada ley “*AB Gesetz*”, que entro en vigor el 1 de abril de 1977, es de destacar los artículos que dedica a la contratación mediante condiciones generales, que engloba cinco capítulos y treinta disposiciones, de los cuales son especialmente relevantes los párrafos 9, relativo a la declaración de ineficacia de las cláusulas que perjudican indebidamente al adherente; el 10, que incorpora una serie de supuestos que inducen a creer que una cláusula

¹³⁹ Sobre su limitación en Alemania, puede consultarse: Caso Verband der Sachversicherer E.V. contra Comisión de las Comunidades Europeas, STJCE de 27 enero 1987, p. 3: “*la vigilancia completa de las actividades de seguro en la República Federal de Alemania, la compartimentación del mercado nacional por la legislación aplicable y la limitación de las prohibiciones de cartels constituirían un conjunto coherente que se adopta como una determinada opción de política Económica*”.

¹⁴⁰ BUSTO LAGO, ALVALREZ LATA y PEÑA LÓPEZ, *Clausulas Abusivas: Acciones Judiciales Colectivas, Grandes Tratados*, 2008, p. 5: “*El legislador español parece haber querido seguir el modelo del §.21 de la AGB-Gesetz, considerado por GARCÍA AMIGO como la «gran arma de protección a utilizar por los clientes y [...] el mejor medio jurídico en la defensa de los consumidores» (RDP, mayo de 1978, pg. 397), que prevé que la sentencia estimatoria recaída en litigios promovidos mediante el ejercicio de una acción colectiva de cesación extienda sus efectos a todas las cláusulas incorrectas utilizadas en los contratos de condiciones generales celebrados por el empresario predisponente condenado*”.

¹⁴¹ GÁLVEZ PASCUAL, J., La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap, ACM, nº 9, 2013: “*los criterios que definen el contenido de estas obligaciones fueron sintetizados por primera vez en la Sentencia del Supremo Tribunal Federal Alemán, «Bond-Entscheidung».* Durante 1988 y 1989 diversos bancos recomendaron a sus clientes la compra de bonos emitidos por un grupo empresarial australiano denominado «Alan Bond» cuya posterior quiebra comportó la pérdida total del capital invertido. En 1993 llega a consideración del BGH un caso en el que un inversor reclamaba al Volksbank la plena reparación patrimonial por entender que la entidad financiera había violado las obligaciones de información y asesoramiento al momento de concretar la venta de los referidos bonos. En la sentencia, que estima la pretensión del inversor, el BGH realiza un profundo análisis de las obligaciones de información y asesoramiento y sintetiza por primera vez los criterios que definen el contenido de esos deberes”. A continuación, GALVEZ PASCUAL indica: “*al respecto véase MARTÍN E.ABDALA, «Las obligaciones de los bancos e intermediarios de inversión de informar y asesorar a sus clientes y las responsabilidades emergentes de su inobservancia, un análisis desde la óptica de la doctrina y la jurisprudencia alemana», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Madrid, 2000*”.

¹⁴² CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., Promulgación en Alemania de la Ley para la modernización de la normativa sobre el balance (*Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts-Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz-BilMoG*), RS, nº 33, 2009, p. 4 y ss.

¹⁴³ Adaptándose de esta manera a las pautas establecidas en la Primera Directiva bancaria de 1977.

puede ser declarada abusiva por el órgano judicial¹⁴⁴; y el 11, que engloba los supuestos de cláusulas prohibidas de ineficacia absoluta, tal y como sucede con la rescisión unilateral del contrato.

A las anteriores medidas, se une una importante regulación de la prescripción de las acciones colectivas, que presentan un especial tratamiento con respecto a otras legislaciones comunitarias, como por ejemplo la española, ya que como indica REGLERO CAMPOS¹⁴⁵, el establecimiento en Alemania de dos plazos de prescripción de las acciones colectivas: uno de dos años, contado desde el momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la utilización o recomendación de condiciones generales ineficaces; y otro de cuatro años, a contar desde la utilización o recomendación, sin tomar en consideración la existencia de ese conocimiento, supone que el elemento clave no sea la inscripción, sino la utilización o recomendación de utilización de las cláusulas, de manera que la acción colectiva prescribe cuando transcurre el tiempo señalado después de esa utilización o recomendación en un supuesto concreto, pero no la acción en sí, como ocurre en la ley española.

En efecto, con el propósito de incrementar la protección de los consumidores bancarios alemanes, la ley alemana establece que si una cláusula ineficaz es utilizada o recomendada nuevamente, se produce el nacimiento de una nueva acción y, en consecuencia, comienza un nuevo plazo prescriptivo.

Por otro lado, hay que mencionar el contenido normativo que la Ley *AB Gesetz* introduce respecto a las personas jurídicas que ostentan legitimación activa¹⁴⁶ para ejercer acciones legales en defensa y en nombre y representación de los consumidores bancarios, atribuyendo especialmente a las asociaciones¹⁴⁷ de

¹⁴⁴ En este sentido, Alemania, previamente a la promulgación de la Directiva 93/13, ya contaba con un Registro de sentencias sobre condiciones generales-si bien no de cláusulas o formularios contractuales-, tal y como indica CASTELLANO RAMIREZ, M.J., La nueva Ley sobre....., Ob. cit., p. 7, lo que posiciones al país germano en la cabecera de los países que han creado un Registro en el que se inscriben cuestiones relacionadas con condiciones generales de la contratación.

¹⁴⁵ Prescripción, GTA, 2000, p. 1.

¹⁴⁶ ALBIEZ DORMÁN; K., Breve estudio de la Ley alemana de sociedades de profesionales liberales (<<Gesetz zur Schaffung von Partnergesellschaften und zur Änderung anderer Gesetz>>), de 25 de julio de 1994, RS, nº 10, 1998, p. 3 y ss.

¹⁴⁷ CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., Anteproyecto de Ley sobre Derecho Privado internacional de sociedades, asociaciones y personas jurídicas (Referentenentwurf <<Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen>>), de 7 de enero de 2008, RS, nº 30, p. 2 y ss. BARONA VILAR, S., Acciones de cesación, retracción y declarativa, GTA, 2000, p. 7: *“Resulta en este punto significativa la legislación alemana, por cuanto el legislador alemán, a través de las reformas introducidas en la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ha ido adaptando la legitimación a la realidad social alemana. Así, frente a la primitiva situación de comienzos de siglo en la que los sujetos publicitarios de la competencia eran los únicos que podían perseguir este tipo de actuaciones, eran los únicos legitimados, teniendo en cuenta que en aquel momento era impensable a los fines de protección y persecución del derecho privado, que se extendieran más allá de la mera protección de los intereses individuales con fecha 21 de julio de 1965 se produce una modificación de la ley, que permite que las asociaciones de consumidores pudieran perseguir este tipo de*

consumidores una amplia y especial capacidad jurídica con amplios ámbitos de actuación, principalmente, en materia de solicitud de eliminación y revocación de las cláusulas de los contratos de condiciones generales¹⁴⁸ que sean ineficaces por vulnerar lo dispuesto en dicha disposición legal.

Asimismo, con el propósito de agilizar no sólo los trámites que los ciudadanos alemanes tengan que efectuar ante los organismos públicos y en sus relaciones privadas, sino también para celebrar contratos con las entidades de crédito, Alemania llevó a cabo en el año 1997 la primera norma en Europa reguladora de la firma digital¹⁴⁹, dictando la Ley de firma digital, que establecía los requerimientos técnicos para la implantación de la firma electrónica en dicho país.

No obstante, dicha Ley, al igual que ha sucedido en otros países comunitarios que han creado normas relativas a la contratación electrónica, tuvo algunos inconvenientes en cuestiones como la determinación de la capacidad de las partes, la validez del documento electrónico, la firma digital, los medios de pago y el dinero digital, la determinación de responsabilidad civil¹⁵⁰ y penal, la propiedad intelectual, y los aspectos tributarios vinculados al comercio electrónico, entre otras. A consecuencia de las citadas cuestiones, que suponían obstáculos en la aplicación de la norma, se creó en Alemania en el año 2001 la actual Ley de firma digital¹⁵¹.

Finalmente, es de destacar en materia de medidas de protección de los consumidores en Alemania, a diferencia por ejemplo de España, el establecimiento de un régimen especial en materia de concurso de acreedores cuando el concursado es un consumidor¹⁵².

actuaciones. Y ya en 1986 todavía se produjo una ampliación mayor de la legitimación, al permitir que también las Cámaras de Comercio y de Industria pudieran tener acceso directo en la persecución de estos hechos". BUSTO LAGO, J.M., El control abstracto de las condiciones generales de los contratos, AJA, nº 360, p. 5.

¹⁴⁸ GARCÍA AMIGO, M., Ley alemana occidental sobre condiciones generales, RDP, mayo de 1978, p. 397.

¹⁴⁹ Así lo manifiesta FORMENTÍN ZAYAS, Y., La unificación de criterios sobre la utilización de la firma digital en los contratos electrónicos, BDBD, 2007, p. 33.

¹⁵⁰ Ya sea contractual o extracontractual.

¹⁵¹ Que se encuentra dividida en dos partes, un texto principal, que cuenta con 15 artículos y un reglamento, que desarrolla aspectos concretos de la ley, como el procedimiento de concesión, transferencia y revocación de una licencia de entidad certificadora, así como los deberes de los certificadores, el período de validez de los certificados, los métodos de control de los certificados, los requisitos de los componentes técnicos y el procedimiento de examen de los mismos, información recogida en 18 artículados.

¹⁵² SOLER PASCUAL, L.A., Principales efectos y consecuencias del concurso de persona natural no comerciante. Foro abierto, BMED, 2009, p. 12: *"Como es conocido, no se contempla en la Ley Concursal una tramitación especial del concurso de acreedores por razón de la distinta naturaleza del sujeto deudor, más allá de algunos pequeños y concretos aspectos. No existe ni una regulación especial de los concursos de grandes empresas o macroconcurso, no la hay de los consumidores, como ocurre en el derecho alemán, ni tampoco una regulación específica del endeudamiento familiar como en Francia ni a la postre, en sentido más genérico, sobre el concurso de la persona física no comerciante al que, por el contrario, considera como sujeto pasivo no diferenciable del*

Por lo que respecta a Francia, dado que los contratos bancarios que se celebran en el país galo en su gran mayoría se instrumentan mediante la cumplimentación de formularios genéricos, se creó en el año 1978 la Ley de cláusulas abusivas.

Dicha Ley presenta a nuestro entender dos particularidades: la primera, que ampara y regula la creación y funcionamiento de la *Comisión de Cláusulas Abusivas*, constituida como un órgano administrativo que actuaba de oficio o a instancia de parte legítima a fin de resolver controversias surgidas entre los consumidores bancarios y la entidad financiera por la utilización de una posible cláusula abusiva; y la segunda, que será un elemento a tener en cuenta para la declarar a una cláusula abusiva, la imposición de las mismas a los consumidores por un abuso del poder económico conferido al contratante, y por el que se le atribuye una ventaja contractual excesiva.

Uno de los principales problemas que en la actualidad se enfrenta Francia en materia de contratación¹⁵³, se refiere a la antigüedad de su código civil, cuya redacción quizá no se adapte a las actuales circunstancias que concurren en las relaciones entre consumidores bancarios y entidades de crédito.

No obstante, no es menos cierto que el código civil francés ha sido reformado en diversas ocasiones, si bien no lo suficientemente a fin de adaptarse en materia de contratación a los actuales negocios que entidades de crédito y consumidores bancarios llevan a cabo, y cuya resolución de conflictos es resuelta en la mayoría de los casos por la interpretación que los órganos judiciales dan no solo al caso concreto, sino también a la normativa aplicable que se encuentra desfasada. En ese sentido, los juzgados de lo mercantil franceses, que se mantienen desde hace siglos¹⁵⁴, han desempeñado una labor muy importante por su especialización en materia de consumidores.

Aun así, Francia está progresando en la actualización de su código civil¹⁵⁵ no sólo mediante las indicadas reformas, sino también, y al igual que hizo España, mediante la redacción de leyes especiales, tales como regulación de los tipos de

comerciante en un rechazo explícito a la dualidad de instituciones concursales de la legislación anterior”.

¹⁵³ Al igual que España y Alemania.

¹⁵⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Sobre la especialización judicial y los Juzgados de lo Mercantil, RDJ, nº 6, 2003. p. 1: “No es precisamente la regla en los países de nuestro entorno la existencia (y, desde luego, no la proliferación) de tribunales especializados en temas mercantiles, salvo error u omisión por mi parte. E incluso donde existen desde hace siglos y con honda raigambre, como, por ejemplo, Francia (donde hasta los revolucionarios los respetaron), lo que se está planteando últimamente es su desaparición o profunda reforma”.

¹⁵⁵ FAUVARQUE-COSSON: Revue trimestrelle de droit civil. «Faut-il un Code civil européen?» Juillet-Septembre, nº 3, 2002, p. 464.

interés y precios¹⁵⁶, referencias interbancarias, y responsabilidad civil. Colaborando en dicho progreso, las asociaciones de consumidores están jugando un papel muy importante dado que ejercen, como sucede en Alemania y España, una amplia actividad representativa de los consumidores bancarios.

Como particularidad del derecho francés en materia de consumidores, como ocurre en el país germano, llegado el momento de que un conflicto surgido en materia de contratación bancaria sea conocido por un órgano judicial, éste no solo entra a resolver el asunto, sino que además, y a diferencia de lo que sucedía anteriormente¹⁵⁷, efectúa una interpretación amplia y rigurosa del tenor literal de las normas, proponiendo nuevas soluciones no establecidas en las propias leyes.

Así, a los órganos judiciales franceses no solo se les faculta para llevar a cabo dichas actuaciones, sino que además, en materia de levantamiento de embargos, pueden aplicar medidas muy beneficiosas para el consumidor bancario, ya que se establece un método abreviado que evita el alargamiento de los plazos. Dicho método es considerado por VIDORRETA RUIZ¹⁵⁸, como un método rápido y sencillo, ya que en el momento procesal de ejecutar las resoluciones judiciales cuyo fallo consista en el levantamiento de embargos, la cancelación de garantías, anotaciones, inscripciones o publicaciones, las facultades conferidas a abogados y procuradores son muy amplias.

En efecto, si se produce una resolución judicial que ordene dichas actuaciones, los abogados y procuradores pueden proceder a ejecutar las mismas tan solo con aportar un testimonio o copia autenticada de la sentencia o de parte de ésta y, en caso de que no sea susceptible de ejecución provisional, una justificación de su fuerza ejecutiva. Esta justificación podrá efectuarse por medio de una certificación expedida por el abogado o el procurador.

¹⁵⁶ GUAL y VIVES, Ensayos sobre el sector bancario español, Fedea, 1991, p. 124: “.....Existen diferentes formas de concertación de precios en Bélgica, Francia, Países Bajos y Suiza”.

¹⁵⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., ¿Debe ser vinculante la jurisprudencia del Tribunal Supremo?, RDJ, nº 56, p. 1: “La prohibición de interpretar las leyes, impuesta no sólo en Francia, sin embargo, se mostró rápidamente como una ilusión irrealizable. Ya en el *Discours Préliminaire del Código Civil de Napoleón*, redactado por Portalis, se admitió que los jueces no podían negarse a juzgar so pretexto de oscuridad de las leyes, aunque tenían prohibida su interpretación”. LÓPEZ JIMÉNEZ, J.L., El CGPJ: pasado, presente y futuro del órgano de gobierno de la administración de justicia”, BDBD, 2008, p. 4: “La evolución de la teoría de la división de poderes implicó que, con el transcurso del tiempo, los juzgadores fueran ampliando sus facultades. En el caso francés, éstos pudieron interpretar la ley en caso de oscuridad o ambigüedad. facultad que posteriormente ya se establecería como una obligación de todos los jueces en virtud del Código Civil francés”.

¹⁵⁸ Ejecución de sentencias civiles en Francia y en España, ACM, 2003, p.8.

CAPITULO III

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

A. ANTECEDENTE HISTÓRICO

1. Derecho romano.

Nos centraremos en este epígrafe en la etapa que probablemente caracterizó a la historia económica y comercial de Roma, la conocida fase del *Ius gentium*, que transcurre desde el final de la segunda guerra púnica (201 a.C.), hasta la muerte de Alejandro Severo (235 d.C.), momento en el que decae el control económico y político que Roma ostentaba sobre el resto de las regiones.

Roma se situó en esa etapa en la cúspide de las distintas economías de su tiempo. El comercio y la actividad mercantil adoptaron niveles de extraordinaria importancia, y no solo a nivel interno, sino en el ámbito internacional¹ dada las relaciones comerciales que mantenía con otros países.

Ese intenso comercio propició la creación del *Ius gentium*, concebido como un Derecho de gentes que facilitaba las relaciones comerciales entre los propios romanos, y entre éstos y los extranjeros, y proporcionaba a los comerciantes un conjunto de normas sencillas mediante las que poder contratar, al dejar atrás los anteriores formalismos y aplicar criterios lógicos utilizables por los contratantes con independencia de su nacionalidad².

Pese a todo, el comercio en Roma era de tal magnitud que el citado Derecho de gentes no proporcionaba el dinamismo y la seguridad económica que requerían los comerciantes romanos. Estos necesitaban de uno de los requisitos esenciales para llevar a cabo actos de comercio, financiación. Tal y como sucede en el desarrollo de cualquier actividad comercial, para que los comerciantes romanos pudiesen aprovechar el buen momento económico que vivía el país, necesitaban financiación no solo para abonar las deudas que mantenían con sus proveedores, sino también para adquirir mercancía e introducirla en el mercado.

Sin embargo, para conseguir la necesaria financiación no solo era necesario que existiese una parte que prestase moneda o especie, sino que era imprescindible que se produjese otra circunstancia no menos importante: que la parte acreedora tuviese “*confianza*” en la parte prestataria, y no le invadiesen dudas sobre el posible impago de lo prestado.

¹ CASTRESANA, A., El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana, Universidad de Salamanca, 1982.

² BIONDI, B., Il diritto romano. Storia di Roma. Istituto di studio Romani, 1957, p. 136.

Si entre prestamista y prestatario existía confianza no solo por el patrimonio que tuviese éste último, sino también por su *status social*, el contrato de préstamo se formalizaba rápidamente, sin inconveniente alguno, pactándose un tipo de interés o una determinada contraprestación.

La situación adoptaba mayor complejidad cuando el prestamista no confiaba en el prestatario, o los bienes de éste no eran considerados como suficientes para aquel para responder en caso de impago. Así surgió la necesidad de concretar determinadas garantías que garantizaran la devolución del dinero o la especie prestada: la garantía pignoraticia y la hipotecaria³.

Una vez constituidas las precitadas garantías para el pago del préstamo conforme a los formalismos impuestos por el *Ius gentium* y según criterio de la *bona fides*, la consecuencia del impago del dinero⁴ o la especie prestada determinaba la aplicación del “*pacto comisorio*” incorporado en el *Digesto*⁵, lo que implicaba que, en el caso de impago de préstamo garantizado, el deudor prendario transmitía el dominio de la cosa prendada a su acreedor.

Posteriormente, el emperador Constantino estableció en el Código⁶ promulgado por él mismo, que quedaba abolida la ley comisura de las prendas, modificando así la propia norma que aprobó.

No obstante, y a pesar del conjunto de normas que recogía el *Ius gentium*, se prestó especial atención al control de la usura⁷ y a los requisitos formales para la perfección de los contratos. Incluso se incorporarán a los contratos criterios para su

³ ANGUIITA RÍOS, R.M., Claves en la adaptación y evolución de la hipoteca inmobiliaria, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 7 y 8, 2005, p. 1: “*el punto de partida ha de ser el Derecho clásico donde sólo se conocieron dos tipos de garantías reales: fiducia cum creditore contracta y pignus . En la primera, el deudor transmitía la propiedad; en la segunda, sólo la posesión. La fiducia otorgaba al acreedor la propiedad de la cosa con el pacto de restituirla en caso de satisfacción del crédito deudor . En el Derecho originario Romano, el pignus o la prenda implicaba un desplazamiento de la posesión con la facultad de retener la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento del deudor. Mientras que en la primera se exigía la transferencia de la cosa por mancipatio al acreedor, para el pignus resultaba suficiente la entrega, pero no en dominio*”.

⁴ DE LA ROSA DÍAZ, P., Aspectos del préstamo con interés en Derecho Romano, Pombo, Vol. 1, 2006. GUTIERREZ MASSON, L., Andar y desandar en el derecho romano, Publicación: Centro Universitario Francisco de Vitoria, Madrid, 2000.

⁵ Libro XX, título I, Ley 16, proemio 9.

⁶ Ley 5, título XXXV, libro VIII.

⁷ SABATER, Ob. cit., p. 24: “*en el Derecho romano, diversas leyes fijaron unas tasas al interés del dinero para evitar abusos*”. OROZCO PARDO, G., Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios, ACM, nº 10, 2002, p. 20: “*en Roma se admitió el préstamo con interés pero limitado por una tasa de interés legalmente establecida, así Justiniano aplicaba una tabla que variaba entre el 4 y el 12%, en función de la dignidad de la persona, lo cual le liga al riesgo; no obstante, se sancionaba el interés abusivo*”.

interpretación⁸, y se aplicó el citado concepto de *bona fides* que originó formas de contratación más libres, como sucedió con el contrato de préstamo, evitando de este modo llevar a cabo toda una serie de actos formales que eran propios del anterior procedimiento romano de las *legis actiones*.

Finalmente, destacar que en el Derecho Romano, tal y como sucede actualmente, coexistían los contratos de mutuo y comodato, si bien con la promulgación y entrada en vigor de *Las Partidas* la regulación de los mismos se llevó a cabo de manera unitaria, aunque perfectamente diferenciables y localizables por su objeto.

2. Derecho histórico patrio.

A comienzos del año 1252, Alfonso X, llevó una regulación normativa de las relaciones entre los comerciantes, y en especial, de aquellos negocios jurídicos en los que el objeto se basaba en prestar dinero a cambio de devolver el capital prestado más los intereses correspondientes o la especie que se pactase.

En ese sentido, Alfonso X, adoptando los criterios jurídicos utilizados por su progenitor Fernando III, trabajó considerablemente por establecer normas sobre las relaciones jurídicas existentes entre los reyes y sus vasallos en los distintos fueros de la península, dando lugar al establecimiento de normas por las que se rigieran las personas que se prestaban dinero.

Así, a inicios de año 1252 vieron la luz diversos textos jurídicos cuyo fin era regular las relaciones entre comerciantes, destacando los siguientes:

2.1. Fuero Real.

Fue un cuerpo normativo promulgado hacia el 1252 por Alfonso X, y aunque durante muchos años mantuvo su inicial denominación, con el transcurso del tiempo recibió distintos nombres⁹.

La principal finalidad para la que se creó fue la de unificar la distinta normativa existente en aquellos momentos que se encontraba dispersa entre las diversas localidades castellanas, cuestión aquella nada fácil de llevar a cabo dados los distintos *status sociales* coexistentes caracterizados por el deseo irrenunciable de conservar derechos y privilegios de muy diversa índole.

La citada unificación normativa se efectuó principalmente para conseguir tres objetivos: utilizar criterios uniformes en cuanto a su aplicación; eliminar la multitud

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., Principios y criterios legales de la interpretación del contrato, ACM, nº 21, 2010, p. 10: “el Código civil recoge unos criterios de interpretación del contrato que se inspiran en el Derecho Romano, concretamente en los títulos 16 y 17 del último libro del Digesto”.

⁹ Fuero del Libro, Libro de los Concejos de Castilla, Fuero Castellano o éste último de Fuero Real.

de fueros legales particulares que existían; y finalmente, incorporar normativa civil¹⁰ y penal que regulara las relaciones contractuales, prestando especial atención, en este último caso, a la libre prestación del consentimiento¹¹.

Respecto al mencionado consentimiento, se defendía se prestase libremente, y que, concretamente, en los contratos de crédito y de préstamo, se pactase entre las partes contratantes un tipo de interés que fuese proporcional¹² sin fuertes desequilibrios entre ambas.

Finalmente, en materia de ejecución de hipoteca, se establecieron procedimientos de ejecución extrajudicial¹³, basados en órdenes o mandatos que los órganos no judiciales efectuaban cuando se incumplía la obligación de pago, procediéndose a la enajenación del bien dado en garantía. De esta manera, con la contraprestación recibida por la transmisión, se abonaba lo adeudado al acreedor.

Todas las precitadas normas y formas de actuar se fueron expandiendo y aplicándose de manera progresiva en aquellas ciudades y pueblos que no tenían su propio fuero¹⁴, aunque encontró una fuerte oposición tanto en la nobleza como en los cabildos, ya que los primeros veían bruscamente reducidos sus privilegios y los segundos debían asumir la derogación de algunas concesiones.

2.2. El Espéculo.

Destacó por ser un texto que no fue publicado ni sancionado y en consecuencia, nunca entró en vigor, y cuyo significado traducido al castellano es “*Espejo de todos los derechos*”.

La finalidad para la que fue redactado, de manera similar a la del Fuero Real, fue la de proporcionar a Castilla un derecho único y territorial, desarrollándose la organización de un poder judicial y de distintos procedimientos que en materia civil y penal pudieran llevarse a cabo por quienes ostentasen un interés legítimo en iniciarlos.

¹⁰ Libros II y III, se refieren a los Procedimientos Judiciales y Derecho Civil, respectivamente.

¹¹ ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A., De la intervención notarial en las pólizas, de la firma electrónica y sobre la naturaleza de los juicios vertidos en las escrituras públicas, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 7/2003 - 8/2003, p. 9: “*en esta manera dicha en El FUERO Real, Ley IV, TIT. XI, LIB. I : <<como todo pleyto fecho por fuerza o miedo no vale: Pleyto que sea fecho por fuerza o por miedo, quel tengan preso, o que tema muerte, o otra pena de su cuerpo, o deshonna, o pérdida del haber, o otras cosas semejables, no vala....>>*”.

¹² Sobre la proporcionalidad y equilibrio que se cita en el FUERO REAL, en el momento de pactar las partes intervinientes el tipo de interés, hace mención el Auto de AP de La Coruña, Sección 4ª, de 27 de mayo de 2010.

¹³ RDGRN, de 24 de marzo de 2003: “*en el Fuero Real -Ley 1ª del título 19, libro III, que ordenaba la venta con mandado del Alcalde consejeramente*”. En el mismo sentido: RDGRN, de 14 de junio de 1933.

¹⁴ R.C.C Fueros de Peñafiel, Burgos, Soria, Buitrago, Béjar, Madrid, entre otros.

En cuanto a su cuerpo normativo, señalar que en el siglo XIV se localizó su manuscrito incompleto en la biblioteca del Duque del Infantar.

2.3. Código de las Siete Partidas.

Ante la falta de publicación y sanción del Espéculo, comenzó a escribirse en 1254 el Código de las Siete Partidas, cuya redacción finalizó hacia el año 1261. Si bien su nombre original¹⁵ fue el Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes, fue en el siglo XIV cuando pasó a denominarse el Código de las Siete partidas¹⁶, como referencia a los siete libros o partes que lo componían.

Considerado por los historiadores como uno de los llamados Códigos universales, persiguió, al igual que el Fuero Real y el Espéculo, conferir al reino una ley general¹⁷ y poner fin, de este modo, al fraccionamiento existente en distintos fueros.

El texto se encuentra integrado por un prólogo y siete partidas, en la que se incluyen 182 títulos. En su totalidad, aparecen 2.802 leyes o reglas encargadas de regular por un lado el sistema de fuentes del Derecho existentes en aquel momento, referidas a la ley, uso, costumbre y fuero; y por otro desarrollar la correspondiente normativa en materia civil, mercantil y procesal.

Entre las fuentes que inspiraron su desarrollo, se encuentran diversos textos del Derecho romano¹⁸, y, aunque, en sus primeros años de existencia nos encontramos ante un texto que, a diferencia del Espéculo, sí se llegó a publicar, sin embargo, no fue sancionado y, por tanto, no tuvo la consideración de Ley, sino tan sólo fuente doctrinal.

Fue ya, posteriormente, cuando en el año 1348, Alfonso XI procedió a sancionarlo, cuando adquiriese la calificación de Ley de obligado cumplimiento, hasta el siglo XIX.

Los contratos que con mayor profusión fueron regulados por el Código de Las Siete Partidas, fueron el mutuo, el comodato y la permuta¹⁹.

¹⁵ LOPEZ ESTRADA y LOPEZ GARCIA-BERDOY, Las siete partidas, antología/Alfonso X El Sabio, Madrid, Castalia, 1992, p. 12 y ss.

¹⁶ Actualmente se encuentra depositado en la Biblioteca Nacional Española. Véase: EUROPA PRESS, publicación de 12 de diciembre de 2012, bajo el título *“La Biblioteca Nacional de España muestra sus hitos y tesoros para celebrar 300 años de historia”*.

¹⁷ Así lo entiende la STC (Sala Pleno), de 3 de julio de 1997: *“se modificó tanto su contenido como su finalidad originaria de constituir una ley general para el Reino; por lo que el «Libro de las Leyes» dejó de ser aplicado incluso en el Tribunal de la Corte, en beneficio del Fuero Real”*.

¹⁸ Código de Justiniano.

¹⁹ PONT MESTRES, M., Un tema todavía cuestionable: El devengo del IVA en los contratos de permuta de solar por locales, QFA, nº 11, 2005, p. 3.

Con referencia al mutuo y al comodato, el Código distinguía claramente el hecho práctico que diferenciaba a uno y otro, al establecer que *“dos maneras de empréstamo. La una es más natural que la otra: como cuando prestan unos a otros alguna de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir: el tal préstamo es llamado en latín mutuum. La otra es de cualquiera de las otras cosas que no son de tal manera como éstas: así como cavallo, libros e otras cosas semejantes”*.

Por su parte, el contrato de permuta era considerado como aquel negocio mediante el cual las partes se obligaban a dar una cosa para recibir otra a cambio, en definitiva, era tratado y conceptualizado tal y como lo hace nuestro actual Código Civil.

Por último, es de destacar que ya el Código de Las Siete Partidas reguló los distintos impuestos²⁰ que debían asumir las partes contratantes en la contratación de préstamos hipotecarios, así como los recursos²¹ que los interesados podían plantear al órgano competente en defensa de sus intereses legítimos, entre los que destacaban, principalmente, el recurso de apelación por adhesión.

2.4. Ley de Azcarate, de 23 de julio 1908.

A fecha de este trabajo, ya han transcurrido más de cien años desde la entrada en vigor de citada Ley y aún el legislador nacional y europeo no han logrado extinguir o, al menos, reducir significativamente la casuística sobre utilización de cláusulas abusivas por las entidades de crédito.

En el intento de regulación de cláusulas abusivas, se aprobó la Ley de Azcarate, de 23 de julio de 1908, que comprende, actualmente, once artículos (1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 19, 11, 14, 15 y 16), ya que los artículos 2, 8, 12 y 13 fueron derogados por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

La Ley persigue una doble finalidad: en primer lugar, establecer los requisitos esenciales para evitar la incorporación de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo e indicar las consecuencias que la declaración de nulidad de un contrato o de una de sus cláusulas pueda conllevar; y, en segundo lugar, regular los contratos de

²⁰ GARCÍA RUBIO, F., *Fiscalidad Inmobiliaria Local*, JTA, nº 15, 2004, p. 2: *“Hasta ese momento la legislación tributaria de carácter histórica ha hecho recaer una imposición de carácter indirecto mediante el sistema de arbitrios en los bienes inmuebles ya desde Las Siete Partidas”*.

²¹ SAP Madrid, Sección 19ª, de 12 de mayo de 2011: *“..... y, el segundo, comunidad del recurso, caracterizado, por ser el recurso siempre en beneficio común de las partes, con independencia de la parte que lo interponga, llegando incluso a estimarse que aún cuando el apelado no haya formulado pretensión impugnatoria, los intereses del mismo habrán de ser tutelados por el órgano de apelación; constituyéndose el sistema de apelación por adhesión, como intermedio de los indicados, sistema acogido ya en la Ley de las SIETE PARTIDAS y acogido en nuestro derecho positivo con tal denominación desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885”*.

financiación²² reprimiendo los préstamos usurarios y sancionando a los usureros²³ en aquellos préstamos en los que el prestamista recibe contraprestación²⁴ por la entrega²⁵.

Sin embargo, la Ley Azcarate también se ha aplicado a otros negocios equivalentes a los préstamos de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se constituya, tal y como se infiere del artículo 9, y prestando una especial atención a la regulación de los tipos retributivos²⁶ y moratorios.

En cuanto a la nulidad de los contratos, el artículo 1 de la Ley, considera tales a los contratos en los que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulten leoninos, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.

En ese sentido, La Ley, en su artículo 7, recoge la obligación de crear a través del Ministerio de Gracia y Justicia, en vista de los antecedentes que le remitieran los Tribunales, un Registro Central de contratos de préstamos declarados nulos, con expresión en cada caso del prestamista contra quien se dictó la sentencia.

La Dirección General de los Registros expediría las certificaciones que de las inscripciones del Registro Central expresado reclamasen los Tribunales de oficio o a instancia de parte.

La actual legislación no ha variado mucho la necesaria obligación de publicar las cláusulas declaradas nulas. Así, el artículo 2 del Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, determina que *“serán objeto de inscripción en el RCGC: b) la persistencia en la utilización de cláusulas judicialmente nulas acreditada suficientemente al registrador”*.

²² NAVARRO COLOMÉ, C., Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor, RAD, nº 6, 2012, p. 6.

²³ CARRASCO PERERA, Ob. Cit., p. 1.

²⁴ IÑIGO FUSTER, A., Nulidad y Usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 16, 2003, p. 3. SOLER PASCUAL, A., Problemática del leasing inmobiliario, BCID, 2009, p. 2 y ss.

²⁵ Así lo confirma la STS de 21 febrero 2003, que viene a declarar: *“la aplicación a tales hechos probados del art. 9 de la Ley de Represión de la Usura, cuyo sentido no es otro que impedir que se eludan la nulidad ordenada en su artículo 1 y la consecuencia establecida en su art. 3 mediante fórmulas contractuales que eviten la denominación de préstamo pero materialmente equivalgan, cualquiera que sea su forma, a un préstamo de dinero”*.

²⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012, ACM, nº 4, 2012, p. 2.

Como puede observarse, si relacionamos la Ley Azcarate de 1908 con la vigente legislación en materia de cláusulas abusivas y consumidores, se desprende que escasamente se ha evolucionado legislativamente en la protección de los derechos de la parte prestataria-consumidor.

En efecto, tres de los artículos de la Ley Azcarate guardan una estrecha relación con la casuística financiera actual acontecida desde inicios de 2007, referida a la oferta y contratación de la entidad financiera de productos con intereses desproporcionados ofrecidos y formalizados a personas en situación de angustia, inexperiencia o con limitación de sus facultades mentales; y a la reincidencia de las entidades financieras en la incorporación de cláusulas abusivas en sus contratos.

Así, el artículo 1 de la Ley de Azcarate, de 23 de julio de 1908, establece que *“será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.*

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos”.

Préstese especial atención a que no sólo puede declararse nulo el contrato, en su totalidad, sino que también cabe la posibilidad de que el Tribunal que conozca del asunto declare²⁷ la nulidad de una o varias de las condiciones particulares o generales incluidas en el contrato, como puede suceder al declarar nula la renuncia por la parte prestataria del fuero propio, dentro la población.

Obsérvese, por otro lado, como el contenido de precitado artículo 1, hace recordar la actual situación a la que desde inicios de 2007 se enfrentan determinados consumidores bancarios, y en concreto, aquellos que contrataron un producto financiero en situación angustiosa, de inexperiencia o con limitación de sus facultades mentales. En estos supuestos, la nulidad del contrato de préstamo, por aplicación de esta Ley, se deriva de la nulidad un tipo de interés abusivo o desproporcionado, y al margen de la garantía que se hubiese ofrecido.

Por su parte, el artículo 2 de la comentada Ley, establece la consecuencia que tendrá que asumir la entidad prestamista si conforme a los preceptos de esta ley, se anulasen tres o más contratos de préstamos celebrados con posterioridad a la promulgación de la misma. De producirse tal circunstancia se le impondría como

²⁷ IBÁÑEZ GARCIA, I., Aplicación del principio de efectividad: en la tutela jurisdiccional y en las obligaciones formales, QFA, nº 5, 2003, p. 2 y ss.

corrección disciplinaria una multa de 500 a 5.000 pesetas, según la gravedad del abuso y el grado de reincidencia de la entidad.

Finalmente, el artículo 9 aclara que lo estipulado en la Ley no solo se aplicará al contrato de préstamo, sino también a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, piénsese en un contrato de leasing mobiliario o inmobiliario con garantía de prenda de mercaderías (aceite, jamones...).

Sin perjuicio de que Ley Azcarate presta especial atención a la relación contractual²⁸ entre prestamista y prestatario, es necesario destacar²⁹ un último apunte en comparación con la normativa actual, puesto que en aquélla se utilizan los mismos “*conceptos jurídicos indeterminados*” que en la normativa actual.

En efecto, el artículo 1 de la Ley Azcarate dispone que “*será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*”. Puede observarse como se incluye el concepto “*manifiestamente desproporcionado*”, al igual que se establece en el artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, sobre defensa³⁰ de los consumidores y usuarios. Es la “*desproporción*”³¹ en sí misma el criterio que tanto el legislador de 1908 como el actual de 2007, emplean para que el órgano judicial pueda declarar una cláusula como nula por abusiva en la firma de la póliza de préstamo mercantil entre prestamista y prestatario.

No obstante, como se verá más adelante, en ambos casos, hay que recurrir a la figura jurídica de la *interpretación de los contratos*.

Por último, hay que concluir diciendo que la Ley Azcárate, a pesar de su escaso contenido, recoge una materia de suma importancia y actualidad, como es el

²⁸ Véase la fundamentación que en aplicación de la citada Ley en la relación contractual entre entidad financiera y consumidor bancario establece la SAP de Madrid de 18 de septiembre de 1999: “.....con expresa invocación de la llamada “Ley Azcárate”, de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, debe subrayarse que, sin desconocer esta Sala lo elevado de los tipos de interés pactados, así ordinarios (17%) cuanto de demora (19%), ha de estarse en primer lugar al principio “*pacta sunt servanda*”, dado que dichos tipos eran los usuales en la fecha de celebración del contrato y además.....”.

²⁹ MONSERRAT VALERO, A., Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RAD, nº 6, 2011, p. 1.

³⁰ MONTSERRAT QUINTANA, A., Conceptos jurídicos indeterminados en el código civil, RJED, nº 2, p. 1.

³¹ REGLERO CAMPOS, L.F., Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología, ACM, 1999, Vol. I, p. 15.

de las cláusulas abusivas, si bien ha sido poco aplicada por los Tribunales, tal y como indica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³², lo que no ha impedido que se haya utilizado como regla general³³ para detectar cláusulas abusivas no solo en contratos de préstamo, sino en otros muchos que han recogido intereses deudores desproporcionados.

B. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EN EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL

1. Concepto de contrato de préstamo.

1.1 Introducción.

Desde principios de 2007, fecha en la que la mayoría de los casos se considera como inicio de la mayor crisis económica vivida a nivel mundial, y principalmente en Europa, el contrato de préstamo, como uno de los productos financieros matrices en el ámbito bancario, ha sufrido no solo un deterioro en cuanto al número de contratos formalizados, sino que se presenta ante la sociedad europea como un contrato que transmite desconfianza y reparo, lo que no ha evitado que siga siendo, junto a otros³⁴, el contrato financiero tipo actualmente utilizado por la entidad financiera y el consumidor bancario para refinanciar las deudas impagadas.

En efecto, si el principal destino del importe de los préstamos concedidos en cualesquiera de sus garantías antes de 2007 por las entidades de crédito se destinaba a la compra de vivienda, a la adquisición de bienes de consumo, o como menciona LANGLE Y RUBIO³⁵, “a la creación de empresas o su desenvolvimiento y ampliación”, con posterioridad a indicada fecha el destino de la suma prestada se ha dirigido, desafortunadamente, a refinanciar la acuciante deuda que empresas y familias mantienen con la banca. Así, la banca española, ha reconocido, a fecha marzo de 2013³⁶, la formalización de créditos destinados a refinanciación por importe superior a los 150.000 millones de euros, de los cuales, 50.000 millones son préstamos renegociados a empresas inmobiliarias y 100.000 millones aproximadamente a deudas de particulares.

Sin embargo, no sólo la sociedad europea en general, sino también los distintos entes públicos y privados en particular, reclaman a las entidades de crédito

³² Números rojos, ACM, 1996, Vol. II, p. 1.

³³ SOLER PASCUAL, L.A., ¿son abusivas algunas cláusulas suelo que se contienen en algunas hipotecas?, BCID, nº 85, 2011, p.3 y ss.

³⁴ CASILDA BEJAR, R., Guía de la banca y el consumidor, Alianza, 1989, p. 186 y ss.

³⁵ Manual de Derecho Mercantil español, Tomo II, Bosch, 1959, p. 311.

³⁶ EXPANSIÓN, publicación de 12 de marzo de 2013, p. 17, bajo el título “la banca reconoce por primera vez refinanciaciones por 156.000 millones”.

que fluya el crédito a familias y empresas, al margen de la necesaria formalización de operaciones de refinanciación, ya que no puede olvidarse ni descuidarse que la principal función de las entidades financieras es prestar dinero, a través de cualesquiera de sus operaciones de activo, entre las que debemos incluir al préstamo³⁷, a pesar de que algún autor³⁸ no lo encaja en aquellas.

1.2. Concepto.

Así pues, dicho lo anterior, el contrato de préstamo o mutuo podemos definirlo como aquel negocio jurídico en el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con condición de que devuelva otro tanto de la misma especie y calidad.

Del mencionado contrato de préstamo hay que diferenciar el comodato³⁹, que incluido por el vigente CC dentro del préstamo, se presenta como aquel negocio jurídico en el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que la use por cierto tiempo y se la devuelva en el plazo pactado.

Las diferencias más significativas entre el préstamo y el comodato comprenden:

- a)- El comodato es esencialmente gratuito⁴⁰, mientras que en el préstamo pueden pactarse contraprestaciones, conforme a los artículos 1740 y 1755 CC.
- b)- El comodato tiene por objeto cosas no fungibles, mientras que en el préstamo son cosas fungibles, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1740 CC.
- c)- En el contrato de comodato se transfiere tan solo la cosa para ser usada, por el contrario, en el mutuo o simple préstamo se transmite la propiedad de la

³⁷ Así, RUIZ VELEZ-FRIAS y ROBLES POMPA, Los bancos y sus operaciones, 3ª edición, Tecniban, p. 411, al incluir el crédito en general entre las operaciones activas de los Bancos. MAIRATA LAVIÑA y GUZMAN COSP, Operaciones bancarias y su tratamiento legal, Hispano Europa SA, 1989, p. 119: *“operaciones activas son aquellas mediante las cuales los Bancos conceden a sus clientes sumas dinerarias o disponibilidad para obtenerlas, precisamente con cargo a los capitales que han recibido de sus clientes o a sus propios recursos financieros. Son operaciones por medio de las cuales los Bancos conceden créditos, obteniendo el derecho a su restitución no simultánea, sino en la forma, plazo y condiciones pactadas. Los principales contratos u operaciones activas son el préstamo, la apertura de crédito en cuenta corriente, el descuento y el aval bancario”*.

³⁸ En ese sentido, CANO RICO, J.R. Manual práctico de contratación mercantil, Tomo II, Tecnos, 1985, p. 60, que cita al profesor GARRIGUES, el cual destaca *“el hecho de que los tratadistas no suelen estudiar el préstamo entre las operaciones activas bancarias, y ello es así porque no existe una teoría propia del préstamo bancario diferente de la general del préstamo mercantil, al menos en lo que al préstamo de dinero se refiere”*.

³⁹ MARTIN RETORTILLO, C., El comodato en nuestros días, ADC, 1953, p. 839 y ss.

⁴⁰ MOYA MEDINA, S., Vivienda familiar: problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales I, BDBD, 2006, p. 3 y ss.

misma, siendo muy importante diferenciar entre el concreto⁴¹ uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma⁴².

d)- En el contrato de comodato hay que restituir la misma cosa que se recibió, mientras que en el de préstamo se devuelve *tatundem eiundem generis et qualitatis*.

e)- En el comodato se puede exigir la devolución⁴³ de la cosa antes⁴⁴ del tiempo⁴⁵ convenido, si el comodante tuviere urgente necesidad de ella, conforme al artículo 1749 CC, que ha sido interpretado por la SAP de Madrid, Sección 10ª, de 15 enero de 2000, señalando que "*La cesión de unos padres a su hijo de una casa no se entiende "de por vida". Se conceptúa la relación jurídica entre los titulares del piso y el hijo a quien se le deja, como un comodato con un uso preciso y determinado cual es el de servir de domicilio de la familia del segundo*". En cambio, en el contrato de préstamo no se puede reclamar antes, salvo que se produzca cualesquiera de las causas de vencimiento anticipado incluidas en las condiciones generales de la póliza o escritura pública de préstamo, en cuyo caso, la entidad acreedora podrá resolver anticipadamente el préstamo y solicitar el pago de lo que se le adeude por cualquier concepto.

No obstante lo anterior, existen particularidades respecto a lo antes descrito, tal y como sucede en la Compilación Navarra de 1 de marzo de 1973, modificada por

⁴¹ PÉREZ UREÑA, A., Problemas que suscita la cesión gratuita de un inmueble a un hijo para su uso como vivienda familiar. La reciente doctrina del Tribunal Supremo, BCID, 2009, p. 2: "*así, es importante diferenciar entre el concreto uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma. Mientras el último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios (es decir, una vivienda para habitar en ella), por el contrario el uso al que alude el art. 1750 del Código Civil hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el uso pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y que, en suma debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no se puede equiparar al supuesto en que exista un uso determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla)*". En el mismo sentido, PEREZ UREÑA, A., la cesión gratuita de un inmueble a familiares para uso de vivienda familiar, BCID, nº 44, 2008, p. 3.

⁴² SAP Asturias, Sección 7ª, de 16 diciembre de 2004; SSAP Badajoz, Sección 3ª, de 2 febrero de 2000; SAP Alicante, Sección 7ª, de 14 febrero de 2000; SAP de Madrid, de 13 junio de 2005; SAP de Granada, Sección 3ª, de 18 enero de 1999; SAP de Salamanca, de 19 noviembre de 1996; SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 25 octubre de 2000; y SSTs de 2 diciembre 1992 y de 29 de abril de 1993.

⁴³ MAGRO SERVET, V., Calificación jurídica de la cesión gratuita de un inmueble de padre a hijo por razón de matrimonio y consecuencias posesorias de la ruptura matrimonial en relación al inmueble. Foro Abierto, RJED, nº 1, 2008, p. 5.

⁴⁴ MAGRO SERVET, V., La valoración de la vivienda familiar en la liquidación de gananciales, BDF, nº 38, p. 3 y ss.

⁴⁵ Véase, SAP de Baleares, Sección 3ª, de 3 de octubre de 2003: "*el comodato dura lo que las partes hayan pactado y en su defecto mientras persista el fin para el que nació el contrato*".

la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, al recoger en las leyes 532 a 541 diversas particularidades relativas tanto al préstamo de dinero como al comodato. En efecto, y a diferencia de nuestro CC, la Ley 538⁴⁶ de la Compilación Navarra regula el préstamo al hijo de familia; y en cuanto al comodato, prevé, en su Ley 540⁴⁷, el derecho del comodatario a retener la cosa prestada por razón de gastos e indemnizaciones que le deba el comodante, a diferencia de nuestro Derecho común que prevé en el artículo 1747 de CC, que *“el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas”*.

Por su parte, nuestro Cco en su artículo 312, a diferencia de lo establecido en el CC, se refiere al contrato de préstamo mutuo⁴⁸ de bienes fungibles, como dinero, valores, mercaderías, efectos, entre otros, cuya propiedad es transmitida al prestatario, que la adquiere y queda obligado a restituir otra cantidad equivalente. A su vez, añade que será mercantil cuando alguno de los contratantes fuere comerciante y que las cosas se destinen al comercio, si bien, según criterio doctrinal⁴⁹ *“discernir cuándo esto último ocurra puede hacerse desde la óptica del prestamista o desde la actuación del prestatario”*.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de préstamo o simple mutuo⁵⁰, englobado como hemos indicado dentro de las operaciones activas⁵¹ de las entidades financieras, debemos considerarlo como un contrato real⁵² y unilateral⁵³. Es real, pues de acuerdo con la literalidad del artículo 1740 CC, por el contrato de préstamo

⁴⁶ *“Ley 538. Préstamo al hijo de familia. El que presta a un hijo de familia no emancipado que vive en compañía de su padre, si prestó sin consentimiento de éste, carece de acción para reclamar la cantidad prestada, incluso después de desaparecer las causas de la incapacidad; pero si la cantidad es pagada voluntariamente, no habrá lugar a la repetición de la misma como indebida. Queda exceptuado el caso de conversión en el préstamo conforme a la Ley 536, o el de enriquecimiento del padre con la cantidad prestada”*.

⁴⁷ *Ley 540. Responsabilidad del comodatario. El comodatario debe soportar los gastos ordinarios de conservación y reparación de la cosa prestada y responde de la pérdida de la misma, salvo si es por fuerza mayor, en cuyo caso sólo responde si salvó del mismo siniestro otras cosas de su propiedad. Cuando se tratare de préstamo de semovientes, el comodatario que responde de su pérdida deberá abonar el valor máximo que el semoviente tuvo en el año anterior o lo que el comodante hubiere pagado al adquirirlo. Cuando el comodatario hubiere hecho un uso distinto del convenido o hubiere recibido la cosa con tasación, responderá de todo evento”*.

⁴⁸ Véase, préstamo-mutuo, artículos 323, 1.128, 1.740, 1.754, 1.756, 1.757 CC. Código de 23 de junio de 1263. Código de las Siete Partidas. Artículo 311 y 313 Cco.

⁴⁹ RIVERO ALEMÁN, S., Crédito, consumo y comercio electrónico, 2002, p. 372 y ss.

⁵⁰ CILVETI GUBIA, M.B., Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000. Diferencias del leasing y del léase-back o retroleasing con el contrato de préstamo simple o mutuo, CCJC, nº 55, 2001, p. 2 y ss.

⁵¹ BOIX, Ob. cit., p. 47, indica que las operaciones activas también pueden denominarse de inversión de fondos (en las que el Banco concede crédito al cliente), como por ejemplo el préstamo.

⁵² ALBADALEJO GARCIA, M., la naturaleza real o no del contrato de préstamo, RDPR, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. 1997.

⁵³ BOIX, Ob. cit., p. 78, clasifica al contrato de préstamo como unilateral ya que produce una obligación para una sola de las partes contratantes.

una parte entrega a la otra el bien objeto del contrato en el momento que se perfecciona el mismo, por lo que la obligación de entregar que tiene el prestamista no deriva del contrato en sí, sino que se produce con la perfección del mismo.

La característica de ser real el contrato de préstamo se encuentra apoyada y fundamentada en distintas SSTS, como, entre otras, de 22 de mayo de 2001⁵⁴ y 11 de julio de 2002⁵⁵, Sala de lo Civil.

Consideramos necesario centrarnos en la mencionada “*entrega del importe prestado*” y reflexionar sobre dos cuestiones que entendemos importantes. En primer lugar, diferenciar el contrato de préstamo definido en el artículo 1740 CC, del precontrato⁵⁶ o promesa de contrato por el que una persona, sea física o jurídica, se compromete a entregar a la otra un dinero en préstamo. Y en segundo lugar, debemos destacar la especialidad que en las operaciones de refinanciación se produce respecto del importe prestado, ya que, en estos casos, la entidad de crédito pacta con el prestatario que el importe prestado irá destinado a cancelar o regularizar una determinada operación abierta a su nombre en la entidad acreedora, por lo que la suma prestada no es poseída por la prestataria, es decir, no es propietaria del importe prestado tal y como indica SABATER BAYLE⁵⁷, sino que se faculta o apodera a la entidad de crédito a que aplique la total cantidad prestada y entregada, a la cancelación o regularización de dichas operaciones o a atender otros fines de refinanciación libremente pactados por las partes contratantes. Dicha forma de entregar el importe prestado conlleva que en la mayoría de los casos la formalización y “*entrega*” difiera en el tiempo de su exacta aplicación a los destinos pactados, lo

⁵⁴ Mantiene en su Fundamento de Derecho sexto que “*El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que sólo se da en algunos grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado*”.

⁵⁵ Indica en su Fundamento de Derecho segundo que “*el Código Civil parece asignar carácter real tanto al préstamo de uso (comodato), como al préstamo de consumo (mutuo), puesto que en el artículo 1740 se menciona la entrega de la cosa como elemento de especial significación en la formación y perfección de los contratos de comodato y mutuo. La jurisprudencia ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que la entrega de la cosa en estos contratos es uno de sus requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, objeto y causa (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1943 [RJ 1943, 703], 12 de febrero de 1946 [RJ 1946, 251], 26 de febrero de 1957, 8 de julio de 1974 [RJ 1974, 3553] y 28 de febrero de 1983). La más reciente doctrina jurisprudencial insiste en el carácter real del contrato de préstamo, aunque alguna resolución no descarta la posibilidad del contrato consensual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7715) declara que no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad, sin la entrega de numerario por el prestamista al prestatario, por lo mismo que el mutuo es un contrato real. Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7870) afirma que el contrato de préstamo no nace por el mero consentimiento de las partes, sino por la recepción de la cosa, en el caso que nos ocupa, el dinero*”.

⁵⁶ PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil, Volumen II, Bosch, 1987, p. 311.

⁵⁷ Ob. cit., p. 33: “...y, además, el prestatario <<adquiere la propiedad>>, unilateral.....”.

que, no obstante, a nuestro entender, no perjudica a la correcta entrega del importe prestado.

Por último, la segunda de las características del préstamo o simple mutuo es, la unilateralidad, que se produce dado que la única obligación que surge es para el prestatario de devolver⁵⁸ otra cantidad equivalente a la prestada.

En conclusión, y utilizando la definición de DÍAZ BARCO Y VELÁSQUEZ MARTÍN⁵⁹, que considero facilitan un concepto de préstamo lo suficientemente descriptivo y práctico, el mismo puede conceptuarse como *“aquel contrato en virtud del cual la entidad, en este caso financiera y que opera como prestamista, entrega al prestatario-cliente una determinada cantidad de dinero pactando las partes la manera en la que se ha de devolver ese dinero más los intereses⁶⁰ remuneratorios, normalmente en unos vencimientos prefijados en un cuadro de amortización que se puede acompañar al contrato”*.

2. Naturaleza jurídica.

A fecha de redacción de este trabajo, en las pólizas o escrituras que sirven de soporte para formalizar cualesquiera de las operaciones de activo de las entidades financieras, se incluye la calificación de *“contrato mercantil de préstamo”*, por lo que si interviene⁶¹ una entidad financiera y el destino de la operación es efectuar o desarrollar actos de comercio, puede entenderse que el préstamo es mercantil al margen de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Es cierto que no existe un criterio legal único para determinar la mercantilidad de los contratos, sobre todo cuando nuestro Cco utiliza para tal fin diversos criterios tales como la subjetividad (contrato de préstamo mercantil, depósito mercantil y transporte mercantil, entre otros), o la accesoriedad⁶² de otro contrato (el contrato de fianza o prenda).

⁵⁸ Sobre plazos de devolución, véase RUIZ VELES-FRIAS, F., y ROBLES POMPA, J., los bancos y sus....., Ob. cit., p. 412.

⁵⁹ El Juicio Ejecutivo derivado de operaciones bancarias, 2002, p. 23.

⁶⁰ Sobre intereses, consúltese, SABATER BAYLE, E., préstamo con interés, usura.....Ob. cit.

⁶¹ En este sentido, CUÑAT EDO y BALLARIN HERNANDEZ (Directores), estudios sobre jurisprudencia bancaria, 2ª Edición, Aranzadi, 2002, p. 336, *“al considerar que el contrato de préstamo bancario está regulado en los artículos 311 y 324 del CCo y subsidiariamente en los artículos 1740, 1753 al 1757 del CC”*.

⁶² FERNANDEZ MARTOS y BERMUDEZ CAÑETE, Normas y Formularios sobre contratación bancaria, Saetabis, p. 58 in fine, que parece utilizar la accesoriedad para la calificación del préstamo, al señalar que *“por analogía con la fianza estimamos que la prenda será mercantil en tanto en cuanto sirva para asegurar un contrato u obligación mercantil, y civil cuando ésta tenga este carácter; y ello por el carácter “accesorio” que tiene este contrato”*.

Determinar la naturaleza civil o mercantil⁶³ del contrato de préstamo es una cuestión que ni la doctrina ni la jurisprudencia han llegado a dilucidar de manera conclusiva.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en ausencia de una regulación legal, se han pronunciado de forma dispar a favor y en contra de la calificación mercantil del préstamo en función de la interpretación y valoración dada principalmente a cuatro cuestiones. Una primera, referida a la normativa que se aplique⁶⁴ al caso concreto, es decir, Código Civil o Código de Comercio; una segunda, relativa a la cualidad de las partes, esto es, comerciante o no; una tercera, que atiende al destino que se dará al importe prestado, dependiendo de que se destine a actos de comercio o no; y una cuarta, que se centra en considerar si existió o no buena fe en el prestatario a la hora de manifestar el destino que daría al importe prestado, en el sentido de manifestar que se aplicaría a actos de comercio si bien con posterioridad no sería así.

Entre precitadas opiniones doctrinales, LANGLE⁶⁵, no concluye sobre la calificación, defendiendo que *“en suma, la norma que hemos analizado conduce a resultados bastante convencionales y, a veces, absurdos; a más de constituir un serio obstáculo, en la práctica, la exacta determinación del destino del objeto prestado. El sistema regulador de los préstamos mercantiles únicamente en supuestos específicos y determinados, se ve libre de aplicaciones dudosas, más o menos arbitrarias”*.

⁶³ BOIX, Ob.cit., p. 95, para conocer si un contrato es mercantil se remite a tres requisitos, el primero, que se cumpla lo recogido en el artículo 50 del Cco, al establecer que *“los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”*; segundo, cuando se produce como consecuencia de la actividad normal de una empresa mercantil; y tercero, si interviene un comerciante y siempre que tenga como destino el comercio. MARTIN, Ob. cit., p. 38, concluye manifestando que *“podríamos decir que en la época que nos ocupa....., el Derecho Mercantil se justifica como un Derecho predominantemente profesional propio de una clase social o estamento. Se aplica a los comerciantes, pero sólo para regular su actividad mercantil, por tanto, no se aplicará en ningún caso a los actos civiles de aquéllos”*.

⁶⁴ MURILLAS ESCUDERO., J.M., distinción de la compraventa civil y mercantil en la Jurisprudencia, ACM, vol. II parte Estudio, Pamplona, 1999, cita determinado párrafo de la STS de 22 de junio de 1979, sobre venta de un tractor por parte de una sociedad anónima a un agricultor: *“(en uno de los motivos del recurso, se apoya el recurrente en la violación por inaplicación del artículo 325 del CCo, y, violación también por inaplicación, de la doctrina legal sancionada en las sentencias del TS que cita, en orden a la interpretación de dicho precepto legal. Su línea de defensa para argumentar la naturaleza mercantil del contrato, la basa en que la sentencia recurrida alude a los artículos 284, 286 y 293 del CCo, en consecuencia, deduce que si la sentencia cita artículos del CCo, el contrato debe tener naturaleza mercantil. Sin embargo, el Tribunal dice que «(...) Son temas (...) con tratamiento jurídico diferente los de calificar, de una parte, el carácter civil o mercantil de una convención, y, de otra, la apreciación de si a la persona individual que actuó en nombre de una sociedad, en la aludida convención, le asiste la capacidad de obrar (...) concluir que la sentencia recurrida al no calificar de compraventa mercantil la sometida a decisión, no infringió ni pudo infringir por inaplicación el artículo 325 del CCo y doctrina legal que lo interpreta»*”. En el mismo sentido, en función de la norma aplicable, ARCOS VIEIRA, M.L., el mandato de crédito, Aranzadi, 1996, 212 y ss.

⁶⁵ Ob. cit., p. 315.

Por otro lado, RUIZ VELEZ-FRIAS y ROBLES POMPA⁶⁶, cuando desarrolla el epígrafe “*concepto y naturaleza jurídica del contrato de crédito en cuenta corriente*”, indica que “*nos encontramos, pues, ante un contrato de préstamo mercantil*”, señalando, además, que “*el préstamo mercantil está regulado por los artículos 311 y ss del Cco y se define como un contrato entre dos partes (alguna debe ser comerciante) por el cual una parte entrega a la otra dinero u otra cosa fungible para que lo destine a operaciones de comercio con la condición de devolverlo en la misma especie y calidad o su equivalente*”, por lo que el autor parece requerir para la calificación de mercantil que en el contrato de préstamo una parte sea comerciante y que el dinero o cosa fungible que se entregue se destine a operaciones de comercio.

En cambio, no comparte lo anterior CANO RICO⁶⁷, que considera que es un contrasentido calificar de mercantil al contrato de préstamo por el hecho de que concurren los requisitos⁶⁸ referidos a que alguno de los contratantes fuere comerciante y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio, ya que esta doble consideración, que regula el artículo 311 Cco, nos llevaría al aparente contrasentido de que la mayoría de los préstamos bancarios no son mercantiles, lo que comparto, ya que citados requisitos no son causa cierta para delimitar⁶⁹ el carácter⁷⁰ mercantil o no de un préstamo.

⁶⁶ Ob. cit., p. 415.

⁶⁷ Ob. cit., p. 61.

⁶⁸ LANGLE., Ob. cit., p. 112 y ss, distingue una doble base en el artículo 311 CCO al concretar el mismo cuándo un préstamo se reputará mercantil, distinguiendo una base subjetiva (referida al primer requisito que cita mencionado artículo, es decir, si alguno de los contratantes es comerciante), y una segunda objetiva (relativa al segundo requisito que indica precitado artículo, esto es, si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio). LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVARRÍA, Elementos de Derecho Civil II; Volumen III, Bosch, p. 178, señala que “*el mutuo es mercantil cuando una de las partes es comerciante y el importe se invierte en operaciones mercantiles (artículos 311 y ss CCCO: véase también 320-1º)*”. En el mismo sentido, CUESTA RUTE, J.M^a. (Director), Contratos mercantiles, Tomo II, Bosch, p. 18: “*la mercantilidad del préstamo viene establecida por el Código de comercio en función de dos circunstancias, que se presentan como cumulativas: primero, que alguno de los contratantes sea comerciante y, segundo, que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio*”.

⁶⁹ La STS de 11 de junio de 1923 indicó que “*no es posible aplicar al contrato de préstamo la legislación mercantil no siendo operaciones comerciales aquellas a que se destinen las cosas prestadas o no acreditándose tal destino*”.

⁷⁰ LANGLE., Ob. cit., p. 312 y ss, sobre la dificultad que conlleva el determinar si un contrato de préstamo es mercantil o no, el autor cita a distintos autores y sus interpretaciones, y entre ellos: BENITO ENDARA, al consagrar alguna atención al “comodato mercantil”, pero no dejaba de reconocer que nunca merecería ser calificado de comercial, que en la práctica no existiría y que en todo caso quedaría sujeto a la ley común. ECHEVARRÍA, consideraba que la exigencia del requisito personal se atribuye a “*resabios del carácter profesional antiguo del Derecho Mercantil*”. VICENTE Y GELLA, entiende que el préstamo debe ser mercantil cuando se trate operaciones de banca, o la especulación sobre el dinero sea ejercida como empresa por el prestamista, o sea comerciante el prestatario. GARRIGUES, respecto al segundo requisito, comenta que responde al mismo criterio finalista seguido en la definición de la compraventa mercantil y que confirma el carácter accesorio de este contrato, pues recibe su calificación mercantil a través del acto principal a que las cosas

SABATER BAYLE⁷¹, por su parte, señala que *“debido a la evolución social y económica que no corresponde al Derecho desvelar, ha desaparecido prácticamente la figura del préstamo concedido por el usurero decimonónico, de carácter esencialmente civil, y en cambio, las instituciones crediticias han asumido en gran parte su papel, pese a seguir exigiendo ciertas garantías, y por ello han experimentado un auge extraordinario, con la particularidad de que sus operaciones se reputan siempre mercantiles, aun en los casos de préstamos al consumo, o para atender a gestos de enfermedad, etc”*, de lo que puede desprenderse que defiende la calificación de mercantil si interviene una entidad financiera, al margen del destino según la autora.

Otros autores⁷², alejados de las anteriores consideraciones, utilizan para la calificación de mercantil del préstamo la circunstancia de la existencia y contenido de un contrato subyacente, como sucede por ejemplo con las tarjetas prepago que emiten las compañías telefónicas, que no pueden considerarse tarjetas de crédito o de débito ya que la emisión de la tarjeta se basa en ambos casos en la existencia de un contrato subyacente.

Sin embargo, situados en los criterios mantenidos por la jurisprudencia sobre la calificación mercantil del préstamo, y distanciándose de las citadas reflexiones doctrinales, la STS de 9 de mayo de 1944 aseveró el carácter mercantil de los préstamos bancarios cualquiera que fuese el destino que se dé a los fondos, siempre

prestadas se destinan. ECHÁVARRI, se planteaba la hipótesis de un contrato en el cual se exprese que el dinero se destina a actos de comercio y el prestatario lo aplique a otros actos que no lo sean. Estimaba que es mercantil porque hay que basarse en la buena fe del mutuante, para el cual lo entregado se destinaba a negocios mercantiles.

⁷¹ Ob. cit., p. 69 in fine.

⁷² CAÑETE QUESADA, A., La emisión de un pagaré en blanco en garantía del cumplimiento de un contrato de préstamo mercantil, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 16, 2005, p. 2 y ss: *“por lo tanto, si el pagaré era inseparable de su causa no podía hablarse de documento abstracto. Lo anterior suponía una barrera infranqueable para el tenedor del pagaré sobre el que pesaba la carga de tener que demostrar la mercantilidad del contrato subyacente so pena de ver fracasada su acción cambiaria. Con la Ley Cambiaria esta cortapisa desaparece entendiéndose el pagaré como una promesa pura y simple de pago desvinculada totalmente de la relación causal subyacente, es decir, el pagaré pasa a ser un documento apto para la circulación y tráfico mercantil, de naturaleza abstracta y eminentemente formal lo que suscita la idea de conferirle otro tipo de funciones distintas de las que originariamente ostentó y cuya evolución claudicó a favor de la letra de cambio”*. Léase el análisis sobre contrato de préstamo subyacente que efectúa, SANCHEZ MANZANO, J.D., Comentarios acerca de la amplitud del hecho imponible del Impuesto sobre sucesiones y donaciones (modalidad donaciones) y su potencial repercusión en hipótesis ordinarias en la práctica del tráfico jurídico, QFA, nº 21, 2012, p. 7: *“En concreto los prestatarios (que sí adquieren propiedad del inmueble financiado en virtud del préstamo) van devolviendo el segundo préstamo personal subyacente (contraído con los restantes prestatarios) mediante la amortización de cada cuota del préstamo hipotecario bancario, puesto que pagan también la parte que formalmente no les corresponde, y el proceso culmina a través de la novación del préstamo hipotecario con la liberación de los conocidos prestatarios (que no adquirieron propiedad) lo que consuma la cancelación del préstamo personal contraído entre unos y otros prestatarios”*.

que el prestamista sea un empresario cuya profesión consista precisamente en conceder créditos y préstamos, esto es, una entidad de crédito.

No obstante, lo cierto es que al margen de los argumentos doctrinales y jurisprudenciales sobre el carácter mercantil que posea el contrato de préstamo, y en particular, el préstamo bancario, entendemos que se trata de una discusión más teórica que práctica, pues solo a efectos prácticos, si se ejecuta judicialmente una póliza de préstamo, la cuestión es importante, ya que conforme al artículo 517.5º de la vigente LEC 1/2000, las pólizas intervenidas han de ser calificadas necesariamente como mercantiles para proceder a su ejecución, cuestión ésta que actualmente incluso se cuestiona ya que se ejecutan pólizas intervenidas de prenda que no son calificadas como mercantiles.

De lo anterior se deriva, salvando lo referido a la ejecución de la póliza intervenida, que las diferencias que se pretendan establecer entre la regulación del préstamo civil y mercantil obedecen a conseguir fines más teóricos que prácticos, con escasa relevancia práctica y judicial, y prueba de ello es que en las distintas pólizas de préstamo, de leasing, afianzamiento, descuento comercial, contraval, confirming, entre otras muchas, utilizadas por las entidades financieras para instrumentar sus contratos, en unas se incluye el término “*mercantil*” y en otras no, produciéndose los mismos efectos financieros y consecuencias judiciales en unas y otras, es decir, no varían en ninguna de ellas las condiciones particulares, las cláusulas generales, ni las formalidades de intervención notarial, ni los contenidos de los fallos judiciales llegado el momento de una ejecución, porque las mismas consecuencias judiciales y trámites procesales conlleva la reclamación judicial de una de las mencionadas pólizas con independencia de que el contrato o la póliza haya sido calificado/a de mercantil.

3. Clasificación del contrato de préstamo.

Son diversas las clasificaciones que se pueden hacer del contrato de préstamo, sobre todo si tenemos presente la actual praxis doctrinal y jurisprudencial en la materia.

No obstante, podemos afirmar que son seis las clasificaciones que del contrato de préstamo han sido más utilizadas por la doctrina, referidas a diferenciar entre el contenido patrimonial de la garantía ofrecida, el sujeto prestamista, el objeto, la forma de perfección del contrato, la garantía y la onerosidad o niveles retributivos.

Atendiendo al contenido patrimonial de la garantía ofrecida, al que se refiere el Cco en su artículo 320 y ss, es posible distinguir el préstamo con garantía de valores negociables, que se presenta como un préstamo que se garantiza con la prestación de garantías de cualquier derecho de contenido patrimonial (como es el

caso de los valores mobiliarios⁷³), y cualquiera que sea la denominación que se utilice.

Tomando como criterio clasificador al sujeto que concede el préstamo, se diferencia entre el préstamo bancario⁷⁴, que es el concedido por las entidades de crédito en el desarrollo de su objeto social, y los préstamos concedidos por cualquier otro empresario diferente a una entidad de crédito, para que el prestatario destine o aplique sus fondos a la actividad profesional.

Si atendemos al objeto del contrato de préstamo, se distinguen tres tipos de préstamo. El primero, el contrato de préstamo de dinero, mediante el que el prestatario cumplirá devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor que tuviera en el momento de la devolución, con la salvedad de que si se pacta una moneda determinada la alteración de cambio opera en beneficio o perjuicio del prestamista, conforme al artículo 312 Cco. El segundo, de títulos o valores, en el que el deudor habrá satisfecho su deuda devolviendo otros tantos de la misma clase en idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Y el tercero, de pago en especie, referido al préstamo de materias primas, mercaderías, productos industriales, en el que el prestatario cumplirá devolviendo otro tanto de la misma calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie, de conformidad con el artículo 312 Cco.

Por otro lado, si consideramos la forma de perfección del contrato de préstamo, es posible diferenciar entre el préstamo real⁷⁵, regulado por los CC y de

⁷³ Se regulan fundamentalmente en la Ley de Sociedades Anónimas (acciones, obligaciones) y en la Ley del Mercado de Valores (valores representados mediante anotaciones en cuenta), aunque principalmente en la OM de 25 de marzo de 1991. Son valores emitidos en masa, homogéneos, fungibles y líquidos, susceptibles de ser negociados en mercados estandarizados. Se denominan también valores negociables.

⁷⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Comentario a la Sentencia de 8 abril 1994, CCJC, nº 36, 1994, p. 2 y ss.

⁷⁵ SAP de Madrid, Sección 14ª, de 4 de junio de 1998: *“ya que la actora solicitó un préstamo que se le denegó, que el préstamo no es un contrato consensual sino real y que no se perfecciona hasta la entrega de la cosa, en este caso el dinero. Que lo existente hasta ese momento son meros tratos que en nada obligan a la entidad, y que el único culpable del perjuicio es la propia actora que inició los trámites de contratación antes de tener la financiación. Igualmente no están de acuerdo con la manera de calcular el perjuicio. En primer lugar contamos con el informe del «Banco de España» que entiende que existió una incorrecta práctica bancaria que generó una falsas expectativas en el cliente. Esto puede venir apoyado en la teoría apuntada por Manuel B. y otros mercantilistas que entienden que el contrato de préstamo puede ser también de naturaleza consensual y que se perfecciona con el consentimiento de las partes, incluyendo entre las obligaciones del prestamista la de entregar lo pactado. Bien si seguimos esta teoría, o si entendemos que entre las partes existía un precontrato, en el que las partes se obligaron a firmar un contrato de préstamo, lo cierto es que la entidad bancaria creó esas falsas expectativas, y unos perjuicios a sus clientes que debe reparar”*. SAP de Lugo, Sección 1ª, de 5 de septiembre de 2011, Fundamento de Derecho segundo: *“A mayor abundamiento, y a pesar de lo expresado en el Fundamento anterior, entiende la Sala conveniente descender a las cuestiones de fondo planteadas en el presente pleito. Así, se reconoce que es cierto que los contratos reales se perfeccionan con la entrega de la cosa. En este caso, es indudable que la*

Cco, y el préstamo consensual⁷⁶, que es el más habitual en el tráfico económico-financiero.

Por su parte, atendiendo a la garantía constituida, el préstamo puede presentarse con o sin garantía específica.

Por último, dependiendo de la onerosidad del préstamo, puede pactarse libremente la contraprestación de pago de intereses, de lo que se derivará en su caso la onerosidad del mismo, requiriéndose, para ello, pacto expreso y forma escrita, conforme a lo dispuesto en los artículos 1755 CC y 314 Cco.

4. Contrato de préstamo con interés.

Si ya de por sí el contrato de préstamo en cualesquiera de sus ya citadas vertientes es concebido por el consumidor bancario como un negocio no menos que poco agradable, la cuestión se agrava si la contraprestación a favor de la entidad de

formalización del contrato se produce el día 13 de marzo de 2006, pero al hallarnos ante un contrato de préstamo se perfeccionaría con la entrega del dinero”.

⁷⁶ STS, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2002, Fundamento de Derecho quinto: “La póliza de crédito, pre-contrato consensual de préstamo, por el contrario, no queda materializado como crédito determinado y exigible hasta que no se completa aquella póliza con la liquidación pertinente y es a partir de este momento cuando su fecha queda determinada y puede prevalecer por el orden de antigüedad de ésta, no antes”. SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 1 de julio de 2005, Fundamento de Derecho séptimo: “..... aparte de que la postura radical de la Juez a quo de ligar el préstamo a la entrega real del capital, es un criterio no mayoritario en la doctrina actual que admite el préstamo consensual como más ajustado a una actual realidad, de lo que es una clara manifestación la apertura de crédito en cuenta corriente u otros supuestos similares, por lo que la nulidad decretada se rechaza, pues en la escritura de constitución se fijó con precisión el importe del préstamo, y éste fue hecho efectivo como acredita la certificación del banco ya considerada por la Juez a quo”. SAP de Cádiz, Sección 7ª, de 12 de enero de 2001, Fundamento de Derecho segundo: “la más reciente doctrina jurisprudencial insiste en el del contrato de préstamo, aunque alguna resolución no descarta la posibilidad del préstamo consensual. La STS de 7-10-1994 (RJ 1994, 7715) declara que no puede tenerse por existente un préstamo de dinero e imponer la obligación de devolver determinada cantidad, sin la previa entrega de numerario por el prestatario, por lo mismo que el mutuo es un contrato real. Y la STS de 22-7-94 afirma que el contrato de préstamo no nace por el mero consentimiento de las partes, sino por la recepción de la cosa (en el caso que nos ocupa el dinero). En cambio, la STS de 22-12-1997 (RJ 1997, 9113) sostiene que en nuestro derecho el préstamo puede ser consensual o real, según los casos. La doctrina de los autores en buena parte acepta el criterio de la naturaleza real de estos contratos, pero otros no están de acuerdo en considerarlos, en todo reales, bien porque falta una norma explícita general que exija la entrega de la cosa para el contrato adquiera fuerza vinculante o bien porque nada impide que por la autonomía de lo negocial puedan las partes conceptuarlos como consensuales”. SAP de Castellón, Sección 3ª, de 18 de junio de 2001, Fundamento de Derecho segundo; “tampoco plantea problemas, ni desde un punto de vista práctico ni dogmático, el hecho de que la cantidad objeto de préstamo pudiera no ser entregada en el mismo momento de la firma del contrato (cosa que se reconoce expresamente en la escritura), dado que ha de entenderse por superada en buena medida la tradicional noción del contrato de préstamo como contrato rigurosamente formal, siendo igualmente posible pactar un contrato de préstamo consensual como sería el del presente caso (así, cláusula primera, folio 11). Consta que la entrega se produjo el mismo día de la firma (16 de junio de 1998), mediante ingreso en la cuenta abierta en la entidad acreedora, tal y como estaba pactado. Ni existe falta de provisión de fondos (que pudiera dar lugar a excepción al amparo del art. 1464 LEC 1981), ni estamos en presencia de un título ejecutivo nulo (art. 1467 LEC)”.

crédito es la devolución a la misma de determinada cantidad resultante de aplicar el tipo de interés pactado al capital prestado.

El contrato de préstamo con interés, a diferencia del gratuito, puede considerarse como aquel negocio jurídico en el que la parte prestamista entrega a la prestataria una cantidad de dinero con la condición de que ésta le devuelva la misma cantidad más la suma resultante de aplicar el interés pactado.

Así pues, cabe destacar las siguientes características del contrato de préstamo:

- es un contrato real⁷⁷, pues conforme a la literalidad del artículo 1.740 CC, el contrato de préstamo es aquel por el que una parte entrega a la otra determinado bien en el momento de la perfección del contrato.

- es unilateral⁷⁸, porque la obligación de entregar que tiene el prestamista no deriva del contrato, sino que como hemos señalado se produce en el momento de la perfección del mismo. Así, la única obligación que surge del contrato es para el prestatario de devolver la cantidad junto con los intereses.

- es traslativo de dominio, pues el prestamista transmite al prestatario la propiedad de dinero y no simplemente el uso⁷⁹.

- es oneroso, si bien debe tenerse en cuenta que el contrato de préstamo regulado en el CC es naturalmente gratuito, por lo que los intereses habrá que pactarlos expresamente tal y como se infiere del artículo 1.755 CC. Pese a ello, el artículo 1.756 CC establece que el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital, dado que se entiende que, en tal supuesto, cabe colegir la existencia de un pacto tácito de pago de intereses⁸⁰.

El pago de intereses se entiende como una remuneración por la privación del dinero que asume la parte prestamista, debiendo existir, respecto a la cantidad de intereses a retribuir, una necesaria relación con la cuantía que se presta, el plazo en el que se devolverá y el riesgo que se asume al prestarse el dinero.

La forma de pago se pacta libremente por las partes contratantes, sin perjuicio de los periodos de carencia de amortización que pueden llevarse a cabo.

La cuantía de los intereses pactados se encuentra limitada por la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, también conocida como Ley de Azcarate.

⁷⁷ Léase, ALBADALEJO GARCIA, M., La naturaleza real o no del contrato de préstamo, RDPR, 1997.

⁷⁸ GONZALEZ NAVARRO, B.A., Préstamos y créditos en el concurso, RAD, nº 10, 2011, p. 1 y ss: *“además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado (...)”*. En el mismo sentido, véanse: SSTS de 28 de marzo de 1983; 22 de diciembre de 1997 y 7 y 27 de octubre de 1994.

⁷⁹ R.C.C., derecho de uso.

⁸⁰ SABATER, Ob.cit., p. 38 y ss. Véase también, STS, de 15 de febrero de 2006.

Como se indicó en anteriores epígrafes, el artículo 1 de la misma, “*declara nulo el contrato de préstamo en el que se estipule un interés usurario o leonino entendiendo por tal el que es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*”. Con la promulgación de esta Ley se persiguió conseguir que los contratos de préstamo con interés se rigieran, en todo momento, por el principio de buena fe y evitar así que el acreedor recibiera una mayor cantidad que la que prudente y equitativamente le correspondiera.

A la vista de las consideraciones expuestas sobre el contrato de préstamo con interés y la descripción que de éste se ha efectuado, consideramos, lisa y llanamente, que su definición es sencilla y de fácil aplicación al tráfico económico. Sin embargo, creemos que las entidades de crédito prestamistas, las familias y empresarios prestatarios, han desvirtuado el verdadero fin del préstamo, al destinar el importe prestado a atender fines que en ninguna medida contribuían a conseguir el verdadero crecimiento de las economías, alejándose de la necesidad, principalmente de los comerciantes, de financiarse para desarrollar actos de comercio, olvidando las pautas de comportamiento ya recogidas en las antiguas normas⁸¹ que han regulado el préstamo con interés⁸², atendiendo a criterios éticos (como en el Fuero Juzgo y el Fuero Real), o limitando la tasa máxima de interés (como estableció Las Partidas). Todo lo cual difiere muy mucho de la libertad absoluta que regulan las actuales legislaciones, y que ha provocado que mucho se esté escribiendo, opinando doctrinalmente y resolviendo judicialmente sobre el tipo de interés ordinario que como contraprestación establece y aplica la entidad financiera sobre el capital prestado, y sobre los otros tipos de interés que junto al ordinario forman parte de las condiciones particulares del préstamo, como son el interés de demora y el tipo máximo y mínimo aplicable al préstamo concedido.

Por último, parece haberse olvidado la doble finalidad que el tipo de interés ordinario debe tener según criterio que nuestro TS ha descrito en varias de sus sentencias⁸³: la fundamental de servir de retribución o precio que el prestatario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital prestado, y la de establecerse como medio de compensación de la depreciación monetaria.

Este cúmulo de circunstancias descritas, no solo ha originado que se produzca una quiebra difícilmente reparable entre sociedad y entidades de crédito, sino que se

⁸¹ Consúltese, Fuero de 1 de enero 1.252 (años 1252-1255); Fuero Real; Código de 23 de junio de 1.263; Código de las Siete Partidas; artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1.908 (Represión de la Usura).

⁸² R.C.C., concepto de intereses: Artículo 1 de Ley de 23 de julio de 1.908 (Represión de la Usura); Artículo 1.108 y 1.871 CC. DORAL y MARTÍNEZ PARDO, J, Nuevas orientaciones sobre la obligación del pago de intereses, ADC, 1.980, p. 523 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, C., La deuda de intereses, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1.996, p. 15 y ss.

⁸³ SSTs de 25 de enero de 1984 y 15 de febrero y 08 de marzo de 1997.

ha agravado aún más esa desconfianza que como OROZCO PARDO⁸⁴ describe ya de por sí tenía el consumidor en el contrato de préstamo con interés.

De este modo, sobre todo desde el año 2012, el debate sobre el contrato de préstamo con interés se ha centrado, fundamentalmente, en dos cuestiones básicas, las cláusulas suelo y el tipo de interés de demora, cuestiones éstas que analizaré por separado en posteriores epígrafes.

⁸⁴ Ob. cit., p. 20: *“es por tanto unánime la exigencia de proporcionalidad de la cuantía de los intereses al tiempo de duración del préstamo y al riesgo asumido, en razón de la pérdida de rentabilidad por parte de quien presta el dinero. No obstante, como queda dicho, el ánimo de lucro y la práctica de reforzar la seguridad del préstamo, pueden llevar a imponer condiciones que comporten un desequilibrio injusto de las partes o, incluso, un interés usurario. Es por ello que históricamente el préstamo con interés ha sido tratado con cierta desconfianza por el legislador, que ha pretendido poner coto a los posibles excesos con un sistema de interés tasado en función del tipo de crédito”*.

CAPITULO IV

LA PÓLIZA DE PRÉSTAMO

A- ASPECTO DOCUMENTAL

1. La póliza de préstamo. Concepto.

Previamente a analizar el concepto de póliza es necesario recordar que con carácter general el contrato de préstamo, que es subyacente¹ a aquélla, debe formalizarse por escrito² si es retribuido con interés³, tal y como determinada el artículo 314 del vigente Cco, sin que ello constituya, una especial circunstancia que lleve a calificar al contrato de formal⁴ en cuanto a la forma⁵, tratándose más bien de un aspecto de carácter no constitutivo⁶ encaminado a la utilización en sede judicial como medio de prueba⁷ y sin mayor trascendencia que la conferida por los artículos 1.279 y 1.280 del CC y 51 del Cco.

Por el contrario, si el préstamo no es retribuido, su formalización puede ser verbal, llegándose a perfeccionar exclusivamente por el consentimiento prestado libremente por las partes contratantes. No obstante, para el préstamo bancario subyacente⁸ a la póliza, es exigible la forma⁹ documental en los términos señalados.

Aclarado lo anterior, conviene subrayar que uno de los documentos¹⁰ utilizados por las entidades financieras¹¹ como soporte para la formalización del contrato de préstamo, lógicamente retribuido, es la póliza de contrato de préstamo.

¹ CAÑETE QUESADA, A., La emisión de un pagaré, Ob. cit., p. 3: “.....la póliza donde se documente el préstamo ya no precisaba de la intervención del fedatario público mercantil y sin que ello hiciera perder fuerza ejecutiva al negocio jurídico subyacente”.

² ORDÁS ALONSO, La deuda de intereses en las pólizas de crédito bancario, Comares, 1999, p. 174.

³ MARCO COS, J.M, Título ejecutivo y artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Publicación Aranzadi Civil-Mercantil, Vol. II, parte Estudio, Pamplona. 1998.

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., Préstamos y créditos en el concurso, RAD, nº 10, Pamplona, 2011.

⁵ NIETO CAROL, U., La liquidez de los contratos bancarios. El artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Diario La Ley, 1993, pp. 1013-1033.

⁶ RIVERO ALEMÁN, S., Crédito, Consumo y Comercio Electrónico, Aspectos Jurídicos Bancarios, 2002, p. 377.

⁷ AURIOLES MARTÍN, A., Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito, RGD, nº 606, 1995, p. 2 y ss.

⁸ Véase STS de 16 de diciembre de 2008, que en su Fundamento de Derecho segundo establece que “si la parte se refiere a que los contratos solo surten efectos desde que todos los otorgantes prestan su consentimiento, tiene razón, pero nada tiene que ver con el otorgamiento sucesivo de las pólizas, que es ajeno al contrato subyacente (préstamo o cualquier otro) y su perfección y se refiere exclusivamente al otorgamiento de la póliza en cuanto instrumento público; y que se confunden los aspectos puramente formales con las actividades empresariales”.

⁹ BOIX, Ob. cit., p. 96.

¹⁰ CASILDA BEJAR, Ob. cit., Guía práctica.....p. 187.

No puede obviarse una cuestión principal, relativa a que en los contratos de préstamo con garantía personal que tienen confeccionados algunas entidades de crédito, no aparece el término “*póliza*”, calificación ésta que es dada por el Notario cuando interviene el documento, es decir, el contrato de préstamo que suscriben las partes es calificado por la entidad financiera como “*contrato*”, y en cambio, en el momento en el que es intervenido por el Notario, éste lo califica de “*póliza*”¹², cuestión arbitraria ya que el préstamo podría haber sido calificado de escritura pública por las circunstancias que seguidamente expongo.

Las entidades de crédito utilizan las pólizas para instrumentar contratos con garantía personal, prendaria, de valores, entre otros, y las escrituras públicas para otorgar negocios con garantías distintas a las mencionadas, a fin de ajustarse al contenido del artículo 144 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado en la redacción dada por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

Dicho artículo establece que si bien las escrituras públicas y las pólizas intervenidas son instrumentos públicos, las primeras tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases; y por el contrario, las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.

Pues bien, dicha determinación legal, a propósito de la mencionada calificación arbitraria, propicia diversas interpretaciones, porque nada impide que entre particulares se suscriba una escritura pública de préstamo cuyo importe vaya

¹¹ Téngase en cuenta que los Bancos y demás Entidades de Crédito (que se encuentran asimilados en base a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito) cuando conciertan una operación de las denominadas de activo, que son aquéllas en que conceden créditos a terceros y por lo tanto se convierten en acreedores, desde siempre se han preocupado de que el contrato en cuestión aparezca intervenido en los términos previstos en el artículo 517 de la actual LEC, y ello con la única finalidad de estar dotados de un título ejecutivo, para el supuesto de incumplimiento de su cliente, finalidad, por otro lado plenamente lícita y legítima.

¹² Quizás, es debido al contenido del párrafo tercero del artículo 144 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, al establecer que “*Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental*”.

destinado a la financiación del negocio que por cuenta propia explota la parte prestataria, a pesar de que conforme al artículo 144 RN pueda interpretarse que tenga que instrumentarse en póliza. De cualquier modo no tiene trascendencia, ya que si el préstamo citado se formaliza en escritura pública o en póliza causará los mismos efectos, salvo en el momento de su ejecución, pues conforme a la LEC se requiere que sea póliza intervenida para poder iniciar un proceso ejecutivo.

Al margen de lo anterior, son diversos los conceptos que de la póliza se han manejado. En ese sentido, el diccionario de la lengua española define el concepto de póliza conforme a varias acepciones, interesando al objeto de nuestro estudio solo una de ellas, esto es, la que define a la póliza como aquel “*documento justificativo del contrato de seguro, fletamentos, operaciones de bolsa y otras negociaciones comerciales*”.

Por su parte, algún sector doctrinal¹³, en general considera a la póliza como un documento intervenido¹⁴ por fedatario público. Este es el concepto que recogía el antiguo Código de Comercio de 1829 en su artículo 235, que atribuía a la póliza tal consideración si estaba intervenida por Corredor de Comercio¹⁵. Hoy, por el hecho de que una póliza no esté intervenida por fedatario público no deja de ser una póliza en sí con los efectos favorables y desfavorables que ello conlleva y que analizaré más adelante.

¹³ CASTILLEJO MANZANARES, R., *El Juicio Ejecutivo basado en Pólizas Bancarias*, 1999, p. 90.

¹⁴ Así lo considera MARTINEZ PASTOR, M. *La póliza de crédito, ejecución y oposición*, Colegio de Abogados de Cartagena, 1992, p.41: “*es el documento privado, solemne, intervenido, de adhesión, con texto cuasi preconstituído, conteniendo determinados contratos de carácter mercatorio a los que la ley impone esta forma documental*”. En el mismo sentido, véase: ARROM LOSCOS, R., *Comentario al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Acción Ejecutiva. Títulos Ejecutivos*, PGT, Aranzadi, 2001. CASTILLEJO MANZANARES, R., *La estructura general de la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, AJA, nº. 544, Pamplona, 2002. ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A., *De la intervención notarial en las pólizas, de la firma electrónica y sobre la naturaleza de los juicios vertidos en las escrituras públicas*, Publicación: Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales nº 7, Aranzadi, Pamplona, 2003.

¹⁵ Los Corredores de Comercio, constituyen, junto con los Agentes de cambio y Bolsa y los Corredores intérpretes de Buques, una de las tres modalidades de “agentes mediadores del comercio” a las que se refiere el artículo 88 del Cco. En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se produjo la integración en un único Cuerpo de Notarios, dependiente del Ministerio de Justicia, de los corredores de comercio colegiados con los notarios. Disponiéndose al mismo tiempo que los miembros del Cuerpo único de Notarios habían de ejercer las funciones que hasta la fecha de entrada en vigor (1 de octubre del año 2000) de la citada disposición venían realizando los notarios y los corredores de comercio colegiados. Al objeto de hacer llevar a cabo la anteriormente mencionada integración, que supone la desaparición de la figura del corredor de comercio, en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados, se dictó el Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo Cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio Colegiados. Posteriormente, el 29 de septiembre de 2000, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictó una Instrucción con la finalidad de abordar determinadas cuestiones prácticas que surgían por razón de la integración.

En cambio, otro sector doctrinal entiende que la póliza es el requisito formal¹⁶ del contrato de préstamo, sin especificar si ha de estar intervenida o no, solamente señalan que el contrato de préstamo esté sostenido formalmente¹⁷ en una póliza que recogerá las condiciones por las que se registrará el contrato celebrado entre prestamista y prestatario.

El concepto más amplio y contemporáneo, que es el que comparto por ofrecer una mayor flexibilidad, lo adopta el actual Código de Comercio de 1885, que no recoge ninguna de las dos consideraciones anteriormente citadas, y no exige en ningún caso para que un documento adquiera la condición de póliza que tenga que llevar aparejada la intervención del Notario ni que este requisito sea necesario para formalizar el contrato de préstamo. Ésta última manifestación nos lleva a considerar a la póliza de préstamo en sentido estricto¹⁸, como el documento¹⁹ que encuadra, entre otras, la operación que en terminología bancaria se denomina préstamo con garantía personal.

Por tanto, la póliza es, en lo que ahora interesa, el documento mediante el que se formaliza un contrato de préstamo bancario de dinero, y se convierte en título ejecutivo cuando se encuentra intervenida por fedatario público y reúne los requisitos exigidos por la legislación procesal civil.

En efecto, así lo determina el artículo 93 del Cco, que conforme a la nueva redacción dada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades, establece que los Agentes colegiados²⁰ “*tendrán el carácter*

¹⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, F., La póliza, título ejecutivo, RGD, 1984.

¹⁷ SANCHEZ MIGUEL, M.C. Pólizas de préstamo. Especial referencia a la liquidez. Cumplimiento por la jurisprudencia menor de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, RDBB, nº 54, 1994, p. 3 y ss.

¹⁸ DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN. El Juicio Ejecutivo derivado de operaciones bancarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 2002, p. 23.

¹⁹ MOXICA ROMÁN, J., El pagaré como medio de ejecución de una póliza bancaria no intervenida por corredor colegiado de comercio, Publicación Aranzadi Civil-Mercantil, Vol. I, Pamplona. 1996, considera que póliza “*es todo documento en que se plasma un contrato y más específicamente, en un sentido práctico, cuando el contrato es mercantil*”. En el mismo sentido, véase SAT Madrid de 24 noviembre 1988; SAT de La Coruña de 15 de mayo de 1984; SAT de Valencia de 16 enero 1988; SAT Barcelona de 12 noviembre 1987; SAP de Barcelona de 2 noviembre 1989; SAT Valencia de 16 enero 1988, y en especial, SAP de Valencia, de 27 de octubre de 1989, al conceptuar a la póliza de préstamo en su primer Fundamento Jurídico, como “*... un documento justificativo de un contrato mercantil, que sirve para demostrar la existencia del mismo*”.

²⁰ Conforme al artículo 88 del Cco, dichos Agentes están sujetos a las Leyes mercantiles como Agentes mediadores del Comercio. En ese sentido, conviene aclarar que la disposición adicional segunda de la actual Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, determinó que “*En el momento de entrada en vigor de los preceptos de esta ley referentes a las Bolsas de Valores, los Agentes de Cambio y Bolsa, sin perjuicio de conservar su denominación, pasarán a integrarse en el Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, ocupando en su escalafón el lugar que les corresponda de acuerdo con la antigüedad de cada uno de ellos como Agentes Mediadores Oficiales y quedando íntegramente sujetos a cuantas normas sean aplicables a los citados Corredores de*

de Notarios en cuanto se refiere a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva.

Llevarán un libro-registro con arreglo a lo que determina el artículo 27, asentando en el por su orden, separada y diariamente, todas las operaciones en que hubiesen intervenido, pudiendo, además, llevar otros libros con las mismas solemnidades. Los libros y Pólizas de los Agentes Colegiados harán fe en juicio”.

Puede comprobarse con la lectura del citado precepto, que en ningún momento se especifica que para que un documento tenga la calificación de póliza deba reunir en sí la intervención del fedatario público. Este precepto tan solo se limita a mencionar el término *póliza*, y establece que solo²¹ aquellas pólizas que lleguen a ser intervenidas por Agentes colegiados o Notarios pasarán a formar parte de un libro-registro existente en la correspondiente notaría.

2. Diferencia entre póliza intervenida por Notario y documento público.

Es muy frecuente en el ámbito bancario utilizar la expresión “*póliza intervenida*” como sinónimo de “*documento público*”, afirmación ésta que ha sido y es objeto de discusión en cuanto a si la póliza por el solo hecho de encontrarse intervenida por fedatario público adquiere la consideración de documento público.

Para intentar esclarecer la cuestión planteada, es necesario previamente delimitar el concepto de *documento público*. Recibe esa consideración, conforme al artículo 1216 del CC, aquel instrumento que es “*autorizado por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades exigidas por la ley*”. Su especialidad es, por aplicación del artículo 1218 del CC, que hace prueba, aun contra tercero, del hecho que motivó su otorgamiento y de la fecha de éste, y, respecto a los otorgantes y sus causahabientes, de las declaraciones que contienen.

En esta descripción del documento público se aprecian dos particularidades: la primera, referida a que ostenta una determinante función probatoria²²; y la

Comercio Colegiados”. Posteriormente, como ya señalé anteriormente, mediante la disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, se produjo la integración en un único Cuerpo de Notarios, dependiente del Ministerio de Justicia, de los corredores de comercio colegiados con los notarios.

²¹ Véase, RDGRN, de 13 de diciembre de 1985, que confirma la nota del Registrador, dada la falta de competencia del agente de cambio y bolsa para intervenir, si se tiene en cuenta que no cabe entender como acto de comercio, la carta de pago de precio aplazado en una compraventa de bienes inmuebles.

²² CALVO MEIJIDE, A.A., La clasificación, expresa y tácita de los documentos y su trascendencia procesal. Comentario a la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, BLED, 2000: “*el principio básico de la eficacia probatoria de los documentos públicos es que los mismos hacen prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervienen en los mismos. Ahora bien esa fehaciencia puede ser desvirtuada por otras pruebas, pues aunque tal es la fuerza probatoria de estos*

segunda, que despeja cualesquiera dudas sobre la eficacia de los contratos suscritos entre las partes contratantes.

En cuanto a la citada *función probatoria*, al margen de otras funciones que se atribuyen al documento público²³, éste se presenta principalmente, y especialmente en el ámbito bancario, como una especial garantía²⁴ para la entidad de crédito y como un hecho fundamental para la seguridad del tráfico jurídico y económico, ya que dicho documento público supone una exactitud y autenticidad de los hechos y de las declaraciones de voluntad de las partes.

A esta especialidad probatoria se refieren los artículos 317 CC y 299 de la vigente LEC, al recoger el primero como medio de prueba de la emancipación por concesión de quienes ostenten la patria potestad que se otorgue en escritura pública; y estableciendo el segundo como medio de prueba que se podrá hacer valer en juicio los documentos públicos²⁵.

En paralelo al citado valor probatorio, pero esta vez en materia penal, aparece la principal característica que para la seguridad en los negocios jurídicos tienen los documentos públicos, debido a la tutela y protección de la que son objeto, ya que nuestro Código Penal, en el Capítulo II, Título XVIII, Libro II, referido a las "*Falsedades documentales*", castiga en su sección primera, con graves penas las distintas modalidades de falsedades cometidas en relación con los documentos públicos, oficiales y mercantiles.

Respecto a la segunda de las funciones descritas que desarrolla el documento público, es decir, esclarecer cualquier duda sobre la eficacia de los contratos, el CC en su artículo 1.280 determina qué contratos y actos han de constar necesariamente en documento público, y éstos son:

1º) Los que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2º) Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3º) Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

documentos, no alcanza a la verdad intrínseca de las declaraciones efectuadas por los intervinientes STS de 26 febrero 1990. Esta eficacia probatoria lleva consigo la presunción de veracidad del contenido del documento público; tal presunción es iuris tantum, por lo que admite prueba en contrario".

²³ AURIOLAS MARTÍN, Ob. cit., Cuestiones en torno, p. 2.

²⁴ BONACHERA VILLEGAS, R., El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva, DLL, nº 7558, 2011, p. 2 y ss.

²⁵ Al igual que sucedía en la anterior LEC. En este sentido, véase: AGRAMUNT HERRÁEZ, I., Las pólizas como títulos ejecutivos. Algunas reflexiones sobre el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Diferencias entre las pólizas de crédito y las de préstamos, RGD, nº 603, 1994, p. 3.

4º) La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5º) El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos (véase apoderamiento) y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

6º) La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

Conforme al contenido del artículo 1.278 CC, si por el contrario los negocios descritos en el citado artículo 1.280 no se hubiesen otorgado en documento público, provocarían su ineficacia²⁶.

Aclarado el concepto de documento público y las repercusiones que el mismo tiene, me centro seguidamente en la intervención de la póliza, actuación ésta que, una vez efectuada por el fedatario público, hace surgir la cuestión de si la póliza adquiere, de pleno derecho, la consideración de documento público²⁷, lo que puede valorarse desde distintos puntos de vista.

Uno de ellos, consistiría en defender la idea de que la mera intervención de la póliza por parte de un fedatario público no le atribuye carácter fehaciente²⁸, es decir, que por esa intervención el documento no se elevaría a la consideración de público.

Dicha afirmación tendría su apoyo legal tanto en el RD 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944), como en el actual Código Civil.

Así, la sección tercera de dicho RD 45/2007, cuando regula el asunto de las pólizas, se refiere en todo momento a la “intervención” de las mismas sin entrar a valorar si la “intervención” de la póliza supone atribuir a la misma la consideración de documento público. Tampoco dicho RD 45/2007 se refiere a la “autorización” de las pólizas, teniendo en cuenta que el concepto de “autorizar” en el ámbito notarial está reservado para las escrituras públicas, tal y como se desprende de los artículos 139, 175 y 195 de citado RD 45/2007. Por su parte, el artículo 145 del mencionado RD, cuando establece que “*la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes*”, solo está aludiendo a las diferentes actuaciones que el Notario puede llevar a cabo en los

²⁶ Salvo que las partes, conforme al artículo 1.279 del CC, llenen aquella forma al compelerse recíprocamente al otorgamiento de la correspondiente escritura u otra forma especial.

²⁷ ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A., De la intervención notarial....., Ob. cit. STS de 11 de octubre de 1997. GONZALEZ CANO, M.I., Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario, RCEA, nº 3, 2004, p. 2 y ss.

²⁸ CANO RICO, J.R., Mediación, fe pública mercantil y Derecho bursátil, Tecnos, 1982, p. 101.

documentos en los que él interviene, esto es, autorizando o interviniendo instrumentos públicos.

En ese sentido, convendría señalar que cuando el artículo 17 del citado RD 45/2007 recoge que “*son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio*”, no debe asemejarse el concepto de “instrumento público” con “documento público”.

En efecto, el “instrumento público”, tal y como señala el indicado artículo 17, reúne el conjunto de documentos que pueden ser autorizados o intervenidos por el Notario, cuestión ésta que no guarda relación alguna con el concepto de “documento público”²⁹.

Desde el punto vista de la normativa del Código Civil, la póliza no adquiere la consideración de documento público ni antes ni después de ser intervenida por Notario, ya que en ninguno de los dos momentos cumple con los requisitos del artículo 1.216 del CC, al establecer que “*son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley*”³⁰.

En efecto, la póliza en el sentido expuesto no está ni “*expedida*” ni “*autorizada*” por Notario, sino solo “*intervenida*”, conforme al significado que hemos señalado anteriormente. En ese sentido, pudiera interpretarse que el legislador civil utilizando el contenido del artículo 1.216, quiso no dejar lugar a dudas de que intervenir una póliza no es autorizarla, como sí sucede con las escrituras públicas.

Conforme a los argumentos expuestos, se concluiría que el único significado de la intervención de la póliza por Notario es dejar constancia de que en un momento determinado se presentó la póliza al Notario para su intervención.

El otro punto de vista, es decir, el que considera a la póliza intervenida por Notario como documento público, tendría su defensa en lo siguiente.

²⁹ Y es más, el diccionario jurídico básico, Colex, Madrid, 2002, de FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, J.I., define el término “*instrumento público*” exclusivamente como “*escritura pública*”.

³⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Acuerdos y contratos prematrimoniales (I), BDF, nº 81, julio de 2008, que en su apartado IV, 3º, manifiesta la diferencia entre escritura pública y póliza intervenida, ya que solo aquella es documento público. El autor escribe: “*ahora bien, por razones de orden práctico, es aconsejable documentar los acuerdos premaritales en escritura pública, tanto por la mayor fuerza probatoria del documento público frente al privado, como para facilitar el acceso al Registro de la Propiedad de aquellas estipulaciones que afecten a derechos reales inscribibles*”. JUAN-RAMÓN Y JUAN-ANTONIO ANDINO, Sobre la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa de un inmueble sito en España, otorgada ante un notario extranjero, Togas.biz, publicación de 10 de marzo de 2006: “*resumiendo en exceso los excelentes trabajos anteriormente citados, cabe indicar que en cuanto a la crítica de la forma tanto el Convenio de Roma (art. 9), como el CC (art. 11,2) exigen la forma de "documento público" como condición de validez o eficacia de un negocio jurídico*”.

El artículo 317 de la actual LEC, cuando se refiere a los documentos públicos, establece que a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos³¹, entre otros:

-Los *autorizados* por notario con arreglo a derecho.

-Los *intervenidos* por Corredores de Comercio Colegiados³² y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho.

A simple vista, parece claro, que cuando el legislador alude a los citados documentos “*intervenidos por Corredores de Comercio*”, pudiera interpretarse que la póliza intervenida es un documento público, si bien, no es menos cierto que el verdadero espíritu de la norma podría referirse, por el contrario, y exclusivamente, al ámbito puramente procesal y a los solos efectos de prueba.

En el mismo sentido, esto es, que la póliza intervenida por Notario es un documento público, se han mostrado en alguna ocasión los órganos judiciales, como sucedió en el asunto resuelto por la SAT de Barcelona de 16 de marzo de 1961, que decidió que “*la certificación de conformidad de asiento cumple en legal forma su función autenticadora de la fecha de intervención y otorga “la calidad de documento público a la póliza”*”.

Dicha manifestación puede ser discutida ya que, primero, asemeja la “certificación de conformidad de asiento” y “cuerpo de la póliza”, lo que no es muy acertado, ya que al asiento solo afecta a una parte del contrato, es decir, las pólizas originales³³ se conservan en los libros de asientos³⁴, y en ellos solo se asienta un

³¹ La regulación legal de los documentos públicos como medio de prueba se encuentra recogida en el artículo 317 y ss. de la actual LEC. Téngase en cuenta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 52. 1 del Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (reformado *por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*), por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, algunos documentos tienen la consideración de instrumento público solemne, tal y como sucede con el libro de actas.

³² Actualmente, como ya se señaló, integrados en el cuerpo de Notarios.

³³ Véase SAP Vizcaya de 29 de septiembre de 2010, que acuerda desestimar el recurso de apelación confirmando la sentencia de instancia que estimó la oposición a la ejecución dejando sin efecto la ejecución despachada y ordenando alzar todos los embargos y demás medidas ejecutivas que se hubieran acordado. En el supuesto de autos se acompañaba una copia de póliza mercantil, a continuación un testimonio del notario que la había intervenido en el que se hace constar la coincidencia de la misma con el asiento correspondiente; se hace constar además la entidad a cuya instancia se expide, que es la actora y aquí apelante, y, finalmente, se añade que se trata de testimonio con carácter ejecutivo, lo que aparece de forma destacada. Junto a todo ello se acompaña certificación de la actora de liquidación de deuda y la intervención notarial, entendiendo la Sala ante estas circunstancias que aún así no se cubre la finalidad de garantía y seguridad, pues ni se trata de póliza original, ni de primera copia de escritura pública, ni de sucesiva copia en la que se hiciera constar que no se había expedido otra con anterioridad con fuerza ejecutiva, por lo que no queda constancia ni seguridad de que no se haya abierto otro proceso ejecutivo con base en el

extracto de la póliza, lo que conlleva que el Notario no pueda certificar sobre el contenido íntegro de la póliza, ni de una copia³⁵ de ésta; y segundo, porque asiento y póliza no son un solo documento, sino dos y distintos, en el sentido de que uno puede integrar al otro a efectos de ejecución, pero no tienen que participar de la misma naturaleza documental.

En cambio, sí parece más contundente la SAP de Almería, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2013, cuando manifiesta (Fundamento de Derecho segundo), que *“.....sin olvidar que la exigencia de que ese consentimiento se preste en documento público supone una mayor garantía para el menor, por la intervención del funcionario que lo autorice, lo que en el frecuente caso de que dicho documento sea la escritura pública”*. En ese caso, la Sala accede a considerar como documento público no sólo a la escritura pública, sino a otros instrumentos públicos, como es la póliza.

Al margen de todas las consideraciones expuestas, considero que una póliza se convierte en documento público cuando la misma reúne los requisitos de instrumentación y publicidad registral que seguidamente indico.

Actualmente, en las operaciones de refinanciación con garantía hipotecaria que suscriben los consumidores bancarios y las entidades de crédito, se solicita por éstas para acceder a la solicitud planteada por aquellos, la prestación de nuevas garantías adicionales a fin de garantizar las obligaciones que se deriven del préstamo hipotecario en su día formalizado.

Esas nuevas garantías se refieren al caso de la prenda de créditos futuros, y en particular, de rentas de alquiler instrumentada en póliza intervenida por Notario, mediante la que el arrendador pignora en garantía de las obligaciones que se deriven de la operación formalizada en su día, las rentas originadas por el arrendamiento del

mismo título. Procede, en consecuencia, confirmar la resolución recurrida por los razonamientos jurídicos desarrollados.

³⁴ Véase RDGRN, de 4 de noviembre de 2000. Se interpone recurso gubernativo frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una posposición de hipoteca, entre otros motivos porque no se expresa la causa de la misma. La DGRN, que desestima el recurso, considera que efectivamente la inscripción de cualquier acto traslativo, modificativo o extintivo de derechos requiere la expresión del título causal, tanto por exigencias del principio de legalidad como por la necesaria consignación en el asiento, cuyos efectos respecto de tercero no serán los mismos si la causa ha sido gratuita u onerosa.

³⁵ Véase SAP Sevilla, de 17 de junio de 2011, que estima el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante contra el auto que denegó la admisión a trámite de la demanda ejecutiva y el despacho de ejecución solicitado por la parte hoy apelante por considerar que es preciso que la copia de la póliza presentada expresara que se expedía con carácter ejecutivo y ajustarse a lo previsto en las modificaciones introducidas por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944. La Sala consideró que no puede aplicarse retroactivamente la nueva regulación a los títulos ejecutivos formados conforme a la normativa vigente en el momento en que lo fueron, de tal forma que se les niegue ahora fuerza ejecutiva.

inmueble hipotecado. En definitiva, la operación de refinanciación conlleva el otorgamiento, por separado, aunque simultáneamente, de la correspondiente escritura de novación y la intervención de la póliza de prenda de rentas de alquiler.

Dicha póliza de prenda, para su constitución y plena eficacia, debe reunir dos requisitos: El primero, que se instrumente en póliza intervenida por Notario³⁶; y segundo, que dicha póliza debe inscribirse en el Registro Mercantil en la Sección de Bienes muebles³⁷.

En ese sentido, hay que señalar que el Registro de Bienes Muebles se encuentra regulado en la Ley 28/1998, de 13 julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en el Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y en la Orden de 19 de julio de 1999, que aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Según el art. 15.1 de la Ley 28/1998, *“el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles se llevará por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia”*. Por su parte, la *disposición transitoria única* de del RD 1828/1999 disponía que *“hasta que no se modifique la demarcación registral correspondiente al Registro de Bienes Muebles, las secciones que lo integran seguirán a cargo del Registrador de la Propiedad y Mercantil que en el momento de la entrada en vigor de este Real Decreto ostente la competencia”*.

³⁶ Tal y como se establece en el artículo 29.10 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, que establece que *“La inscripción de prenda sin desplazamiento expresará necesariamente: diez: “fecha de la escritura o póliza. Notario. Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio autorizantes”*.

³⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 90.1.6º, de la Ley Concursal –*en a la redacción dada por la Ley 38/2011, de 30 de Octubre-*, y en el artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prendas sin desplazamiento de la posesión –*conforme a la redacción³⁷ dada por la Ley 41-2007, de 7 de diciembre-*. Esta Ley, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, introduce los párrafos 2 y 3 al artículo 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954, contemplando el citado párrafo 3 lo siguiente: *“los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de los previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles”*.

El artículo 2.1 de la Orden de 19 julio 1999 estableció que el Registro “*está a cargo de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, conforme al régimen de provisión previsto en la legislación hipotecaria*”³⁸.

Finalmente, la Instrucción de 3 de diciembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁹, estableció: primero, que el Registro de Bienes Muebles se encuentra a cargo de los Registradores Mercantiles; y segundo, que a dicho Registro de Bienes Muebles pueden acceder documentos distintos a los autorizados o intervenidos por Notario⁴⁰.

Pues bien, dado que al Registro de Bienes Muebles pueden tener acceso documentos distintos a los intervenidos por Notario, considero razonable admitir que cuando la *disposición adicional única* del indicado Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, al tratar de la “Creación del Registro de Bienes Muebles”, establece en su apartado 6, que “*en lo demás no previsto se estará, en cuanto sea aplicable, a lo dispuesto en la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Hipotecario*”, y por lo tanto, se aplique el contenido del artículo 5 del Real Decreto 1784/1996, de 19 julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, que al tratar de la titulación pública que accede al Registro Mercantil, establece que “*la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público*”, ello supone que las pólizas intervenidas tendrían la consideración de documentos públicos⁴¹.

³⁸ Conviene aclarar, utilizando las palabras de GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M., en la obra ¿Son competentes los juzgados de lo mercantil para conocer de los recursos contra la calificación efectuada por los registradores de bienes muebles? Foro Abierto, (Autor de dicha obra: ARRIBAS HERNANDEZ, A.), BMED, nº 35, 2011, “*que El Registro Mercantil y el Registro de Bienes muebles son instituciones diferentes, con regulación diferente, aunque materialmente puedan estar a cargo de un mismo Registrador. De hecho, son notables las diferencias entre esas dos instituciones. El Registro Mercantil es un Registro de personas y actos, con una regulación propia y autónoma en los artículos 16 y ss. del Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil. El Registro de Bienes Muebles es, en cambio, un Registro de bienes y tiene también una regulación propia, contenida en las normas antes citadas*”.

³⁹ Desarrollando la de 23 de octubre de 2001 que aprueba la cláusula autorizatoria para la presentación telemática de contratos en el Registro de Bienes Muebles y resolviendo otras cuestiones con relación al mismo.

⁴⁰ Así se desprende de los apartados 1º y 13º de indicada Instrucción, al establecer: “1º. La presentación telemática en los Registros de Bienes Muebles, a cargo de los Registradores Mercantiles Provinciales y de los Registradores titulares de los antiguos Registros de Buques, sólo podrá efectuarse en el plazo de veinte días naturales a contar desde la fecha del contrato, mediante el envío de un fichero codificado al Registro competente”, y “13º. En los casos en que los títulos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles estén formalizados ante Notario, les será de aplicación lo dispuesto en el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, interpretado por la Resolución de este Centro Directivo de 12 de abril de 2002”.

⁴¹ En efecto. La Declaración de la Asociación de notarios y registradores de España en relación con la STS de 20 de mayo de 2008, manifestó en su apartado 2º: “*.....de igual forma que la eficacia del documento notarial se vería enormemente limitada sin su acceso al Registro: ningún registro seguro y fiable sería concebible si la calificación del registrador se realizase sobre documentación carente del*

En efecto, caso de que por cualquier circunstancia el Registrador de Bienes Muebles, en el ejercicio de su actuación calificadora conforme al artículo 72 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, se vea obligado a aplicar, como norma supletoria⁴², el Reglamento del Registro Mercantil por no encontrar solución legal al caso concreto en la normativa reguladora del Registro de Bienes Muebles, y por tanto, tenga que hacer uso de la citada redacción del señalado artículo 5, no dudará, a nuestro juicio, en relacionar la expresión “*se practicará en virtud de documento público*”, con la póliza intervenida por Notario de prenda de créditos futuros. Y es más, el Registrador Mercantil no sólo llevará a cabo esa “relación”, sino que también, desde el mismo momento en el que de manera supletoria aplique el Reglamento del Registro Mercantil a la póliza intervenida de prenda de créditos futuros, tratará a la póliza como un documento público. Este trato será así, por lo siguiente:

En primer lugar, porque del análisis realizado en el presente epígrafe, puede concluirse, por lo menos, *que una póliza de prenda de créditos futuros intervenida por Notario no es un documento privado*. Seguro que no lo es, porque desde que la póliza de prenda de créditos futuros para su plena eficacia debe inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, los pactos incorporados en aquella han abandonado el ámbito privado para pertenecer a la esfera pública, es decir, los pactos incluidos en la póliza de prenda ya no son secretos para las partes contratantes.

En segundo lugar, porque cuando el Reglamento del Registro Mercantil establece en su artículo 5.2 que “*la inscripción sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en este reglamento*”, en el mismo no se identifica a las pólizas como documentos privados que pueden acceder al Registro. De hecho, el Reglamento no recoge en su cuerpo normativo el concepto de póliza.

En tercer lugar, porque cuando se utiliza la citada expresión “*casos expresamente prevenidos en las leyes*”, no es de aplicación al caso de la póliza de prenda de créditos futuros, porque tal y como se indicó, el artículo 29.10 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, establece que la póliza, para su

sello de calidad que deriva de su autorización por un funcionario público, el Notario, que controle su legalidad en el momento de la perfección del contrato; en definitiva, sin la condición de documento público, cualquiera que fuere su soporte, en papel o electrónico”; y en el 3º: ya sea del atribuido al registrador al acceder el documento público al registro a su cargo.....”.

⁴² Dicho carácter supletorio es mantenido también por la RDGRN de 29 de enero de 2004 (BOE 58/2004, de 8 marzo 2004), cuando en su Antecedente de Hecho cuarto señala: “*Pero ello implica olvidar que la posibilidad y la obligación de calificar no surge sólo de la Ordenanza, ya que la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre crea el Registro de Bienes Muebles, integrado por seis secciones, y dicho Real Decreto se remite precisamente a la Ordenanza de Bienes Muebles -y por tanto a sus arts. 15 y 18- como de aplicación supletoria, amén del Reglamento del Registro Mercantil y al Reglamento Hipotecario*”.

inscripción, debe instrumentarse en escritura o póliza, autorizada o intervenida por Notario, respectivamente.

En cuarto lugar, porque el citado artículo 5 se presenta bajo el título “*de la titulación pública que accede al Registro Mercantil*”, lo que supone que la póliza de prenda de créditos futuros intervenida por Notario, que no es un documento privado, sea uno⁴³ de los títulos PÚBLICOS a los que de manera *supletoria* se le aplicará el Reglamento del Registro Mercantil.

Y en quinto lugar, porque la norma supletoria no contradice al contenido general y principios generales que inspiran a la norma reguladora del Registro de Bienes Muebles en cuanto a las pólizas de prenda de créditos futuros se refiere, ya que ésta última norma nada dice sobre el carácter de documento público de las pólizas.

3. La forma y requisitos para la correcta intervención de la póliza de préstamo.

En cuanto a la forma de intervenir la póliza de préstamo, debe intervenir por Notario, con las excepciones que se indican en los supuestos de “*póliza desdoblada*” que analizo en el siguiente epígrafe.

En el acto de intervención de la póliza deben concurrir los cuatro requisitos siguientes: *de identificación o acreditación*; *de cumplimentación*; *de prestación de consentimiento*; y *archivo en el Libro registro*. Cada uno de ellos será analizado con cierto detalle a continuación.

A) Requisito de identificación o acreditación. Se trata del trámite dirigido a la identificación de las personas físicas o jurídicas que son parte en el contrato, con independencia de la calidad en que lo hagan.

Este requisito se exige en el artículo 197 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el RORN, que distingue los trámites que debe seguir el Notario para identificar y acreditar a las personas físicas y jurídicas, y la forma de trasladar dicha identificación a la póliza que se desea intervenir. Estas formalidades vienen recogidas en los párrafos cuarto, quinto y sexto del citado artículo 197, al establecer que la póliza para ser intervenida deberá expresar, al menos, los siguientes extremos:

- a) El lugar y la fecha salvo que tales circunstancias figuren ya en el texto de la misma.
- b) El nombre y apellidos, residencia y Colegio del notario autorizante.

⁴³ De entre otros.

c) El nombre y apellidos o la denominación de los contratantes o intervinientes, y su domicilio, y cuantos otros datos exija la ley en cuanto a la identificación de aquellos.

Respecto a la identificación de los contratantes es necesario aclarar que si bien en el acto de otorgamiento el Notario tiene la obligación legal de consignar el nombre y apellidos oficiales reflejados en el DNI de las personas comparecientes, cabe la posibilidad de que el fedatario lleve a cabo una adición⁴⁴ de los nombres y apellidos utilizados habitual o socialmente.

En el supuesto de representación⁴⁵ o de apoderamiento se indicará el nombre y apellidos de las personas físicas intervinientes, así como la reseña identificativa del documento auténtico que se haya aportado para acreditar la representación y el juicio de suficiencia de las facultades representativas en su caso, regulado por el artículo 166 de este Reglamento, sin perjuicio, eso sí, de que el Notario ostenta facultades conferidas por Ley para hacer constar cuantos otros datos considere oportunos.

No obstante lo anterior, en el transcurrir notarial, se presentan circunstancias que incomodan tanto al Notario como a las partes intervinientes a la hora de proceder a la identificación de las partes contratantes, pudiéndose provocar la ya conocida “*intervención insuficientemente*⁴⁶ *acreditada de los*

⁴⁴ Véase RDGRN, de 14 de febrero de 1996: “*ciñéndonos a los casos derivados de la consulta formulada, esos supuestos de cambio o modificación, son los siguientes: Pero es que además de esos supuestos de cambio o modificación propiamente dichos, existe la posibilidad reglamentaria (artículo 137.1 del RRC) de hacer constar en el Registro Civil por nota marginal, el uso habitual por una persona de un nombre o de unos apellidos distintos de los que legalmente le pertenecen, constatación ésta a la que se ha acudido en multitud de ocasiones, en los supuestos en que, faltando justa causa, no podía accederse al cambio pretendido (por todas, las Resoluciones 29 marzo 1993 [RJ 1993\3184], 13 abril 1993 [RJ 1993\3231yRJ 1993\3232] y 13 diciembre 1994 [RJ 1995\1407]). En sede de legislación notarial, nos encontramos únicamente la referencia al nombre y apellidos, entre los requisitos a consignar en la comparecencia de los instrumentos públicos (artículos 156.4.º y 197 del Reglamento Notarial [RCL 1944\994; RCL 1945\57 y NDL 22309]), especificando el artículo 157 del mismo texto reglamentario que «cuando el otorgante fuere conocido por un segundo nombre se expresará también esta circunstancia».*”

⁴⁵ Véase STS, Sala 1ª, de 20 de mayo de 2009, que desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria avalista y parte ejecutada en el procedimiento de ejecución cambiaria, confirmándose tanto la sentencia de instancia como la de la AP que no admiten la oposición planteada, al sí estar acreditada la representación de la cooperativa ejecutante cuando reclamó el pagaré, habiéndose efectuado el oportuno protesto, y siendo clara en este sentido la distinta jurisprudencia alegada para fundamentar el recurso interpuesto y basado en el interés casacional.

⁴⁶ Consúltese, RDGRN, de 20 de octubre de 1994: “*Es cierto que, como señalan los recurrentes, el art. 197 del Reglamento Notarial establece unos requisitos notablemente más flexibles para la autorización de las actas notariales en relación con los exigibles para las escrituras, como son la innecesariedad de la fe de conocimiento y del juicio de capacidad por el Notario. No obstante, lo anterior, debe matizarse por las siguientes consideraciones: Primero, que en el propio art. 197 del Reglamento Notarial se admite expresamente excepciones a esas omisiones, «en consideración al contenido del acta». Segundo, que debe recordarse que el art. 145 del Reglamento Notarial referido a todos los instrumentos públicos en general, y por tanto también a las actas establece unos requisitos para la autorización de todo tipo de instrumentos, como son la capacidad y suficiencia de*

comparecientes”, que se resuelve en la práctica notarial y bancaria aplicando lo dispuesto para las escrituras, es decir, haciendo constar el Notario en la diligencia de intervención los hechos que considere necesarios a fin de dejar constancia de la certeza en la identificación, y en cuyo caso, entiendo, y en esto hay discusión, deberían concurrir y firmar en presencia⁴⁷ del Notario todas y cada una de las partes contratantes.

d) La calificación del acto o contrato con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial,

e) El contenido del acto o negocio jurídico de que se trate según las manifestaciones y acuerdos de los otorgantes.

f) La conformidad y aprobación de los otorgantes al contenido de la póliza tal como aparece redactada, y sus firmas⁴⁸. Los otorgantes suscribirán la póliza con su propia firma, sin que sea necesario que el representante anteponga el nombre, ni use la firma o razón social de la entidad que represente. Tampoco será necesario que firme más de una vez el otorgante que intervenga en la póliza en varios conceptos.

g) Si la póliza constare de varias hojas, y también salvo que tales circunstancias figuren ya en el texto de la misma, el número total de hojas, incluidos los anexos, que componen el texto contractual y, en su caso, los documentos unidos, debiendo numerar todas ellas, que rubricará y sellará el Notario.

Finalmente, es de destacar, por su trascendencia en cuanto a la *representación voluntaria*, esto es, la que se lleva cabo a través de apoderamientos, el trato que a dicha forma de acreditar la representación da el

las eventuales facultades representativas de los otorgantes, ajuste del acto o contrato a las leyes, moral y buenas costumbres, y presencia de todos los requisitos necesarios para la plena validez del acto o contrato”.

⁴⁷ Véase RDGRN, de 16 de enero de 1999, que confirma la nota de calificación del Registrador, que suspendió la escritura de declaración de obra nueva, acompañada del acta de subsanación, por no aportarse, para su previa inscripción, la escritura de constitución de comunidad a que se hace referencia en dicha acta. Sin necesidad de prejuzgar ahora si los elementos constitutivos del negocio de aportación verificados están o no perfectamente definidos en todos sus aspectos, lo cierto es que aquéllos habrán de constar en el vehículo documental idóneo, es decir la escritura pública otorgada por los interesados, en la que éstos expresen su consentimiento, y no puede considerarse suplido por un acta mediante la cual se pretende llevar a cabo, sin su intervención, una subsanación que carece de la debida apoyatura documental y excede del ámbito propio de los juicios del Notario o de los hechos por él presenciados.

⁴⁸ Véase RDGRN, de 14 de octubre de 1976, que revoca el acuerdo del Registrador, considerando inscribible un acta sobre legitimidad de firmas, en que el Notario autorizante asevera que son idénticas a las firmas autógrafas estampadas ante el fedatario, con declaración por parte de los representantes de la sociedad del título-acción donde están plasmadas de que es exactamente igual a todos los emitidos.

RN, estableciendo que en lo relativo a la consulta del Archivo de Revocación de poderes se estará a lo dispuesto en el artículo 164 del RN. De este modo, la intervención de los otorgantes se expresará indicando si lo hacen en su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.

Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dicho extremo y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia.

En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas, de lo que se deriva que en todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada, así como el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato, advertencia, ésta, cuya omisión conllevaría la ineficacia de la intervención del oportuno documento.

B) Requisitos de cumplimentación. Se regulan en el artículo 197 del RN, al recoger, *primero*, que las pólizas deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles de manera que los tipos resulten marcados en papel de forma indeleble; *segundo*, que hay que guardar los márgenes para permitir y facilitar su encuadernación, si bien entiendo que, en cuanto al número de líneas por plana y de sílabas por línea no sería aplicable el citado precepto, pues además de que se refiere solamente a los tres primeros párrafos del 155, la remisión general que el artículo 197 quinquies hace a las disposiciones sobre el instrumento público se entiende sin perjuicio de las especialidades derivadas de la peculiar naturaleza de la póliza; y *tercero*, que igualmente se declara no aplicable lo establecido en el párrafo 2º del artículo 152 para los instrumentos públicos en cuanto a los espacios en blanco y matado de líneas.

Como complemento de lo anterior, es de destacar que el notario podrá intervenir pólizas en idioma extranjero, conforme al artículo 150 párrafo tercero, al igual que, de conformidad con el artículo 151 podrán utilizarse guarismos.

C) Requisitos de prestación de consentimiento. Este tipo de requisitos se encuentran el acto mediante el que el fedatario público accede o consiente en intervenir la póliza; la firma del otorgante en presencia del notario; y lo relativo a la exigencia de unidad de acto.

Respecto al acto de prestación de consentimiento del fedatario público para acceder a la intervención de la póliza, a dicho momento deben asignarse simultáneamente dos funciones claras y evidentes que el funcionario debe ejecutar, referidas a asesorar⁴⁹ a las partes otorgantes y cuidar de que el negocio que se formaliza se ajusta a Derecho.

En efecto, el mencionado asesoramiento viene recogido en el artículo 147 párrafo final del RN, que obliga siempre al fedatario a actuar por el criterio de imparcialidad e informando a cada una de las partes respecto de las condiciones particulares y generales que contenga la póliza, comprobando, además, que éstas últimas no hayan sido declaradas nulas por sentencia firme e inscritas en el Registro de Condiciones Generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

De este modo, el Notario debe velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, advirtiendo⁵⁰ de la aplicación de la ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

Por otra parte, y en cuanto a la comprobación por parte del fedatario de la legalidad del negocio que se desea celebrar, que no es más que el control de legalidad⁵¹ dando fe del citado negocio, se refiere el párrafo cuarto del artículo

⁴⁹ SAP de Burgos, Sección 2ª, de 14 de septiembre de 2010, Fundamento de Derecho segundo: “En virtud del asesoramiento el Notario ha de informar a los particulares que a él acuden en el doble sentido de instruirles sobre los fines, medios y consecuencias, además de dar forma a la voluntad de los otorgantes, la cual por regla general se encuentra, como decía un especialista en la materia, en estado de “magma”, si bien no desconozcan la finalidad económica y el resultado perseguido, y al regular la redacción del instrumento (en el artículo 147) le encomienda al Notario la explicación de los efectos o consecuencias que se producirán con el otorgamiento del instrumento en virtud de adoptar aquella redacción”.

⁵⁰ Sobre el alcance que puede llegar a tener, en perjuicio del notario, el citado asunto de las advertencias, véase SAP de Las Palmas, Sección 5ª, de 8 de abril de 2009.

⁵¹ STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 20 de mayo de 2008, Fundamento de Derecho sexto: “frente a ello la Abogacía del Estado señala que el art. 2 de la LN ya prevé la posibilidad de que el Notario se niegue a dar fe si concurre justa causa, que el art. 145 del Reglamento no hace sino concretar esas justas causas. Que es claro, a la vista de los arts. 17 bis y 24 de la LN, que el legislador ha querido atribuir expresamente a los notarios una función de control de legalidad de los negocios que frente a ellos se trata de documentar, control de legalidad que no es una novedad en nuestro ordenamiento, refiriéndose a los preceptos de los Reglamentos Notariales de 1921, 1935 y 1944 que

147 RN, al establecer que el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa y sean conformes a la voluntad de las partes.

El artículo 197 RN determina que el Notario podrá “*intervenir las pólizas que documenten los actos y contratos a que se refiere el artículo 144 RN que reúnan los requisitos y consignen las circunstancias legalmente exigidas, en general o para el contrato que contengan*”, dejando, por tanto, bajo el ámbito notarial el control de legalidad en las pólizas, tanto desde el punto formal, que se trata de un acto o contrato que ha de revestir esta forma documental, como material, que cumpla los requisitos necesarios para su validez.

En este sentido, el artículo 197 quater establece, como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que la expresión “*con mi intervención*” implica en particular:

- a) La identificación por el notario de los contratantes.
- b) La reseña de las circunstancias de los otorgantes.
- c) El juicio de capacidad⁵² de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido
- d) Que la calificación del acto o contrato es la que figura en el mismo, con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial.
- e) Que el contenido del negocio jurídico de que se trate se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes.

contemplaban previsiones tal sentido, siendo el actual art. 145 una mera sistematización de semejante precepto del Reglamento de 1944. Entiende que el control sustantivo que se atribuye al Notario no afecta a la competencia de los registradores. Rechaza la infracción de la reserva de ley, la libertad de contratación y la libertad personal, así como las alegaciones relativas a las previsiones disciplinarias del art. 43 dos, B, c) y 11 de la Ley 14/2000, los preceptos de la legislación hipotecaria relativos al derecho de prioridad registral y control de legalidad de los Registradores, señalando que no estamos ante controles superpuestos sino independientes. Mantiene que todos y cada uno de los supuestos enumerados en el art. 145 que el notario debe negar su autorización, tienen un fundamento objetivo suficiente para constituir justas causas a efectos del art. 2 de la LN. Niega igualmente las infracciones que se denuncian en relación con los demás párrafos del precepto impugnado”. La Sala, finalmente, en su Fallo, mantuvo que “.....Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio.....:

⁵² RDGRN, de 7 de enero de 1992: “El juicio de capacidad es un presupuesto necesario de toda escritura pública (cfr. el artículo 167 del Reglamento Notarial) que expresa la consideración del Notario de que concurre en el otorgante, al tiempo del otorgamiento, la suficiente capacidad. La constancia en el documento de tal ponderación positiva de la capacidad -y así ocurre en el instrumento que se enjuicia- colma plenamente las exigencias de dicha previsión reglamentaria, que pretende de este modo reforzar el valor del instrumento público, dada la enérgica y vigorosa presunción «*iuris tantum*» que emerge de tal juicio del Notario reflejado en el documento”.

f) Haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales en la forma exigida por las leyes o por este Reglamento.

g) La conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumentales, en su caso, la firma ante el notario.

Al margen de lo anterior, y en cuanto a la firma del documento, por aplicación del artículo 197 bis RN, la póliza ha de firmarse siempre en presencia del notario, entendiéndose, mientras no se haga constar otra cosa, que la firma ha sido puesta en su presencia en el mismo lugar y en la misma fecha de la intervención.

No obstante, en el ámbito de las entidades financieras y práctica bancaria, se sigue permitiendo la no presencia de sus representantes, pero en tales casos ha de tratarse de operaciones propias de su tráfico ordinario, conforme al artículo 144 RN, asegurándose el Notario previamente a la intervención, y aquí no puede haber errores, de la legitimidad⁵³ de las firmas y de la suficiencia de los poderes de tales representantes.

Respecto a las firmas, bastará que los otorgantes firmen al final del texto contractual, tal y como indica el artículo 197 RN, permitiéndose que se incluya la firma una sola vez y por todos los conceptos al final del documento, no siendo ya por tanto necesaria la doble firma como apoderado y fiador⁵⁴.

En cuanto al tercero de los requisitos mencionados, esto es, la *unidad del acto*, hay que señalar que la intervención de la póliza no requiere la unidad del acto⁵⁵, tal y como establece el artículo 197 ter del RN al regular los otorgamientos sucesivos y conforme a las siguientes pautas de comportamiento:

⁵³ Véase, ACEDO-RICO HENNING, F., Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 mayo y 7 julio de 2008 sobre el RD 45/2007 de 19 enero por el que se modifica el Reglamento Notarial (II), BCID, nº 52, diciembre de 2008.

⁵⁴ En este sentido, la letra f) del artículo 197 del RN, establece que *“Tampoco será necesario que firme más de una vez el otorgante que intervenga en la póliza en varios conceptos”*.

⁵⁵ Véase: RDGRN, de 18 de marzo de 1986: *“la compraventa que nos ocupa pudo documentarse sin unidad de acto formal ampliada, mediante dos otorgamientos sucesivos en textos diferentes, aunque se recogieran en un solo instrumento público”*. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., en la publicación: *¿Se puede subsanar la ausencia de informe del experto independiente en los acuerdos de refinanciación alcanzados al amparo de la disposición adicional cuarta de la LC, cuando no se disponía del mismo en el momento de la firma y formalización del acuerdo?*, BMED, febrero de 2010, p. 2: *“No en vano se ha destacado que se habla de instrumentos públicos, lo que supone la posibilidad de pólizas notariales, que evitan la exigencia más complicada de la unidad de acto”*.

- En el caso de otorgamientos sucesivos, en cada uno de ellos el Notario, bajo la rúbrica “*con mi intervención*”, indicará el nombre del otorgante, fecha del otorgamiento y cualquier otra circunstancia que considere necesario y signará, firmará y sellará.

- La incorporación al protocolo o al libro registro se produce con la primera intervención del Notario.

D) Requisito de archivo en el Libro registro. Situados en el archivo de la póliza en el Libro registro, el artículo 197, párrafo tercero, establece que cada notario conservará la póliza que haya intervenido en su Libro registro y, en su caso, en el protocolo ordinario.

Por otra parte, el artículo 197 *in fine*, señala que sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 272 y 283 de este Reglamento, la póliza se incorporará al protocolo o al Libro registro indicando en la cabecera de la misma el número de protocolo o de Libro registro, lo que no impide que de igual forma se pueda incorporar mediante diligencia extendida en folio anexo donde constará el número de protocolo o de Libro registro, incluyendo una exposición sucinta de la póliza que se incorpora al mismo.

Intervenida e incorporada la póliza al protocolo o al Libro registro de operaciones, el notario podrá expedir traslados de la misma con solos efectos informativos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 224 de este Reglamento respecto de las copias simples.

3.1. La póliza desdoblada, y sus excepciones en cuanto a la forma y requisitos de intervención por Notario.

La legislación derogada en materia de pólizas, es decir, *el Decreto 853/1959, de 27 de mayo*, así como la actual normativa que las regula, previamente a ser modificada en algunos de sus extremos, no propiciaban alternativas rápidas y eficaces que favorecieran el tráfico económico y financiero entre entidades de crédito, empresas y particulares, en el sentido de que se permitiese que una póliza fuese perfectamente formalizada e intervenida aun a pesar de que las personas físicas y jurídicas no concurrieran juntas al acto de otorgamiento.

Aun así, no es menos cierto que el sistema anterior amparaba las conocidas “*intervenciones parciales fuera de plaza*” que permitía la intervención, por dos o más Corredores de Comercio de diferentes plazas, de la misma póliza, cuando los otorgantes de la misma no podían asistir a la misma oficina a prestar su otorgamiento, al encontrarse físicamente dichos otorgantes⁵⁶ en diferentes poblaciones, lo que permitía organizar la firma en distintas dependencias, cuestión ésta que con la actual regulación se soluciona pero también se complica, ya que el Notario, actualmente, ya no puede intervenir varios ejemplares originales y auténticos de la póliza, como en el sistema anterior en que intervenía y conservaba un ejemplar en su archivo, y remitía el resto a otro fedatario competente.

La nueva normativa que regula la póliza desdoblada, ha provocado distintas valoraciones⁵⁷ referidas a la protección de los consumidores, ya que se argumenta

⁵⁶ En ese sentido, es significativa la SAP de Cádiz, Sección 2ª, de 26 de abril de 2011, cuando en su Fundamento de Derecho único señala que: “*Es indudable que estamos ante un supuesto de póliza desdoblada, esto es, ante un otorgamiento en el que no se produce la concurrencia simultánea ante el notario de los distintos otorgantes, en cuanto que dado que tal requisito no resulta siempre preciso, puede tener lugar en momentos diferentes, salvo que una disposición legal o reglamentaria, o el notario o cualquiera de los interesados la exija. Así se desprende de la propia póliza otorgada el día 14/julio/2008 en la que el Notario interviniente hace constar tal naturaleza, sin perjuicio de que luego yerre a la hora de hacer constar la presencia y firma de unos inexistentes -por falta de mención en la comparecencia del documento- representantes de la entidad prestataria, siendo, además, todo ello congruente con el otorgamiento posterior la póliza complementaria, absurda e innecesaria en caso contrario*”.

⁵⁷ ORIA DE RUEDA Y MOLINS GARCÍA-ATANCE, AJA, nº 733, 2007: “*1º.-No protege ni satisface adecuadamente los intereses y derechos subjetivos en las relaciones jurídicas : Ignorancia y desinformación de parte : El contratante o los diversos contratantes de la póliza o de las pólizas que se intervengan desconocerán en la práctica si el contrato se perfeccionó, y por tanto, si nacieron las obligaciones contractuales correspondientes, y si se generó la correspondiente relación jurídica de la que dimanar los respectivos derechos, facultades y obligaciones. Abuso de derecho : Se posibilita que una de las partes -la más fuerte- por los motivos que haya considerado de su utilidad, no nacidos de la buena fe, haya dejado de suscribir y perfeccionar el contrato, con el propósito de obtener ventaja ilegítima y abusiva logrando la inexigibilidad por motivos que interesaron y se buscaron sólo por dicha parte. Desinformación del Notario: El Notario que haya iniciado la intervención de póliza respecto de una de las partes contratantes -ordinariamente la deudora en la relación jurídica- desconocerá si el contrato llegó a perfeccionarse, y esto producirá desprotección y falta de tutela de derechos, incluido el de información, regularmente de la deudora. Ilegalidad: No parece ajustado a*

que pueden perjudicarse sus derechos e intereses jurídicos y económicos. No comparto esta opinión ya que a nuestro juicio la adecuada seguridad del consumidor no se proporciona aumentando o disminuyendo tramites documentales, sino explicando al cliente clara y expresamente las consecuencias jurídicas y económicas que puede conllevar la formalización del contrato que desea suscribir.

Una vez descritos los motivos por los que surge la nueva regulación de la póliza desdoblada y efectuadas algunas consideraciones sobre la influencia que la misma puede tener en los consumidores, es el momento de analizar la utilización que notarios y profesionales de banca dan a la póliza desdoblada, a la que refiere el artículo 197 del RN, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de Enero, que considera la tramitación de la póliza desdoblada como un procedimiento excepcional⁵⁸.

En el transcurrir de las relaciones entre entidades financieras y consumidores bancarios, la intervención y otorgamiento de la póliza desdoblada deben llevarse a cabo conforme a los plazos y requisitos que seguidamente se describen, y que se ajustan a la normativa que regula a aquélla, distinguiéndose tres fases: *la fase de intervención notarial de la póliza; la fase de remisión o comunicación entre fedatarios públicos; y la fase de extensión de diligencias notariales.*

Respecto a la primera fase, relativa a la intervención de la póliza por el Notario, el acto de comparecencia de las partes intervinientes tiene que efectuarse en la notaría de origen en la que se desea formalizar la operación. Es en esta notaría en la que se expide un solo ejemplar de la póliza, con una salvedad importante a tener muy en cuenta para que la tramitación de la póliza desdoblada llegue a buen fin, relativa a que la póliza debe cumplimentarse en todos sus extremos pero sin introducir las variables o condiciones financieras, y sin concretar la fecha, y si se concreta ésta, se hará a un mes vista.

Finalizado el acto de intervención, entra en juego la segunda de las fases, relativa a la remisión o comunicación de la póliza intervenida al notario o notarios intervinientes en la operación.

En efecto, la notaría de origen, mediante correo notarial corporativo, con firma electrónica avanzada reconocida, hace llegar a la notaría destino una copia

Derecho que si la validez y el cumplimiento de los contratos no deba quedar al arbitrio exclusivo de una de las partes contratantes se pueda dejar a la discreción de la misma su perfección, presupuesto ontológico de aquéllos.” En el mismo sentido, ORIA DE RUEDA Y ELÍA, Y MOLINS GARCÍA-ATANCE, Publicación: Poder Judicial, nº 83, 2006 parte Comentarios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2006.

⁵⁸ Así también fue considerado por la Instrucción de la DGRN, de 29 de noviembre de 2006: *“la póliza original se concibe como un documento único, sin que sea posible confeccionar varios ejemplares, sin perjuicio del sistema de póliza desdoblada, que no desvirtúa el concepto de documento único. Se configura por tanto, como una excepción a la regla general”*.

escaneada de la póliza firmada en la notaría de origen y debidamente intervenida por el notario.

El Notario receptor o de destino, debe imprimir la póliza en papel de uso exclusivo notarial, que sería la *póliza desdoblada*, en la que incluirán sus firmas los otorgantes finales, si bien deben hacerlo en el plazo máximo de dos meses desde el primer otorgamiento efectuado ante el Notario de origen.

Una vez intervenida por el Notario de destino, que conservaría dicha póliza en su Libro-Registro, Sección A, éste remitirá un oficio relativo a la intervención de dicho/s otorgamiento/s al Notario de origen.

El Notario de origen hará constar dicha intervención mediante diligencia que incluirá en la póliza anteriormente intervenida, y será este Notario el que completará los datos de la póliza, dejando cerrada la misma por diligencia final y expedirá traslado de dicha póliza en la que constarán intervenidos todos los otorgamientos quedando debidamente reflejados todos los notarios competentes intervinientes.

Centrados en la tercera de las citadas fases, relativa a las diligencias que extenderá el Notario, se distinguen dos momentos administrativos, uno de ellos el que se produce en el primer momento de la firma de la póliza; y un segundo, que se celebra posteriormente encaminado a completar la póliza desdoblada.

En el citado primer momento, el Notario debe incorporar a la póliza la expresión “*Diligencia en póliza desdoblada*”, añadiendo “*con mi intervención, en un ejemplar, respecto de los derechos y obligaciones asumidos en este documento por razón de su otorgamiento y firma de quienes actúan*”.

Seguidamente, efectuará las advertencias correspondientes, incorporando la correspondiente redacción⁵⁹, y finalizando con la identificación del lugar y fecha del otorgamiento.

En un segundo momento, el notario incorporará la diligencia para completar póliza desdoblada, haciendo constar que en la fecha que corresponda al caso concreto ha consultado el Archivo General de Pólizas Desdobadas del Consejo General del Notariado, en el que consta que ha sido intervenido por el oportuno notario, fecha, número de su Libro-Registro, el otorgamiento y la firma de los intervinientes, y señalando que ha quedado debidamente perfeccionado el negocio jurídico en el plazo de dos meses.

Tanto las entidades de crédito, como los otorgantes de la póliza, deben tener muy en cuenta que si los trámites indicados se efectúan erróneamente, cabe la posibilidad de que al no existir un ejemplar de póliza en el que conste que han

⁵⁹ La cual comprende: “*se advierte a las partes de que para la perfección y plena eficacia del presente contrato será necesario el otorgamiento de otra póliza desdoblada por el resto de intervinientes, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha del primer contrato*”.

firmado todas las partes y que han sido intervenidos todos los otorgamientos, se ocasione incertidumbre e inseguridad para todas y cada una de las partes intervinientes, incluso con el peligro de que los Notarios actuantes puedan incurrir en responsabilidad, y con la consecuencia añadida de que no se perfeccione el contrato.

4. Efectos que conlleva la intervención de la póliza de préstamo.

Principalmente, dos son los efectos.

El primero de ellos, consiste en convertir a la póliza en un título ejecutivo, ya que la misma es desde su creación y hasta que es intervenida por el Notario un documento privado.

Un segundo efecto de la intervención de la póliza de préstamo por el Notario se refiere a la prelación⁶⁰ de créditos. En efecto, el artículo 1911 de CC establece que *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”*, y añade el artículo 1929 del CC, *“los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes: primero, por el orden establecido en el artículo 1924; segundo, los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata; y tercero, los créditos comunes a que se refiere el artículo 1925 de CC, sin consideración a sus fechas”*.

A esta prelación de créditos, y en concreto a la referida a la preferencia en las fechas de las pólizas intervenidas por Notario, se ha referido en alguna ocasión el TS⁶¹, que no solo viene a establecer y recoger la doctrina general⁶², sino que

⁶⁰ AGUILERA ANEGÓN, G., El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997. (Borrador del Anteproyecto de 1995), Distingue dos formas de ejercicio de los privilegios: la concurrencia extraconcursal o supuestos de ejecución singular, y la concurrencia concursal o procesos de ejecución universal. BARO CASALS, A., La Quiebra. Legislación y Jurisprudencia sistematizadas, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.

⁶¹ En su sentencia de 9 de julio de 1990: *“....., o dicho de otro modo, se plantea el problema jurídico de determinar la preferencia que debe darse, en las tercerías de mejor derecho en las que se ventilan créditos sin privilegio especial, a los títulos en donde constan tales créditos, o las sentencias de remate que los hayan reconocido. La jurisprudencia de esta sala, aunque vacilante y en algunos casos contradictoria, se inclina más recientemente por establecer los siguientes presupuestos. A) Las escrituras públicas de las que habla el apartado nº 3, deben ser equiparadas a las Pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o por Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 93 del Cco y 1218 CC; B) Tales Pólizas o escrituras, en cuanto auténticos reflejos de la realidad crediticia, necesitan contener, o venir complementadas, de la liquidación pertinente, para que pueda ser conocido el alcance de la obligación, y la exigibilidad indubitada del crédito, por lo que su preferencia vendrá referida a la fecha de esta determinación; C) El elemento que concede el privilegio no es el crédito en sí, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en uno de los documentos que menciona el precepto legal y concretamente si es quirográfico, su preferencia frente a otros créditos de la misma naturaleza, vendrá fijada con relación a la fecha de los documentos en*

desarrolla la relación existente entre el contenido del artículo 1.924 del CC y la tercería⁶³ de mejor derecho, desprendiéndose de sus pronunciamientos que es tal la eficacia de la póliza intervenida que incluso tiene preferencia sobre las sentencias judiciales⁶⁴.

Así, debe acudirse con prioridad a los títulos que fundamentarán la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en estos títulos, aunque posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que en la sentencia se desvirtúe la certeza, habrá de atenderse a la fecha de la póliza intervenida y no a la de la sentencia para resolver el conflicto preferencial.

En definitiva, para ser acreedor preferente en virtud de una póliza intervenida por Notario, se ha de presentar al órgano jurisdiccional, el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su libro registro (*tal y como se describe en el epígrafe tercero del siguiente capítulo VIII*), independientemente de la fecha de reclamación de deuda, presentación de demandas, sentencias⁶⁵ del proceso ejecutivo⁶⁶ e incluso los correspondientes recursos, siendo dicha póliza la que ostentará el derecho de preferencia en el cobro.

que respectivamente tengan aquellos reflejo, sin que deban intervenir en sus calificaciones jurídicas otros rasgos del mismo”.

⁶² PRENDES CARRIL, P., Preferencia y Prelación de Créditos (I Parte), RAC, nº 6, Pamplona. 2000. SAP de Murcia, de 12 de marzo de 1998; SAP de Zaragoza, de 25 de mayo de 1998; SAP de Huesca, de 21 de diciembre de 1995; SAP de Madrid, de 20 de enero de 1998; SAP de León, de 27 mayo de 1999; STS, de 01 junio de 1992; SAP de Zaragoza, de 15 de julio de 1998; SAP de Barcelona, de 30 de junio de 1998; SAP de Madrid, de 20 enero 1998; y SAP de Soria, de 06 abril 1995. RDGRN, de 3 de abril de 1998.

⁶³ SALAS CARCELLER, A., La preferencia de créditos derivados de contrato de "Leasing" y de contrato de préstamo, RJ, nº 30, 2003, al citar que *“La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2000 se planteaba si el llamado contrato de arrendamiento financiero con opción de compra o «leasing» se podía equiparar a una póliza de préstamo a efectos de la reclamación de créditos para dirimir una tercería de mejor derecho y, todo ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1924.3 ap. a) en relación con el artículo 1435, ambos del Código Civil, y, por lo tanto, cuál sería la fecha relevante en el contraste con el crédito del ejecutante codemandado, si la de constitución de ese contrato de préstamo, o la de constitución de las citadas pólizas de arrendamiento. Pues bien, decía la referida sentencia que la preferencia a que se refiere dicho artículo 1924.3º.A) del Código Civil (orden de antigüedad de las fechas de las escrituras referidas a créditos sin preferencia especial) es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción (como ocurre en el caso del préstamo) reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible”.*

⁶⁴ SAP de Vitoria, de 31 marzo 1995: *“En relación con los créditos que fueron objeto de pleito y constan por Sentencia firme, plantea la recurrente la necesidad de que sean incluidos dentro de los créditos privilegiados por Derecho común (art. 1924.3 CC). Siendo clara y terminante la remisión al Derecho civil del art. 913.3º CCO, ésta deberá hacerse en base a lo dispuesto en los arts. 1922 a 1924 CC, en cuyas disposiciones ha de entenderse que los créditos contemplados en el art. 1924.3 son privilegiados, aunque no lo sean especialmente con relación a determinados bienes, como los referidos en los artículos anteriores, siendo comunes los del art. 1925 CC”.*

⁶⁵ STS, de 18 enero de 1999, que cita: SSTS, de 6 junio de 1996, 21 de mayo de 1975, 21 de octubre de 1927, 14 de mayo de 1992, 19 de noviembre de 1988, 21 de noviembre de 1917, 21 de abril de 1911 y 27 de abril de 1967. SAP de Madrid, de 28 de abril de 1998, que por su parte cita a las SSTS,

B. ASPECTO JURÍDICO-SUSTANTIVO

1. Las condiciones particulares de la póliza de préstamo.

En la gran mayoría de las pólizas de préstamo que utilizan las entidades financieras para instrumentar el contrato de préstamo con garantía personal, pignoratícia, u otras, se establecen dos tipos de condiciones, las *particulares* y las *generales*. Me ocuparé de éstas últimas en el siguiente epígrafe.

Al margen de otras que se hayan dado, puede conceptuarse a las condiciones particulares como “*aquellas condiciones de contenido financiero que se aplican al préstamo concreto*”, pudiéndose distinguir entre ellas tres grupos:

La primera de ellas, recoge las condiciones particulares referidas a principal, plazo, carencia, sistema de amortización, y número de cuotas.

La segunda, trata de los “*intereses a cargo de la parte prestataria*”, incluyéndose en éste apartado la modalidad, tipo nominal anual inicial, periodo a tipo inicial, tipo de referencia, redondeo, diferencial, periodo de revisión, T.A.E, tipo nominal anual de demoras, periodicidad de cuotas de intereses e importe total de cuotas e intereses.

Y en tercer lugar, aparecería el grupo de las “*comisiones y gastos*”, que englobaría las comisiones de apertura, estudio, de amortización parcial o total anticipada, y reclamación de posiciones deudoras vencidas.

Pues bien, dichas condiciones particulares son desarrolladas por las condiciones generales que se incluyen en la póliza y a continuación de las condiciones particulares, es decir, que ambas modalidades de condiciones no se incorporan en documentos independientes, como sí sucede en ocasiones por ejemplo en el contrato de seguro⁶⁷. La distinción es particularmente relevante a fin de evitar posibles confusiones llegado el momento de solicitar al órgano judicial que declare abusiva a una condición particular o general, pretensiones éstas especialmente frecuentes en la práctica judicial.

Sala 1ª, de 27 de abril de 1967, 21 de noviembre de 1917, y 21 de abril de 1911. SAP de Alicante, de 28 de octubre de 1998.

⁶⁶ SERRANO ESPINOSA, G.M., Acerca de la ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 Y RCL 2001, 1892): novedades en la ejecución dineraria y en la hipotecaria, RJ, nº 9, 2003.

⁶⁷ SAP de Murcia, de 19 de febrero de 2004: “.....las páginas que integran las condiciones particulares de la póliza en las que se menciona y se declara textualmente que junto con dichas condiciones particulares, ha recibido también las generales y especiales.....”.

En ese sentido, son ya numerosas las resoluciones judiciales que han declarado abusivas determinadas condiciones particulares⁶⁸, como por ejemplo las relativas al interés de demora, pero esa declaración no debe hacerse extensiva⁶⁹ a la condición general que desarrolla lo relativo al tipo de interés de demora, ya que lo realmente abusivo sería la condición particular y no la condición general que desarrolla la aplicación de indicado interés de demora.

Obsérvese que el interés de demora, incorporado como condición particular en un póliza de préstamo puede ser, por ejemplo, del 18 o 24%, y la condición general que desarrolla a dicha condición particular pudiera tener el siguiente contenido: *“las cantidades vencidas y no satisfechas, tanto por capital como por intereses y en su caso comisiones, devengarán el interés de demora previsto en la cabecera, y se liquidarán y capitalizarán con la misma periodicidad y en la misma forma que los intereses ordinarios. De acuerdo con el artículo 317 CCO, se pacta expresamente que, los intereses devengados y no satisfechos, tanto ordinarios como de demora, se capitalizarán devengando el tipo de interés de demora señalado”*.

De lo anterior se deriva que si lo verdaderamente abusivo de acuerdo con la declaración judicial es la condición particular de interés de demora, es decir, en el ejemplo expuesto, el 18 o 24%, no quiere decirse que la condición general que desarrolla a la anterior sea igualmente abusiva, lo que en nuestra opinión no debe dejar lugar a dudas, porque en determinadas ocasiones puede llevar a confusión el pensar que lo declarado abusivo es la condición general cuando en realidad es la condición particular⁷⁰.

⁶⁸ SAP de Alicante, de 26 de julio de 2012, que aprecia la nulidad de oficio de cláusulas abusivas de intereses crediticios en un contrato de consumo, al estimar parcialmente las pretensiones de la prestataria y declara abusivos y sin efecto los intereses remuneratorios pactados. Considera que procede dejar sin efecto dichos pactos por abusivos, dada la diferencia entre el interés legal del dinero y el fijado en el contrato. SAP de Alicante, Sección 9ª, de 11 de abril de 2012, al *estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia sobre reclamación de cantidad en virtud de un contrato de préstamo suscrito por las partes y los intereses abusivos que se aplican por incumplimiento de la obligación de pago del cliente. Se considera cláusula abusiva aquella que suponga la imposición de condiciones que superen los límites legales, esto es, un tipo de interés que de lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero*. SAP de Tarragona, de 8 de noviembre de 2011, que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que estimó parcialmente la demanda de reclamación de cantidad del principal más los intereses moratorios pactados derivados de un contrato de tarjeta.

⁶⁹ Salvo que así lo ordene el órgano judicial.

⁷⁰ VILATA MENADAS, S., La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, D.A.TSJ, El Derecho, nº 471, 2005, pg. 1: *“El legislador ha prevenido la sanción de nulidad para las cláusulas, que se reputan abusivas, pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora, sin que sea legítimo hacer llamamiento de supuestos usos del comercio para impetrar la legitimidad de tales cláusulas, cuando claramente supongan un perjuicio para la posición del acreedor. De ello, podemos colegir a contrario sensu que, en principio, resultará válido un pacto inter partes que establezca un plazo de entrega inferior o un devengo de interés a rédito superior al fijado legalmente a cargo del deudor, y sin perjuicio evidentemente de que atendidas las circunstancias del*

Es por ello por lo que debe evitarse utilizar el término “*cláusula abusiva*” cuando se cita o se declara abusiva una condición particular incluida en la póliza de préstamo, y sí debe hacerse⁷¹, en cambio, cuando lo que haya sido declarado abusivo es la correspondiente condición general.

Así, cuando efectivamente se declare abusiva una condición particular, debiera seguirse y utilizarse en la correspondiente resolución judicial la redacción dada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arrecife, publicada con fecha 8 de abril de 2013 (nº autos 246/2012), al indicar que “*declara abusivos y usurarios los intereses de demora del 19% que el Banco cobraba a estos clientes por retrasarse en los pagos.....*”. Si se observa, dicho Juzgado, para declarar abusivos a los intereses de demora, no utiliza “*cláusula abusiva*”.

2. Concepto de condiciones generales de la contratación.

A diferencia de las condiciones particulares que quedan materialmente incluidas en la póliza de préstamo, con posterioridad a las mismas, se incorporan las condiciones generales, las cuales, desarrollan no solo a las citadas condiciones particulares sino que también establecen los condicionantes por los que se regirá el préstamo.

Conviene aclarar, que a principios de 1950, la doctrina valoró la diferencia existente entre “*condiciones generales de los contratos*” y “*condiciones generales de la contratación*”, distinción⁷² ésta que como afirma PAGADOR LÓPEZ⁷³, es una

caso concreto pueda el Juez analizar cuál sea la posición más débil en el marco del contrato y desenvolver eventuales facultades moderadoras (cfr. art. 9 de la Ley y art. 3.3 de la Directiva)”.

⁷¹ Obsérvese la reflexión que CARDENAS QUIROS, C., (Autor), DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas.....Ob. cit. p. 99 y 100, lleva a cabo cuando califica a la “cláusula” y a la “condición general”: “*no obstante que para referirse a la figura es correcto el empleo de cualquiera de los tres términos mencionados en el epígrafe, si bien se encuentra más difundido el uso del vocablo “condiciones”, resulta preferible utilizar la expresión “cláusulas”, a fin de evitar los inconvenientes de la polisemia, esto es, la pluralidad de significados que se atribuye a la palabra “condiciones”. Las cláusulas generales de contratación son disposiciones generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante sólo una vez celebrados los correspondientes contratos*”.

⁷² DE CASTRO Y BRAVO, F., Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes, Cuadernos Civitas, segunda edición, 1985, p. 14: “*Las que, entre nosotros, se han denominado <las condiciones generales de la contratación> y las <condiciones generales de los contratos en particular>; distinguidas en que, éstas sí u aquéllas no, son sometidas a la firma del cliente. Se trata, más que de unos diferentes tipos de condiciones generales, de la diversa función que a ellas se les atribuye o se les puede atribuir en cada caso*”.

⁷³ Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 19 y 20: “*sin embargo se ha observado que la distinción entre ambas categorías no es nada afortunada, pues, ni desde un punto de vista dogmático puede reputarse acertada, ni, en otra perspectiva, cabe otorgarle excesiva relevancia, tan pronto se considere que la cuestión debatida, legalmente, sólo planteará problemas en el ámbito del régimen jurídico de los requisitos de inclusión, a cuyo efecto es indiferente la terminología que se quiera emplear. Por ello, hoy la distinción entre condiciones generales de los contratos y condiciones generales de la contratación debe considerarse superada*”.

cuestión que ha sido absolutamente superada y que carece de relevancia, afirmación que hago mía dada la similitud en el significado de los términos.

El concepto legal de condiciones generales lo recoge la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en su artículo 1.1, que establece que *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

Así, los elementos que forman parte del concepto legal de condición general se traducen en los tres siguientes: predisposición, imposición, y que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos⁷⁴.

La indicada Ley no entra a valorar la autonomía material de las mismas, ni su apariencia externa, ni su extensión ni cualesquiera otras circunstancias, solo le preocupa para que sea condición general que sean predispuestas y que su incorporación al contrato sea impuesta por la entidad financiera a una pluralidad de contratos.

Por lo tanto, en éstos contratos el predisponente, empresario, redacta⁷⁵ un modelo de contrato, un condicionado general de la contratación, que servirá de reglamento contractual⁷⁶, de ley del contrato, y que presentará al potencial contratante para que lo firme, *“adhiriéndose”* al mismo, con lo cual se supone que queda vinculado, puesto que manifiesta, al menos, aparentemente, su voluntad de aceptar todas sus disposiciones aunque no haya participado⁷⁷ en su elaboración ni

⁷⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea, sala primera, de 14 de marzo de 2013, RAD, nº 2, 2013, p. 8: *“de todas formas, las condiciones generales de la contratación son cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, esto es, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que, podemos decir que son requisitos comunes a las condiciones generales de la contratación y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la predisposición, y la imposición, y, además, hay que añadir un cuarto que, sirve para caracterizar las condiciones generales que, las cláusulas predispuestas estén destinadas a ser incorporadas en una pluralidad de contratos”*.

⁷⁵ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Las condiciones generales de los contratos y la autonomía de la voluntad, Barcelona, Bosch, 1999, p. 26.

⁷⁶ GARCÍA AMIGO, Condiciones generales de los contratos, Madrid, RDPR, 1969, p. 159: *“por todo ello, cabe afirmar que las condiciones generales de los contratos, antes de que se efectúe la confluencia de las declaraciones de voluntad de las partes, pueden ser el contenido de una oferta contractual; pero por sí solas no son nada-un nullun jurídico-, puesto que el ser contenido de la oferta se lo confiere precisamente la declaración contractual concreta y específica del oferente, sin que tal cosa suceda de manera necesaria por el solo hecho de su redacción”*.

⁷⁷ BUSTO LAGO, J.M., El control abstracto de las condiciones generales de los contratos, AJA, nº 360, 1998, p. 3: *“por otra parte, la doctrina ha advertido la necesidad de un medio de tutela que se sitúe en el iter temporal comprendido entre la fase de redacción de las cláusulas de condiciones generales y el momento de su inclusión en los contratos individuales, en orden a compensar de alguna manera*

tenga posibilidad alguna de modificarlo⁷⁸. En definitiva, se presentan, como dice SANCHEZ CALERO⁷⁹, “*constituyendo la disciplina convencional del contrato y en gran medida el «derecho vivo» que regula esa relación jurídica*”.

Así, no puede descuidarse el hecho de que en el ámbito estrictamente financiero⁸⁰, las condiciones generales que se incorporan a la correspondiente póliza de préstamo, igualmente se presentan como aquellas cláusulas que creadas solo y exclusivamente por el órgano competente interno o externo de la entidad financiera, son incorporadas a la póliza e impuestas⁸¹ por la entidad financiera al usuario de banca sin la más mínima oportunidad de ser negociadas⁸².

En efecto, la entidad financiera, a través de las condiciones generales incorporadas a aquella, manifiesta al futuro prestatario cuáles son sus condiciones, que debe íntegramente aceptar para que se le conceda el préstamo, y con el agravante en perjuicio del consumidor, de que en caso de no aceptarlas, con toda probabilidad se encontrará con las mismas condiciones generales en los contratos de otras

a la colectividad de potenciales adherentes (fundamentalmente consumidores y usuarios, aunque no sólo) de la falta de participación en la elaboración y redacción de tales condiciones generales, pudiendo anticipar su intervención con la finalidad de evitar la inclusión de cláusulas merecedoras de ser calificadas como abusivas y, por ende, nulas, en los concretos contratos individuales que se concierten en el futuro mediante la adhesión a aquellas condiciones generales”.

⁷⁸ ABASCAL ZAMORA, J.M., (Autor), DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas.....Ob. cit., p. 54, in fine: “*excluyendo toda posibilidad de admitir que las partes puedan, por su voluntad y aun por mutuo acuerdo, variarlas o modificarlas; máxime cuando esas condiciones generales son impuestas.....*”.

⁷⁹ Condiciones generales, GT, septiembre, 2005, p. 1.

⁸⁰ Para conocer el alcance de las condiciones generales de la contratación utilizadas en el ámbito de las entidades de crédito, léase: CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M., Condiciones generales en la contratación financiera, RCDI, nº 651, 1999.

⁸¹ SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 14 de diciembre de 2012, Fundamento de Derecho tercero: “*Entrando en la primera cuestión, ciertamente parte de la doctrina mantiene la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas; criterio que también se mantiene por algunas Audiencias Provinciales, como la de Sevilla de 7 de octubre de 2011*”. SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 9 de noviembre de 2012, Fundamento de Derecho primero: “*Los pactos de limitación del interés no son condiciones generales de la contratación, porque establecen el precio del contrato. La sentencia recurrida parte del planteamiento de que las cláusulas que se refieren a elementos esenciales pueden ser condiciones generales, si están pre redactadas, impuestas y destinadas a una pluralidad de contratos, entendiendo que las cláusulas objeto del procedimiento no son precio o parte del precio, porque se dedican no a establecer el interés, sino a regular una especificidad propia del contrato, limitando los beneficios del interés variable pactado en otra cláusula del contrato*”.

⁸² SAP de Soria, Sección 1ª, de 12 de diciembre de 2004: “*el sector bancario es un sector caracterizado por la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales unilateralmente redactadas por las entidades financieras, que han de ser aceptadas en bloque por el cliente si este quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión, salvo, naturalmente, en los contratos celebrados por dichas entidades entre sí, o los contratos concertados con grandes empresas o corporaciones, dado el equilibrio en la posición de las partes*”.

entidades de crédito en el supuesto de que acuda a éstas en busca de mejores condiciones.

De este modo, el futuro prestatario, necesitado de un préstamo para satisfacer un determinado fin, se enfrenta a las entidades financieras, las cuales, tienen como punto en común las mismas o similares condiciones generales.

Dicha situación nos lleva, inevitablemente, al criterio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia, de que el consumidor es la parte débil⁸³ en la contratación de aquellos contratos en los que la parte predisponente incorpora condiciones generales. Ello es así, principalmente, porque a consecuencia de la desigualdad del poder económico de los contratantes, el consumidor no puede influir⁸⁴ en las condiciones generales incorporadas al contrato por la parte predisponente⁸⁵, y que éste impone al consumidor.

A fecha 2013 dicha circunstancia se ha acentuado, aún más si cabe, en el contrato de préstamo. En efecto, la STS de 9 de mayo de 2013 detalla en su punto 139, que *“la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como “un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”*. De este modo, la indicada sentencia sigue manteniendo el criterio doctrinal y jurisprudencial ya adoptado, ratificando que el consumidor es la parte débil en los contratos que tienen incorporadas condiciones

⁸³ BALLESTEROS GARRIDO, J. A., Las condiciones generales.....Ob. cit., p. 291: *“En la contratación por adhesión a condiciones generales predispuestas por el oferente de productos o servicios en masa existe una desigualdad contractual entre las partes que impide que el adherente goce de libertad contractual, por lo tanto, no pueden entenderse aplicables sin más los principios tradicionales del derecho contractual, asimilando el acto de aceptación contractual clásica, sino que debe revisarse el significado de la suscripción del clausulado uniforme a la luz de las circunstancias del tráfico moderno y, con ello, la forma en que han de aplicarse aquellos principios”*. En p. 26: *“La teoría tradicional manifiesta que su aceptación del condicionado general con toda libertad, es intrascendente que la adhesión se realice en bloque o por no admitirse discusión ni modificación alguna, y que la única alternativa que existe para el adherente sea la de contratar o no hacerlo, -tomarlo o dejarlo-”*.

⁸⁴ PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales.....Ob. cit., p. 299: *“como se sabe, de conformidad con la opinión en tráfico negocial, al hecho de que un empresario o profesional utilice cláusulas contractuales prerredactadas en el desarrollo de su actividad negocial se le puede atribuir razonablemente el significado de que aquel no está dispuesto a contratar si no es mediante tales clausulados predispuestos y, por consiguiente, el significado de que no está dispuesto, en principio, a iniciar negociación alguna respecto al contenido regulador de los mismos”*.

⁸⁵ REYES LÓPEZ, M.J., A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento que apreciase que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante, RGD, nº 562, 1991, p. 3 y ss.

generales, y en particular, en el contrato de préstamo suscrito por consumidores bancarios y entidades de crédito. Lo que supone que aquéllos no pueden influir en el contenido de las condiciones generales incorporadas por la entidad de crédito, y que ésta, mediante la incorporación de las mismas, vea reforzada⁸⁶ su posición dominante⁸⁷ en la relación contractual.

Finalmente, sobre la utilización de condiciones generales de la contratación, conviene señalar que la doctrina se ha pronunciado de distintas formas.

Así, un determinado sector doctrinal considera que las condiciones generales crean un marco de peligros vinculados a la contratación⁸⁸, a la vez que suponen “*un campo abonado para la inclusión de cláusulas abusivas*”⁸⁹ en perjuicio de los consumidores.

En cambio, hay autores⁹⁰ que han expuesto la opinión de la doctrina de los distintos países en defensa de la utilización de las condiciones generales de la contratación, ya que se argumenta que clarifican las relaciones negociales; se facilita la interpretación⁹¹ de los contratos; se dota al mercado de una mayor transparencia por la unificación que se supone ha de producirse entre todos los clausulados; proporciona una mayor seguridad jurídica⁹² en el intercambio de bienes y servicios; da lugar a una situación de igualdad⁹³ entre los contratantes; elimina incertidumbres

⁸⁶ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Las condiciones generales.....Ob. cit., p. 36: “*El predisponente no sólo utiliza las condiciones generales para racionalizar, agilizar y abaratar la contratación y perfeccionar la organización institucional de la empresa, sino también para fortalecer su posición jurídica en el contrato, limitando sus obligaciones y responsabilidades y asegurando y extralimitando sus derechos de modo injusto, contrario a la equidad y la buena fe y a las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de derechos que habría que suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato firmado*”.

⁸⁷ ALVAREZ GONZALEZ, S., Condiciones generales en la contratación internacional, La Ley, 1992, p. 24: “*.....hasta llegar a subvertir la soberanía del consumidor recortando sus alternativas mediante reglamentaciones de tipo general y uniforme, en las que la previsión unilateral de una de las partes permite dirimir anticipadamente en beneficio propio lo que en teoría habría de ser el resultado final y objetivo de la oferta y la demanda*”.

⁸⁸ DE CASTRO, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia....., Ob. cit., p. 16 y ss.

⁸⁹ OROZCO PARDO, Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas....., Ob. cit., p. 20.

⁹⁰ BALLESTEROS GARRIDO, Ob. cit., p. 233.

⁹¹ Véanse: SSTS de 28 de abril de 1970, y 03 de marzo de 1990 y 24 de marzo de 1992.

⁹² GARCÍA AMIGO, Condiciones generales.....Ob. cit., p. 24: “*así se ha puesto de relieve, en primer lugar, que permiten una delimitación detallada y casi perfecta de las prestaciones debidas, ofreciendo una regulación pormenorizada de la relación contractual de que se trate; lo cual tiene por consecuencia una mayor seguridad jurídica*”.

⁹³ Ibid., p. 26 y 27: “*se afirma que la contratación mediante condiciones generales de contrato representan ventajas no sólo para el predisponente, sino también para el adherente a las mismas; en efecto, se afirma que la contratación mediante condiciones generales implica una situación de igualdad para cada uno de los contratantes con la empresa predisponente. No hay posibilidad de que un contratante menos avisado pueda obtener unas condiciones contractuales más desfavorables que otro más sagaz; por otra parte, las condiciones generales hacen posible una difusión y conocimiento de las condiciones en que se contrata, que sin ellas no se lograría en muchos casos, pues a veces*

y dudas que hacen reducir los litigios⁹⁴; y permiten identificar y limitar las responsabilidades en las que pueda incurrir la parte predisponente⁹⁵.

3. Requisitos de incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo.

Me ocuparé en este epígrafe del denominado *control de incorporación o de inclusión*, que hace referencia a los requisitos que ha de cumplir aquel que utilice condiciones generales para que éstas queden incorporadas al contrato, conforme al artículo 5 de la Ley 7/1998.

Mediante dicho control, el legislador no solo trata de garantizar que el consumidor conozca o al menos haya tenido ocasión de conocer las condiciones generales en el momento de celebración del contrato y que éstas resulten suficientemente comprensibles, sino que también viene a considerar que tales cláusulas quedan incluidas en el contrato cuando el adherente acepte su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

La Ley 7/1998 establece en su artículo 5.1 que *“las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”*.

De la transcrita normativa cabe destacar dos requisitos claves para la correcta incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo o a cualesquiera otros contratos, referidos aquellos a la previa información que debe facilitar el predisponente al adherente; la aceptación de las mismas y la forma de hacerlo, en su caso. Situados en el primero de los requisitos que he señalado, relativo a la previa información que debe facilitar el predisponente al adherente, la Ley determina claramente que la información debe facilitarse por el predisponente de forma

sustituyen o contienen una serie de usos negociales o normativa inciertos y no uniformes, y, en todo caso, incontrolados o desconocidos”.

⁹⁴ Ibid., p. 24: *“.....eliminando incertidumbres y dudas y con ello una serie de controversias jurídicas inter partes”*.

⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales.....*, Ob. cit., p. 17: *“Representantes de los intereses de la industria, aun reconociendo que no son buenas todas las cláusulas de las condiciones generales, las defienden, haciendo observar que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas”*.

expresa, es decir, que pueda ser probada⁹⁶ mediante la aportación de la correspondiente prueba documental admitida en Derecho.

Además, dicha información debe respetar dos tramos, el primero de ellos, referido a que el predisponente debe informar al adherente de la “*existencia*” de las condiciones generales en el correspondiente contrato; y segundo, debe facilitarle un “*ejemplar*” del contrato en el que consten las condiciones generales que en su momento serán aceptadas y firmadas⁹⁷ por el adherente.

En ese sentido, y respecto a la póliza de préstamo objeto de nuestro trabajo, y en la que se instrumentan casi la totalidad de los préstamos al consumo, conviene señalar que conforme a la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dicha obligación de facilitar la entidad de crédito al consumidor un “*ejemplar*” del contrato en el que consten las condiciones generales, solo resultará si el consumidor lo solicita en la fase precontractual a la entidad de crédito.

En efecto, el artículo 10 de la Ley 16/2011, cuando desarrolla la información previa al contrato, establece en su apartado primero que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar de forma gratuita al consumidor, con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito.

Posteriormente, el citado artículo 10, en su apartado tercero letra r), determina que dicha información deberá especificar, entre otros, “*el derecho del consumidor a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo que en el momento de la solicitud el prestamista no esté dispuesto a celebrar el contrato de crédito con el consumidor*”.

Del contenido de dicha letra r) se puede concluir, por tanto, que la entidad de crédito no viene obligada, salvo solicitud del consumidor, a facilitar a éste un

⁹⁶ SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 24 de abril de 2012, fundamento de derecho último: “*pues no se ha aportado ni un solo documento de negociaciones previas a la firma de las escrituras públicas*”.

⁹⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas, Bosch, 2008, p. 43: “*el supuesto general recibe el régimen siguiente: para que unas determinadas cláusulas contractuales impuestas, sean condiciones generales o no, se entiendan incorporadas deben hallarse contenidas dentro del documento contractual delante de las firmas de los contratantes, es decir, más arriba de dichas firmas. Si no estuviesen situadas ahí, debe existir, entre las demás cláusulas particulares del contrato, encima de dichas firmas, una cláusula de referencia a las cláusulas o a las condiciones generales impuestas; y éstas deben ser entregadas al adherente (no basta con enseñárselas), ante del perfeccionamiento del contrato o al contratar*”.

ejemplar de la póliza de préstamo en la que constan incorporadas las condiciones generales que serán de aplicación al mismo.

No debe interpretarse lo anterior erróneamente, en el sentido de que pueda entenderse que al consumidor solo se le deba entregar, caso de solicitarlo a la entidad de crédito, un documento en el que conste⁹⁸ el contenido de las condiciones generales que se aplicarán al contrato de préstamo en cuestión. En realidad, la entidad de crédito, caso de efectuarse indica solicitud, deberá entregar al consumidor el contrato *completo* que instrumentará el negocio jurídico que se desea llevar a cabo, es decir, la entidad de crédito deberá entregar al consumidor la póliza de préstamo, en la que constan las condiciones particulares y generales aplicables al préstamo.

En ese momento de la previa información, a la que aludo, mantengo que al futuro prestatario, una vez que ha analizado el contenido de las condiciones generales incorporadas⁹⁹ a la póliza, solo le queda la opción, si desea formalizar el préstamo, de aceptar¹⁰⁰ las indicadas condiciones generales, o rechazarlas, frustrándose en este último caso su deseo de suscribir el contrato de préstamo con la entidad de crédito.

Por lo que respecta al segundo de los requisitos señalados, esto es, la aceptación por parte del adherente¹⁰¹ de que las condiciones generales sean incorporadas a la póliza de préstamo, y en consecuencia, obliguen a las partes, hay que señalar que dicha aceptación debe manifestarse “*expresamente*”¹⁰², no

⁹⁸ A diferencia de lo que indica LOPEZ SANTA MARIA, J. (Autor), cuando se refirió a la legislación anterior en materia de condiciones generales en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LÉON, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas.....Ob. cit., p. 163, al mencionar que “*el proveedor tiene la obligación precontractual de proporcionar una copia del texto de las condiciones generales al solicitante*”.

⁹⁹ SAP de Madrid, de 21 de marzo de 2006, al estimar el recurso por probar la falta de información del prestatario-comprador de vivienda.

¹⁰⁰ CASTELLANO RAMÍREZ, M.J., La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, DJED, mayo, 1998, epígrafe II, párrafo primero: “*En este contexto, las condiciones generales pueden ser definidas, básicamente, como el conjunto de cláusulas que un operador económico redacta unilateralmente con la intención de incorporarlas al contenido de una pluralidad de contratos que concierne en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, sin posibilidad de discusión o modificación por la otra parte contratante, que simplemente podrá limitarse a aceptarlas o rechazarlas*”.

¹⁰¹ Ha sido considerado por la reciente jurisprudencia como un “*requisito absolutamente elemental*”. Así, la STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, mantuvo en su apartado 143 que “*Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar la transparencia de las cláusulas, no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC*”.

¹⁰² CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H., Condiciones GeneralesOb. cit., p. 31: “*carece de sentido afirmar que unas determinadas cláusulas obliguen sólo porque sean acordes con el ordenamiento jurídico, porque, si yo redacto unas hipotéticas cláusulas conformes a Derecho y las introduzco en un cajón, ningún efecto jurídico producirán si nadie las suscribe, siendo esta suscripción la que genera su*

admitiéndose cualesquiera otros medios ni meras indicaciones, tal y como recoge la jurisprudencia¹⁰³.

La aceptación expresa de las condiciones generales exige por aplicación del artículo 5.1 de dicha Ley, la necesidad de que sea por escrito¹⁰⁴ y que conste la firma del adherente. En este sentido, el RD 45/2007, también alude a la “firma” de los otorgantes para la correcta intervención de la póliza de préstamo¹⁰⁵, en la que quedan incorporadas las condiciones generales.

Finalmente, hay que hacer mención a *las consecuencias* que conlleva para las partes que no se cumplan los citados requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato. En ese sentido, puede afirmarse que dicha infracción supone, tal y como considera LARROSA AMANTE¹⁰⁶, que el predisponente no pueda exigir que las condiciones generales vinculen al adherente, lo que no conlleva que se determine la nulidad de las cláusulas sino simplemente su inoponibilidad al adherente.

3.1. Requisitos de incorporación de condiciones generales en las cláusulas modificativas de la póliza de préstamo intervenida por Notario.

En el mercado financiero actual, donde las alteraciones en los tipos de interés y en los índices de referencia marcan la pauta del transcurrir bancario, es usual que la parte prestataria y la entidad de crédito se vean en la necesidad novar el contrato de préstamo. Piénsese por ejemplo, en las modificaciones de determinadas condiciones particulares o financieras, que a su vez suponen, en ocasiones, una incorporación de garantías, como la inclusión de nuevos avalistas o garantías prendarias.

Para llevar a cabo dicha novación, se utilizan las cláusulas adicionales a la póliza de préstamo.

obligatoriedad; es cierto, que si no son acordes a Derecho, tampoco obligan aunque se acepten, pero la aceptación es imprescindible para que obliguen si son acordes”.

¹⁰³ SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 9 de octubre de 2012, fundamento de derecho tercero: *“establecido lo anterior, menos aun puede hacer variar la sentencia por efecto de un clausulado general que no ha sido específicamente firmado y que para su efectividad ha de ser incorporado a la póliza, no cumpliéndose con tal requisito la mera indicación, al final del texto de las condiciones particulares, de que “el tomador de seguro declara conocer el contenido de las Condiciones Generales...” ya que no hay garantía de su aceptación, siquiera dialécticamente, de que realmente fuera el aludido allí el que la demandada ha presentado al contestar la demanda”.*

¹⁰⁴ PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales....., Ob. cit., p. 390: *“desde luego, la necesidad de que este tipo de cláusulas sean específicamente aprobadas por escrito implica una doble consecuencia: a- en primer lugar, que la aludida aprobación específica haya de producirse por escrito supone que ha de manifestarse al exterior por medio de un particular signo gráfico, que es la firma del tomador; b- en segundo lugar, que tal aprobación haya de ser específica supone que debe ser distinta de la que recae sobre la generalidad del contrato, e, incluso, individual respecto a cada una de las cláusulas limitativas existentes, en caso de que éstas sean varias”.*

¹⁰⁵ Conforme a los artículos 154, 195.2 y 197.

¹⁰⁶ Las cláusulas no incorporadas y nulas, DJED, nº 2179, octubre, 2005, p. 1, epígrafe II, párrafo segundo.

Pero no solo se utilizan dichas cláusulas para que las partes puedan novar el préstamo en el sentido expuesto, sino que aquellas también son utilizadas para subsanar los errores en la cumplimentación o intervención¹⁰⁷ de la póliza¹⁰⁸.

Estas cláusulas adicionales de modificación, rectificación o subsanación de la póliza de préstamo, que son elaboradas por la entidad financiera, no solo contienen las nuevas condiciones particulares o financieras que han sido pactadas entre la parte prestataria y la entidad de crédito, sino que además pueden contener condiciones generales incorporadas por esta última, lo que supone, que necesariamente dicha incorporación de condiciones generales a las citadas cláusulas deban superar los mismos requisitos de incorporación de condiciones generales descritos anteriormente para la póliza de préstamo, es decir: la previa información que debe facilitar el predisponente al adherente; y la aceptación de las mismas y la forma de hacerlo, en su caso. Además, las consecuencias que se derivan para el supuesto de que no se cumplan los indicados requisitos de incorporación de condiciones generales en estas cláusulas adicionales, son las mismas que hemos señalado para la póliza de préstamo¹⁰⁹.

Lo anterior se confirma porque puede mantenerse que las cláusulas adicionales que estamos analizando tienen la misma naturaleza jurídica que las pólizas de préstamo, es decir, son calificadas notarialmente y gestionadas jurídicamente por los Notarios, como pólizas de préstamo.

En efecto, los Notarios, según hemos comprobado, cuando intervienen dichas cláusulas adicionales a la póliza de préstamo, incorporan en la correspondiente diligencia de intervención las siguientes redacciones: la primera, que *“hago constar a*

¹⁰⁷ Del error del Notario en la forma y requisitos de la intervención de la póliza se ocupa el artículo 131, del RD 45/2007, que modifica el artículo 218 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, lo que supone que el Notario no podrá expedir certificaciones que no se refieran directamente a hechos que consten en los asientos de sus libros, desarrollando el apartado cuarto y ss. de citado artículo, la responsabilidad civil en la que incurrirá el fedatario por el daño que pudiera causar al usuario.

¹⁰⁸ Téngase en cuenta que en la póliza intervenida no se aceptan no aceptándose tachaduras o enmiendas de cualquier tipo realizadas sobre el propio título intervenido por fedatario público, porque supondría una alteración del documento que conllevaría la no autenticidad del título y la posible pérdida de fuerza ejecutiva. Así se desprende del artículo 243 del RN de 1944 (en su nueva redacción dada por el artículo 1.146, del RD 45/2007 de 19 enero 2007), al establecer, dentro de su Sección Quinta, de las copias, que *“Las copias en soporte papel no podrán contener interpolaciones, tachaduras, raspaduras o enmiendas, ni siquiera en su pie o suscripción. Cuando fueran advertidos errores u omisiones, se subsanarán mediante diligencia posterior autorizada de igual modo que la copia haciendo constar, además, por nota al margen de ésta, la rectificación”*. De igual forma, el artículo 283 de RN de 1944 (en su nueva redacción dada por el artículo 1.181, del RD 45/2007 de 19 enero 2007), incluido dentro del Capítulo IV-De la conservación de los instrumentos públicos-Subsección segunda-del Libro-Registro, que *“El libro registro se llevará al día, sin hacer interpolaciones, tachaduras, raspaduras o enmiendas. Cuando fueran advertidos errores u omisiones, se extenderán asientos de rectificación o complementarios, con fecha corriente, efectuándose la correspondiente nota al margen del asiento originario”*.

¹⁰⁹ v. Supra.

los efectos reglamentarios, que previamente a la intervención me he asegurado de la identidad, capacidad y legitimidad de la firma de la representante de la entidad financiera y que de sus poderes resultan facultades suficientes para el otorgamiento del contrato que por ésta PÓLIZA, se formaliza”; y la segunda, que “la presente PÓLIZA ha sido redactada conforme a minuta presentada por la entidad financiera”.

Dichas redacciones, incorporadas por los Notarios a la correspondiente diligencia de intervención, suponen, en definitiva, a nuestro juicio, no solo que dichos Notarios consideran que la póliza de préstamo y su cláusula adicional tienen la misma naturaleza jurídica, sino que, al intervenir dichas cláusulas y utilizar y aplicar el mismo procedimiento legal que para la intervención de la póliza de préstamo, vienen a concluir que los requisitos de incorporación de condiciones generales a estas cláusulas adicionales deban respetar los mismos requisitos de incorporación que han sido establecidos para la póliza de préstamo.

4. Posibilidades de aceptación ante fedatario público, de las condiciones generales incorporadas a la póliza de préstamo y a sus cláusulas adicionales.

En la fase precontractual o previa a la formalización de contratos de préstamo con garantía personal entre entidades de crédito y consumidores bancarios, se produce la negociación del importe que finalmente la entidad de crédito prestará al consumidor, lo que resulta determinante para que se produzca la intervención notarial de la póliza.

No puede descuidarse el hecho de que dicho criterio de exigencia de intervención de la póliza por Notario es una regla interna que crea cada entidad financiera discrecionalmente, pues no existe norma alguna que regule la obligatoriedad de intervenir la póliza por Notario en función del importe que vaya a prestarse por la entidad de crédito.

En ese sentido, conviene advertir, que si la entidad de crédito decide que la póliza de préstamo deba ser intervenida, dicha entidad no aceptará posteriormente que ninguna condición particular o financiera sea modificada mediante cláusula adicional no intervenida, por lo que si la póliza fue intervenida, sus sucesivas cláusulas adicionales también deberán reunir ese requisito. Esto es así porque cuando el artículo 517. 5 de la LEC establece que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución, comprendiendo entre ellos las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado¹¹⁰ que las intervenga, no solo se está refiriendo a la póliza de préstamo, sino también a todas y cada una de las diferentes cláusulas adicionales a la póliza. Si la entidad de crédito aceptase una cláusula adicional no intervenida por Notario, cuando la póliza sí se intervino, supondría que en el correspondiente juicio ejecutivo se ejecutase sólo

¹¹⁰ En la actualidad Notario.

la póliza y no la cláusula adicional, por aplicación del artículo 517.5 LEC, al establecer que solo llevan aparejada ejecución las pólizas de contratos mercantiles intervenidas, y la cláusula no intervenida carece de tal requisito y por tanto de fuerza ejecutiva en el supuesto examinado.

El mismo criterio mantendrá la entidad de crédito si la póliza de préstamo no fue intervenida, ya que aceptará que la cláusula adicional se formalice sin la intervención de Notario. Este hecho, no supone que no tengan que superarse todos los filtros de información a cargo de la entidad de crédito¹¹¹, conforme al artículo 7 de la Ley 16/2011, de crédito al consumo, al establecer que la información que con arreglo a dicha Ley se ha de proporcionar al consumidor, se facilitará *“con carácter previo al contrato, durante su vigencia o para su extinción”*.

Pues bien, si la entidad de crédito decide que la póliza deba ser intervenida¹¹², el acto de la intervención conlleva dos efectos respecto a la incorporación de condiciones generales. El primero, que se deja constancia fehaciente de la conformidad por parte del consumidor al contenido de la póliza, tal y como se desprende del artículo 197. f) del RN, al establecer que la póliza para ser intervenida deberá expresar, al menos, los siguientes extremos *“la conformidad y aprobación de los otorgantes al contenido de la póliza tal como aparece redactada, y sus firmas”*. Y el segundo, que en ese momento de prestación de “conformidad” ante el Notario, es cuando el adherente acepta la incorporación de las condiciones generales a la póliza de préstamo, prestando su consentimiento verbal ante el fedatario e incorporando simultáneamente a la póliza su firma.

La aceptación del adherente ante Notario de las condiciones generales incorporadas a la póliza, supone además que el Notario debe iniciar determinadas actuaciones, conforme al artículo 147 del RD 45/2007, que establece que *“en el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado*

¹¹¹ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Las condiciones generalesOb. cit., p. 294: *“si el oferente pretende modificar el contenido normal del contrato, ha de informar suficientemente a sus clientes para que no se vean sorprendidos. La carga de la prueba de haber proporcionado tal información pesa sobre él, y puede obtenerla solicitando al adherente que suscriba las cláusulas novedosas, o que de su puño y letra afirme que las conoce y acepta especificando cuáles son, etc. Si redacta un clausulado razonable e informa de sus términos adecuadamente a sus clientes éstos no podrán alegar que tenían otras expectativas contractuales porque la doctrina de las expectativas razonables no ampara la conducta negligente del adherente”*; p. 295: *“mientras en el control previo de las condiciones generales debe utilizarse un criterio objetivo, puesto que se trata de enjuiciar su razonabilidad en un ámbito abstracto, en la determinación del contenido de cada contrato concluido, es decir, de las expectativas razonables del adherente, ha de utilizarse un criterio subjetivo. Lo relevante es lo que cada contratante cree estar contratando, porque se trata de fijar el contenido de cada uno de los contratos celebrados individualmente, no de la globalidad de contratos celebrados con base en el mismo clausulado general. Cosa distinta es que las expectativas razonables y que en la mayoría de los casos se utilizará un criterio objetivo por no existir circunstancias particulares o por ser imposible su prueba”*.

¹¹² Protocolo que las entidades financieras hacen cumplir según sus propios criterios de negocio a fin de conseguir la mayor seguridad jurídica y económica en su operación.

conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación”, y “comprobará que no contiene condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales”.

Con respecto a la intervención de las cláusulas adicionales, el acto de intervención de estas conlleva los mismos efectos antes citados para la póliza de préstamo, así como la necesidad de que el Notario también lleve a cabo las citadas actuaciones notariales para la incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo intervenida (v. Supra).

El problema surge, y he aquí el matiz, cuando en las indicadas cláusulas adicionales intervenidas¹¹³, no se identifica claramente y por su nombre, qué parte de la cláusula se refiere a condiciones particulares o financieras, y qué parte se corresponde con condiciones generales incorporadas por la entidad de crédito, como sí sucede, en todo caso, en las pólizas de préstamo intervenidas. Además, la problemática se acentúa, si tenemos en cuenta que estas cláusulas adicionales sirven también para introducir otras cláusulas cuya redacción ha sido pactada y consensuada entre las partes¹¹⁴, e incluso a veces, en estas ocasiones, impuestas por la parte prestataria a la entidad de crédito¹¹⁵.

En definitiva, en dichas cláusulas adicionales nos encontramos con dos tipos de cláusulas: aquellas cuya redacción, insisto, ha sido pactada y consensuada entre las partes¹¹⁶; y aquellas condiciones generales que han sido incorporadas por la entidad de crédito.

Que la situación descrita puede originar problemas en el ámbito de la aceptación de las condiciones generales se confirma si tenemos en cuenta que esa diversidad de cláusulas incluidas en la propia cláusula adicional a la póliza, puede ser el motivo que lleve al Notario a incorporar¹¹⁷ en las diligencias de intervención de las cláusulas adicionales que *“la presente póliza¹¹⁸ ha sido redactada conforme a minuta presentada por la entidad financiera, y PUEDE contener condiciones generales de su contratación de lo que yo, el Notario, advierto expresamente a los intervinientes a los efectos prevenidos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación”*. La expresión *“y puede contener condiciones generales de su*

¹¹³ En las que, como hemos señalado, se incorporan pactos que modifican determinada condición particular o financiera, y también pueden quedar incorporadas condiciones generales.

¹¹⁴ Como sucede por ejemplo con la cláusula de límite de vigencia de la prenda constituida, cuya redacción ha sido pactada por las partes.

¹¹⁵ Esta imposición, suele suceder con frecuencia en novaciones de pólizas contratadas entre entidades de crédito y grandes empresas.

¹¹⁶ Por lo que no han sido predisuestas por la entidad de crédito, ni utilizadas por esta para una pluralidad de contratos.

¹¹⁷ Como así hemos comprobado.

¹¹⁸ Ya indicamos que los Notarios, a las citadas cláusulas adicionales las califican “pólizas”, y le dan el mismo trato jurídico que a éstas.

contratación”, sin afirmarlo rotundamente, supone, a nuestro juicio, que se vulnere el contenido del artículo 147 del RD 45/2007.

En efecto, el indicado artículo 147 no establece que el Notario consigne en el documento la “posible” existencia de condiciones generales, sino que determina que “*en el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación*”, y “*comprobará que no contiene condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales*”.

En definitiva, de dicha situación, pueden obtenerse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, que las entidades de crédito deben identificar en citadas cláusulas qué parte de su contenido obedece a condiciones particulares y qué parte a condiciones generales, tal y como sucede, siempre, en las pólizas de préstamo que utilizan dichas entidades.

En segundo lugar, si el Notario incluye en su diligencia de intervención la expresión “y puede contener”, se originará inseguridad jurídica e indefensión en el consumidor ya que siempre habrá dudas sobre qué parte del contenido de la cláusula adicional corresponde a condiciones generales.

En tercer lugar, que el Notario no debe utilizar la expresión “*y puede contener*”, ya que, dependiendo de que “le conste” o “no le conste” la incorporación de condiciones generales a la cláusula adicional, deberá llevar a cabo la correspondiente comprobación de que dichas condiciones generales no han sido declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales, conforme señala el citado artículo 147. Así, si el Notario ha utilizado la expresión “*y puede contener*”, quiere decir que no tiene localizadas las condiciones generales, por lo que la indicada comprobación no puede llevarse a cabo con rigor.

En ese sentido, caso de que “no le conste” al Notario la incorporación de condiciones generales, lógicamente no llevará a cabo ninguna advertencia sobre condiciones generales de la contratación. Por el contrario, caso de que “sí le conste”, lo consignará en la cláusula adicional indicando, como señala el citado artículo 147, que la cláusula “*obedece a condiciones generales de su contratación*”, a la vez que comprobará que dichas condiciones generales no han sido declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales, conforme señala el precitado artículo 147.

En cuarto lugar, si el Notario tuviese dudas sobre la incorporación de condiciones generales a la cláusula adicional por parte de la entidad de crédito, a nuestro juicio, no debe intervenir la póliza y solicitará a dicha entidad que

identifique, por lo menos, la parte de la cláusula que corresponde a condiciones generales.

Y en quinto lugar, que el texto de estas cláusulas adicionales no debiera quedar al arbitrio exclusivo de las partes, y menos al de la entidad financiera, tal y como sucede en la actual práctica bancaria, por lo que resultaría necesario, que el contenido de dichas cláusulas adicionales quedase sometido a control administrativo¹¹⁹, aplicando, en estos casos de novación del cuerpo de las pólizas intervenidas por Notario, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito, que en su artículo 5 faculta al Ministerio de Economía y Hacienda para que pueda imponer un clausulado mínimo.

5. Transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales.

En este epígrafe se analizan los requisitos¹²⁰ que en cuanto a transparencia, claridad, concreción y sencillez debe respetar la redacción de las condiciones generales para su incorporación a la póliza de préstamo¹²¹, sin entrar a valorar las consecuencias que tendría el no dar cumplimiento a dichos términos, cuestión ésta que se desarrollará en el siguiente capítulo, referido a las cláusulas abusivas.

Si se analiza la normativa derogada y la actualmente vigente que trata de los requisitos que deben contener la redacción de las condiciones generales, y a la vista de la STS de 9 de mayo de 2013, se llega a la conclusión inequívoca de que los objetivos fijados por las citadas normas no se han conseguido.

¹¹⁹ Como recoge la circular de la DGRN de 16 de julio de 1941: *“diferentes consultas deducidas ante este centro por varios Colegios, en relación a requerimientos que se les hacen para que intervengan.....operaciones de crédito formalizadas por simples cartas u otros documentos de libre disposición por los interesados, dan motivo a que por esta Dirección general, se recuerde a los Colegios, que los artículos del Reglamento interino para Bolsas de Comercio, 116 y 117 de los Reglamentos interiores de las tres Bolsas de la Nación y 54 y 55 del de los Corredores Oficiales de Comercio, establecen de forma terminante la obligación en que están, los Agentes y Corredores, de ajustarse en la redacción de documentos, a las pólizas y ejemplares timbrados y a los formularios que tengan adoptados al efecto las respectivas Juntas Sindicales”*. Por otro lado, la Real Orden de 1916, establecía que *“cualquier alteración que crean conveniente introducir las Juntas Sindicales, en los modelos de pólizas, serán sometidos a la aprobación del Ministerio”*.

¹²⁰ PÉREZ CONESA, C., Improcedencia del cobro de comisión por cancelación ante la extinción de contrato concertado con entidad bancaria. Interpretación de los contratos. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, ACM, nº 1, 2013, *in fine*: *“ya apuntamos que ninguna mención se hace en el recurso de casación a preceptos relacionados con condiciones generales de la contratación, como es obvio siendo la recurrente una entidad bancaria. Pero, como apunte final a este comentario, no está de más traer a colación que las cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes a la otra, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, son condiciones generales de la contratación. La redacción de las mismas debe ajustarse a criterios de transparencia, claridad y sencillez”*.

¹²¹ Y a sus cláusulas adicionales.

En efecto, de dichos términos se ocuparon, por ejemplo, y a título enunciativo, las Ordenes ya derogadas de 12 de diciembre de 1989¹²², sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia¹²³ de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios; y la Orden PRE/1019/2003¹²⁴, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

Actualmente, a nivel comunitario, también se centra en dichos términos la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1.993, y a nivel nacional, la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, publicada en el BOE de 29 octubre 2011; y la Ley 41/2007¹²⁵, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, entre otras.

Por su parte, la actual Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, en su exposición de motivos, indica que las condiciones generales de la contratación que sean parte del contrato, ya se den en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores, en uno y otro caso, se redactarán de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez¹²⁶.

¹²² Recogía en su punto OCTAVO que *“las Entidades de crédito facilitarán a sus clientes, en cada liquidación que practiquen por sus operaciones activas, pasivas o de servicios, un documento en el que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones aplicados, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, los gastos suplidos, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación”*.

¹²³ En su artículo cuatro recogía: *“3. El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse”*; y en su anexo II, *“Si el tipo de interés pudiera variar en algún período, se especificará con claridad el comienzo de dicho período, cumplimentándose obligatoriamente la cláusula 3. Bis”*.

¹²⁴ En su exposición de motivos indicaba que *“aunque cada una de las entidades financieras fija las comisiones a cobrar a sus clientes por los reintegros, de forma libre e independiente, esto no impide el cumplimiento de la exigencia de claridad y transparencia, ni obsta para que las comisiones respondan a servicios efectivamente prestados, solicitados o aceptados previamente por el cliente”*.

¹²⁵ Afirma en su exposición de motivos que *“Las líneas de acción en que puede estructurarse la presente Ley referida al mercado hipotecario son, fundamentalmente, la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación”*.

¹²⁶ BALLESTEROS GARRIDO, Las condiciones generales, Ob. cit.,.....p. 39: *“para evitar cualquier tipo de protesta ante el abuso que se pretende cometer, o incluso que el potencial cliente pueda echarse atrás al descubrirlo, se ocultan las cláusulas abusivas impidiendo que pueda leerlas o entenderlas, poniéndolas en letra pequeña, o redactándolas de forma oscura, compleja o técnica o excesivamente largas, o bien se resta importancia al clausulado, haciendo creer al adherente que su firma es un*

Dicho deseo de la exposición de motivos se convierte en norma a través del artículo 5.5 de la Ley 7/1998, según el cual “*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*”.

Pues bien, a pesar de la diversa normativa que impone la utilización de precitados términos, ha resultado evidente que ninguna instancia normativa u operador profesional ha aclarado de forma definitiva, clara y específicamente, qué debe entenderse¹²⁷ por *transparencia, claridad, sencillez o concreción*.

A fin de aproximarnos al significado de mentados términos, puede partirse de la definición que de los mismos da el diccionario de la Real Academia, que los conceptúa de la siguiente forma:

- *Transparencia*: cuyo significado es transparente, que a su vez significa “*claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad*”.

- *claridad*: se entiende como “*cualidad de claro*”; significando “*claro*”: *inteligible, fácil de comprender, entre otros*.

- *sencillez*: se considera como “*cualidad de sencillo*”; significando “*sencillo*”: *que no ofrece dificultad, entre otros*.

- *concreción*: Acción y efecto de concretar; significando “*concretar*”: *reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre la que se habla o escribe*.

Por su parte, los órganos administrativos, tales como el Banco de España en su calidad de supervisor de las entidades de crédito, también utilizan en la redacción de los correspondientes documentos propios de su competencia, los términos de *claridad*¹²⁸ y *transparencia*, pero sin llegar a aclarar cómo deben conceptuarse los mismos.

mero formulismo rutinario, o se impide materialmente que llegue a conocerlo porque se entrega en el momento de la firma, o incluso tras la firma o, aun más, se modifica después de firmado”.

¹²⁷ TIMPANARO RONCERO, S., (Autor), DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas....., Ob. cit., p. 299, que se pronunciaba sobre dichos –términos–, manifestando que los mismos “*indican de una manera directa el sentido general de la forma de redactar las condiciones generales. Podemos pensar que todos los contratos deben ser claros y sencillos, pero estimamos que esta consideración no refleja simplemente una evidencia sino que regula la forma de redactar contratos con consumidores*”.

¹²⁸ BE, Memoria del Servicio de Reclamaciones: 2002, p. 36: “.....no facilitaron a sus clientes, titulares de operaciones de financiación, información suficiente sobre las condiciones financieras de las mismas, o bien la información proporcionada adolecía de algún defecto que dio lugar a que el Servicio considerara que se habían apartado de los principios de claridad y transparencia que inspiran la normativa bancaria”; 2010, p. 97: “y no redactar los contratos con claridad y transparencia que les son exigibles, de manera que su cliente pueda saber...”; y Selección de Informes y Consultas, de 5 de agosto de 2013; p. 334: “El Servicio estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, al vulnerar los principios de claridad y transparencia que deben regir las relaciones entre las entidades y sus clientes”.

De lo descrito se desprende, que al no existir una delimitación clara y expresa de qué elementos deben englobar a los citados términos, al margen de consideraciones doctrinales¹²⁹, las entidades de crédito que actúan como parte predisponente, cuando redactan condiciones generales a incorporar en la póliza de préstamo, siempre entenderán que la redacción de las mismas y su incorporación, actuando conforme al principio de buena fe, reúnen todos y cada uno de los citados términos, y posteriormente, caso de que así se produzca, será el órgano judicial el que tenga que interpretar si la redacción de las condiciones generales respeta esas exigencias¹³⁰.

Así ha estado sucediendo durante los dieciséis años de aplicación de la Ley 7/1998, periodo en el que al margen de opiniones doctrinales y resoluciones judiciales, se han estado aplicando condiciones generales declaradas ahora por el TS como abusivas por intransparentes, lo que ha provocado, como aspecto positivo, que mediante sentencia de 9 de mayo de 2013 se vuelvan a interpretar y actualizar la forma en la que las condiciones generales deben quedar redactadas e incorporadas a los contratos, y aproximarnos un poco más al verdadero significado de los citados términos.

C. NO INCORPORACIÓN Y NULIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. No incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo.

La Ley 7/1998, al igual que determina los requisitos que deben reunir las condiciones generales para poder ser incorporadas al contrato, también establece qué condiciones no quedarán incorporadas y caso de hacerlo, con respecto a algunas de ellas, conforme a unos requisitos.

En cuanto a las condiciones generales que no se incorporarán al contrato, señala el artículo 7 de la Ley dos supuestos:

¹²⁹ ANÍBAL ALTERINI, A., (Autor), en DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas.....Ob. cit., p. 88, al entender el autor que la *“claridad” de las condiciones generales como tendente “a posibilitar la comprensión por un profano, y se articula con un mecanismo de interpretación contra proferentem”*.

¹³⁰ Como sucedió en el asunto resuelto por la SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 09 de noviembre de 2012; *“..... habiendo quedado acreditado que la entidad financiera disimuló la cláusula que se quiere predisponer con otra que sabe que nunca tendrá virtualidad práctica, existiendo una contradicción con la buena fe”*.

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5, y

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras¹³¹ e incomprensibles.

Al mismo tiempo que dicho artículo 7 identifica a aquellas condiciones generales que no quedarán incorporadas¹³² al contrato, formula simultáneamente una excepción al apartado b), pues indica que dichas condiciones no se incorporarán salvo que hubieren sido “expresamente aceptadas” por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia¹³³ de las cláusulas contenidas en el contrato.

Obsérvese que el legislador, cuando describe dicha excepción, no quiere decir que el consentimiento expreso se preste mediante la firma del contrato en el que se instrumenta el mismo y en el que constan incorporadas las condiciones generales, sino que obliga a la firma de un documento independiente en el que el adherente manifieste que, a pesar de ostentar las condiciones generales citadas características, las acepta.

El artículo 7. a de dicho cuerpo legal establece que “*no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sean necesario, en los términos resultantes del artículo 5*”; de este modo, el precitado precepto contradice al artículo 5.1 de la Ley 7/1998 cuando establece que “*las condiciones generales pasarán a*

¹³¹ Entendidas como lo hace la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 25 de junio de 2012, fundamento de derecho quinto: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”. Criterio, que según la doctrina y la jurisprudencia, no es más que la aplicación concreta del principio de buena fe en la interpretación negocial. Interpretación contra stipulatorem que presupone: a) la oscuridad de la cláusula, es decir, que sea de difícil comprensión o sentido equívoco. Entendido la jurisprudencia que son cláusulas dudosas las que admiten varios sentidos”; o la SAP de Pontevedra, Sección 6ª, de 23 de enero de 2013, al declarar la nulidad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo suscrito entre las partes en litigio condenando al demandado al pago de la cantidad pertinente. Se acredita que la copia del contrato resulta prácticamente ilegible al mostrarse con un tamaño de letra de escasa dimensión que dificulta e impide su adecuada lectura y comprensión. Dicha cláusula para el cálculo de los intereses se califica de abusiva en tanto que remite para su concreta determinación a la suerte de una serie de operaciones poco claras y de difícil entendimiento.

¹³² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario a la sentencia de 17 de junio de 2010, CCJC, nº 86, 2011, p. 2 y ss. SABORIDO SÁNCHEZ, P., Sentencia de 22 de diciembre de 2009, CCJC, nº 85, 2011, p. 3 y ss.

¹³³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., GT, abril, 2000, apartado III. 1, indica que los términos ambiguo, sencillo, oscuro incomprensible, deben considerarse como falta de transparencia: “*Las expresiones utilizadas por el legislador en el artículo 7 b) como causas determinantes de la no incorporación deben entenderse como falta de la transparencia exigida en el artículo 5.4 cuyas manifestaciones, por tanto, no admiten un preciso sentido que pueda atribuirse a cada uno de los términos utilizados por el legislador, sin perjuicio de intentarse el análisis de «casos», en el sentido que se hizo en el comentario al artículo 5.4.*”

formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes”.

En efecto, en el artículo 5.1 se ordena que todas las condiciones generales deben ser aceptadas por el adherente mediante la firma del documento en el que quedan incorporadas, en cambio, el artículo 7. a expresa que no se incorporarán las que no haya conocido de forma completa el adherente o cuando no hayan sido firmadas por éste cuando sea necesario. La cuestión es si el artículo 5.1 recoge la necesidad de firmar por parte del adherente todas las condiciones generales, duda que se plantea a consecuencia de los siguientes interrogantes: ¿por qué el artículo 7. a menciona la posibilidad de que existan condiciones generales que no sean preciso firmar por parte del adherente?, y en su caso, ¿se le informa expresamente al adherente de qué condiciones generales son preciso firmar y cuáles no?, y es más, ¿en qué cuerpo normativo se enumeran las condiciones generales que no es necesario firmar?, siendo la respuesta a éste último interrogante de especial importancia a pesar de la opinión que puedan tener otros autores, como ORDAS ALONSO¹³⁴, al indicar que *“carece de sentido hablar de una tarifa de condiciones generales de la contratación”*.

De lo expuesto, se deduce que el prestatario, no por error de la entidad financiera y sí por falta de concreción del legislador, se enfrenta a una alarmante indefensión e inseguridad jurídica de cara a la incorporación de condiciones generales al contrato que pretende formalizar.

En esta línea de inseguridad jurídica del adherente, destaca el apartado b. del artículo 7 de la Ley 7/1998, que dispone que *“no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”*.

El legislador, al autorizar mediante este artículo 7.b al adherente a que acepte por escrito lo que el legislador reconoce que es oscuro e incomprensible, está *“autorizando”* al predisponente a que incorpore condiciones generales al contrato que puedan ser oscuras e incomprensibles, en la confianza de que el contenido de aquellas no sea llevado ante la autoridad judicial para su valoración.

2. Nulidad de las condiciones generales de la contratación.

En las distintas demandas judiciales presentadas individualmente o a través de acciones colectivas contra entidades de crédito, en la correspondiente resolución judicial puede suceder que una o varias condiciones generales de la contratación sean

¹³⁴ La contratación con los consumidores de préstamosOb. cit., p. 12.

declaradas nulas ya sea por ser abusivas, no claras o no transparentes, entre otras circunstancias.

Es requisito¹³⁵ indispensable para que las condiciones generales sean declaradas nulas, que en vía de demanda, contestación o reconvencción, el consumidor ejerza su acción por sí mismo o a través de los entes legitimados para ello, cuestión ésta que, antes de 2007, sin perjuicio de determinados casos de gran trascendencia resueltos por los órganos judiciales, no se ha llevado cabo con la intensidad que quizás la circunstancia requería. Ello se deba, probablemente, al desconocimiento en la forma y los medios para iniciar las correspondientes acciones judiciales¹³⁶ que tenían los consumidores. Esta circunstancia ha sufrido un cambio radical a partir de 2012, momento en el que las asociaciones de consumidores y las personas de forma individual han colapsado los Juzgados en busca de resoluciones judiciales que declaren la nulidad total o parcial de determinadas condiciones generales incorporadas a sus contratos.

La Ley 7/1998, en su artículo 8, bajo el título de “Nulidad”, establece que *“serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

A consecuencia de dicha determinación legal, surge el denominado control del contenido de las condiciones generales, que en palabras de CASTELLANO RAMIREZ¹³⁷, supone *“el control del posible carácter abusivo de estas cláusulas”*.

Dicho control del contenido, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta dos requisitos: el primero, que la condición general objeto de debate contradiga a lo estipulado en la LCGC, o en otra norma imperativa¹³⁸ o prohibitiva¹³⁹; y segundo, que en todo caso, dicha contradicción, suponga un perjuicio para el adherente.

¹³⁵ REGLERO CAMPOS, L.F., Régimen de ineficacia deOb. cit., , p. 4: *“para lo que sí es relevante el hecho de que una de las partes sea un consumidor es a los efectos de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, que, como veremos, sólo puede ocurrir cuando se verifica tal circunstancia (art. 8.2 LCGC)”*.

¹³⁶ SABORIDO SANCHEZ, Sentencia de 22 de diciembre....., Ob. cit., p. 2 y ss.

¹³⁷ La nueva Ley sobre Condiciones Generales...., Ob. cit., p. 3.

¹³⁸ GALVEZ PASCUAL, La protección de consumidores y usuarios en la contratación.....Ob. cit.,: *“siendo contemplado el consentimiento como un elemento esencial del contrato, como es sabido, el artículo 1265 CC (LEG 1889, 27) sanciona con su nulidad en el caso de que tal consentimiento se prestara por error, violencia, intimidación o dolo, constituyendo cada uno de dichos supuestos los llamados vicios del consentimiento. Las razones o causas que predeterminan la nulidad absoluta de los contratos son pues de extraordinaria gravedad. Y así Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de febrero de 1985 (RJ 1985, 810) indica que «la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas o prohibitivas o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, pues según el artículo 1.261 del Código Civil no existe si falta el consentimiento, el objeto o la causa». El error resulta, sin duda alguna, el argumento empleado en la gran mayoría de las sentencias que en materia de swaps*

La decisión adoptada por el legislador de diferenciar en el citado artículo 8 que la condición general en cuestión contradiga a lo estipulado en la LCGC o en otras normas imperativas o prohibitivas, ha sido criticado por algún autor¹⁴⁰, al considerar que *“dicha aseveración resulta absolutamente superflua, dado que cualquier cláusula contractual -y no sólo una condición general- contraria a normas imperativas es ya nula por aplicación del art. 6,3 CC”*. En nuestra consideración, dicha afirmación puede responder a una conducta de cautela y de previsión por parte del legislador, al querer dejar constancia que no debe prosperar ninguna interpretación referida a dejar fuera del ámbito de aplicación de la LCGC, condiciones generales que contradigan normas imperativas o prohibitivas, en el sentido de que, ya sea la contradicción en contra de lo estipulado en la LCGC, ya sea en contra de los recogido en normas imperativas o prohibitivas, la declaración judicial deberá ser la nulidad¹⁴¹ de pleno derecho¹⁴² de la condicione general objeto de debate.

Por último, por lo que respecta al término *“perjuicio”*, y al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, será el órgano judicial el que debe de llevar a cabo su interpretación y alcance en cada momento, lo que supone, que el adherente solo verá satisfechas sus pretensiones sobre la solicitud de declaración de nulidad de la concreta condición general, en sede judicial.

3. Régimen aplicable.

Para que una condición general incorporada a una póliza de préstamo sea declarada nula es necesario que una resolución judicial así lo indique, tal y como establece el artículo 9.1 de la Ley 7/1998, al establecer que, *“la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones*

resuelven los Juzgados de Primera instancia y Audiencias Provinciales para declarar la nulidad de los contratos de permuta financiera.....”. SAP de Soria, Sección 1ª, de 12 de febrero de 2004: *“la acción de nulidad basada en vicio del consentimiento por error en el objeto prestado por los contratantes en el momento de perfeccionarse el contrato, según reiterada jurisprudencia para que pueda llegar a tener trascendencia anulatoria y provocar la nulidad del contrato queda condicionada a la concurrencia en el caso de determinados requisitos como son: a- que sea esencial e inexcusable, pues de no ser así habría que estar a la norma de que los efectos del error propio son imputables a quien los padece, b- que sea sustancial y derivado de actos desconocidos para el que se obliga, c- que no se haya podido evitar con una regular diligencia , d- que quede suficientemente acreditado en las actuaciones como cuestión de hecho”*.

¹³⁹ En ese sentido, conviene aclarar que norma imperativa es aquélla que se aplica incluso en contra de la voluntad de las partes. Frente a ellas, las normas dispositivas son las que los particulares pueden aplicar acogiéndose a ellas o, en su caso, sustituirlas por lo convenido entre los interesados. Las normas imperativas pueden ser preceptivas, cuando imponen una conducta determinada, o pueden ser prohibitivas, dado que vetan ciertas conductas.

¹⁴⁰ CASTELLANO RAMÍREZ, La nueva Ley de....., Ob. cit. p. 3.

¹⁴¹ MARIMÓN DURÁ, La declaración de nulidad de la cláusula de redondeo en préstamos hipotecarios con consumidores, RDM, 2011 p. 2 y ss. MARTÍNEZ ESPÍN, P., Comentario a la sentencia de 1 de julio de 2010, CCJC, nº 86, 2011, p. 3 y ss.

¹⁴² DOMÍNGUEZ ROMERO; J., El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés, RDP, nº 29, 2012, p. 3 y ss.

generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”.

La resolución judicial a la que alude el artículo 9.1 puede manifestarse en dos sentidos: el primero de ellos, ordenando que determinada condición general no quede incorporada al contrato; y el segundo, declarando la nulidad de una o varias condiciones generales que ya fueron incorporadas al contrato.

Por su parte, el artículo 9.2 determina que *“la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”* .

Respecto a este punto segundo del artículo 9, es necesario diferenciar dos partes claramente distintas. La primera de ellas, relativa al tipo o modelo de acción ejercitable, ya que para que se aplique lo determinado en el artículo 9.2, la sentencia ha debido dictarse a consecuencia del ejercicio de tres acciones, esto es, demanda, contestación-excepción¹⁴³ o reconvención¹⁴⁴, y no por el contrario, por una acción colectiva. La segunda de dichas partes, se refiere a las dos declaraciones que, necesariamente, el órgano judicial debe incorporar en la correspondiente resolución judicial.

De los descritos mecanismos procesales, me ocuparé de la demanda. Así, hay que señalar que la misma se desdobra en dos. Por un lado, *la demanda en la que se solicita la declaración de no incorporación*, que se presenta con el fin de que el órgano judicial declare¹⁴⁵ la no incorporación al contrato de una condición general que no ha cumplido con los requisitos de incorporación previstos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998. Y por otro, *la demanda de nulidad*, mediante la que se pretende del órgano judicial que declare la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales

¹⁴³ Es el mecanismo que tiene el demandado frente a la demanda presentada por el actor, bien para alegar la ausencia de algún requisito de carácter procesal que obste a la prosecución y término del proceso mediante una sentencia sobre el fondo, bien para oponerse en cuanto al fondo.

¹⁴⁴ Se define como aquella “demanda planteada por el demandado contra el actor, dentro del proceso iniciado por éste, en la que se deduce una pretensión independiente, que tiene conexión con la ejercitada por el actor y respecto de la que se pretende una resolución sobre el fondo”.

¹⁴⁵ AJM nº 1 de Pontevedra, de 1 de junio de 2010. El Juzgado de lo Mercantil se abstiene de conocer de los autos entendiendo la competencia para su conocimiento y fallo de los juzgados de primera instancia. La Sala resuelve que la demanda pretende, en forma alternativa, o bien la nulidad de un contrato celebrado entre las partes o bien una pretensión de condena dineraria previa declaración de incumplimiento de dicho contrato, pero del suplico no puede llegarse a la conclusión de que el demandante esté ejercitando una acción individual de nulidad de todas y cada una de las cláusulas del contrato, se ejerce una acción de nulidad contractual genérica distinta de la individual de nulidad de condiciones generales establecida en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, lo que incide en la cuestión de la competencia.

ya incorporadas al contrato que contradigan en perjuicio del adherente alguna norma imperativa o que, en contratos con consumidores, sean abusivas conforme a la vigente legislación en materia de consumidores.

Ambas demandas mantienen dos aspectos comunes, el primero de ellos, que deben ejercerse con arreglo a las normas generales de la nulidad contractual; y el segundo, que la legitimación activa la ostenta, exclusivamente¹⁴⁶, el adherente.

Junto a dichas acciones individuales, coexisten las denominadas acciones colectivas, a las que se refieren los artículos 12 a 20, ambos inclusive, de la Ley 7/1998.

Dentro de dichas acciones colectivas, se engloban la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa, con la especialidad, a diferencia de las acciones individuales, que la legitimación activa corresponde únicamente a corporaciones empresariales o profesionales, asociaciones, Cámaras de Comercio e Industria, asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades enumeradas en el artículo 16 de la Ley 7/1998.

Si bien las indicadas acciones colectivas serán analizadas por separado en los siguientes epígrafes, puede ya avanzarse que las mismas pueden ser objeto de acumulación, lo que no procede por imperativo legal con las acciones individuales, que deben de ejercitarse por sí solas¹⁴⁷.

Por su parte, en cuanto a la segunda de las partes mencionadas, referida a las declaraciones que deberá efectuar el órgano judicial en la correspondiente sentencia dictada en el ejercicio de una acción de nulidad o de no incorporación al contrato de cláusulas generales, conviene indicar que el legislador ha querido que los tribunales se pronuncien a favor de la nulidad o estimando la no incorporación de las condiciones generales al contrato, cuestión ésta de vital transcendencia no solo por el procedimiento judicial¹⁴⁸ que deben seguir unas y otras, sino como manifiesta REGLERO CAMPOS¹⁴⁹, por la distinta eficacia de las mismas.

¹⁴⁶ CASTELLANO RAMIREZ, La nueva Ley de condiciones generales.....Ob. cit., en su apartado VI, aclara la legitimación activa en acciones individuales, indicando que pueden ejercer dichas acciones *"aquellos que hayan sido parte en un contrato en el que el otro contratante haya utilizado condiciones generales"*.

¹⁴⁷ Ibid., apartado VI, al mantener sobre dichas acciones colectivas y la acción individual que *"se echa en falta una mayor coordinación entre estas acciones colectivas y la acción individual de nulidad, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de cesación y de retractación parece presuponer un previo juicio de nulidad de la condición general"*.

¹⁴⁸ LARROSA AMANTE, Las cláusulas no incorporadas....., Ob. cit., apartado IV: *"tal control judicial se realiza a través de dos vías, bien a través del ejercicio de acciones individuales al amparo del art. 9, o bien a través de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa previstas en el art. 12"*.

¹⁴⁹ Prescripción, Ob. cit., p. 3: *"La acción de cesación representa la defensa colectiva de los intereses de los consumidores ante el uso de cláusulas abusivas, una defensa que se intuye mucho más efectiva"*.

No obstante lo anterior, es necesario advertir que la sentencia dictada a consecuencia de los motivos expuestos debe pronunciarse en un solo sentido, es decir, o decreta la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas, aclarando, a su vez, la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 7/1998; o declarando la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

4. La resolución judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales.

El legislador, a través del artículo 9.2 de la Ley 7/1998, al establecer que “*la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas, y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código civil*”, ha indicado al órgano judicial que conozca del asunto, que en caso de estimar la demanda que solicite la declaración de nulidad de condiciones generales incorporadas a un contrato de adhesión, o la no incorporación de las mismas al correspondiente contrato, debe resolver a través de sentencia.

El Fallo de la sentencia estimatoria, en las dos indicadas declaraciones, es decir, de nulidad de condiciones generales o de no incorporación, y por aplicación del citado artículo 9.2, debe recoger necesariamente las siguientes declaraciones:

- decretar la nulidad o no incorporación al contrato de las *cláusulas generales afectadas*, aclarando en ambos casos la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 7/1998, y

- declarar la nulidad *del propio contrato* cuando la nulidad de las condiciones generales o su no incorporación afectase a uno de los elementos esenciales¹⁵⁰ del contrato en los términos del artículo 1.261 CC, es decir, lesionen al consentimiento, al objeto o a la causa, indistintamente.

Observese que la sentencia judicial debe pronunciarse sobre dos cuestiones, una de ellas, relativa a la propia *condición general*, declarando su nulidad o su no incorporación, lo que plantea el problema del concepto de cláusula a estos efectos y la integración contractual¹⁵¹ que se desarrolla en el siguiente epígrafe; la otra, es la

que la meramente individual y que está dotada de un mayor alcance (compárese en este sentido los arts. 9.2 y 20 LCGC)”.

¹⁵⁰ Sobre nulidad y elementos esenciales, véase SAP Madrid, Sección 11ª, de 10 de octubre de 2002.

¹⁵¹ La solicitud de declaración de nulidad de determinada condición general debe diferenciarse, sin errores, de la mera solicitud de modificación en beneficio del actor de dicha condición, como es el

situación jurídica en la que queda *el contrato, que será la nulidad* en el supuesto de que se hayan incorporado al mismo condiciones generales declaradas nulas o cuya incorporación no procede porque afectan, en ambos supuestos, a elementos esenciales del contrato.

Del citado artículo 9.2 se desprende lo que entiendo como el “*iter procesal*” que, sobre declaraciones de nulidad de condiciones generales incorporadas a contratos de adhesión o de no incorporación, deben seguir tanto los que ejerciten acciones de demanda, contestación-excepción o reconvención, como los órganos judiciales que conozcan del asunto.

En efecto, la parte demandante, a través del juicio ordinario¹⁵² y no del verbal¹⁵³, puede dirigir su demanda a que el órgano judicial, a través de sentencia, si estima la causa, lleve a efecto dos declaraciones¹⁵⁴, la primera, que declare la nulidad de determinadas condiciones generales; y la segunda, que las mismas no queden

caso que conoció la AP de Sevilla, Sección 5ª, en cuya sentencia de 18 de octubre de 2001, la Sala estimó que el actor no pretende la declaración de nulidad de la misma si no que lo que solicita es que se fije la citada comisión en un uno por ciento del capital pendiente y, en consecuencia, le sea devuelta la diferencia. La Audiencia atiende lo solicitud del recurrente pero modera la comisión estableciéndola en un cinco por ciento del capital pendiente condenando a la entidad financiera a la devolución de la diferencia. SAP de Alicante, Sección 6ª, de 23 de febrero de 2012: Fundamento de Derecho primero: “*en definitiva, y siguiendo la doctrina ya asentada por esta Audiencia Provincial - Sentencias de 10 de marzo, 7 de abril (referida también a una tasa del 24%) y 13 de abril, todas de 2011(sección octava)- entendemos que el interés de demora fijado en el contrato de préstamo de consumo a un tipo del 24% en un momento en el que el interés del dinero estaba fijado en el 4% y los de demora en un 5%, tanto en el ámbito tributario como mercantil entre, tres y cinco veces por debajo de aquella cifra, lo procedente es dejar sin efecto dicha cláusula, la que fija de manera particular en el contrato un interés de demora en un 2% mensual, siendo en consecuencia nula por abusiva de pleno derecho la tasa de demora fijada, debiendo sustituirse por un interés equivalente al 2,5 veces el interés legal a la fecha del contrato, debiendo en consecuencia, fijarse el interés de demora en un 10%*”.

¹⁵² SAP de Alicante, Sección 8ª, de 13 de septiembre de 2007, Fundamento de Derecho primero: “*En efecto,..... si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación..... , quedan éstas sometidas a las prescripciones de la citada Ley,.....rigiéndose la declaración judicial de nulidad de tales cláusulas, según el artículo 9 de la Ley 7/98 , por las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual, disponiéndose en el artículo 249-1-5 que se tramitarán por Juicio Ordinario, cualquiera que sea su cuantía "las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia". Parece por tanto evidente que la acción de nulidad de la cláusula contractual, que se describe en el fundamento de la misma, como abusiva y general, debe actuarse por los trámites del Juicio Ordinario y no del Juicio Verbal” . SAP de Alicante, Sección 8ª, de 13 de septiembre de 2007. Estima la AP el recurso de apelación de la demandada contra la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda de nulidad de cláusula de sometimiento a arbitraje por abusiva. La Sala indica que el procedimiento seguido no ha sido el adecuado pues al ejercitarse la acción de nulidad de una condición general de contratación debía haberse tramitado por el procedimiento del juicio ordinario.*

¹⁵³ Procedimiento reservado para las acciones colectivas.

¹⁵⁴ BENDITO CAÑIZARES, M.T., La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación, RCDI, nº 657, 2000, p. 2 y ss.

incorporadas al contrato en cuestión, pero éste sigue siendo válido y eficaz¹⁵⁵. En uno y otro caso, el legislador indica al órgano judicial que debe decretar la nulidad de dichas condiciones generales o que éstas no queden incorporadas al contrato, y simultáneamente a una u otra decisión, debe aclarar si a consecuencia de dicha nulidad o no incorporación el contrato es eficaz en el resto¹⁵⁶ de su contenido o por el contrario lo declara nulo si las citadas nulidad o no incorporación han afectado a uno de los elementos esenciales del contrato recogidos en el artículo 1.261 de CC, esto es, al consentimiento¹⁵⁷, objeto y causa.

5. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad de la cláusula impuesta e incorporada en las condiciones generales de la póliza de préstamo.

El legislador, a través del artículo 10 de la Ley 7/1998, ha hecho constar expresamente la situación en la que queda el contrato al que determinadas condiciones generales no le serán aplicables por haber sido declaradas nulas o por haberse decretado su no incorporación.

Dicha situación se resume y se describe a través de dos posibles situaciones, esto es, la referida en el apartado primero del artículo 10, es decir, que decretada la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas *no determinará la ineficacia total del contrato*

¹⁵⁵ SJM nº 2 de Madrid, de 3 de mayo de 2006. Señala que resulta contrario a lo dispuesto en el art. 54 LEC, que impide la inclusión de este tipo de cláusulas en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, como sucede en el caso de autos. No obstante declara la eficacia general del contrato suscrito.

¹⁵⁶ SAP de Burgos, Sección 3ª, de 7 de febrero de 2012, Fundamento de Derecho Sexto: *“por lo demás, la declaración de nulidad de la cláusula debe conllevar la nulidad también del contrato por lo dispuesto en el artículo 9.2 y 10.1 de la LCGC sobre que el contrato no puede subsistir sin aquella. La nulidad de la cláusula y la declaración de validez del contrato conduciría a mantener el contrato vigente hasta su vencimiento, es decir, dejaría al cliente sin la posibilidad de cancelarlo, y en esto debemos dar la razón al Juzgado sobre que resulta un elemento determinante en la formación del consentimiento la posibilidad de resolver anticipadamente el contrato cuando este no se ajusta a nuestras expectativas, aunque tengamos que pagar un precio por ello. Pero en este caso es el precio el que resulta imposible de fijar y por eso se declara la nulidad de la cláusula y del contrato”*.

¹⁵⁷ Sobre el asunto de vicio en el consentimiento, puede verse: SAP de Burgos, Sección 3ª, de 21 de diciembre de 2011, Fundamento de Derecho cuarto: *“la sentencia de instancia, no se funda solo en la existencia de un error invalidante del consentimiento prestado por el actor, que produce la ineficacia del contrato litigioso, con las consecuencias que se determinan en la parte dispositiva de la sentencia de instancia, sino en la nulidad radical del contrato, que comporta las mismas consecuencias jurídicas y económicas, por abusivas y contrarias a la equivalencia de las prestaciones, de las cláusulas antes mencionadas”*. SJM nº 7 de Barcelona, de 17 de mayo de 2011, Fundamento de derecho quinto: *“por todo lo anterior se valora que se ha producido un error en el consentimiento de la parte actora en el elemento esencial del contrato fecha 26 de junio de 2007 relativo a su plazo de duración, su posibilidad de cancelación, el coste de cancelación y su vinculación con el contrato de arrendamiento financiero. En consecuencia se estima la demanda en su integridad declarando la nulidad de dicho contrato y la restitución de las prestaciones derivadas del mismo”*.

si éste puede subsistir¹⁵⁸ sin tales cláusulas; y la recogida en el apartado segundo del indicado artículo 10, en el sentido de que *la parte del contrato afectada* por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación¹⁵⁹ contenidas en el mismo.

En nuestra opinión, el legislador diferencia una “*parte sana*” del contrato, es decir, la que encajaría en el apartado primero del artículo 10, referido al resto del contrato que no se ve afectado por la declaración de nulidad o de no incorporación; y una “*parte afectada*” del contrato, que se englobaría en el apartado segundo del artículo 10, relativo a aquella parte del contrato que sí se encuentra afectada por la declaración de nulidad o no incorporación, debiéndose integrar conforme al artículo 1.258 CC y disposiciones en materia de interpretación incluidas en el mismo.

En cuanto a la indicada “*parte sana*”, el legislador establece que decretada la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas *no determinará la ineficacia total del mismo* si éste puede subsistir¹⁶⁰ sin tales cláusulas, lo que deberá valorar y resolver el órgano judicial.

Respecto a la citada “*parte afectada*”, la Ley determina que se integrará¹⁶¹ con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo, es decir, *valorando e interpretando el órgano*

¹⁵⁸ SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 20 de noviembre de 2012, Fundamento de Derecho tercero: “*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 (apdo 65)*”.

¹⁵⁹ Sobre interpretación de las normas jurídicas civiles, léase: ALBADALEJO, Derecho Civil I, introducción y parte general, Vol. I, Bosch, 1989, p. 153 y ss; y en especial, los *elementos de la interpretación* que describe en p. 159 y ss.

¹⁶⁰ LARROSA AMANTE, Las cláusulas no incorporadas.....Ob. cit., Apartado IV: “*con relación a la decisión judicial es preciso señalar que tanto del art. 9.2 como el art. 10.1 dejan clara la opción del legislador por la nulidad parcial del contrato como regla general en sede de condiciones generales de contratación. En tal sentido es de destacar que los artículos citados no conceden relevancia alguna a la voluntad del adherente, de tal modo que la nulidad de alguna de las cláusulas no les otorga opción o derecho para desligarse automáticamente del contrato y del resto de las obligaciones en él asumidas que no se ven afectadas por el vicio de nulidad o por la sanción de no incorporación*”. CASTELLANO RAMIREZ, La nueva Ley sobre condiciones.....Ob. cit., Apartado VI: “*Es preciso indicar que la declaración de no incorporación o de nulidad de una o varias condiciones no lleva consigo, sin más, la nulidad del propio contrato. El contrato seguirá siendo eficaz en la medida en que el mismo pueda seguir subsistiendo sin tales cláusulas y éstas no hayan afectado a alguno de los elementos esenciales del contrato según el art. 1261 CC. En caso de subsistencia del contrato, la Ley ordena al juez que integre la parte afectada por la nulidad o la no incorporación de alguna de estas cláusulas de acuerdo con las disposiciones en materia de interpretación contenidas en el Código Civil*”.

¹⁶¹ Conforme al criterio establecido en la SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 28 de septiembre de 2012, Fundamento de Derecho segundo: “*en consecuencia, el artículo 10 bis de la LGDCyU (hoy artículo 83 del Texto refundido aprobado por RD) deberá interpretarse en el sentido que las facultades de integración que en el mismo se contienen tan solo pueden ejercerse en favor del consumidor, pero no en favor de la entidad de crédito y, consecuentemente, una vez declarada nula, deberá tenerse por no puesta y el banco no podrá cobrar cantidad alguna por intereses moratorios*”.

judicial que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las obligaciones contractuales que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

Dicha facultad integradora que puede llevar a cabo el órgano judicial, ha sido una cuestión poco pacífica, y en particular, a raíz de la STJU de 14 de junio de 2012, que resolvió la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en el sentido de si el artículo 2 de la Directiva 2009/22¹⁶² y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, 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.

Dicha sentencia, en su apartado 71, concluye manifestando que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

Pues bien, con posterioridad a la comentada sentencia del TJUE, la AP de Barcelona, Sección 1ª, a través de su sentencia de 20 de noviembre de 2012, confirmó que el artículo 83 del RD 1/2007, deberá interpretarse en el sentido que las facultades de integración que en el mismo se contienen tan solo pueden ejercerse en favor del consumidor, pero no en favor de la entidad de crédito y, consecuentemente, una vez declarada nula, deberá tenerse por no puesta.

Por otro lado, la Sala, aclaró, en atención a la referida sentencia del TJUE que, aunque dictada con ocasión de un juicio monitorio, se entenderá igualmente aplicable a cualquier otro procedimiento.

En nuestra consideración, la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 fue acertada en el sentido de que el órgano judicial, de llevar a cabo dicha integración de la condición general declarada nula o no incorporada al contrato, efectivamente, contribuiría, como mantuvo el Abogado General, a eliminar el efecto disuasorio que

¹⁶² Si bien la citada STJUE aclara que “*A este respecto, es preciso poner de relieve, con carácter preliminar, que el litigio principal se ventila en el marco de un proceso monitorio iniciado a instancia de una de las partes contratantes y no en el contexto de una acción de cesación ejercitada por una “entidad habilitada” en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2009/22. 60. Por consiguiente, en la medida en que esta última Directiva no resulta aplicable al litigio principal, no procede pronunciarse sobre la interpretación del artículo 2 de la misma*”.

ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

A tales efectos, el gobierno de España publicó 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, que modificó al citado artículo 83, estableciendo que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*.

6. La acción de nulidad.

Con carácter previo, es necesario indicar qué significado procesal tiene la *“acción de nulidad”*.

En el ámbito del Derecho Procesal, la acción de nulidad es aquélla que a través de la correspondiente demanda o reconvencción, se dirige al órgano judicial para que declare inválido o ineficaz un negocio o un acto jurídico, y ello, a consecuencia de distintos acontecimientos que pueden llevar a la declaración judicial de nulidad o de anulabilidad.

En efecto, dentro de la *nulidad*, y por ello, siendo el acto o negocio jurídico desde el origen nulo, se englobarían hechos tales como la existencia de una causa ilícita; vulneración de los límites de la autonomía de la voluntad; infracción de todos o algunos de los elementos esenciales del contrato; o infracción de una norma imperativa que no prevea otra sanción distinta, entre otros, lo que conllevaría, ineludiblemente, que la resolución judicial dictase la conocida *“nulidad radical”*.

Respecto a la *anulabilidad*, se trataría de aquellos actos o negocios jurídicos que aún siendo en principio eficaces, resultan *“anulables”* por falta de capacidad o por vicios de la voluntad, lo que conllevaría, a diferencia del la nulidad radical, que el órgano judicial dictase la anulabilidad.

Al margen de la descrita *“acción de nulidad”* procesalmente hablando, existe la *acción de nulidad*¹⁶³ en el ámbito de las condiciones generales de la contratación,

¹⁶³ www.tuigualegal.com/condiciograles, citado en 14 de Abril de 2.004, p. 2.

la cual se presenta como aquella acción individual¹⁶⁴ que tiene por objeto declarar que una cláusula contractual que tiene el carácter de condición general de la contratación, es nula de pleno derecho por concurrir una de las causas de nulidad que establece el artículo 8 de la Ley 7/1998, y que ya fueron mencionadas anteriormente.

En este sentido, es necesario aclarar que el artículo 14 de la Ley 7/1998, que regulaba la competencia material y tramitación del proceso de acciones declarativas, de cesación, retractación y de nulidad, fue derogado por la disposición derogatoria única 2. 15º, de la LEC 1/2000, que disponía que *“las acciones declarativa, de cesación y de retractación se sustanciarán en todo caso ante la jurisdicción civil u ordinaria por los trámites del juicio de menor cuantía. Los juicios en que se sustancien la acción de nulidad o de declaración de no incorporación, y las acciones declarativa, de cesación o retractación se tramitarán separadamente, sin perjuicio de las acumulaciones de estas últimas entre sí”*.

El capítulo II de la Ley 7/1998, sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, y determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo I para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV de la Ley 7/1998 y que tienen un breve plazo de prescripción, de lo que se deriva que la acción de nulidad no puede acumularse¹⁶⁵ con las acciones de colectivas.

Por su parte, el capítulo IV de la Ley 7/1998 regula las acciones colectivas encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley, como son la acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de tales condiciones generales; la de retractación, dirigida a prohibir y retractarse de su recomendación, siempre que en algún momento hayan sido efectivamente utilizadas, y que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomienden; y la declarativa, dirigida a reconocer su cualidad de condición general e instar la inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

¹⁶⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., Efectos de la sentencia, GT, 2000, p. 2: *“en principio, y sin perjuicio de las modificaciones introducidas por la Ley 1/2000, basta una lectura del artículo 14.2 de la Ley 7/1998 para concluir que la Ley de Condiciones Generales pretende, al menos aparentemente, separar nítidamente las acciones individuales de nulidad de la acción colectiva de cesación”*.

¹⁶⁵ REBOLLEDO VARELA, A.L., Legitimación pasiva, GT, 2000, p. 2: *“aunque el artículo 14.2 de la Ley 7/1998, en su redacción vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000, establece con carácter general la posibilidad de acumular entre sí las acciones colectivas, no con acciones individuales de nulidad o de declaración de no incorporación”*.

Pues bien, estas acciones colectivas, no afectan a la posibilidad de ejercitar *las acciones individuales de nulidad* conforme a las reglas comunes de la nulidad contractual o la de no incorporación de determinadas cláusulas generales.

7. La acción de cesación.

Partiendo de la premisa mantenida por GONZALEZ CUETO¹⁶⁶, es decir, que el objetivo perseguido es intentar llevar a los consumidores y usuarios en una situación de igualdad frente a las empresas, la acción de cesación tiene por objeto obtener una sentencia judicial que obligue al demandado a eliminar las condiciones generales que se consideren nulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro, y que al propio tiempo se determine o aclare qué parte o qué cláusulas del contrato se consideran válidas y eficaces.

Es una *especialidad* de la acción de cesación, que el demandante puede solicitar la devolución de las cantidades que haya abonado como consecuencia de cláusulas declaradas nulas, así como obtener una indemnización¹⁶⁷ por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Desde un punto de vista procesal, la acción de cesación se sustancia por el juicio ordinario¹⁶⁸, ya que por aplicación de la vigente LEC se decidirán en juicio ordinario las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12º del apartado 1 del artículo 250, es decir, las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

¹⁶⁶ La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, RATC, nº 15, 2003, p. 1.

¹⁶⁷ BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA, PEÑA LÓPEZ. *Cauces Procesales para enjuiciar las reclamaciones de consumo*, GT, septiembre de 2008, p. 2: “*Un problema de naturaleza estrictamente procesal que puede suscitar esta acumulación de pretensiones de cesación e indemnizatoria o resarcitoria puede derivarse de la interdicción de acumular acciones en aquellos casos en los que deban tramitarse por cauces procesales distintos que se prevé en el art. 73 de la LECiv. De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 12º del apartado 1 del art. 250 de la LECiv, las acciones mediante las que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramitarán por los cauces procesales propios del juicio verbal. Las acciones indemnizatorias y resarcitorias se ejercitan por el procedimiento que corresponda según la cuantía, de manera que, tratándose de cuantías superiores a los 3.000,00 Euros, habrán de tramitarse a través de los cauces propios del juicio ordinario, lo que obstaría su acumulación. Con todo, el supuesto puede subsumirse en la habilitación expresa de la acumulación en una misma demanda de distintas acciones en los supuestos en los que haya una Ley que así lo prevea expresamente que se deriva de lo establecido en el art. 73.3 de la LECiv. Esta Ley, sería, en este caso, el párrafo 2º del art. 12.2 de la LCGC. Esta cuestión fue planteada y resuelta por la Sentencia de la AP Sevilla, Sección 5ª, de 22 de enero de 2004”.*

¹⁶⁸ GARCÍA GIL, F.J., Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y 962), ACM, nº 13, 2000, p. 1.

En cuanto a la tramitación de la demanda, en caso de que el tribunal la admita, dictará auto una vez examinada su competencia, y concederá al demandado un plazo de veinte días para contestar. Una vez contestada o transcurridos los plazos correspondientes el tribunal convocará a las partes a una audiencia, en la que se tratará de llegar a un acuerdo, y caso de no alcanzarse, se fijará el objeto del pleito y se propondrá la prueba, señalándose día para la celebración del juicio en el que se presentarán las pruebas admitidas, tras lo cual se dictará la resolución que corresponda.

Respecto a la legitimación activa en acciones de cesación, siendo aquella la que propicia a éstas el carácter¹⁶⁹ de acciones colectivas, viene recogida el artículo 16 de la Ley 7/1998, y enumera determinados entes que son los únicos¹⁷⁰ que pueden ejercitar llevar dicha acción de cesación, y en concreto:

- Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la vigente legislación sobre consumidores, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

- El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

- Los colegios profesionales legalmente constituidos.

¹⁶⁹ CASTELLANO RAMÍREZ, Las nueva Ley sobre condiciones.....Ob. cit., epígrafe VI, párrafo quinto: *“con relación a las acciones colectivas, la LCGC dedica un amplio número de preceptos (arts. 12-20): Son acciones colectivas la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa. Su carácter colectivo viene determinado por el hecho de que la legitimación activa se confiere exclusivamente a asociaciones o corporaciones empresariales o profesionales, Cámaras de Comercio e Industria, asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades designadas en el art. 16 LCGC”.*

¹⁷⁰ SILGUERO ESTAGNAN, J., Las acciones colectivas de grupo, ACM, nº 22, 2003, p. 6: *“Desde la perspectiva de las acciones de grupo, esto significa que van a poder beneficiarse de las mismas posibilidades de actuación procesal que la LECiv reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades cuya legitimación activa se reconoce en el art. 16 LCGC. De esta forma, las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en la LCGC o a otras normas imperativas o prohibitivas, podrán ejercitarse conforme a la regulación de la LECiv por las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales, los colegios profesionales, el Ministerio Fiscal o las entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en base a la reforma llevada a cabo por la Ley 39/2002, de 28 de octubre”.*

- El Ministerio Fiscal.

- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

De entre los citados entes, es de destacar la independencia¹⁷¹ y autonomía que el Ministerio Fiscal mantiene cuando ejerce la acción en asuntos referidos a condiciones generales de la contratación, ya que su actuación no depende de que otros entes con la misma legitimación previamente se hayan personado en la causa.

No obstante, obsérvese que el artículo 16 de la Ley 7/1998, cuando enumera a citados entes, seguidamente aclara que los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción, sin perjuicio de que todas las entidades citadas podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan.

Según se desprende de la lectura de la jurisprudencia existente en materia de legitimación activa en acciones colectivas de cesación, para probar la legitimación activa de algunos de los citados entes, es habitual entre éstos utilizar cinco medios de prueba principalmente, referidos a determinar la legislación¹⁷² conforme a la que fue constituido el ente en cuestión; su objeto; acreditación de la personalidad jurídica; la finalidad¹⁷³ que persigue con la presentación de la demanda; y las consecuencias¹⁷⁴ que la estimación o no de la legitimación activa por parte del tribunal puedan tener.

¹⁷¹ SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 24 de abril de 2012, Fundamento de Derecho segundo: *“la legitimación activa del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos y para este tipo de acciones es propia e independiente, y no está subordinada a su previo ejercicio por otras Asociaciones con legitimación, tal y como previene el precepto citado y en art. 16.6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”*.

¹⁷² SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 22 de octubre de 2012, Fundamento de Derecho primero: *“el primer motivo del recurso debe ser desestimado por cuanto pretende negar la legitimación activa de la Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y de León al amparo de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 11/1998, de 5 de diciembre para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Castilla y León, y ello por considerar que no consta acreditado que haya destinado exclusivamente a la Protección de Consumidores y Usuarios el 15% del excedente neto de cada ejercicio económico, cuando resulta que esa obligación se impone únicamente a las entidades constituidas con arreglo a la legislación cooperativa se incluyan en sus estatutos, como objeto social, la información, educación y defensa de los consumidores, pero no es aplicable al resto de asociaciones u organizaciones constituidas expresamente para la defensa y protección de consumidores y usuarios”*.

¹⁷³ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 22 de septiembre de 2008, Fundamento de Derecho tercero: *“a) La falta de legitimación activa de la asociación demandante para la defensa de intereses supraindividuales de consumidores y usuarios, debiendo analizarse si defiende intereses colectivos o difusos, en función de lo dispuesto por el art. 11 LEC, y en este segundo caso si la asociación actora tiene el carácter de representativa o exponencial.....”*. SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de enero

En cuanto a la legitimación pasiva, establece el artículo 17.1 LCGC, que “*la acción de cesación procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas*”, de lo que se deriva que la acción de cesación resultará estimada exclusivamente cuando el órgano judicial declare la nulidad, tal y como ha sucedido en la reciente STS de 9 de mayo de 2013¹⁷⁵, que en las conclusiones de su Fallo en primer lugar declaró la nulidad de las cláusulas suelo utilizadas en sus contratos por las entidades de crédito demandadas y posteriormente ordenó que las mismas se abstuvieran de utilizarlas en la forma en la que lo habían hecho.

8. La acción de retractación.

Dentro de las ya mencionadas acciones colectivas, entre las mismas se engloba, en segundo lugar, la acción de retractación, que se presenta como aquella acción que tiene por objeto obtener una sentencia judicial que imponga al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

Es necesario aclarar, que la acción de retractación, en cuanto acción colectiva, es distinta¹⁷⁶ y no puede confundirse con las acciones individuales, ya que la

de 2007, Fundamento de Derecho segundo: “*ejercitadas por tanto estas acciones acumuladas, la sentencia se ha quedado en la fase previa, la legitimación activa de.....para todas ellas. Para abordar este problemadebemos acudir a la cobertura legitimadora que deriva del artículo 11.2 LEC, estimando que en el presente caso se acciona en protección o defensa de un interés colectivo, dada la posibilidad y facilidad de identificación de los perjudicados, vinculados contractualmente con la entidad demandada. No obstante, cabe también ofrecer una respuesta a la cuestión desde la perspectiva del artículo 11.3 LEC, en la hipótesis de considerar que se trata de una acción en defensa de intereses difusos, siguiendo en este punto las razones ofrecidas por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) de 10 de octubre de 2002, también referida a la cláusula de redondeo al alza*”. SJPI nº 1 de Cáceres, de 18 de octubre de 2011, Fundamento de Derecho segundo: “*siendo la legitimación activa la posición jurídica habilitante para interponer una concreta pretensión y un presupuesto procesal de Derecho Público y que viene reconocida en la ley, bastando con afirmar ser titular de un determinado derecho subjetivo o estar en una determinada situación jurídica, se entiende que la legitimación de las asociaciones de consumidores para interponer acciones colectivas, se basa precisamente en una concreta situación jurídica, cual es ser, precisamente, asociación de consumidores y usuarios*”.

¹⁷⁴ SAP de Madrid, Sección 28ª, de 8 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho primero, punto 17: “*la apelante defiende la existencia de legitimación activa con el argumento de que de la nulidad de las cláusulas incluidas poren el contrato de agente formalizado con.....preconizada por esta parte, habían de generarse consecuencias jurídicas no solo frente al propio sino también frente a*”.

¹⁷⁵ Dicha sentencia recoge en su apartado 3, Conclusiones, 276: “*Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan. b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan*”.

¹⁷⁶ CORDÓN MORENO, La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, AC, 1999, apartado III, 1, párrafo cuarto: “*la*

legitimación para el ejercicio de acciones colectivas se encuentra reconocida con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV de la Ley 7/1998.

En el ámbito procesal, la acción de retractación se inicia por quienes ostenten legitimación activa para ello, a través de demanda y se dirige contra el demandado, solicitando al órgano judicial que mediante sentencia prohíba a la parte demandada y se retracte ésta de recomendar condiciones generales que en algún momento haya utilizado¹⁷⁷ y que hayan sido declaradas contrarias a Ley 7/1998 o contrarias a lo recogido en otras leyes imperativas o prohibitivas. En estos casos, se permite al demandante que actúe frente al demandado que utilice condiciones generales nulas, a la vez que contra las organizaciones que las recomienden, tal y como recoge la exposición de motivos de dicha Ley.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas de retractación, de su regulación se encarga el artículo 12 de la Ley 7/1998, que viene a determinar quienes pueden iniciar acciones de retractación, coincidentes con las ya dichas para la acción de cesación.

En cuanto a la legitimación pasiva, la misma viene recogida en el artículo 13 de la Ley 7/1998, que indica que la acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico, siempre que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún demandado.

Obsérvese que cuando menciono al sujeto en la legitimación pasiva no se añade arbitrariamente parte “*predisponente*” y “*demandado*” como agentes intervinientes que necesariamente deban coincidir en el caso concreto que se cuestione, sino que *predisponente* y *demandado* pueden no ser los mismos en la

imposibilidad legal de acumular la acción individual de nulidad y la colectiva de cesación o de retractación pone de manifiesto que se mueven en ámbitos diferentes: es diferente la legitimación y son distintos los efectos de la sentencia”.

¹⁷⁷ BUSTO LAGO, Cláusulas abusivas....., Ob. cit., p. 5: “*por otra parte, esta solución aparece avalada en el ordenamiento jurídico español por el hecho de que mientras para el ejercicio de la acción de retractación, se exige que la cláusula reputada abusiva haya integrado efectivamente en algún contrato, tal requisito no se ha previsto para el ejercicio de la acción de cesación”.*

causa planteada, tal y como aclara BUSTO LAGO¹⁷⁸, sin perjuicio de que siempre existirá un predisponente conforme indica determinada jurisprudencia¹⁷⁹.

Al margen de lo anterior, y como particularidad en las acciones de cesación, retractación y declaración, la Ley 7/1998 establece un protocolo de publicidad respecto a las *demandas* y a las *sentencias* que se presenten y se dicten, respectivamente, en materia de cesación, retractación y declaración en condiciones generales de la contratación.

En efecto, el legislador a través de citada publicidad persigue que no solo la correspondiente resolución judicial sea conocida por quien ostente un interés legítimo para ello inscribiéndola en el Registro de Condiciones Generales, sino que también la demanda que se presente en el juzgado sea objeto de anotación preventiva en el indicado Registro.

En ese sentido, serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa, e igualmente las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, tal y como establece el artículo 11.3 de la Ley.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.

En lo que se refiere a la publicidad de las sentencias, el capítulo V de la Ley regula la publicidad, por decisión judicial, de las sentencias estimatorias¹⁸⁰ de cesación o retractación (*aunque limitando la publicidad al fallo y a las cláusulas afectadas para no encarecer el proceso*) y su necesaria inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria de la Ley 7/1998, que prevé la inscripción voluntaria de los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de indicada Ley, salvo

¹⁷⁸ El control abstracto deOb. cit., apartado 2. c, párrafo primero: “a través del ejercicio de la acción de retractación se pretende obligar al profesional demandado –sea predisponente o no, sea el potencial contratante o no– a retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de recomendarlas en el futuro, siempre y cuando hayan sido utilizadas por el predisponente –que no necesariamente ha de coincidir con el demandado– en alguna ocasión (art. 12.3)”.

¹⁷⁹ STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 12 de febrero de 2002, Fundamento de Derecho decimocuarto: “dado que, aunque se trate de una acción de retractación frente al recomendante que no sea predisponente, siempre existe un predisponente de la cláusula o condición general”. No obstante, conviene señalar, respecto a la afirmación de que siempre existirá un predisponente, que la cuestión no es pacífica, ya que debe enlazarse con el debate de si la efectiva utilización de la cláusula de condiciones generales ilícita recomendada, constituye o no uno de los presupuestos jurídico-materiales del ejercicio de la acción de retractación.

¹⁸⁰ Conforme al artículo 11.3 y 4 de la Ley 7/1998.

que una norma expresa determine la obligatoriedad de su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y ello sin perjuicio de la inmediata aplicación de los preceptos relativos a las acciones de cesación y retractación.

Finalmente, la Ley 7/1998 se ocupa de regular las consecuencias que una eventual falta de inscripción en el Registro de condiciones generales cuando sea obligatorio¹⁸¹ o se persista en su utilización o recomendación cuando haya prosperado una acción de cesación o retractación.

En los indicados casos, las descritas actuaciones serán además sancionadas con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen, en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización.

No obstante, las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, se regirá por su legislación específica.

9. La acción declarativa.

En primer lugar, es necesario identificar qué se entiende por acción declarativa en términos *procesales*, y qué debe entenderse por acción declarativa en el ámbito de la vigente normativa en materia de condiciones generales, dada la existencia de relevantes diferencias entre una y otra.

Por lo que respecta a la acción declarativa en sentido estricto y desde un punto de vista general, se manifiesta como aquella que se dirige exclusivamente a la obtención de un pronunciamiento judicial sobre la existencia o inexistencia de un determinado derecho o situación jurídica que está siendo cuestionada por las partes interesadas.

Se persigue alcanzar con dicha resolución judicial la necesaria seguridad jurídica, dispensando a esos derechos o situaciones la eficacia inherente a la declaración jurisdiccional, es decir, a modo de aclaración, como si la cuestión que origina la controversia hubiese sido resuelta en un procedimiento judicial sin la existencia de una acción declarativa.

¹⁸¹ Respecto a la identificación de aquellas condiciones generales de inscripción obligatoria en el Registro de condiciones generales, véase: TOBAJAS GÁLVEZ, O., El Registro de condiciones generales de la contratación, AC, nº 31, 2002. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Registro de condiciones generales de la contratación, ACM, nº 4, 2002, p. 1: *“El problema nace de la dificultad de la articulación de semejante Registro: qué debe inscribirse en el mismo, quién está legitimado para ello, cuál es la función calificadora del encargado de aquél, cuáles son los efectos derivados de los diversos asientos registrales. Pues bien, hay que reconocer que el artículo 11 de la Ley, dedicado exclusivamente a la creación y articulación de ese Registro de condiciones generales de la contratación, unía a su carácter extenso y prolijo, buenas dosis de incertidumbre y confusión; tan es así que el mismo ciertamente constituía un reto para los redactores de las normas reglamentarias que en él se prevén para la organización del Registro en cuestión”*.

En cuanto a las resoluciones judiciales que pueden adoptarse cuando se plantean acciones declarativas, las mismas pudieran denominarse como *favorables* y *desfavorables*, destacando entre las primeras, a modo enunciativo, las acciones declarativas de dominio, y entre las segundas, las acciones negativas de servidumbre.

En ambos casos, es decir, tanto si hay pronunciamiento favorable como si lo hay desfavorable, la tutela judicial concluye o se extingue con la mera declaración, y sucede que las resoluciones judiciales estimatorias de acciones declarativas no constituyen título ejecutivo, cuestión ésta de especial importancia a la hora de decidir iniciar el correspondiente procedimiento ejecutivo del artículo 517 y ss de la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero.

En el caso de la acción declarativa en el ámbito de la Ley 7/1998, y al igual que sucede con las acciones de cesación y retractación, el capítulo IV de dicha Ley regula la acción declarativa como una más de las acciones colectivas, si bien en este caso tiene por finalidad¹⁸² (artículo 12.4), obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la Ley.

Respecto a la legitimación activa, la ley se la atribuye a las mismas personas que la ostentan para iniciar las acciones de cesación y retractación, es decir, las enumeradas en el artículo 12 de la Ley analizada.

Es necesario mencionar el trato que la jurisprudencia ha dado al hecho de simultanear una acción de nulidad de condición general con una acción de cesación, al entender los Tribunales que dicha acción de nulidad no es contradictoria¹⁸³ con la acción de cesación que concretamente se refiere y afecta a las condiciones generales que se declaren nulas, ya que puede considerarse que la mencionada acción de nulidad es una acción declarativa previa a la acción de cesación, que insisto, afecta a determinada condición general que sea declara nula.

En relación a la legitimación pasiva, atendiendo al contenido del artículo 17.3 y 4 de la Ley, la acción declarativa procederá contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales, teniendo en cuenta, eso sí, que la acción declarativa

¹⁸² SANZ VIOLA, A.M., El régimen de las acciones colectivas establecidas en la Ley de condiciones generales de la contratación (RCL 1998, 960) tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), AC, nº 15, 2002, p. 3 y ss.

¹⁸³ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de enero de 2007, Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo: “La acción por la que se pide sea declarada la nulidad de la condición general de la contratación que denomina “redondeo al alza”, que la demandada viene introduciendo en los contratos de préstamos a tipo variable, es una acción declarativa previa a la acción de cesación que expresamente se refiere a las condiciones generales que se reputen nulas (art. 12.2 LCGC), y por ello no resulta contradictoria”.

(además de las de cesación y retractación,) podrá dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

A la acción declarativa también le afecta el protocolo de publicidad regulado en el artículo 11.3 de la Ley, ya que, será objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales así como el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV de la Ley, e igualmente las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.

Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de 4 años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.

10. Prescripción.

Para poder entender el concepto de prescripción en materia de condiciones generales de la contratación, es necesario recordar que la Ley 7/1998, sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la ley y determina, además, la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 5 para que puedan entenderse incorporadas al contrato.

La citada nulidad, al igual que la infracción de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser planteada o propuesta ante el órgano judicial por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV de la Ley, ya que éstas dos últimas tienen un breve plazo de prescripción.

Pues bien, dentro del capítulo IV de la Ley, es el artículo 19, del que algún sector doctrinal¹⁸⁴ propuso la supresión por entender que limitaba indebidamente el

¹⁸⁴ REGLERO CAMPOS, Prescripción,Ob. cit, epígrafe primero, apartado primero, párrafos tercero y cuarto: *“¿por qué no se atendieron los argumentos esgrimidos por quienes defendieron la supresión del artículo 19, de mucho mayor peso que los destinados a su defensa? No es fácil concebir la prescripción de una acción que, como la de cesación, está destinada a impedir que se sigan utilizando condiciones generales que merecen la calificación de abusivas, o la de retractación, dirigida a que quien recomiende el uso de tales condiciones se retracte y se abstenga de seguir recomendándolas en el futuro. Hago más las razones utilizadas durante la tramitación parlamentaria en defensa de la supresión del precepto: «resulta difícilmente comprensible que se pueda impedir que se ejercite una acción de cesación contra alguien que sigue utilizando unas condiciones generales abusivas, por el hecho de que hubieren transcurrido dos años desde la inscripción en el Registro. Desde luego no puede sostenerse que merece protección por la simple*

ejercicio de las acciones, el que se ocupa de regular el plazo de prescripción de las distintas acciones que la Ley permite ejercitar, y establece distintas especialidades dependiendo de si la acción es de cesación y retractación, o por el contrario es declarativa.

Así, las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles, con la particularidad de que si las condiciones generales se han depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se haya practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

Respecto a dicho depósito de condiciones generales, hay que tener muy en cuenta a la hora de defender en sede judicial la prescripción de la acción de cesación o retractación, que necesariamente ha de existir coincidencia¹⁸⁵ entre el texto de las condiciones generales depositadas y el que ha sido origen de la controversia, es decir, que no puede alegarse prescripción de acciones si existe discrepancia entre las condiciones generales depositadas en el Registro competente al efecto y la redacción de la condición general que ha ocasionado la discrepancia entre las partes contratantes.

La Ley, respecto a las mencionadas acciones de cesación y retractación, aclara que podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la

inscripción el que usa condiciones abusivas». El censurable régimen prescriptivo del artículo 19 LCGC trae causa de dos circunstancias bien definidas. En primer lugar, constituye una nueva manifestación de los intereses corporativistas que impregnan el conjunto de la ley, y, en segundo término, es el resultado de una defectuosa importación de textos jurídicos vigentes en otros países, así como de una ignorancia generalizada acerca del funcionamiento de este instituto en esos ordenamientos».

¹⁸⁵ Sobre dicha coincidencia entre condiciones generales depositadas y las que provocan conflicto entre las partes, conoció la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 22 de marzo de 2007, Fundamento de Derecho cuarto, al indicar que: *“debe destacarse que el apartado primero del artículo 19 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación establece que las acciones colectivas de cesación son, con carácter general, imprescriptibles. En el apartado segundo de dicho precepto se añade lo siguiente: <<No obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva>>. En consecuencia el plazo prescriptivo no se inicia con el conocimiento por parte del demandante de la condición controvertida, sino desde que se practica el depósito. Para que pueda apreciarse la prescripción es necesario que el contenido del depósito coincida con la condición controvertida y es el caso, y basta examinar la reproducción de lo depositado que se efectúa en el propio escrito por el que se interpone el recurso, que no existe coincidencia entre lo que se reputa nulo y el contenido de las condiciones depositadas. Así se expresa en la Sentencia recurrida en la que se señala: “Además de que en los sucesivos depósitos no se reflejan las (condiciones) que son objeto de discusión en el presente procedimiento, puesto que ha sido por vía de las tarifas como se ha producido la imposición de determinadas condiciones (.).” Si no existe coincidencia entre el contenido de lo depositado y las condiciones que resultan controvertidas difícilmente puede admitirse que se hubiera iniciado el plazo prescriptivo. Otra cuestión distinta es que lo que aquí se discute sea susceptible de control de contenido, aspecto éste que se relaciona con el fondo litigioso”.*

declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia del ejercicio de una acción individual.

Por el contrario, la acción declarativa es imprescriptible.

Finalmente, es significativo que el legislador en la Ley 7/1998 no haya hecho alusión a la prescripción de las acciones individuales, lo que provoca que les sea de aplicación lo recogido en el Código Civil¹⁸⁶ en materia de prescripción.

11. Publicidad de las sentencias.

El legislador afirma (exposición de motivos) que la ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquellas a través del Registro de Condiciones generales de la contratación y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas. De este modo, parece crear cierta confusión ya que puede interpretarse en un primer momento que todas las resoluciones judiciales que traten de la validez de cláusulas generales pueden ser objeto de inscripción en el citado Registro. No obstante, el artículo 11.4 de la Ley 7/1998, establece que serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado tercero de dicho artículo, esto es, la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa, e igualmente las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.

El capítulo V de la ley, al tratar de la publicidad, prevé la publicidad en el RCGC de las sentencias de cesación o retractación, siempre y cuando haya sido ordenada la misma por el órgano judicial, si bien, dicha publicidad se limita al fallo y a las cláusulas afectadas.

El artículo 21, incluido dentro del capítulo V, determina que el fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el Boletín Oficial del Registro Mercantil¹⁸⁷ o en un periódico de los de mayor circulación de la

¹⁸⁶ En el mismo sentido se pronuncia REGLERO CAMPOS, Prescripción,Ob. cit, epígrafe quinto, apartado segundo, párrafo primero: *“en materia de prescripción, la Ley sólo alude a las acciones colectivas en el artículo que examinamos. Guarda silencio sobre la prescripción de las acciones individuales, de modo que éstas quedan sometidas a las reglas generales del Código Civil”*.

¹⁸⁷ Alguna resolución judicial, a la hora de valorar si la sentencia dictada sobre cláusulas generales debe publicarse en el BORME, al margen de efectuar la publicación en periódicos de mayor circulación o en el Registro de Condiciones Generales, ha tenido en cuenta el tipo de *destinatarios* de las condiciones generales afectadas por la sentencia. Así sucedió en la SJM nº 1 de Madrid, de 23 de octubre de 2012, al recoger en su Fundamento de Derecho sexto, último párrafo: *“en consecuencia, considera el Juzgador que, en atención al tipo de destinatarios de las condiciones generales, carece*

provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia; salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

De lo anterior se desprende que para la publicación de la sentencia, no de cualquier otra resolución judicial, debe acontecer el hecho de que aquella haya sido declarada firme, y por economía procesal, solo se publicará el fallo y el texto de la cláusula afectada por la sentencia, quedando al margen la inscripción del resto de cláusulas que puedan completar o aclarar a la afectada, es decir, que puede haber una cláusula que haya sido declarada nula o no incorporada y por lo tanto se ordena su publicación, y la cláusula que sirve de complemento o aclaración a la afectada no sea objeto de publicación, pese a ser ambas complementarias.

La publicación de las sentencias sobre cláusulas generales ha suscitado una cierta polémica en el sector de las entidades de crédito ya que los profesionales consideran que en una cartera, por ejemplo, de quince o veinte contratos en los que se incorporan condiciones generales, el solo hecho de que alguna cláusula de un solo contrato se haya visto afectada por una resolución judicial y ordenada por ésta su publicación en el Registro de Condiciones Generales, puede conllevar un daño irreparable al profesional afectado. En cambio, algún sector de los consumidores, opina que con la publicidad de las indicadas sentencias se persigue proteger al consumidor e incrementar la seguridad en el tráfico económico.

Sobre esas distintas opiniones de profesionales y consumidores, se ha pronunciado la reciente jurisprudencia¹⁸⁸ en el desarrollo de sus fundamentos de

por completo de sentido la publicidad en el BORME, lo que deja como única opción admisible la publicación del fallo de la sentencia en un periódico de los de mayor circulación de la provincia de Madrid, junto con las cláusulas afectadas". En atención a indicados motivos, el Fallo de la sentencia fue desfavorable a la publicación de la misma en el BORME, con el siguiente pronunciamiento: *"firme que sea la presente resolución, publíquese el fallo de la misma, juntamente con el tenor literal de las cláusulas declaradas nulas, en uno de los periódicos de mayor circulación de Madrid, todo ello a costa de la parte demandada".*

¹⁸⁸ Si bien la STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, no ordena la publicación de las cláusulas enjuiciadas dada su licitud intrínseca (apartado 296), sí se pronuncia en su apartado 295 sobre el fin que se persigue con la publicación de las sentencias que resuelven sobre cláusulas generales, al establecer en su apartado 295: *"El artículo 21 LCG atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicidad del fallo de la sentencia junto con el texto de la cláusula cuya nulidad se declara o cuya utilización se prohíbe, lo que debe ponerse no en relación con el eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 22 LCG, a cuyo tenor "(e)n todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".*

Derecho, mostrándose a favor de la finalidad que defienden los consumidores, relativa a la protección y derecho a la información¹⁸⁹ de los mismos.

De igual forma, a favor de la publicación de las mencionadas sentencias, se ha manifestado algún sector doctrinal, como REBOLLEDO VARELA¹⁹⁰, al defender la publicidad de las sentencias por motivos de economía procesal.

12. Inscripción en el Registro de condiciones generales de la contratación.

Dentro del capítulo V de la Ley 7/1998, referido a la Publicidad de las Sentencias, se encuentra el artículo 22 (*al que da nueva redacción el artículo 13 de Ley 13/2009 de 3 noviembre 2009*), mediante el que se establecen las consecuencias que en materia de publicidad registral tiene el hecho de que prospere una acción colectiva o individual de nulidad o no incorporación de condiciones generales, así como el cauce que dicha resolución debe seguir en términos procesales.

De esta manera, el artículo 22 determina que en tales casos, el Secretario Judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

Debe centrarse la atención en que el legislador, ante el escenario de una sentencia dictada conforme a los términos expuestos, no hace depender la inscripción de la misma en el citado Registro de que sea solicitado¹⁹¹ por la parte demandante, sino que por imperativo legal el Secretario del juzgado debe, en principio, de oficio, enviar mandamiento al titular del Registro para que proceda a la inscripción de la sentencia, a la que se acompañará el testimonio judicial de firmeza de la misma.

¹⁸⁹ Sobre citado derecho a la información que se defiende propicia la publicación de las sentencias relacionadas con cláusulas generales, se ha pronunciado la SJPI nº 1 de Cáceres, de 18 de octubre de 2011, Fundamento de Derecho séptimo in fine: *“al margen de los efectos de la sentencia, previstos por la ley, y del plazo de su publicación (art. 21 de la LCGC), la sentencia deberá publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el periódico de mayor tirada de la provincia de Cáceres, primero por la relevancia económica de tal cláusula y segundo, para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados que residan fuera de esta provincia”*.

¹⁹⁰ Efectos de la sentencia, Ob. cit.,.....apartado segundo: *“tal norma, junto con lo establecido en el artículo 21 sobre la publicidad de la sentencia en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiese dictado la sentencia y la pertinente inscripción en el Registro de Condiciones Generales que impone el artículo 22, forma parte del marco que la Ley 7/1998 pretendió instaurar para conseguir la eficacia frente a terceros de las sentencias dictadas en acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa y evitar así la reproducción constante de procedimientos judiciales sobre cláusulas cuya nulidad ya ha sido reiteradamente declarada”*.

¹⁹¹ REBOLLEDO VARELA, Efectos de las Sentencia....., Ob. cit., apartado I, párrafo quinto: *“.....tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, es decir, que no se inscribe voluntariamente a petición del adherente o legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas, sino sencillamente porque la inscripción es obligatoria y la ordena el Juez como efecto de la sentencia”*.

La reciente jurisprudencia en materia de condiciones generales de la contratación, ha interpretado el contenido del artículo 22 en el sentido de que la sentencia estimatoria firme de nulidad o no incorporación de condiciones generales sea inscrita en el Registro de Condiciones Generales en virtud del mandamiento emitido por el Secretario judicial.

Es decir, el mecanismo legal entra en juego si la condición general es declarada nula o no incorporada y además sea *ilícita*, de lo que se deriva que la concreta condición general que sea declarada nula o no incorporada, pero sea legal, no procederá su inscripción en el Registro.

En efecto, la STS de 9 de mayo de 2013, si bien declarada a determinadas condiciones generales nulas, y ordena que los entes demandados cesen en su utilización, decide no aplicar el contenido del artículo 22 de la Ley 7/1998 y evita inscribir la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación¹⁹². Ello puede suponer, a primera vista, un pronunciamiento que impacta frontalmente con el artículo 22, ya que éste, en ningún momento determina que la inscripción de la sentencia dependa de la legalidad o ilicitud de la condición general declarada nula, de lo que se deriva, por tanto, que será la declaración de licitud o ilicitud de la condición general declarada nula o no incorporada, la que determine la inscripción de la sentencia en mencionado Registro.

Lógicamente, desde el día 9 de mayo de 2013, fecha en la que se dictó esa STS, los distintos órganos judiciales aplicarán el criterio establecido en la misma sobre criterios de publicidad de las sentencias, y en concreto su inscripción en el RCGC a través del mandamiento expedido por el Secretario Judicial, lo que no impide indicar que en otras ocasiones los Tribunales¹⁹³, sin pronunciarse sobre la

¹⁹² Así se indica en la STS de 9 de mayo de 2013, Sala de lo Civil, al establecer en su apartado 295 y 296 lo siguiente: 295, “El artículo 21 LCG atribuye al tribunal la facultad de acordar la publicidad del fallo de la sentencia junto con el texto de la cláusula cuya nulidad se declara o cuya utilización se prohíbe, lo que debe ponerse no en relación con el eventual desprestigio del profesional o empresario a modo de pena de capirote, sino en función de la utilidad práctica de la difusión del contenido de la prohibición, sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en el artículo 22 LCG, a cuyo tenor “(e)n todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”. 296: “en el caso enjuiciado no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca”.

¹⁹³ La SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 10 de enero de 2007, cuando en su Fallo declara la nulidad y la cesación de determinadas condiciones generales, no entra a calificar la licitud o ilicitud de las mismas, y en cambio, sí ordena se expida mandamiento al titular del Registro, tal y como se depende del contenido de dicho Fallo cuyo contenido comprende: “1. Declaramos nula, por tener el carácter de cláusula abusiva, la condición general de contratación por la que se establece el redondeo al alza, empleada por2.- Condenamos a la entidad bancaria demandada a eliminar la referida condición general de la contratación y cualquier otra análoga que tenga el mismo efecto de, y abstenerse de utilizarlas en el futuro. 4.- Ordenamos la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un periódico de difusión nacional,

licitud o ilicitud de la condición general declara nula o no incorporada, sí han ordenado que se libre mandamiento por el Secretario Judicial y se inscriba la sentencia en el RCGC, criterio éste que, por qué no, podría haberse mantenido por la Sala de lo Civil del TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

En nuestra consideración, es ajustado a Derecho el criterio adoptado por la Sala del TS en la señalada sentencia, dado el vacío legal sobre la declaración judicial de nulidad o no incorporación de condiciones generales que a su vez sean declaradas legales, como sucedió en el asunto conocido por la señalada Sala.

Finalmente, conforme al artículo 9.6 del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, conviene aclarar que a la sentencia estimatoria de la nulidad o no incorporación de condiciones generales, para que el Registrador practique el asiento de presentación, debe acompañarse el texto literal¹⁹⁴ de las cláusulas afectadas por la declaración de nulidad o no incorporación

13. Régimen sancionador.

El legislador, ha incluido, además, un capítulo exclusivo relativo al régimen de sanciones que los distintos incumplimientos conllevarían, por lo que incorporó el capítulo VII y dentro de éste un solo artículo, el número 24.

En este artículo se establecen dos supuestos de hecho que son los que conllevarán la correspondiente sanción: el primero de ellos, la falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación cuando sea obligatoria; y el segundo, la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación.

Respecto al importe de la multa y al órgano del Estado que puede imponerla, aquella será del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato y la infligirá la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen, en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización, sin perjuicio de que las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, se regirá por su legislación específica.

en caracteres tipográficos que supongan a cuerpo o tamaño de letra superior a 10, con los gastos a cargo de la demandada y condenada, y en un plazo de 15 días desde la notificación de esta resolución. 5.- Librese mandamiento al registro de Condiciones Generales de la Contratación, para que se proceda a la inscripción de la sentencia estimatoria de la acción ejercitada en el presente procedimiento”.

¹⁹⁴ RODRIGUEZ RUIZ-MALO, E., El Registro de Condiciones Generales de la Contratación, BLED, nº 126, abril de 2000, p. 1, apartado II: “cuando se trate de resoluciones judiciales referentes a condiciones generales de la contratación, para la presentación deberá acompañarse de un mandamiento que contenga literalmente las condiciones afectadas”.

De lo anterior se deriva que, en principio, el expediente que inicie la propuesta de multa, se tramitará a través de un procedimiento administrativo¹⁹⁵ sancionador, y que, con independencia de él, en caso de interesar a la parte que considere dañados sus legítimos intereses, podrá iniciarse un procedimiento judicial¹⁹⁶.

Especial atención merece el segundo de los descritos supuestos de hecho, relativo a la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, ya que caso de que el demandado no cese en indicada utilización o recomendación, el demandante, al margen del procedimiento administrativo que se ha descrito, podrá iniciar las correspondientes acciones judiciales en aplicación del artículo 705 y ss de la LEC 1/2000, de 7 de enero, referidos a la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer, procedimiento al que se refiere REBOLLEDO VARELA¹⁹⁷, subrayando que el mencionado incumplimiento se regiría en un primer momento, por lo estipulado en el procedimiento administrativo y a continuación por los preceptos de la LEC.

¹⁹⁵ CASTELLANO RAMIREZ, La nueva Ley sobre.....Ob. cit., apartado VIII, párrafo primero: *“el texto articulado de la LCGC se cierra con la previsión de un régimen sancionador de carácter administrativo”*.

¹⁹⁶ Sobre la valoración que en sede judicial se realiza sobre el régimen sancionador una vez agotado el procedimiento administrativo, consúltese: STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 12 de febrero de 2002.

¹⁹⁷ Efectos....., Ob. cit., apartado primero, párrafo séptimo: *“.....cuyo incumplimiento no está regido por las prescripciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino por un régimen sancionador administrativo de carácter específico contemplado en el artículo 24 de la Ley 7/1998 y, en su caso, en los artículos 32 y siguientes de la Ley 26/1984.....”*.

CAPITULO V

LA CLÁUSULA ABUSIVA EN EL CONTRATO DE PRESTAMO. LA MÁS DESTACADA JURISPRUDENCIA ENTRE 2010 Y 2013

1. Introducción.

Desde la entrada en vigor de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, así como la Ley nacional 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, no han dejado de incrementarse las normas creadas, y los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales efectuados, conducentes a conseguir la igualdad¹ entre los contratantes. Este fin, en mi consideración, no ha sido logrado como revela lo que constantemente sucede con los contratos bancarios, cuestionados² en sede judicial. Se discute la legalidad de las condiciones generales a ellos incorporadas, y se afirma por algunos agentes que las mismas pudieran ser abusivas, y se interesa que el correspondiente órgano judicial las declare ilícitas.

Pero es a consecuencia de la crisis económico-financiera iniciada a principios de 2007 cuando a la intención del legislador se ha sumado una segunda voluntad, *la social*, representada y empujada por personas físicas y jurídicas que tras haber entrado sus economías domésticas y empresariales en crisis, y a veces haber sido desalojados incluso de sus viviendas a través de desahucios, han solicitado no solo al Estado, sino a los órganos jurisdiccionales, que redacten normas y dicten resoluciones, respectivamente, dirigidas a llevar a cabo una correcta y firme aplicación³ de las citadas Directiva 93/13 y Ley 7/1998, con el fin de alcanzar una mayor protección⁴ de los intereses⁵ de los consumidores y, en especial, un adecuado equilibrio entre las partes contratantes.

¹ Así lo advirtió CASTELLANO RAMIREZ, M.J., *La nueva.....*, Ob. cit., p. 1: “.....aparece como una Ley dirigida a proteger la igualdad de los contratantes y, en particular, los legítimos intereses de todos aquellos que contraten con una persona o entidad que utilice condiciones generales en su actividad”.

² A fecha enero de 2013, ya se habían dictado más de 40 sentencias reconociendo que la cláusula suelo incorporada como condiciones generales en los contratos de préstamo de algunas entidades de crédito, es abusiva, según se desprende de AUSBANC, revista de enero de 2013, nº 271, p. 34.

³ INFANTE RUIZ, F.J., Incumplimiento por los Estados miembros de la incorporación a sus derechos internos de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores: Informe sobre la jurisprudencia del TJCE más reciente (Las Sentencias de 24 enero 2002 y 7 mayo 2002), RDP, nº 9, 2002, p. 2.

⁴ PARDO GATO, J.R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Dijusa, 2004, p. 37.

⁵ MARTÍN BRICEÑO, M.R., *La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato*, ACM, nº 6, 2001, p. 2 y ss.

Ni el legislador nacional, ni los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos, ni el Consejo General del Poder Judicial⁶, ni el Consejo General del Notariado⁷, ni los distintos órganos administrativos⁸, han hecho oídos sordos a la citada demanda social⁹, tal y como se desprende de las distintas normas, resoluciones judiciales y procedimientos sancionadores que con posterioridad a la indicada Directiva y Ley nacional han surgido.

En efecto, en el afán de reforzar la posición contractual del consumidor, se publicó 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, que incorpora en el Título II del Libro segundo un régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, hasta el momento contenido en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente derogada.

⁶ En mayo de 2013, se celebró en el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial una jornada para analizar las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, dirigida por el Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, D.Juan Antonio Xiol, y moderada por los Vocales del CGPJ D.Manuel Almenar y D. Ramón Camp. De la citada jornada, surgió un documento que incluye diversos criterios a tener en cuenta por los jueces a fin de interpretar y resolver adecuadamente las cuestiones que se les planteen ante la reforma hipotecaria y las directrices marcadas por el TJUE, principalmente, a raíz de la sentencia del Tribunal europeo de 14 de marzo de 2013.

⁷ Dicho CGN creó con julio de 2013 un Órgano de control de cláusulas abusivas (OCCA), cuyo objetivo principal es impedir que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que se recojan en escritura pública.

⁸ CINCO DIAS, edición impresa de 19 de junio de 2013, Sección Finanzas, p. 15, *“Andalucía expedienta a 20 Bancos por las cláusulas suelo”*. EXPANSIÓN, edición impresa de 19 de junio de 2013, Sección Política, p. 26, *“El ministro de Economía ha pedido al Banco de España que ponga especial atención en que todos los Bancos, no sólo los afectados por la reciente sentencia del Tribunal Supremo, cumplan con las condiciones mínimas de transparencia exigidas”*. En el mismo sentido: ABC, Madrid, edición impresa de 21 de junio de 2013, *“el supervisor vigilará que se aplica el fallo de las cláusulas suelo”*; EL PAIS, Madrid, edición impresa de 21 de junio de 2013, *“el supervisor pide a las patronales del sector que apliquen el fallo de las cláusulas suelo”*. Así, es necesario señalar que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha incluido un análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, en su último informe anual relativo a 2012. En la página 115 del citado informe, el Banco de España se declara incompetente para valorar el carácter abusivo de una cláusula suelo. En cambio, ello no impide que el órgano supervisor sí pueda controlar las citadas cláusulas mediante revisiones específicas de las mismas para evaluar el cumplimiento de la normativa vigente, en especial sobre transparencia, por parte de las entidades y la aplicación de buenas prácticas bancarias.

⁹ CINCO DIAS, edición impresa de 16 de mayo de 2013, Sección Finanzas, p. 18: *“La respuesta del Gobierno al problema de los desahucios y a los desequilibrios entre el deudor hipotecario y su acreedor entró ayer en vigor con su publicación en el BOE. Conocida como la reforma hipotecaria, la Ley 1/2013, para la reforma de la protección a los deudores hipotecarios y reestructuración de deuda y alquiler social.....”*. CINCO DIAS, edición impresa de 16 de mayo de 2013, Sección Finanzas, p. 19: *“la reforma hipotecaria que entró ayer en vigor es en realidad la tercera iniciativa, aunque esta vez se pretende definitiva, que el Gobierno de Mariano Rajoy impulsa para dar respuesta al clamor social surgido de la oleada de desahucios que ha desatado la crisis”*.

En el citado Título II del Libro segundo, quedan incorporadas las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores en materia de cláusulas y prácticas abusivas, fortaleciendo la protección del consumidor, y en especial, tal y como se desprende del Preámbulo del RDL 1/2007, persiguiendo asegurar los intereses de los adquirentes de vivienda¹⁰ para lo que se trata de evitar el uso de cláusulas que trasladen al consumidor aquellos gastos que correspondan al profesional, como es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor (la llamada “plusvalía” o impuesto sobre incremento del valor de los terrenos), y sin dejar de lado, en materia contractual, el deseo del legislador de clarificar la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios.

Posteriormente al citado RDL 1/2007, entró en vigor la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores¹¹ de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, a través de la cual se intenta establecer un marco de transparencia¹² en las relaciones de los consumidores y las empresas que les ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario o de servicios de intermediación para la celebración de cualquier tipo de contrato de préstamo o crédito.

En ese sentido, la Ley 2/2009, mediante su capítulo II, aborda la regulación a la que deben ajustarse las empresas que realizan la actividad de concesión de créditos o préstamos hipotecarios, y en particular, y a efectos de transparencia, los requisitos a seguir en la fase precontractual; reglas referidas a la tasación¹³ y otros servicios accesorios; regulación de los derechos que correspondan a las partes en cuanto a la modificación del coste total del crédito; determinados requisitos que deben cumplir las escrituras de préstamo hipotecario; e imposición a las empresas de la obligación de satisfacer las exigencias sobre los índices o tipos de referencia.

Especial comentario merece la primera resolución judicial que a nuestro juicio, por su especial relevancia en el ámbito de las relaciones entre consumidores y entidades de crédito, dio respuesta a las descritas exigencias legales y movimiento

¹⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda, RAC, nº 14, 2005.

¹¹ REYES LÓPEZ, M.J., Comentario a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con los consumidores y servicios de intermediación, NUE, nº 312, 2011.

¹² FLORES RODRIGUEZ, La nueva Ley....., Ob. cit., p. 1. ORDÁS ALONSO, M. La contratación con.....Ob. cit., p. 1.

¹³ Sobre las repercusiones que la Ley 2/2009 ha tenido en la regulación de entidades tasadoras, véase, MABRILLA RIVERA, V., Circular 2/2009 del Banco de España, de 18 de diciembre, sobre sociedades y servicios de tasación homologados, RS, nº 35, 2010.

social. Se trata de la STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009, que en lo sustancial desestimó el recurso de casación interpuesto por distintas entidades de crédito y estimó las pretensiones¹⁴ de la Organización de Consumidores y Usuarios, referidas, junto a otras¹⁵ cuestiones, a declarar abusivas determinadas causas de resolución anticipada¹⁶ del préstamo con garantía hipotecaria que fue objeto de litigio, y destacando, en particular y en mi consideración, lo recogido por la Sala en su Fundamento de Derecho noveno, apartado i''', párrafo segundo, al manifestarse el Tribunal sobre la necesidad de *“expresar las que se consideran reglas de equilibrio contractual, en cuanto eviten el desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor”*.

A lo anterior ha de añadirse la STJUE, de 14 de marzo de 2013, que declaró que la normativa española, que impide al juez que conoce de la ejecución, a fin de determinar si es abusiva una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado, es contraria¹⁷ al Derecho de la Unión. En consecuencia declaró, primero, que la Directiva sobre cláusulas abusivas se opone a una normativa nacional, como la normativa española, que no permite al juez que conozca del proceso ejecutivo adoptar medidas cautelares¹⁸, en particular la suspensión¹⁹ del procedimiento de ejecución, cuando

¹⁴ Sobre la solicitud de la parte demandante de la publicidad de citada sentencia, consúltese, BALLUGERA GÓMEZ, C., La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la STS de 16 de diciembre de 2009 sobre cláusulas abusivas en las hipotecas; DLL, nº 7469, 2010.

¹⁵ BALLUGERA GÓMEZ, c., Carácter abusivo....., Ob. cit., p. 2.

¹⁶ GONZALEZ PACANOWSKA, I, Comentario a la sentencia de 16 diciembre 2009, CCJC, nº 84, 2010, p. 2 y ss.

¹⁷ ALONSO MOREDA, N., Las asimetrías del derecho hipotecario español al descubierto. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera), de 14 de marzo de 2013, RAUE, nº 5, 2013. Por su parte, NAVAS MARQUEZ, J.A, en su trabajo ¿Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?, AJA, nº 868, 2013, recuerda que en el año 2000 el TJUE ya advirtió de que la norma española en materia de ejecución hipotecaria era contraria a la comunitaria, al señalar (p. 1) que *“Al respecto, cabe señalar que, si bien es cierto que, por primera vez, el legislador español ha reaccionado con la rapidez exigible y esperada de un Estado Miembro de la Unión Europea, no es menos cierto que el Tribunal de Luxemburgo, en la Sentencia del Grupo Océano, de 27 de junio del 2000, ya se había pronunciado al respecto, advirtiendo que dicha legislación nacional era contraria al Derecho Comunitario”*. En el mismo sentido se pronunció dicho autor, en su trabajo Sentencias del Tribunal de Luxemburgo y cláusulas abusivas, AJA, nº 866, 2013, p. 1: *“En esta materia, llueve sobre mojado. Desde el año 2000 se han venido produciendo declaraciones del TJUE diciendo que las legislaciones sustantivas y procesales de los Estados miembros no cumplen con los requisitos que impone la Dir. 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) . Esta primera sentencia, dictada el 27 de junio de dicho año, lo fue en méritos de una cuestión prejudicial enviada por un órgano jurisdiccional español. Es el caso de las Editoriales, Grupo Océano y Salvat”*.

¹⁸ CORDERO LOBATO, E., Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias, RAD, nº 2, 2013, p. 1: *“El TJUE dispone que el juez del ejecutivo ha de poder adoptar las medidas cautelares (entre ellas, la suspensión de la ejecución hipotecaria) que requiera la eficaz realización de los derechos del consumidor. Al TJUE no le basta, pues, que la efectividad de la sentencia declarativa pueda asegurarse mediante la anotación preventiva de la demanda, ni siquiera mediante la retención del precio que, en la ejecución, haya de entregarse al acreedor. A estos efectos, el TJUE considera que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación*

sean necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final²⁰; y segundo, y en relación con el concepto de cláusula abusiva, que el desequilibrio²¹ importante creado por tales cláusulas debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. A su vez, la indicada sentencia aclara que para determinar si el desequilibrio se causa pese a las exigencias de la buena fe, es preciso comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa²² con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación²³ individual.

La STJUE, de 14 de marzo de 2013, provocó que el Gobierno de España, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modificase²⁴ no solo la vigente LEC 1/2000, de 7 de enero, en lo relativo a desahucios y las causas de oposición²⁵ a la ejecución, sino también la vigente Ley Hipotecaria (Decreto de 8 de febrero de 1946); la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo; y el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos”.

¹⁹ SOLER PASCUAL, L.A., Cuestiones sobre la competencia para la suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria a raíz de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. Foro abierto, RIED, nº 5, 2013, p. 1.

²⁰ GARCIA DE PABLOS, J.F., Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, RDA, nº 5, 2013, p. 1 y ss.

²¹ FERNANDEZ SEIJO, J.M., La audacia del Derecho, RDA, nº 2, 2013, p. 1: “*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es consciente de que esa situación de desequilibrio no sólo marca las relaciones entre el consumidor y las empresas en el contexto privado, sino también en el contexto público, en el propio proceso; por lo tanto la actuación de los poderes públicos ha de evitar que en el marco de un procedimiento judicial o administrativo se pueda producir esa situación de descompensación que determina que el consumidor no quiera o no pueda obtener una respuesta razonable a sus pretensiones”.*

²² GARCIA DE PABLOS, J.F., La prohibición del abuso en el procedimiento de ejecución hipotecaria español, AJA, nº 862, 2013, p. 1.

²³ HUALDE MANSO, T., Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria, RAD, nº 2, 2013, p. 3: “*Quien firma un contrato de préstamo con garantía hipotecaria lo hace confiado en un sistema jurídico que ha de ser garantista y protector de un deudor que no ha tenido en la mayoría de los casos posibilidad de negociar las condiciones. Acude al notario ya en el acto de firma y lo más seguro después de haber entregado las arras en el contrato de venta, por ello es preciso preguntarse: ¿va a desistir ante la posible advertencia del notario sobre la ilegalidad/abusividad del préstamo y la pérdida de las arras?”.*

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, RAD, nº 2, 2013, p. 1: “*Para paliar esta grave situación tanto el anterior ejecutivo como éste han llevado a cabo diversas reformas legislativas...”.*

²⁵ PIZARRO MAQUEDA, M.J., Pronunciamiento del TJUE sobre la normativa española en materia de ejecución hipotecaria, RDA, nº 1, 2013, p. 1.

Finalmente, y como hecho relevante en la esfera de las condiciones generales incorporadas en los contratos de préstamo, debe destacarse la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013²⁶, que a nuestro juicio, ha marcado, con contundencia, un antes y un después no ya en cuanto al concepto jurídico de cláusula abusiva, sino en cuanto a las características que determinadas condiciones generales incorporadas a un contrato de adhesión, deben reunir para ser declaradas abusivas, o si se quiere de otro modo, los elementos que sirven para valorar en sede judicial²⁷ el carácter abusivo; su control imperativo; la interpretación que debe darse a los principios de congruencia; los límites a la autonomía procesal; y la nulidad de oficio.

No obstante, y aunque parezca que el fallo de la citada STS de 9 de mayo de 2013 arrojará luz en cuanto a las cláusulas abusivas, en lo sucesivo, la realidad, en mi consideración, será otra, ya que se crearán dudas no solo en el ámbito de los consumidores²⁸, entidades de crédito, órganos administrativos y organización de consumidores, sino también en los propios órganos jurisdiccionales que se tendrán que enfrentar a los distintos vacíos de la sentencia, teniendo que interpretar²⁹, nuevamente, conceptos cuando menos cuestionables, y que serán analizados en el presente capítulo.

²⁶ La sentencia fue aclarada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante Auto de 12 de junio de 2013, en el que viene a matizar, principalmente, que serán nulas todas las cláusulas suelo que no sean absolutamente transparentes.

²⁷ Así lo indicó J.A. BRAVO, en EL CORREO ESPAÑOL, edición impresa de 21 de marzo de 2013, sección Local: *“lo que sí anticipan los 11 magistrados de la sala de lo Civil sobre las cláusulas suelo, que con este fallo sienta jurisprudencia, extensible al resto de Tribunales españoles, a fin de que dejen de producirse resoluciones contradictorias sobre este tema”*. No obstante, dicho fin al que alude la Sala, parece no haberse conseguido ya que con posterioridad a la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, instancias judiciales inferiores al mismo no han adoptado el citado criterio, por ejemplo, en el asunto de la retroactividad de la sentencia, a la que se mostró desfavorable el TS en contra de lo que con posterioridad al 9 de mayo de 2013 han seguido resolviendo otros órganos judiciales, tal y como se desprende de: CINCO DIAS, edición impresa de 25 de junio de 2013, Sección Finanzas, p. 16, *“Los Tribunales abren la vía al pago retroactivo por cláusulas suelo”*.

²⁸ Así se deduce del informe incorporado por el Banco de España a la Memoria anual relativa a 2012 y aprobada en agosto de 2013, mediante el que la autoridad bancaria aclara los criterios de aplicación de la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo.

²⁹ SOLER PASCUAL, *¿Qué cláusulas.....?*, Ob. cit., p. 10. Consúltese, además, en relación con la interpretación de conceptos jurídicos que no se encuentran definidos, SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2002; SAP de Madrid, Sección 13ª, de 12 de noviembre de 2002; SAP de Pontevedra, Sección 5ª, de 23 de junio de 2003; SAP de Madrid, Sección 13ª, de 11 de febrero de 2005; SAP de La Coruña, Sección 5ª, de 1 de abril de 2005; SAP de Madrid, Sección 13ª, de 11 de mayo de 2005; y SSTS, Sala 1ª, de 20 de octubre de 1993, 13 de febrero de 1996, 22 de diciembre de 1997, 27 de marzo de 1999, 24 de octubre de 2003 y 13 de mayo de 2004.

2. La cláusula abusiva. Concepto.

Si se toma en consideración la distinta normativa que a nivel nacional y comunitario coexiste en materia de condiciones generales de la contratación y de cláusulas abusivas, se observará, como así he podido concluir, que al margen de consideraciones doctrinales³⁰, sólo en el párrafo quinto del preámbulo de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, y en el artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGCU y otras leyes complementarias, se recoge el *concepto* de cláusula abusiva, que no debe confundirse en ningún momento, con los *requisitos* que deben concurrir, y las circunstancias a tener en cuenta para apreciar los mismos, para declarar abusiva a una determinada condición general.

Es imprescindible establecer la diferencia entre el concepto de cláusula abusiva y los requisitos que deben concurrir en la misma y las circunstancias a tener en cuenta para apreciarlos para que la cláusula sea abusiva, ya que puede parecer que en determinadas normas queda recogido el concepto legal de cláusula abusiva cuando en realidad aquellas se están refiriendo a los precitados requisitos y circunstancias para apreciar la posible existencia de una cláusula abusiva, alejándose, por tanto, del concepto de ésta.

En efecto, el concepto legal de cláusula abusiva sólo aparece definido y recogido en la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación, y en el RDL 1/2007, de LGDCU. En cambio, en el artículo 3 de la Directiva 93/13 únicamente se establece una *consideración*³¹ sobre los requisitos que deben concurrir para que una condición general que no haya sido negociada individualmente pueda ser considerada como abusiva, y ello, al margen del Anexo a la Directiva que incluye un listado indicativo³² y no exhaustivo de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, tal y como señala el artículo 3.3 de la norma comunitaria.

³⁰ DIAZ RUIZ, E., Cláusulas abusivas de los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, RDBB, 2006. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., Las cláusulas abusivas, AC, 2005. BOSCH CAPDEVILLA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A., Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, RCDI, 2005.

³¹ En cambio hay autores que interpretan que dicha *consideración* es el concepto de cláusula abusiva, tal y como parecen manifestar BELLO PAREDES, S., Primera interpretación auténtica de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, DJED, 2000, p. 1, cuando al referirse a la Directiva indica “*si bien éste es el concepto contenido en nuestra actual legislación*”; y PARDO GATO, Las cláusulas abusivas en, Ob. cit., p. 87: “*la determinación genérica del concepto de cláusula abusiva es la ofrecida por el legislador comunitario en el transcrito artículo 3.1*”.

³² Véase STJUE, de 26 de abril de 2012.

Esta confusión entre el concepto de cláusula abusiva, y los requisitos³³ y las circunstancias a tener en cuenta para que una cláusula puede ser declarada abusiva, es la que se produce, en mi opinión, en la STJUE de 14 de marzo de 2013, cuando en su apartado 66 declara que *“a este respecto, ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación del concepto de “cláusula abusiva”, definido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y en el anexo de ésta”*, lo que no es correcto, ya que en el artículo 3.1 de la Directiva sólo se establece una *consideración* sobre los requisitos que deben concurrir para apreciar que una cláusula que no haya sido negociada individualmente pueda ser considerada abusiva.

Dicho lo anterior, y ya centrado en el concepto estricto de cláusula abusiva, efectivamente es en el párrafo quinto del preámbulo de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación, y en el artículo 82 del RDL 1/2007, de LGCU, donde se establece una definición del concepto de cláusula abusiva.

En el indicado preámbulo se establece que *“cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”*.

Por su parte, y utilizando una redacción distinta de la anterior, el artículo 82.1 del RDL 1/2007, establece que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

Es significativo, que con posterioridad a la publicación del RDL 1/2007 de LGCU, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos y créditos hipotecarios, ni la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, ni la más reciente jurisprudencia³⁴ que ha dictado resoluciones judiciales en materia de condiciones generales de la contratación, hayan facilitado³⁵ un nuevo concepto de cláusula

³³ OLIVA BLÁZQUEZ, F., Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, RDP, nº 8, 2002, p. 2 y ss.

³⁴ SSTS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2008, 16 de diciembre de 2009, 18 de enero de 2012 y 9 de mayo de 2013; SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 1 de abril de 2011.

³⁵ La citada ley 2/2009, de 31 de marzo, a pesar de la sensibilidad de la materia regulada en la misma, referida a contratación hipotecaria en la que intervienen consumidores, solo hace alusión a la cuestión de cláusulas abusivas, en su artículo 5.1, estableciendo que las empresas establecerán

abusiva que aclarase o completase a los conceptos legales y doctrinales ya existentes. Labor ésta, que la Sala 1ª del TS pudiera haber asumido conforme al criterio mantenido en su sentencia de 9 de mayo de 2013, referido a pronunciarse de oficio sobre cuestiones que no fueron incluidas en el *petitum*³⁶ de la demanda, y al amparo de la reiterada jurisprudencia del TJUE.

No obstante, considero, que si por algo resaltan las definiciones expuestas del concepto legal de cláusula abusiva, es por recoger tres cuestionados y problemáticos conceptos jurídicos indeterminados³⁷, tales como *buena fe*³⁸, *perjuicio* y *desequilibrio importante*, que de una forma o de otra, e irremediabilmente, tienen que ser interpretados³⁹ no solo por los órganos jurisdiccionales⁴⁰ (*si llegasen a conocer del asunto*), sino también por los distintos órganos administrativos tales como el Banco de España, los Notarios y los Registradores⁴¹.

libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a los consumidores, sin otras limitaciones que las contenidas en esta Ley, en la Ley de 23 de julio de 1908 y en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas.

³⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., en el XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino, celebrado en Córdoba el día 28 de junio de 2013, y en el que se trató “*el deber y el derecho de protección de los consumidores en un tiempo de crisis*”, disertó sobre la ausencia de relación entre el *petitum*, como pretensión solicitada por el demandante al órgano jurisdiccional reflejada en el suplico de la demanda, y las declaraciones llevadas a cabo de oficio por la Sala 1ª del TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo.

³⁷ CARRASCO PERERA, A., Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010, CCJC, nº 86, Madrid, 2011. CAÑIZARES LASO, A., Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, Tecnos, 2006, p. 236.

³⁸ SERRA RODRIGUEZ, A., Cláusulas abusivas en la contratación, Aranzadi, 2ª Edición, 2002, p. 69: “*esto nos conduce ineludiblemente a plantearnos cuál es el concepto o sentido de la buena fe....., que como sabemos, puede concebirse en diversos sentidos. Así: a) como honradez subjetiva, entendida en el sentido de creencia, nacida de un error excusable, de no ser la conducta contraria a Derecho; es decir, buena fe considerada como hecho psicológico, lo que llamamos buena fe subjetiva; b), como conjunto de reglas o criterios de honradez que se sigue en el comercio o en el tráfico jurídico; en este sentido se habla de buena fe como criterio ético, o buena fe objetiva*”.

³⁹ SJM nº 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013, Fundamento de Derecho quinto, apartado 10: “*Ello implica la necesidad de realizar una interpretación judicial del contrato, a la luz del artículo 1.285 del Código Civil, que, teniendo en cuenta los distintos tipos de cláusulas abusivas recogidos en los Artículos 82.4 y 85 a 90 del Texto Refundido, que no dan un elenco o catálogo cerrado de tipos, y guiada esta interpretación por los parámetros de la buena fe, establecen cuándo una cláusula es abusiva,*”.

⁴⁰ CABAÑAS GARCIA, J.C., El control de la nulidad de las cláusulas abusivas en los Contratos de Seguros por los Tribunales Civiles, RRCCS, nº 9, 2005, p. 7 y ss.

⁴¹ En cuanto a la competencia de los Registradores de la Propiedad para interpretar y calificar el carácter abusivo de una cláusula y suspender en su caso la inscripción de la misma, se pronunció la STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009, que puso de manifiesto el papel activo del registrador en materia de cláusulas abusivas. El propio Tribunal recuerda que el artículo 18.1 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, faculta para el control de la legalidad de cláusulas abusivas a los registradores, a fin de evitar el acceso de las mismas al Registro. RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M., Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario, CDR, 2006, en su p. 29 y ss, establece los medios de los que dispone el registrador para apreciar el carácter abusivo de una cláusula. Por otra parte, y sobre la facultad de erigirse el registrador en suerte de juez en la declaración de cláusulas abusivas, se

3. Criterios o elementos de juicio para poder apreciar el carácter abusivo de una condición general incorporada en el contrato de préstamo.

Si se hace un análisis de la distinta normativa que a nivel nacional y comunitario se ocupa de las cláusulas abusivas, puede observarse que se manejan o barajan distintos *elementos*⁴² y *circunstancias* para poder apreciar si una condición general incorporada a un contrato de préstamo es abusiva.

En el Derecho comunitario, la Directiva 93/13, mediante su artículo 3.1, al establecer que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*, viene a determinar los distintos elementos que, una vez valorados e interpretados, pueden llevar a la conclusión sobre la abusividad de determinada condición general.

Dichos elementos están formados⁴³ por dos componentes que deben concurrir para que pueda declararse que una condición general es abusiva.

El primero de dichos elementos, se refiere a la existencia o no de buena fe⁴⁴, y el segundo, que se haya causado en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

En realidad, la interpretación que debe darse a la existencia de los dos elementos descritos, es la exigencia de contrariedad a la buena fe y causación de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Esto revela que la buena fe a que se apela es de carácter objetivo, o sea, la regulación normal y justa del asunto de que se trate de la que se separa injustificadamente y en perjuicio del consumidor la regulación contenida en la cláusula predispuesta.

pronunció: ALBIEZ DOHRMANN, K., La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, RDP, nº. 8, 2002, p. 2.

⁴² La STJUE, Sala 4ª, de 4 de junio de 2009, distingue dentro de citados elementos, los *de hecho* y los *de Derecho*. Por su parte, la SAP de Alicante, Sección 9ª, no utiliza el término *“elementos”* y sí en cambio el de *“parámetros”* para apreciar el carácter abusivo de la concreta cláusula.

⁴³ Consúltese STJUE de 7 de mayo de 2002.

⁴⁴ Obsérvese la valoración que el TJUE, Sala 1ª, de 15 de marzo de 2012, en su apartado 3, realiza sobre la forma de apreciar la buena fe: *“.....en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”*. En el mismo sentido, véase: STJUE, Sala 1ª, de 21 de marzo de 2013, apartado 63 y ss.

Respecto al Anexo a la Directiva 93/13, que contiene una lista indicativa y no exhaustiva⁴⁵ de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, se trata formalmente de una “lista negra”, ya que las cláusulas allí recogidas deben-*no, simplemente, pueden-*, ser declaradas abusivas. Cosa distinta es que su formulación se sirva de conceptos jurídicos indeterminados que de facto la conviertan en una “lista gris”.

Así, el hecho de que la enumeración incorporada en dicha lista no recoja *elementos* de apreciación de la abusividad de determinada cláusula predispuesta, explica muy bien el sistema de control de contenido de las condiciones generales incorporadas a los contratos, ya que se establece una regulación distinta de la que sería aplicable a falta de cláusula-*contrariedad a la buena fe-*, que ocasiona un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

Distintos de los elementos que una vez se hayan producido y probado nos llevarían a calificar a una cláusula como abusiva, existen otras *circunstancias* a tener en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo o no de una determinada cláusula. En ese sentido, debe tenerse en cuenta el contenido de los artículos 4.1⁴⁶ y 5⁴⁷ de la Directiva 93/13.

La Directiva, en cuanto a las circunstancias a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la concreta cláusula, ha señalado, a través de los descritos artículos 4.1 y 5, que deben observarse y tenerse en cuenta los tres siguientes hechos: la naturaleza⁴⁸ de los bienes o servicios que sean objeto⁴⁹ del contrato; las

⁴⁵ La STJUE, Sala 5ª, de 7 de mayo de 2002, aclara en su apartado 11 el significado del término “no exhaustiva”, afirmando que “el hecho de que la lista de cláusulas abusivas que figura en el anexo de la Directiva sea, como indica el artículo 3, apartado 3, de la Directiva, “no exhaustiva” significa, según la Comisión, que, conforme al artículo 8 de la Directiva, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas. De igual modo, el hecho de que dicha lista sea, como precisa el propio artículo 3, apartado 3, “indicativa” sólo significa, en su opinión, que las cláusulas en ella enumeradas no deben considerarse automáticamente abusivas, sino que la autoridad nacional competente debe poder apreciar libremente su naturaleza a la luz de los criterios generales establecidos en los artículo 3, apartado 1, y 4 de la Directiva”.

⁴⁶ Al establecer que “sin perjuicio del art. 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

⁴⁷ Señala que “en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del art. 7 de la presente Directiva”.

⁴⁸ Véase STJUE, de 1 de abril de 2004.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor, ¿fin de una controversia?, RDP, 2011, p. 3 y ss.

circunstancias⁵⁰ concurrentes en el momento de la celebración del contrato, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa; y que las cláusulas estén redactadas siempre de forma clara y comprensible⁵¹.

Por lo que respecta a la legislación nacional, y de igual forma que en el ámbito de la Directiva 93/13, pero de manera más amplia, el RDL 1/2007, de LGCU, a través de su artículo 82.1, establece los *elementos* que deben concurrir para poder apreciar el carácter abusivo de una cláusula, y mediante el artículo 82.3, señala las circunstancias⁵² a emplear para llegar a dicha conclusión.

⁵⁰ En la más reciente jurisprudencia encontramos resoluciones que recogen distintas valoraciones e interpretaciones sobre las mencionadas "*circunstancias*" que deben apreciarse para apreciar o juzgar el carácter abusivo de una cláusula, entre las que destacan, a nuestro juicio: SAP de Las Palmas, Sección 4ª, de 20 de mayo de 2011, que en su Fundamento de Derecho octavo, aclaró que dichas circunstancias deben producirse y valorarse "*conforme a la normalidad de las cosas y la diligencia en el tráfico*"; SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 13 de febrero de 2013, Fundamento de Derecho octavo "*de igual forma, el Juzgado de lo Mercantil de León en su Sentencia de 11 de Marzo de 2.011, señaló que: "a fin de valorar la denunciada desproporción debe estarse al criterio impuesto en el artículo 82.3 de la LGDCU, en cuya virtud "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y es precisamente el presente marco contextual financiero el que permite extraer como conclusión del examen de la evolución del índice tomado como referencia en la cláusula (Euribor) que desde un punto de vista estadístico pueda calificarse de irreal la posibilidad de incremento de dicho índice por encima del 12% en el que la demandada viene fijando el límite superior en los contratos de préstamo hipotecario que redacta"; y la SAP de Alicante, Sección 6ª, de 23 de febrero de 2012, que utiliza "los precios medios de los productos" como referencia a utilizar para esclarecer dichas "circunstancias", como se desprende de la redacción incorporada en el Fundamento de Derecho segundo de indicada resolución judicial, al señalar que "En el caso concreto, ninguna prueba se ha propuesto por el recurrente para advenir que el interés pactado en el contrato, sea notablemente superior al normal o usual en la época de suscripción del contrato y desproporcionado a los precios medios de los productos financieros similares habituales del mercado, por lo que cabe concluir que el riesgo asumido justifica el tipo aplicable respecto del señalado como normal en el momento de concertarse, en la medida que se impone como ajustada contrapartida al período de aplazamiento en el pago en 120 mensualidades, y sin garantía alguna para la entidad financiera todo lo cual impide acoger este motivo de impugnación".*

⁵¹ Lo que enlaza con el concepto de abusividad por intransparencia, que resultó importante en la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013.

⁵² Es importante la reflexión que sobre el artículo 82.3 del RDL 1/2007, de LCGC, lleva a cabo la AP de Jaén, Sección 1ª, en su sentencia de 14 de mayo de 2012, al manifestar en su Fundamento de Derecho cuarto que "*para empezar hay que tener en cuenta que el art. 82.3 de la LCU dice que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. Resulta razonable pensar que si se impidiese la utilización de la cláusula de limitación a la baja de los intereses, de inmediato se incrementaría el interés diferencial, que garantizaría siempre el cobro de un mínimo. Y que otro tanto sucedería si se rebajase el techo para acercarlo al límite a la baja. Lo que a lo largo de la extensa vida de este tipo de contratos, sin duda redundaría en perjuicio del prestatario. Por otro lado, en contratos de tan larga duración como lo son los de préstamo hipotecario, y en un mercado financiero tan cambiante, la determinación de la proporcionalidad entre el límite máximo y el mínimo exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial que ayudase a valorar y a decidir judicialmente tan espinosa e intrincada cuestión". En el mismo sentido: SAP de Ávila, Sección 1ª, de 7 de diciembre de 2012.*

En efecto, el artículo 82.1 del RDL 1/2007, establece dos elementos para considerar o apreciar que una condición general pueda ser calificada como abusiva. Así es, dicho artículo, al establecer que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*, está enumerando, expresamente, los dos elementos que deben utilizarse para llevar a cabo la citada apreciación, referidos a que se haya actuado en contra de las exigencias de la buena fe, y que como consecuencia de lo anterior, se haya causado en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Por su parte, el artículo 82.3 del RDL 1/2007, señala las circunstancias a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la concreta cláusula, estableciendo que *“el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*. De ahí se deriva que se deberá tener en cuenta a tal efecto la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y, situados en el momento de la celebración del contrato, valorando todas las circunstancias que en el mismo hayan concurrido, así como el resto de las cláusulas del contrato en cuestión o de otro del que ésta pueda depender.

En paralelo con lo anterior, los artículos 82.4, 85, y 86 a 90, ambos inclusive, del RDL 1/2007, no establecen, a nuestro entender, *elementos* que nos lleven a apreciar⁵³ el carácter abusivo de una cláusula, ni las circunstancias a tener en cuenta para llevar a cabo dicha labor de apreciación, sino que se recoge, exclusivamente, una enumeración⁵⁴ de cláusulas que, redactadas con el fin indicado en las mismas, establecen derechos y obligaciones⁵⁵ para el adherente y predisponente, lo que

⁵³ FAJARDO FERNÁNDEZ; J., Comentario a la sentencia de 9 de mayo de 2011, CCJC, 2012, p. 2 y ss.

⁵⁴ LARROSA AMANTE, M.A., Principales.....Ob. cit., p. 7: *“El RD Leg. 1/2007, partiendo del mismo concepto de cláusula abusiva (art. 82,1), desarrolla un régimen jurídicamente más armónico y coherente, vertebrando las cláusulas ya reflejadas en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984, y algunas que añade, a partir de una ordenación sistemática de todas las cláusulas que se presumen abusivas en los arts. 85 a 90.1 de tal manera que se convierten en un importante instrumento de interpretación del contrato, directamente alegable y aplicable ante los tribunales, sin que, en ningún modo, pueda entenderse que estamos ante una relación cerrada o de numerus clausus, sino ante una relación no exhaustiva, susceptible de ampliarse a otras cláusulas que, por sus condiciones y efectos, puedan ser consideradas como perjudiciales para los consumidores en términos semejantes a los que se describen en los citados artículos”*.

⁵⁵ SOLER PASCUAL, L.A. ¿Es causa de resolución de la compraventa de vivienda la falta de acceso al crédito por el comprador, cuando el contrato se ha perfeccionado y el comprador ha entregado incluso cantidades a cuenta? Foro abierto, BCID, nº 79, 2011, p. 7.

supone, que a dicha enumeración le sea de aplicación lo señalado sobre el Anexo de la Directiva 93/13⁵⁶.

Tal y como señala la STS de 9 de mayo de 2013 (apartados 251 y ss), ni la normativa comunitaria ni nacional precisan qué debe entenderse por *desequilibrio importante contrario a la buena fe*, por lo que, si se atiende a la finalidad de las condiciones generales y de su control abstracto, no es posible limitar la buena fe a la esfera subjetiva, de lo que se deriva que al margen de anteriores consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, los distintos agentes deberán considerar un nuevo criterio a tener en cuenta para valorar el término de *desequilibrio importante contrario a la buena fe*.

El Tribunal, a fin de valorar e intentar aproximarse a concretar qué debe entenderse por *desequilibrio importante contrario a la buena fe*, parte, en mi opinión, de un factor determinante, consistente en la buena fe del consumidor en la generalidad de la contratación con condiciones generales, y de la confianza que el mismo tiene en los empleados de la concreta sucursal bancaria, al advertir la Sala (apartado 253) que *“es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto”*.

Merece especial atención cómo la Sala, mediante la transcripción expuesta, presume que el consumidor en cualesquiera de las contrataciones bancarias que pueda llevar a cabo, actúa de buena fe y en la confianza que le merece las actuaciones ejercidas por el empleado de la sucursal, que actuando⁵⁷ conforme a criterios de neutralidad en los productos que ofrece, no le causará perjuicio alguno. En realidad, no es que el consumidor actúe de buena fe y la otra parte de mala, sino de lo que el primero puede razonablemente esperar de conformidad con las exigencias de la buena fe.

Por su parte, la STJUE, de 14 de marzo de 2013, también se pronunció no solo sobre los *elementos* que pudieran utilizarse para apreciar el carácter abusivo de

⁵⁶ V. Supra (Anexo).

⁵⁷ Dicha actuación del empleado de la sucursal bancaria, también fue expuesto en la STJUE de 14 de marzo de 2013 para interpretar los conceptos de buena fe y *desequilibrio*, al establecer en su apartado 69 que *“en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”*.

una cláusula y las circunstancias a tener en cuenta para hacerlo, sino también sobre otro extremo de suma importancia a nuestro entender, relativo a la solicitud que efectúa el órgano jurisdiccional español al Tribunal para que, completando los elementos que contemplan las leyes nacional y europea para la apreciación de cláusulas abusivas, sea éste último el que precise los elementos constitutivos de la cláusula abusiva, lo que llevo al Tribunal europeo a dar al órgano jurisdiccional remitente las indicaciones que en el siguiente párrafo señalo, a fin de que dicho órgano remitente las utilice en lo sucesivo para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate, aludiendo para ello el Tribunal comunitario a su sentencia de 26 de abril de 2012.

Dicha solicitud, manifestándose en todo momento conforme a los criterios establecidos en la Directiva 93/13, llevó al TJUE a efectuar mencionadas indicaciones a favor del órgano judicial remitente, pronunciándose sobre el concepto de *“desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*, así como en qué circunstancias se causa ese desequilibrio *“pese a las exigencias de la buena fe”*, estableciendo la sentencia en su apartado 76, punto segundo, que *“el concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”*; añadiendo la Sala, en el punto tercero, *“que para determinar si se causa el desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”*.

El TJUE, además, a través de su sentencia de 16 de enero de 2014, ha estimado que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente.

Así, se pone de manifiesto que para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación

objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

4. La carga de la prueba.

Cuando la parte demandante solicita al órgano judicial que determinada condición general sea declarada abusiva, tanto la Directiva 93/13, como el RDL 1/2007 de LGCU, establecen las normas a seguir en cuanto a la carga de la prueba, las cuales, lógicamente, y como no puede ser de otra manera, han tenido que ser interpretadas en diversas ocasiones por los distintos órganos jurisdiccionales.

En lo que respecta a la carga de la prueba en la solicitud al órgano judicial para la declaración de abusiva de cualesquiera condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo, debe prestarse especial atención a la redacción del artículo 3 de la Directiva.

A través del punto 1⁵⁸ y el párrafo primero del punto 2⁵⁹ de dicho artículo, la norma comunitaria lleva a cabo una consideración referida a intentar conocer qué tipo de cláusulas se considerarán abusivas y conforme a qué requisitos, y establecer una presunción conducente a considerar cuándo una cláusula no se ha negociado individualmente.

Por su parte, los párrafos segundo⁶⁰ y tercero del punto⁶¹ 2 del artículo 3 de la Directiva, vienen a concretar las consecuencias que conllevaría el hecho de que una

⁵⁸ Al establecer que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

⁵⁹ Determina que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*.

⁶⁰ Establece que *“el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”*.

⁶¹ Señala que *“el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”*.

cláusula aislada se haya negociado individualmente, así como a qué parte incumbe la carga de la prueba si el profesional en cuestión mantiene que determinada *cláusula tipo* ha sido negociada individualmente.

Obsérvese, tal y como he señalado, que a través del artículo 3.1 y el párrafo primero del punto segundo del artículo 3, el legislador europeo incluye⁶², sin entrar aún a mencionar cuestiones relativas a la carga de la prueba, distintas consideraciones para apreciar que una cláusula no negociada individualmente pueda ser declarada abusiva, así como, la consideración referida a cuándo una cláusula se estimará que no ha sido negociada individualmente.

A través de los citados párrafos segundo y tercero del punto 2 del artículo 3 de la Directiva, la misma trata la cuestión de la carga de la prueba.

A fin de relacionar los indicados párrafos, y así poder reflexionar sobre la carga de la prueba, es necesario previamente hacer mención a los términos incluidos en el párrafo segundo del punto 2 del artículo 3, relativos a “*ciertos elementos de una cláusula*” y “*una cláusula aislada*”; y el incluido en el párrafo tercero de dicho artículo comprensivo de una “*cláusula tipo*”.

En mi opinión, cuando se incluye el inciso “*ciertos elementos de una cláusula*”, el mismo se refiere a aquellas cláusulas prerredactadas que contienen espacios en blanco que son cumplimentados con respecto a cada contrato concreto.

Por lo que respecta a la redacción referida a “*una cláusula aislada*”, la expresión es interpretable según se analice desde un punto de vista formal o material el concepto de cláusula. Así, por lo que aquí interesa, desde la perspectiva material del concepto, es indiscutible que la cláusula aislada es una más⁶³ de las que han quedado incorporadas⁶⁴ en el contrato, sin perjuicio de que sea el órgano judicial el que determine si la cláusula aislada es una cláusula predispuesta, impuesta por una de las partes y si ha sido redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos⁶⁵.

⁶² GARCÍA DE PABLOS, J.F., Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, RAD, nº 5, 2013, p. 3.

⁶³ REGLERO CAMPOS, L.F., Régimen deOb. cit., p. 1: “*De este modo, para que pueda considerarse que el contenido de un contrato o parte de él entra dentro de la categoría de las «condiciones generales», no sólo se requiere que todo o parte de su clausulado haya sido impuesto y previamente redactado (que lo haya sido o no por el predisponente carece de relevancia, sino que lo haya sido con el propósito de servir como de «aplicación general» (esto es, con vista a su incorporación en un número indeterminado de contratos) dentro de un determinado ámbito de consumo*”. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., Principios y criterios....., Ob. cit., p. 8.

⁶⁴ Normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles, MU, Aranzadi, 2013, p. 3.

⁶⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 16 de mayo de 2013, Fundamento de derecho tercero: “*Tal cláusula cumple todos los elementos de la definición de las condiciones generales de contratación que establece el art. 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley*

Por su parte, cuando el párrafo tercero del punto 2 del artículo 3 de la Directiva hace mención a la “*clausula tipo*”, se entiende que se refiere, en todo momento, a una cláusula que tenga la consideración legal de condición general⁶⁶ incorporada a un contrato⁶⁷ de adhesión.

Una vez analizada la norma comunitaria, y en lo que respecta a la legislación nacional en materia de carga de la prueba en la solicitud al órgano judicial de declaración⁶⁸ de abusiva de determinada condición general incorporada al contrato de préstamo, hay que señalar que es el RDL 1/2007, de LGCU, el que mediante sus artículos 82 párrafos tercero y apartado d) del punto 4; y 88.2 (a través de los cuales incorpora a la legislación nacional las premisas que cuanto a carga de la prueba establece la Directiva 93/13), recoge determinadas normas referidas a la indicada carga de la prueba para la solicitud de declaración de abusiva de las condiciones generales incorporadas al contrato.

Por lo que atañe al artículo 82 párrafo tercero, de su contenido⁶⁹ se desprende una cuestión significativa, aunque no relevante en mi consideración si la ubicamos en el terreno del contrato de préstamo, relativa a que el artículo 82, párrafo tercero, utiliza la misma redacción dada por la Directiva, si bien, con la salvedad de que en aquel se utilizan los términos “*empresario*” y “*cláusula*”, en vez de “*profesional*” y “*cláusula tipo*”, como menciona la Directiva.

7/1998, de 13 de abril: es una cláusula predispuesta, su incorporación al contrato aparece impuesta por una de las partes y ha sido claramente redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos. No obsta a tal consideración que en la propia cláusula se hiciera constar que su suscripción no quedaba vinculada la eficacia del contrato principal, pues, como establece el apartado 2 del mismo artículo, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión, como indudablemente es el aquí analizado, en el que aparecen impresas todas las condiciones del contrato, y cubiertas a mano, aparte de los datos personales de los contratantes, solamente los aspectos relativos al plazo en el que se obligaba.....”.

⁶⁶ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas, RACC, nº 2, 2000, p. 2 y ss.

⁶⁷ DÍAZ MORENO, A., Cláusulas abusivas en contratos bancarios, DN, nº 237, 2010, p. 2 y ss. STJUE, de 21 de marzo de 2013, apartado 55: “Los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55 (LCEur 2003, 2135), deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si una cláusula contractual tipo, mediante la que una empresa....., reviste concretamente una importancia esencial determinar: - si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste”.

⁶⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, RCDI, nº 692, 2005, p. 3.

⁶⁹ Establece que “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”.

Digo que resulta no relevante la no coincidencia de términos porque en el ámbito de condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo, los términos “*empresario*” o “*profesional*” se utilizan indistintamente para referirse a las entidades de crédito identificadas como tales en el capítulo I de este trabajo⁷⁰; y el término “*cláusula*” y “*clausula tipo*” vienen a contemplar lo mismo, es decir, ya se esté refiriendo a elementos de una cláusula o a una cláusula aislada o individual⁷¹, en los términos ya expuestos.

En cambio, sí merece especial atención el hecho de que en la redacción del párrafo tercero del artículo 82, el legislador nacional solo incluya que “*el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*”, sin añadir que la asumirá “*plenamente*”, término éste que sí incluyó la Directiva en el párrafo tercero del punto del artículo 3, cuestión que ha sido valorada e interpretada por la doctrina y por la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013.

Hasta en tres ocasiones la citada resolución judicial trata de la carga de la prueba, refiriéndose a la misma en los apartados 87 y ss; 101 y ss; y 145 y ss.

En los apartados 87 y ss (punto 2.2 del Fundamento de Derecho tercero) el TS, al referirse al control de la valoración de la prueba, especifica y recuerda a la partes que en el sistema procesal español, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que mediante relación cerrada enumera el artículo 469 LEC se refiere a la valoración de la prueba⁷², si bien, puntualiza el Tribunal, la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se

⁷⁰ V. supra.

⁷¹ CARRETERO GONZALEZ, C., Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionados con la carga de la prueba, RDBB, nº 91, 2003, p. 3 y ss.

⁷² Pese a ello, y tal como indica en esta sentencia el TS, “*es posible cierto control sobre las conclusiones de hecho que sirven de base a la sentencia recurrida de forma excepcional, al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 LEC siempre que, conforme a la doctrina constitucional, no superen el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE*”. En este sentido, consúltense, SSTS, Sala 1ª, de 4 de marzo de 2011, Fundamento de Derecho tercero *in fine*: “*.....pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba.....*”; y 25 de abril de 2012, Fundamento de Derecho segundo, apartado 26: “*Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del art. 469.1.2.º LEC, ya que este motivo de infracción procesal está reservado, en lo que aquí interesa, al examen del cumplimiento de "las normas procesales reguladoras de la sentencia" que comprenden el procedimiento para dictarla, forma, contenido y requisitos internos de la sentencia, pero no las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, ya que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso a la casación al amparo del art. 469.1.4.º LEC cuando se funde en un error patente siempre que pueda demostrarse que, siendo manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración efectuada, no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, ya que la valoración de la prueba es función de las instancias y éstas se agotan en la apelación*”.

pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

Por su parte, a través del punto 2.1 de la sentencia (apartados 101 y 102 del Fundamento de Derecho cuarto), el Tribunal hace alusión al concepto de la carga de la prueba, pero sin entrar a valorar aún, en dichos apartados, conforme a qué criterios la misma debe ser interpretada, puntualizando la Sala en su apartado 101, exclusivamente, que en condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo *“la carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC”*; y añade en el punto 102, que *“cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, ya que ” en nuestro sistema probatorio rige la regla de apreciación libre, salvo algunas excepciones, y un criterio de elasticidad, de modo que no se exige por la ley una determinada cantidad o entidad probatoria - dosis o tasa de prueba-”. Determinar esta dosis es función soberana de los tribunales que conocen en instancia -primera y apelación-, estando vedado su acceso a casación salvo que se incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad con infracción del artículo 24.1 CE”*.

Es necesario esperar al Fundamento de Derecho octavo de la sentencia, para conocer la valoración e interpretación que la Sala lleva a cabo sobre la carga de la prueba en la solicitud de declaración de abusivas de condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo.

En efecto, el Tribunal, a través de los apartados 145 y ss del citado Fundamento de Derecho octavo, analiza y se pronuncia sobre la carga de prueba con ocasión del rechazo por otra parte de la sentencia recurrida a admitir que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses hayan sido impuestos por las entidades de crédito, basándose la sentencia de segunda instancia en los siguientes criterios:

a) Las escrituras de préstamos hipotecarios que formalizan las demandadas, en algunas ocasiones contienen pactos de limitación del interés y en otras ocasiones no -hecho probado intangible en casación-, de lo que la sentencia recurrida concluye -valoración jurídica susceptible de revisión por este tribunal- que los hechos probados acreditan " la posibilidad de una negociación efectiva, no meramente ilusoria o quimérica"; y

b) La OM de 5 de mayo de 1994 "regula el iter negocial de la contratación" - extremo de hecho-, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la

voluntad del prestatario se desarrolle libremente -valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe “con el adecuado conocimiento y con total información”.

La Sala del TS, a la vista de los argumentos expuestos por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, entró a analizar si los pactos de limitación de la variabilidad de intereses han sido y están destinados a ser impuestos, con la consiguiente atribución o adjudicación de la carga de la prueba.

Pues bien, la Sala del TS inicia la valoración de la carga de la prueba reflexionando sobre la interpretación que puede darse al concepto “*imposición de la condición general por una de las partes*”, aclarando en ese sentido en el apartado 147, que “*el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "(s)e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*.

La Sala, ayudada por los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal, referidos a que la Directiva 93/13 “*no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos*”, concluye que atendiendo al contenido del artículo 3.2 de la Directiva, “*el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato*”.

Seguidamente, el Tribunal, unido a la mencionada afirmación de que la norma no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos, manifiesta que es suficiente, además, para valorar la imposición de las condiciones generales, que se trate de cláusulas no negociadas individualmente, tal y como recoge en el apartado 149 al señalar que “*“más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "(a) los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que "(s)e le exige que no haya podido eludir su*

aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva ". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

A continuación, el Tribunal (apartados 151 y ss), diferencia, a efectos de valoración de carga de la prueba, los conceptos de “*imposición del contenido del contrato*” y la “*imposición del contrato*”, afirmando, de manera conclusiva, que no pueden identificarse en el sentido de obligar a contratar.

Posteriormente, la Sala, mediante los apartados 153 y ss de la sentencia, efectúa una valoración de *la prueba de los hechos notorios*⁷³, concluyendo, de manera contundente a nuestro entender, y tras un desglose de la distinta normativa aplicable a aquella, que la utilización de las cláusulas de limitación de la variabilidad del intereses, como condición general incorporada al contrato de préstamo, es una práctica que la entidad de crédito decide en cada momento, y que las aplican con bastante rigidez, en el sentido de que los directores de sucursal no ostentan facultades para alterar la característica básica del producto, por lo que la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad.

El Tribunal mantiene que el hecho de quedar probado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, y teniendo en cuenta, además, la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individual, hace llegar a la conclusión de considerar acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal manera que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se trata de cláusulas impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario.

Finalmente, conviene comentar el asunto relativo a la imposición de la carga de la prueba por parte del predisponente al adherente en aquellos casos en que debiera corresponder a aquel.

⁷³ La STS de 9 de mayo de 2013, viene a aclarar y completar a otras sentencias dictadas por la propia Sala 1ª del TS, tales como las de 12 de junio de 2007 (Fundamento de Derecho segundo: “Y, por último, la apreciación de notoriedad hace innecesaria la prueba, pues los hechos notorios (que según definición clásica son “aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse tan convencido de ellos como el juez en el proceso mediante la práctica de la prueba”) no es preciso probarlos, y así lo vino reconociendo la jurisprudencia.....”); y 20 de diciembre de 2002 (Fundamento de Derecho quinto: “y fundado en infracción de la jurisprudencia sobre la exención de prueba de los hechos notorios constituidos por todos los que determinaron la crisis”).

En ese sentido, el artículo 82.4-d y el artículo 88.2 del RDL 1/2007, vienen a establecer la misma consideración, es decir, considerar como abusivas aquellas cláusulas que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

En efecto, del artículo 82.4-d⁷⁴, y del artículo 88.2⁷⁵, se desprende que la imposición por parte del predisponente al adherente de la carga de la prueba en aquellos casos en que debiera corresponder a aquel, será declarada abusiva.

Así, de la redacción de los artículos comentados, se desprende que con la sola imposición de la carga de la prueba al adherente en los casos en que la misma debería corresponder al predisponente, sería suficiente para solicitar al órgano judicial que la cláusula pudiera ser declarada abusiva.

La STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009, se pronunció sobre el asunto de la carga de la prueba pero utilizando en aquel momento la redacción a la sazón de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (dada por la Ley 7/1998), que establecía en su disposición adicional primera, apartado IV-garantías, nº 19, que tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones que establezcan *“La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que deberá corresponder a la otra parte contratante”*.

Como puede observarse, la redacción mantenida en dicha disposición adicional primera, y la actual que recoge el artículo 88.2 del RDL 1/2007, son idénticas, a excepción del término *“usuario”* que no era mencionado en el mencionado apartado 19, lo que lleva a concluir, que las interpretaciones y valoraciones dadas sobre la carga de la prueba por el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2009, son aplicables y utilizables para la solución de supuestos cuyo origen sea la redacción del artículo 88.2 del RDL 1/2007.

Pues bien, partiendo de la precitada conclusión, el TS, en su sentencia de 16 de diciembre de 2009, que declaró abusivas determinadas condiciones empleadas por diversas entidades financieras en negocios tales como préstamos con garantía hipotecaria, tarjetas de crédito y débito, entre otros, y que no tuvo que entrar a enjuiciar ninguna cláusula referida a la carga de la prueba incorporada en el contrato de préstamo porque no se solicitó en la demanda, sí se pronunció en cambio sobre dicha carga de la prueba en contratos de tarjeta, al valorar una cláusula incluida en

⁷⁴ “82. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive: d- le impongan indebidamente la carga de la prueba”.

⁷⁵ “En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan: 2. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

los mismos cuyo texto declaraba la *“exención de toda responsabilidad de la entidad, por extravío o sustracción de la tarjeta (de crédito o de débito), o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida”*.

La Sala, previamente a especificar en su Fundamento de Derecho noveno, apartado i^o, párrafo segundo, que para dar una respuesta casacional, dejaría al margen numerosos temas y aspectos que incidiendo en la utilización de las tarjetas y libretas no son propiamente objeto de debate, afirma y mantiene en el párrafo segundo del punto 3 de dicho Fundamento de Derecho noveno, que *“la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción que dio lugar a que el titular del instrumento de pago, único que conoce y puede modificar el PIN, corresponde al que la sufrió, porque en otro caso se crea para la entidad una situación de "probatio diabolica" atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo, de práctica imposibilidad probatoria. No cabe invocar en otro sentido la norma del apartado IV. 19 de la Disposición Adicional Primera de la LGDC y U porque el carácter abusivo de "la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" se refiere, según la propia dicción legal, a "los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante", lo que aquí no sucede”*.

Seguidamente, el TS (punto 4), concluye incorporando una manifestación que sí es aplicable a la cuestión de la carga de la prueba en el contrato de préstamo cuando el predisponente impone la misma al adherente y sin embargo debiera corresponder asumirla a él, al indicar la Sala que *“por lo tanto, no se trata de derivar la responsabilidad a la entidad bancaria, sino de estimar abusiva una cláusula que le exonere de responsabilidad en todo caso”*.

En efecto, el TS, a través de las dos resoluciones expuestas, traslada, en mi opinión, y llevándolo al ámbito del contrato de préstamo, un claro mensaje a las entidades de crédito, advirtiéndoles a las mismas que si bien en el recurso de casación que conoció la Sala en 2009 no se demandó ninguna posible irregularidad en el asunto de la carga de la prueba en condiciones generales incorporadas a los contratos de préstamo, sí será abusiva aquella cláusula que, incluida en el contrato de préstamo, exonere a la entidad de crédito predisponente de asumir la carga de la prueba en todo caso, es decir, que como en el asunto expuesto de la tarjeta, la carga de la prueba corresponderá a la parte que deba asumirla en cada momento, atendiendo al supuesto concreto, pero no podrá admitirse que en todo caso la entidad financiera se exonere, libremente, de la carga de la prueba.

5. La evolución normativa y jurisprudencial del término “transparencia” en las condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo.

En materia de condiciones generales de la contratación incorporadas al contrato de préstamo, ha resultado extraordinariamente controvertida la

interpretación que debe darse al término *transparencia* por parte de la doctrina⁷⁶ y la jurisprudencia⁷⁷ ante la ausencia de normativa que defina al mismo.

En efecto, al igual que ha sucedido con el propio concepto de cláusula abusiva, ni el legislador europeo ni el nacional han incorporado un concepto cabal e inequívoco de *transparencia* en condiciones generales incluidas en contratos bancarios, lo que ha provocado que sean la doctrina y la jurisprudencia las que en cada caso concreto hayan tenido que interpretar si en el asunto conocido se han respetado los requisitos que sobre transparencia se establecen en las distintas normas nacionales y europeas.

La anterior consideración puede estimarse acertada si se hace un breve desglose de la diversa normativa financiera que a nivel nacional se ha ido creando para regular las condiciones generales de la contratación, de la que se desprende claramente, a nuestro juicio, que si bien se establecen diferentes procedimientos de preparación y entrega de documentación conducentes a aportar a la concreta operación la mayor transparencia en beneficio del consumidor, no se consigue, en cambio, que éste de forma definitiva conozca íntegramente las condiciones generales que se aplicarán a su concreta operación y las responsabilidades a las que deberá hacer frente con motivo de la formalización del correspondiente contrato.

Dicha normativa, de búsqueda de transparencia en materia financiera, se inició con la entrada en vigor de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, mediante la que se facultó, a través de su artículo 48.2, al Ministro de Economía y Hacienda para que pudiera, 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, establecer determinados requisitos en la correspondiente relación contractual, y en especial, tal y como indica el apartado a) de dicho artículo 48.2, ordenando que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, prestando especial atención a las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios, y en particular, en cuanto a éstos últimos, y siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, asegurando que la

⁷⁶ LARROSA AMANTE, M.A., *Las cláusulas.....*, Ob. cit. p. 2.

⁷⁷ Véanse, entre otras: SAP de Madrid, Sección 11ª, de 10 de octubre de 2002; AAP de Madrid, Sección 13ª, de 21 de julio de 2003; SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 2 de noviembre de 2010; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 14 de enero de 2011; STS, Sala 1ª, de 2 de marzo de 2011; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 21 de septiembre de 2011; SAP de Burgos, Sección 3ª, de 2 de febrero de 2012; SAP de Baleares, Sección 3ª, de 24 de mayo de 2012; SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 19 de junio de 2012; SAP de Madrid, de 13 de julio de 2012; SAP de Baleares, Sección 5ª, de 19 de noviembre de 2012; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de noviembre de 2012;; SAP de Alicante, Sección 9ª, de 19 de abril de 2013; y SAP de Badajoz, Sección 2ª, de 27 de junio de 2013.

correspondiente información sobre transparencia se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

Seguidamente, y ya iniciada la actual crisis financiera originada a principios de 2007, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, extendió el régimen de transparencia a los entes intermediarios financieros diferentes a las consideradas como entidades de crédito por el artículo 39 de la Ley mencionada Ley 26/1988, de 29 de julio, por lo que se daba solución a una de las lagunas que sin duda provocaba indefensión en el consumidor bancario, ya que con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, si bien la actividad de concesión y formalización de préstamos y créditos no estaba reservada⁷⁸ a las entidades de crédito, en cambio, las otras empresas distintas⁷⁹ de las enumeradas en el citado artículo 39, quedaban sometidas únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin que les fuese de aplicación otras exigencias específicas de transparencia⁸⁰ bancaria que en cambio sí se les exigía a las entidades de crédito descritas en la Ley 26/1988.

Posteriormente, y ante la publicación de la Directiva⁸¹ 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, los países europeos se vieron obligados a desarrollar dicha norma europea y ajustar las normas nacionales a los criterios comunitarios sobre transparencia financiera en servicios de pago, a fin de garantizar adecuadamente la protección de los usuarios.

A tal fin, se publicó la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, entre cuyos objetivos se encuentra aumentar la transparencia en el mercado, tanto para los prestadores de los servicios como de los usuarios. Para conseguir este objetivo, a través del Título III se establece, con carácter general para todos los servicios de pago, el sistema de transparencia en cuanto a las condiciones y los requisitos de información aplicables a dichos servicios. Para ello, la Ley utiliza un criterio flexible, con mayores o menores exigencias según las características del usuario, protegiendo con mayor rigor a los consumidores ordinarios, pero dando siempre un margen notable a la libertad contractual. En todo caso, el legislador ha

⁷⁸ ORDÁS ALONSO, A propósito de....., Ob. cit. p. 5.

⁷⁹ FLORES RODRIGUEZ, J., La nueva Ley....., Ob. cit. p. 2.

⁸⁰ Véanse: SAP de Tarragona, Sección 3ª, de 1 de abril de 2011; SAP de Málaga, Sección 5ª, de 28 de septiembre de 2012; y SAP de Madrid, Sección 11ª, de 3 de diciembre de 2012.

⁸¹ Que quedará derogada a partir del 13 de junio de 2014 por la entrada en vigor de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

previsto que el proveedor del servicio deberá facilitar al usuario toda la información y condiciones relativas a la prestación que ambos concierten.

A continuación, se publicó en España la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, a través de la cual se establece que la Orden es de aplicación tanto a las operaciones de pago singulares como a los contratos marco y a cada una de las operaciones de pago que se realizan sujetas a las mismas, regulando no sólo las obligaciones generales de información de los proveedores y beneficiarios de servicios de pago cuando presten servicios de cambio de divisa o establezcan recargos o descuentos por utilizar un determinado instrumento de pago, sino también desarrollando los distintos requisitos para una correcta información cuando el consumidor se encuentre ante operaciones de pago singulares, entendidas éstas como aquéllas que no están cubiertas por un contrato marco.

Casi de forma simultánea a la anterior, se aprobó la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, que vino a establecer un sistema de control de la publicidad basado en la prevención y en la corrección de eventuales conductas inadecuadas en materia de contratación bancaria, para lo que la Orden fijó unos criterios específicos sobre publicidad financiera, a la vez que facultó al Banco de España para poder exigir el cese o la rectificación de la publicidad que no cumpliera con las previsiones establecidas en la propia Orden.

Pues bien, como complemento a las intenciones que la descrita normativa tiene sobre transparencia en contratación financiera, y ante la ya citada crisis económica y financiera iniciada a principios de 2007, y con el propósito de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, y en especial, tratando de concretar aún más las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito, entró en vigor la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que impone a las entidades de crédito, como hecho que a nuestro modo de ver se presenta como significativo, en lo que ahora interesa, una serie de obligaciones en lo referente a la contratación de préstamos hipotecarios por personas físicas, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir.

Esta nueva normativa obliga inexcusablemente a las entidades de crédito a que antes de iniciar cualquier relación contractual con un cliente, facilitar de forma obligatoria y gratuita al mismo, toda la información⁸² precontractual que sea precisa

⁸² Obsérvese la valoración que del término “información” citado en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, se efectúa en la SAP de Asturias, Sección 5ª, de 26 de junio de 2013, al indicar en su

para que pueda comparar ofertas similares, con la premisa, y así lo establece claramente la Orden, que dicha información debe ser clara, oportuna y suficiente, además de objetiva y no engañosa, instrumentándose la entrega en papel y con la debida antelación en función del tipo de contrato y, en todo caso, antes de que el cliente asuma cualquier obligación.

La Orden, como requisito novedoso que debe cumplirse en la fase precontractual de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y a diferencia de la descrita normativa, introduce la obligación de la entidad de crédito de entregar a los avalistas del préstamo o crédito en cuestión la misma documentación que la Orden describe como de obligada entrega al deudor principal, a fin de que unos y otros, sin excepciones, conozcan clara y detalladamente el contenido de sus obligaciones y las responsabilidades que asumirán caso de formalizar el correspondiente contrato.

Las obligaciones de información, provenientes de la indicada orden EHA/2899/2011, entraron en vigor el pasado 29 de julio de 2012, y comprenden la entrega de la siguiente documentación: guía de acceso al préstamo hipotecario⁸³; ficha de información precontractual (FIPRE)⁸⁴; ficha de información personalizada (FIPER)⁸⁵; y oferta vinculante⁸⁶.

Fundamento de Derecho segundo que: *“Venimos insistiendo en la idea de que ese deber de información no se satisface con la sola indicación al cliente de que el juego combinado de los intereses aplicables a una y otro contratante puede provocar al cliente resultados negativos, dependiendo de la evolución del interés variable referencial. Más cabalmente, una información suficiente debería comprender la explicación con ejemplificaciones numéricas de los resultados posibles en escenarios tanto alcistas como bajistas y, aún precisando más, en la medida en que el contrato se proyecta con el fin de cubrir el riesgo del alza del interés, pero no se limita a eso, deberían hacerse dichas explicaciones tomando en consideración también el préstamo objeto de cobertura, con especial incidencia en el supuesto de escenarios bajistas, para que, al fin, el cliente tenga cabal conocimiento del posible coste patrimonial futuro y real que conlleva la suscripción del contrato, de forma que no ocurra lo que la experiencia demuestra que ocurrió, esto es, la sorpresa del cliente bancario ante liquidaciones negativas de la permuta por la caída del interés referencial variable sin paralela repercusión compensatoria en el interés debido por el préstamo, de forma que, a la postre, en un escenario bajista, tanto debe de satisfacer la liquidación negativa de la permuta como el interés del préstamo”*.

⁸³ Dicha Guía, cuya creación viene impuesta en la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y a la que se refiere el artículo 20 de la mencionada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ha sido elaborada por el Banco de España con la finalidad de que quienes demanden préstamos hipotecarios dispongan previamente de información para adoptar sus decisiones de financiación.

⁸⁴ La citada FIPRE se tiene que redactar por la entidad de crédito y entregarse al cliente previamente a iniciar cualquier relación contractual, sin coste alguno para el mismo y con el fin de que pueda comparar ofertas similares en otras entidades de crédito. A través de dicho documento se describen las características, tipos de interés, gastos y comisiones, y se entregará al cliente antes de que éste asuma con la entidad de crédito cualquier obligación.

⁸⁵ La entidad de crédito ha de aportar la FIPER al cliente en el momento de la concesión del préstamo o crédito hipotecario, es decir, una vez que el cliente solicite el préstamo y haya facilitado datos

Finalmente, la Orden EHA/2899/2011, con la intención de propiciar aún más la transparencia en el ámbito de la contratación financiera, ha establecido en su disposición adicional transitoria única, desarrollada ésta por la disposición adicional segunda de la Circular 5/2012 del Banco de España, la desaparición de diversos índices de referencia utilizados⁸⁷ por las entidades de crédito en el cálculo de los correspondientes tipos de interés variable en la aplicables a los contratos de préstamo.

5.1. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

Una vez analizado el avance normativo del concepto de transparencia en las condiciones generales incorporadas a contratos financieros, seguidamente haré mención a las diversas consideraciones doctrinales y resoluciones judiciales que sobre el término transparencia se han originado, a consecuencia del vacío legal existente en cuanto a su definición, lo que provoca, tal y como mencionó GARCIA AMIGO⁸⁸, “*que cuando el Derecho vigente no ofrece los medios adecuados para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la vida de los negocios, es también la doctrina quien arbitra nuevas perspectivas al respecto*”.

Ambos agentes, es decir, doctrina y jurisprudencia, ante el indicado vacío legal relativo al concepto formal de transparencia en materia de condiciones generales de la contratación, para valorar dicho término pueden servirse de hasta tres caminos distintos que emanan del propio concepto de transparencia, referidos al *control del contenido*; al *control de inclusión* y al *control de transparencia* de la concreta cláusula incorporada al contrato.

El control del contenido, tal y como lo define PARDO GATO⁸⁹, es “*el conjunto de operaciones de naturaleza preeminentemente valorativa orientadas a determinar si la regulación material recogida en las condiciones generales es o no*

sobre su situación financiera y sus necesidades de financiación, se le facilitará la información personalizada que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, si bien, es preciso matizar, que la entrega de esta información no supone para la entidad de crédito obligación alguna de conceder el préstamo o crédito.

⁸⁶ La entrega de la oferta vinculante al cliente se produce una vez que la entidad de crédito ha concedido el préstamo. En dicha oferta vinculante se indicará que su validez es de 14 días naturales a partir de la fecha de entrega al cliente. Una vez que el cliente acepta la oferta vinculante, tanto los titulares del préstamo como los avalistas, si existiesen, tendrán derecho a examinar el proyecto de escritura de préstamo hipotecario en la Oficina Pública al menos durante los tres días hábiles a su otorgamiento, si bien el cliente puede renunciar al plazo señalado, siempre que en el acto de otorgamiento de la escritura tenga lugar en la propia notaría.

⁸⁷ A partir del 01 de noviembre de 2013, entró en vigor un nuevo índice que sustituirá a los índices hipotecarios IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA. Dicho nuevo índice de referencia será el que aparezca en los correspondientes contratos.

⁸⁸ Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Tecnos, 1965, p. 13.

⁸⁹ Las cláusulas abusivas....., Ob. cit., p. 182.

admisible, esto es, compatible con el principio de buena fe, tal control de contenido constituye el núcleo central de dicha regulación”.

Dicho control del contenido, se basaría en la comprobación por el órgano judicial de si han sido respetados por el predisponente en la incorporación de condiciones generales al contrato, los requisitos⁹⁰ contenidos en el artículo 82.1 del RDL 1/2007, de LGCU, es decir, que la estipulación que no haya sido negociada individualmente, o la práctica no consentida expresamente, reúna y se ajuste al principio de buena fe, y no cause un perjuicio al consumidor por existir un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Por su parte, y respecto al control de inclusión, consiste (PARDO GATO⁹¹) en *“aquellas exigencias de naturaleza formal que ha de cumplir y respetar quien se sirve de condiciones generales en el desarrollo de su actividad negocial, con la finalidad de que éstas se incorporen válidamente al contrato o formen parte de él”⁹²*, o sea, *“puede decirse que el conjunto de operaciones dirigidas a verificar su concurrencia conforman el llamado control de inclusión o incorporación o, simplemente, control del consentimiento”.*

Si se relaciona la citada definición sobre control de inclusión con las alusiones a él que efectúa la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, considero que el control de inclusión se orientaría a comprobar por el órgano judicial si el adherente sabe que el contrato se sujeta, entre otras, a esa cláusula y si puede conocer su contenido de regulación material.

La indicada sentencia (Fundamento de derecho decimoprimer, apartado 198 y ss) al tratar del control de inclusión de las condiciones generales, apunta, a nuestro entender, que dicho control se soporta y se dirige a la comprobación por el órgano judicial de si ha cumplido o no el predisponente los requisitos legales⁹³ establecidos para la incorporación de la concreta cláusula al contrato de adhesión (apartado 198 y 199 de la sentencia⁹⁴).

⁹⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española, RES, nº 117, p. 3 y ss.

⁹¹ Las cláusulas abusivas.....Ob. cit., p. 139.

⁹² Definición utilizada por PAGADOR LÓPEZ en Las condiciones generales de la contratación, p. 174, según cita PARDO GATO en dicha p. 139.

⁹³ CAÑIZARES LASO, Cláusulas abusivas.....Ob. cit., p 258: *“por tanto, serán cláusulas abusivas las que no permitan conocer (o dificulten en gran medida), el coste efectivo de la operación realizada. Tal sería el supuesto de la cláusula que estableciera un sistema de cálculo de TAE en el que faltaría alguna de las partidas que legalmente ha de incluir, o aquella cláusula que se pactara contraviniendo lo establecido por la OM de 5 de mayo de 1994”.*

⁹⁴ Al establecer el primero que *“como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida, al analizar la “imposición” de las cláusulas cuestionadas, señala que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo*

Obsérvese que la Sala, cuando se refiere al control de inclusión de la condición general (apartados 198 y 199), se ocupa, exclusivamente, de comprobar si se ha respetado el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que regula la OM de 5 de mayo de 1994, es decir, la Sala manifiesta que al haberse cumplido los requisitos establecidos por citada OM, relativos a la entrega por parte del predisponente al adherente del folleto informativo y la oferta vinculante; posibilidad del adherente de haber examinado la escritura de préstamo durante tres días antes del otorgamiento; y formalizarse la escritura con la intervención del Notario, informando éste a las partes con advertencia sobre las circunstancias del interés variable, especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja, el control de inclusión se resuelve a favor del predisponente (apartado 199).

Que el control de inclusión de condiciones generales se basa, principalmente, en una comprobación de los requisitos legalmente⁹⁵ establecidos, se reafirma aun más si se procede a la lectura de los apartados 201 y 202 de esta STS de 9 de mayo de 2013, ya que, en éste último, cuando la Sala previamente alude en el primero a que *“en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -“(l)a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” -,7 LCGC -“(n)o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensible”*, concluye afirmando que éste Tribunal coincide con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos

que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja”; y al señalar el segundo, esto es, el apartado 199, que *“partiendo de que en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma, la sentencia recurrida afirma que “esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses (...) el cual (...) ha de expresarse de modo que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho”*.

⁹⁵ GUILARTE GUTIERREZ, V., El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación (crónica de lo incomprensible), ADC, nº 3, 2001, p.2.

exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

Finalmente, y situándome en el control de transparencia, es importante señalar que el mismo entra en juego una vez que las cláusulas han quedado incorporadas al contrato.

El control de transparencia se sostiene o surge por aplicación no solo del vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁹⁶, y de su artículo 5⁹⁷, sino también por lo estipulado en el artículo 80.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007⁹⁸.

De las normas comunitaria y nacional indicadas, se desprende que las cláusulas que consten incorporadas como condiciones generales a un contrato, y además de haber superado el citado control de inclusión o de incorporación, deben reunir dos requisitos: el requisito de la *forma en la redacción*, y el requisito de la *posibilidad de percepción directa* por parte del adherente.

Respecto al requisito de la *forma en la redacción*, se refiere a que la cláusula que ha sido incorporada al correspondiente contrato, debe estar redactada de manera clara, comprensible, con concreción, legibilidad y sin oscuridad⁹⁹; y en cuanto al requisito de la *percepción directa* por parte del consumidor, se traduciría en que éste cuente con conocimiento efectivo de su existencia y una posibilidad real de

⁹⁶ Considera “que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor”.

⁹⁷ Al determinar que “en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

⁹⁸ Al disponer que “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura (la redacción de éste apartado b) es conforme a lo indicado en el artículo 25 de la indicada Ley 3/2014, que modifica al RDL 1/2007, LGCU).

⁹⁹ REZZONICO, Contratos con cláusulas predispuestas, Astrea, 1987, p. 594 y ss. SERRA RODRIGUEZ, Cláusulas abusivas,....., Ob. cit., p. 47: “El legislador exige al predisponente que utilice un texto inteligible, de modo que la cláusula pueda ser entendida en su propio significado, ya que un texto oscuro para la mayoría de los consumidores del sector no tiene el requisito de la cognoscibilidad”. Respecto a éste requisito de “cognoscibilidad”, léase: SERRA RODRIGUEZ, A., Cláusulas abusivas....., Ob. cit., p. 53.

conocimiento de su contenido, accediendo a la misma previamente a la celebración del contrato.

Pues bien, la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, a nuestro juicio, ha incorporado una nueva interpretación para los términos de “conocimiento” y “sencillez”, ya que, al tratar de la cláusula suelo incorporada como condición general en el contrato de préstamo hipotecario, parece afirmar (apartado 210) que dichos conceptos se extienden o se amplían *“a que el adherente conozca con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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”*.

Posteriormente, la Sala (apartado 212), aclara nuevamente la idea expuesta sobre dicho “conocimiento” y “sencillez”, afirmando esta vez que *“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”*.

Finalmente, el Tribunal, como he señalado, no solo se pronuncia sobre el mencionado requisito de forma en la redacción, sino que también lo hace sobre el requisito de la *posibilidad de percepción directa* por parte del adherente, cuando en el apartado 212, señala y advierte que *“no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante”*.

6. Principales consideraciones, argumentos y conclusiones sobre la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, relativa a la cláusula suelo.

A. Introducción.

La STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, que declaró la nulidad de determinadas cláusulas incorporadas como condiciones generales por algunas entidades de crédito en sus contratos de préstamo con garantía hipotecaria, asume como presupuesto de partida, conforme a la Directiva 93/13, la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que le

lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas; que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores; y que la posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la citada Directiva, y al margen de los posibles errores¹⁰⁰ en los que pudiera incurrir la sentencia y que han sido apreciados por los autores, no sólo ha supuesto un hecho relevante en materia de condiciones generales de la contratación, sino que además se ha convertido en un alivio para miles de familias

¹⁰⁰ Como los apreciados por CONTHE GUTIERREZ, M., cuyas manifestaciones comparto, y que describe en: EXPANSIÓN, edición impresa de 17 de septiembre de 2013, Sección Opinión, p. 47, bajo el título “cláusulas-suelo: un borrón supremo” analiza la sentencia de 9 de mayo del Tribunal Supremo, y se muestra en desacuerdo con sus argumentos. Entre otros, señala: 1) que “yerra al afirmar que los bancos pueden prever la evolución de los tipos. En efecto, tilda las cláusulas de poco transparentes porque no contienen información que nadie sensato incluiría en la escritura de préstamo (por ejemplo, el coste de otras ofertas distintas de la contratada), sin perjuicio de que la entidad proporcione al cliente esa información en la fase precontractual. Si las entidades de crédito la incluyeran en el contrato de préstamo, se agravaría la abrumadora cantidad de datos que la propia letra e) del apartado 225 de la sentencia cita. El Supremo critica también que las cláusulas suelo y techo vayan juntas-porque puede servir se señuelo- dice el párrafo 219, cuando con buen criterio, la OM exige en los préstamos a tipo variable que una cláusula 3 bis describa los eventuales límites a la variación del tipo de interés, ya sean por arriba o por abajo, , y encomienda al Notario que advierta al cliente cuando existan y sean asimétricos.....; 2) “Para empezar, se equivoca al calificar los suelos como elevados, pues desconoce que en julio de 2008 el BCE subió al 4,25% su tipo de interés y el Euribor superó el 5%. Ese error responde a un doble motivo: la sentencia,....., juzga el nivel de los suelos fijados en 2007-2008 usando como baremo el actual nivel del Euribor, además, mal interpreta el Informe del banco de España de 7 de mayo de 2010 y afirma que los suelos de los préstamos estaban próximos a su tipo fijo inicial, suposición errónea desmentida no solo por los datos de la tabla, sino por el apartado 3.4 del propio Informe del Banco.....; 3) “La sentencia remata su cadena de errores aduciendo como prueba de la falta de transparencia de las cláusulas que el citado Informe del Banco de España, escrito en 2010, propuso que a los clientes se les dé más información: con esa afirmación los magistrados parecen ignorar la regla 407 que expuse en la Crónica previa, esto es, que la posterior mejora de un producto no prueba que antes fuera defectuoso”. Dentro de los citados errores, también se ha citado por algunos autores el asunto de la irretroactividad de la nulidad. En ese sentido: MATEOS FERRES, M., Nulidad de cláusula suelo, comentario a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, AD, nº 5, 2013: “nos interesa centrarnos ahora en el perjuicio al orden público económico que ocasiona un prestatario que acciona contra una cláusula suelo incorporada a su contrato de forma no transparente. ¿Ocasiona un trastorno, y grave, al orden público económico, la devolución a esa persona del dinero que ha pagado en exceso? La respuesta ha de ser negativa, tal y como vienen afirmando los tribunales que dirimen esta cuestión con posterioridad a la sentencia del Supremo”. PUIG MATEU, J. y PIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, RAD, nº 5, 2013: “Por otra parte, la buena acogida que ha tenido la Sentencia en lo referido hasta ahora, contrasta tremendamente con el desconcierto que ha generado su otro pronunciamiento: la nulidad de las cláusulas carece de efectos retroactivos, por lo que no afectará a los importes ya satisfechos (.....).Desafortunadamente, el Tribunal Supremo parece dejar en un segundo plano tales argumentos y bajo el estandarte del orden público económico, opta por arropar a quienes ya son reincidentes en la puesta en entredicho de los métodos que emplean al ejercer su actividad, frente a las potenciales consecuencias de su propio proceder (.....). En otras palabras, el Alto Tribunal parece inclinarse por dar la espalda a los consumidores, un colectivo que, si se nos permite la expresión, cada vez parece más acostumbrado a pagar los platos rotos de determinadas prácticas que en ocasiones rallan la ofensa”.

que azotadas por la actual crisis económica y financiera iniciada a principios de 2007, verán rebajadas las cuotas de amortización de los préstamos con garantía hipotecaria que mantienen contratados con las distintas entidades de crédito.

Como contraprestación a la citada consecuencia a favor de las familias, la sentencia no solo ha causado un terrible impacto¹⁰¹ en los estados contables de las entidades de crédito condenadas en la misma, sino que, si el TS mantiene los mismos criterios de interpretación en los sucesivos asuntos que conozca en materia de cláusula suelo, llevará a las entidades financieras afectadas a tener nuevas y preocupantes necesidades de liquidez.

La sentencia, vino a resolver el recurso de casación interpuesto en el ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación contra la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla, revocando totalmente la AP las pretensiones de la demandante formuladas en la primera instancia¹⁰².

En la demanda de primera instancia, AUSBANC, que interpuso una demanda contra diversas entidades de crédito en el ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, solicitó al órgano judicial, por un lado, la declaración de nulidad por tener carácter abusivo, de las condiciones generales de contratación consistentes en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, celebrados con consumidores y usuarios, que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia (cláusulas suelo), y por otro, la condena de las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación y abstenerse de utilizarlas en el futuro. La demanda fue

¹⁰¹ CINCO DIAS, edición impresa de 31 de julio de 2013, Sección Finanzas, p. 18, “suprimir las cláusulas suelo puede costar a la banca más de 600 millones”.

¹⁰² En el siguiente sentido: “que estimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la demandada CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C., D.ª Marta Muñoz Martínez en nombre y representación de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA, y D.ª M.ª Dolores Romero Gutiérrez en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal núm. 348/10, de los que dimanen estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), y a la que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL mediante su personación en esta alzada, declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias”.

estimada en lo sustancial por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010.

Seguidamente, la Audiencia Provincial de Sevilla, a través de su sentencia de 7 de octubre de 2011, desestimó las pretensiones de la demandante al entender que las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; y no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La demandante, en contra de la resolución de la segunda instancia, presentó un recurso de casación, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, que fue estimado parcialmente, fallando la Sala del Tribunal Supremo declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de la sentencia, por los siguientes motivos:

a) La creación de la apariencia¹⁰³ de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por la entidad de crédito.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, y

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Junto a otros extremos de la sentencia, pero de manera destacada, las redacciones de dichas letras e) y f) del apartado 293 incorporado al Fallo, son las que han hecho surgir la opinión en el ámbito bancario, a la que me sumo, de que el TS ha ejercido una función que constitucionalmente no le corresponde, consistente en suplir o completar las funciones legislativas, ya que con las conclusiones mantenidas en las

¹⁰³ Si bien la sentencia no lo indica expresamente, a nuestro juicio, dicha "apariencia" sería parcialmente inveraz, ya que efectivamente hasta entrar en vigor la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo, al mismo le ha sido de aplicación el interés variable pactado.

señaladas letras e) y f), el TS está indicando directamente a las entidades de crédito cómo deben redactar la cláusulas suelo para que no sean declaradas abusivas, lo que sitúa a dichas entidades en una clara indefensión por las distintas interpretaciones que puedan facilitar los distintos órganos judiciales sobre los *nuevos criterios de transparencia* establecidos por el TS.

Digo que me sumo a dicha opinión mantenida en el ámbito bancario, relativa a que el TS ha asumido funciones legislativas que legalmente no le corresponden, porque creo que existen argumentos que apoyan dicha opinión en la sentencia que la propia Sala dictó el día 16 de diciembre de 2009, que resolviendo sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas incorporadas como condiciones generales en diversos contratos de distintas entidades de crédito, afirmó, tajantemente, en su Fundamento de Derecho noveno, que “*sentados los criterios anteriores, y en tarea de enjuiciar el acomodo de las diversas cláusulas, embebidas en la denominada cláusula octava, y previa advertencia que no corresponde a la Casación, ni a los Tribunales en general, redactar la cláusula procedente, sino simplemente decir de qué modo o en qué medida las estipulaciones enjuiciadas son abusivas*”. De ahí se deriva, inevitablemente, que el TS no sólo ha mantenido criterios contradictorios, sino que efectivamente, ha asumido funciones legislativas en su sentencia de 9 de mayo de 2013 en contra de lo que mantuvo en la resolución de 16 de diciembre de 2009, al señalar en las citadas letras e) y f) cómo deben redactar las entidades de crédito las cláusulas suelo para que no sean declaradas abusivas.

Pues bien, a la vista de aquélla, conviene advertir, desde este momento, que la Sala, condena a las entidades de crédito demandadas a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, pero no porque sean ilegales, sino por un motivo de falta de transparencia. Por tanto, el fallo no conlleva que las entidades de crédito no puedan seguir incorporando en sus contratos, como condiciones generales de la contratación, las cláusulas suelo, pero eso sí, teniendo las entidades de crédito que revisar aquellas a fin de ajustarlas a los requisitos de transparencia indicados en la sentencia.

La continuación en la utilización de cláusulas suelo, incluyéndolas las entidades de crédito en el contrato de préstamo conforme a los *requisitos de transparencia* señalados en el Fallo de la sentencia, conllevará, estoy seguro, que cualquier persona que entienda dañado su propio interés legítimo o del de un tercero, presente nuevas demandas por abusivas contra esas “*nuevas*” cláusulas suelo que queden incluidas en los distintos contratos de préstamo, en contra de la creencia de la entidad de crédito de que las mismas ya cumplen y respetan los citados *nuevos criterios* de transparencia identificados en la sentencia.

En efecto, piénsese, y lo señalo como un supuesto de los muchos que se pueden producir, en la interpretación que cualquier órgano judicial pueda dar al

requisito de transparencia incluido en la letra e) del apartado 293 incorporado en la parte dispositiva de la sentencia, referido a “*la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual*”.

Del contenido del mencionado apartado e), se deduce, claramente, que el órgano judicial que pueda conocer del asunto, *nuevamente* deberá valorar e interpretar los conceptos señalados por el TS, relativos a “*escenarios diversos*”, y “*comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés*”, lo que puede provocar, a nuestro entender, que los propios criterios de transparencia en la inclusión de condiciones generales en el contrato de préstamo establecidos por la Sala, adolezcan nuevamente de falta de transparencia y sea declarada abusiva la cláusula objeto de controversia.

En ese sentido, las entidades de crédito, para intentar dar cumplimiento al requisito de transparencia señalado en la citada letra e), debieran llevar a cabo, a nuestro juicio, al menos, dos actuaciones: la primera, entregar al cliente un documento comprensivo de las distintas cuotas a las que debería hacer frente ante los distintos escenarios que se originen por la variabilidad de los tipos de interés; y la segunda, que considero más práctica y clara, relativa a incluir en la oferta vinculante o en los anexos a la misma que puedan existir, la cuota de capital más intereses al tipo inicial, la resultante de aplicar el suelo, con el techo, lo que no impedirá, como he señalado, que dichas actuaciones puedan ser consideradas en cada momento¹⁰⁴ por el órgano judicial en cuestión como no transparentes por no alcanzar el nivel de transparencia que el TS señaló en el precitado apartado e) del Fallo de la sentencia.

B. La cláusula suelo como condición esencial del contrato.

Antes de comentar las conclusiones de la STS, Sala 1ª, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, sobre si la cláusula suelo es un *elemento esencial* del contrato, considero que debe llevarse a cabo una aclaración principal, referida a distinguir lo que es el *objeto* del contrato y lo que son las *condiciones esenciales* que describen al mismo.

El CC, en su artículo 1.271, párrafo primero, determina que “*pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”; y añade en su párrafo segundo, que “*pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”.

¹⁰⁴ De seguir el TS la línea de argumentación mantenida en su sentencia de 9 de mayo de 2013, y por dicha interpretación que en cada momento pueda efectuarse, nunca podrá responderse a la cuestión planteada, por ejemplo, por SOLER PASCUAL, cuando en su obra citada cuestionada bajo el título de la misma si ¿son abusivas las cláusulas "suelo" que se contienen en algunas hipotecas?.

Por su parte, el artículo 1.273 del CC; establece que *“el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”*.

A la vista del contenido de los artículos 1.271 y 1.273 del CC, y ante el silencio a este respecto de los artículos 1.740 y ss del CC, es necesario recurrir a la doctrina para conocer cuál es *el objeto* del contrato de préstamo. Se ha sostenido así (PUIG BRUTAU¹⁰⁵), que el *“préstamo mutuo ha de tener por objeto dinero o cosas fungibles”*. Por eso, es posible entender que cuando en la sentencia se alude al objeto del contrato se estaría refiriendo la Sala a la entrega de dinero.

Por lo que respecta a los *elementos esenciales* que ayudan a describir al objeto del contrato de préstamo, consistente, como he dicho, y a nuestro entender, en la entrega de dinero, se refieren a aquellos elementos que influyen en la determinación del objeto, tales como la cláusula de limitación de intereses, el precio¹⁰⁶, o el interés referencial¹⁰⁷.

Pues bien, la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante las afirmaciones efectuadas en el fundamento de derecho quinto de su sentencia (*que a su vez transcribe la STS en su apartado 180*), afirmó que la cláusula suelo, que no tiene carácter accesorio, es uno de los elementos esenciales del contrato, que se incorporaron al mismo, y que al comportarse como limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y como tal es el elemento decisivo a la hora de decantar su voluntad para contratar, lo que hace que

¹⁰⁵ Compendio....., Ob. cit., p. 466. En el mismo sentido se expresa SAN JULIAN PUIG, V., El objeto del contrato, Aranzadi, 1996, p. 220: *“el objeto del mutuo es una cosa fungible, el dinero suele ser el objeto de este contrato por excelencia”*.

¹⁰⁶ Que el precio se manifiesta como un elemento esencial, lo indica la sentencia en su apartado 184: *“El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 indica que “(...) a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”*.

¹⁰⁷ Apartado 180 de la sentencia: *“La sentencia recurrida, le dio la razón y afirmó en el fundamento de derecho quinto que se trataba de uno de los elementos esenciales del contrato: “(...) se incorporan al contrato, siendo el precio del mismo (...) estas cláusulas de limitación de intereses son elementos configuradores del precio del producto contratado, estableciendo el mínimo que el cliente habrá de pagar como intereses del préstamo, y el máximo que abonará (...) estas cláusulas no son de carácter accesorio (...) como uno de los factores de determinación del precio del contrato (junto con el interés referencial y el interés diferencial), precisamente el que determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario, forman parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo”*.

se convierta en un elemento esencial¹⁰⁸ del contrato, si bien no pueden ser consideradas condiciones generales de la contratación, lo que llevaba, en consecuencia, a la innecesidad de examinar los límites al posible control de su abusividad, a lo que la Sala del TS, a través de su apartado 183 párrafo primero, respondió indicando que *“es preciso analizar si las condiciones controvertidas constituyen el objeto principal del contrato, y si en tal caso, como regla, cabe controlar su carácter abusivo”*.

La Sala, a través de los apartados 185 y ss de la sentencia, aludiendo al artículo 4.2 de la Directiva 93/13¹⁰⁹, viene a reconocer, ante la circunstancia de que la norma comunitaria no define qué debe entenderse por cláusulas *“que describan el objeto principal”* del contrato o referidas *“a la definición del objeto principal”*, que el esclarecimiento del significado de las mismas debe efectuarse con el auxilio de las distintas consideraciones doctrinales¹¹⁰.

Junto a lo anterior, la Sala alude al Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que diferencia, por una parte, entre las cláusulas relativas al precio, que en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución; y por otra, los servicios o

¹⁰⁸ En contra de ser la cláusula suelo un elemento esencial se mostró, entre otros, la SJM nº 1 de Cádiz, de 16 de enero de 2013, al establecer en su Fundamento de Derecho duodécimo: *“En efecto, la remuneración que obtiene la entidad bancaria por el capital prestado (interés) constituye, sin duda, un elemento esencial del contrato, pero las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés no inciden directamente en la configuración de dicho elemento (dicha configuración corresponde a la disposición que determina, en el presente caso, que el tipo de interés aplicable será EURIBOR más 0,85 puntos, cláusula cuya revisión jurisdiccional no se ha solicitado), sino que, simplemente, establecen un tope, máximo o mínimo, a su variabilidad, a modo de cláusula de estabilización”*.

¹⁰⁹ Establece 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”*.

¹¹⁰ La Sala las describe en el apartado 186 del siguiente modo: *“a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas “principales” que son las que definen directamente el “objeto principal” y las cláusulas “accesorias” que no definirían el “objeto principal”. Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual; b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al “precio” en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva; y c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el “objeto principal” debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del “objeto principal” del contrato incluso si se refieren al mismo”*.

los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por lo que, 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.

Los argumentos de la Sala, relacionados con el contenido de la Directiva y del mencionado Informe de 27 de abril de 2000, llevó al Tribunal en primer lugar, a la conclusión de que las cláusulas suelo forman *parte inescindible del precio* que debe pagar el prestatario y que por tanto definen el objeto principal del contrato, confirmaciones éstas que también fueron confirmadas en la sentencia de segunda instancia.

Pero las dos coincidencias expuestas en los fundamentos de la AP de Sevilla y de la Sala de TS, no llevaron a una tercera e idéntica entre ambos órganos judiciales, ya que el TS, en contra de lo mantenido por la resolución de segunda instancia, y en el afán, entiendo, de proteger¹¹¹ al consumidor en la mayor medida posible, y pese a admitir que “*no es susceptible de control atendiendo al considerando decimonoveno de la Directiva 93/13*”, declaró (apartado 191) que “*el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo*”. En definitiva, las cláusulas suelo examinadas en la sentencia constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, y si bien, como regla no cabe el control de su equilibrio, sin embargo, al constituirse como condiciones generales¹¹² sí quedan sometidas a un doble control de transparencia reforzado.

¹¹¹ Con apoyo en la doctrina sentada por la STJUE, de 3 de junio de 2010, al recoger en su apartado 40 que “*no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*”; y en su apartado 44, que “*los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que “(...) no se oponen a una normativa nacional (...), que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato 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*”.

¹¹² El mismo criterio ha mantenido la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 26 de julio de 2013, que tras la sentencia del TS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, ha manifestado en su Fundamento de Derecho séptimo que “*Además, es notorio que en determinados ramos de productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados, lo que resulta predicable, precisamente, como ejemplo paradigmático, de los servicios bancarios y financieros. Quien pretende obtenerlos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. De hecho, la OM de 1994, a la que luego aludiremos, parte de que en el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma se integran condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura*”. Es más, a propósito de la denominada cláusula suelo (de limitación del tipo de interés variable), que no sería sino una de esas condiciones generales insertas en el contrato de préstamo hipotecario, la jurisprudencia (sentencia de Pleno de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013) ha señalado que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta cuando el consumidor no puede influir

C. La valoración de la información dada por el predisponente y recibida por el adherente en la sentencia.

Desde la entrada en vigor de la Directiva 93/13, y a pesar de las distintas normas surgidas a nivel nacional y europeo en relación con condiciones generales de los contratos, el término “*información*”, referido a la que debe facilitar el predisponente al adherente y ser recibida por éste a fin de poder adoptar una correcta decisión sobre el contrato que se plantea formalizar, ha sido objeto no ya de diversas y cuestionadas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales, sino que en mi opinión, se ha convertido en el factor determinante que ha llevado a la Sala 1ª del TS a decidir que las cláusulas suelo incorporadas en los contratos de préstamo hipotecarios utilizados por las entidades de crédito demandadas, son abusivas.

Es llamativo que sea éste el único término en el que no existe unanimidad en cuanto a su interpretación en la doctrina y en la más reciente jurisprudencia, lo que no sucede por ejemplo con las interpretaciones sí coincidentes que los Tribunales han efectuado al considerar a la cláusula suelo como una condición general del contrato y como un elemento esencial, como ha sucedido, entre otros, en la SAP¹¹³ de Madrid, Sección 28ª, de 26 de julio de 2013¹¹⁴.

La SAP de Sevilla, objeto del recurso de casación resuelto por esta sentencia de 9 de mayo de 2013, cuando inicia el análisis de la información facilitada por las entidades de crédito a los clientes que suscribieron los contratos de préstamo hipotecario en los que se incluyeron las cláusulas suelo objeto de litigio, parte de relacionar el procedimiento que se establecía en la OM de 05 de Mayo de 1994 para la formalización de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria y la información, que conforme a dicho procedimiento, el predisponente debiera haber facilitado al adherente. Y a juicio de la AP, “*la OM de 5 de mayo de 1994 "regula el iter negocial de la contratación" -extremo de hecho-, de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle*

en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar o debe renunciar a hacerlo”.

¹¹³ Que la cláusula suelo en los contratos analizados por la AP, es una condición general, lo establece en el Fundamento de Derecho séptimo: “*Es más, a propósito de la denominada cláusula suelo (de limitación del tipo de interés variable), que no sería sino una de esas condiciones generales insertas en el contrato de préstamo hipotecario, la jurisprudencia...*”: y en cuanto a que dichas cláusulas suelo analizadas se consideran como condiciones esenciales, así se indica en el Fundamento de Derecho octavo, al señalar que “*.....las cláusulas suelo, en la medida en que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, deben entenderse referidas al objeto principal del contrato, ya que cumplen una función definitoria esencial*”.

¹¹⁴ Con posterioridad a dicha sentencia, se han pronunciado en el mismo sentido: SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2013; SAP de Córdoba, Sección 3ª, de 8 de noviembre de 2013; y SAP de Granada, Sección 3ª, de 18 de octubre de 2013.

libremente -valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe "con el adecuado conocimiento y con total información".

De ahí se desprende, que la AP, como primer paso a tener en cuenta para comprobar si se ha llevado a cabo por la predisponente una correcta información a favor del adherente, tiene en cuenta la circunstancia de si ha sido o no respetado por las entidades de crédito demandadas el procedimiento establecido en la OM para la formalización de préstamos con garantía hipotecaria, y si la información ha sido adecuada y plena.

Por su parte, el TS, cuando inicia su reflexión sobre los argumentos de la AP en esta materia (apartado 168 y ss), al tratar del control en sectores regulados, y tras hacer mención a las distintas normas aplicables (así, el artículo 51 de la CE, artículo 4.2 de la LCGC, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, o el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), concluye, que en el asunto de las cláusulas suelo, en el que la normativa sectorial no impone un concreto clausulado dispuesto, uniforme e imperativo establecido por disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni por convenios internacionales, que facilite al consumidor al decisión reflexiva de su comportamiento económico, la misma se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia, ni indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

Observese que la Sala del TS, en el desarrollo y valoración del término *información* que debe facilitar el predisponente al adherente en la formalización de los contratos de préstamos con garantía hipotecaria, ha basado su argumentación en reflexionar sobre si las cláusulas incorporadas a los contratos objeto de litigio reúnen los *requisitos legales* para ser incluidas en los contratos.

Pues bien, en el apartado 199 de la sentencia la Sala del TS admite que "*en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma*", y seguidamente, transcribe, relacionándolo con su afirmación, parte de la sentencia de la AP, al establecer ésta que "*esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses (...) el cual (...) ha de expresarse de modo que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho*". Tras ello, el TS, se sitúa, de plano, en la valoración concreta del término *información*, al manifestar (apartado 200), una vez valorados los indicados términos

de la AP, que “*en consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*”.

A este respecto, el TS aclara y completa la argumentación de la AP.

En efecto, la Sala, cuando se ocupa del momento en el que el adherente ha de contar con la oportunidad real de conocer la información que facilita el predisponente, no solo se refiere al momento del acto de celebración del contrato, como indicó la AP, sino que, además, se traslada a los momentos *previos*¹¹⁵ a la conclusión del contrato (apartado 213), pues, a su juicio, “*en definitiva, como afirma el IC 2000, "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa"*”.

Seguidamente, el TS, (apartados 211 y 212), se propone concretar algo más la información que debe facilitar el predisponente al adherente, insisto, antes y en el momento de la conclusión del contrato de préstamo hipotecario, y alude a unos *requisitos de inclusión en el contrato* y otros de *correcta transmisión documental*.

Documental porque el TS se refiere (apartado 211), a “*la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios*”, por lo que parece no prestar especial atención a la transmisión verbal¹¹⁶ de información que la propia entidad a través de

¹¹⁵ Así se pronunció también la SJM nº 5 de Barcelona, de 17 de junio de 2013, al mantener en su Fundamento de Tercero que “*En suma, en el caso se comprueba que no hay prueba alguna de que B. Sabadell y BBVA incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando, de cómo iba a devolver el préstamo*”.

¹¹⁶ Por el contrario, en la SJM nº 9 de Barcelona, de 18 de junio de 2013, en su Fundamento de Derecho quinto, sí se indica que es un hecho influyente para el Juez que se haya producido dicha transmisión verbal, al mantener que “*De los documentos obrantes en autos no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo pues no aporta la entidad bancaria ningún prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni su funcionamiento, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo ni las repercusiones económica y jurídicas que ello comportaba pues en la escritura pública ninguna mención se hace al respecto. Por tanto, a juicio de este juzgador, no se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 1994 por lo que cabe declarar que la cláusula es abusiva por falta de transparencia*”. En el mismo sentido, se pronunció la SJM nº 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013, Fundamento de Derecho quinto, apartado 14. “*Si bien la demandada no solicitó el interrogatorio de los actores, prueba fundamental para determinar el vicio del consentimiento en cuanto a la falta de información*”.

su empleado, y el propio Notario en el momento de la firma del contrato, puedan hacer llegar al adherente.

En cuanto a los *requisitos de información*, el TS (apartado 211), considera que *“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 conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”*.

Es decir, la Sala, defiende que el adherente debe poder apercibirse de que la cláusula en cuestión define el objeto principal del contrato, que incide o pueda incidir en el contenido de su obligación de pago y qué papel juega o pueda jugar la cláusula en la economía del contrato.

La Sala, en cambio, asumiendo las funciones que probablemente no le correspondían, es decir, las de legislar, sí especifica la forma mediante la que el adherente puede tener *“conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”* la cláusula en cuestión, para lo que (letra e) del apartado 296) a su juicio, debe aportar o presentar la entidad de crédito *“simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual”*, sin especificar¹¹⁷ el Tribunal, en cambio, si dicha aportación de simulaciones debieran hacerse de forma verbal, documental, o las dos, y en qué orden.

y negociación, el gestor de BANCO PASTOR, S.A. que declaró como testigo afirmó categóricamente que no había opción a firmar el contrato sin cláusula suelo, por lo que la conclusión a la que debe llegarse es que dicha cláusula ya estaba fijada y era innegociable. A través de esa declaración testifical, se ha podido acreditar que no se explicó con el detalle suficiente las consecuencias de esta cláusula, sino que hubo una exposición general del contrato y sus términos y condiciones en comparación con otros de la misma entidad, señalando, además, el Sr. Muñoz que la cláusula suelo no podía suprimirse del contrato ni reducirse o cambiarse. Prueba de ello es que los actores no pudieron negociar un cambio cuando comunicaron sus quejas por escrito a la entidad, que rechazó su reclamación”.

¹¹⁷ Tampoco se concreta en resoluciones judiciales posteriores a la STS de 9 de mayo de 2013, como es el caso de la SJPI de Orense, de 21 de mayo de 2013, al indicar exclusivamente en su Fundamento de Derecho decimoprimeros que *“Así, cuando se habla de “previsión razonada y razonable” no se está exigiendo una predicción del futuro, pero es evidente que las entidades bancarias cuentan con previsiones de futuro sobre las que toman decisiones. Estas previsiones pueden ser más o menos fiables, pueden cumplirse en mayor o menor grado, pero lo cierto es que es el banco quien tiene acceso a una variedad de fuentes de información de las que no tiene conocimiento el ciudadano medio. Esta diversidad de fuentes de información es especialmente prolija en el caso del Euribor, no sólo por marcar el tipo de interés de los préstamos interbancarios, sino también por ser el índice al que están referenciadas la inmensa mayoría de las hipotecas”*.

CAPITULO VI

LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE PRESTAMO

1. La parte prestataria.

1.1. Generalidades.

Si bien en el anterior Capítulo IV me referí a la distinción entre contrato de préstamo con interés y al comodato, en el presente tan sólo aludiré al contrato de préstamo con interés, al ser éste el único¹ que comercializan las entidades de crédito.

La parte prestataria en el contrato de préstamo con interés, la podemos definir como *aquella que recibe la cosa con la obligación de devolver las contraprestaciones pactadas, y en especial, el interés acordado con la parte prestamista.*

Debemos prestar especial atención a dicha calificación de “prestataria”, dado que en el ámbito bancario la persona que desea formalizar un contrato de préstamo adopta distintas calificaciones dependiendo del momento en el que se encuentre la negociación del contrato de préstamo con la entidad de crédito. De esta manera, surgen dos calificaciones claramente diferenciables: la primera de ellas, cuando dicha persona actúa en su condición de “cliente” o de “cliente en potencia” si aún no lo es, llevando a cabo con dicha entidad *actos de negociación* de las condiciones financieras del contrato de préstamo; y la segunda, cuando la citada persona lleva a cabo la prestación del consentimiento en el momento de formalizar el contrato de préstamo una vez finalizada la fase de negociación, momento en el que, una vez suscrito el contrato de préstamo, podrá ser considerada como verdadero prestatario.

En efecto, en el anterior capítulo II, al tratar del *consumidor bancario*, afirmé² en su epígrafe primero último párrafo, que serían consumidores bancarios las personas físicas o jurídicas que, *contratando* con una entidad financiera, adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, no ostentando tal condición quienes, *contratado* con la entidad financiera, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Quiere decirse con ello, que el *futuro prestatario* en los momentos previos a la suscripción del contrato de préstamo debe ser calificado como “cliente³”, y si no lo

¹ Así también lo escribió GARRIGUES, Contratos.....2ª edición, Ob. cit., p. 231: “*mas todos los préstamos bancarios se pactan con intereses*”.

² Vid.: “epígrafe primero último párrafo”.

³ SANTOS BRIZ, J., Los contratos civiles, nuevas perspectivas, Comares, 1992, p. 73 y ss, también presta especial atención a la necesidad de calificar, correctamente, a las personas que intervienen en

es aún de la entidad de crédito, se calificará de “*cliente en potencia*”, y sólo posteriormente, una vez suscrito el contrato de préstamo, recibirá y adoptará, a la vez, las calificaciones de “*consumidor bancario*” y “*prestatario*”, ya que hasta el mismo momento de la firma del contrato de préstamo el sujeto interviniente no ha *contratado* con la entidad de crédito, lo que origina, que no haya adquirido, ni haya utilizado ni haya disfrutado del producto o servicio que le ofrece la entidad de crédito.

En ese sentido, una vez que el sujeto suscribe el contrato de préstamo y recibe el importe prestado, adopta lo que entiendo como una “*doble condición*”, esto es, se le califica como “*consumidor bancario*” y como “*prestatario*”, con los derechos y obligaciones que la Ley confiere a cada uno de ellos, porque es en el momento de la suscripción del contrato y tras recibir el importe prestado, cuando se produce la formalización de aquel.

Es muy importante esclarecer la citada diferencia, porque es en el momento en el que el “*cliente*”, o “*cliente en potencia*”, vaya a suscribir o firmar el contrato de préstamo cuando se procede por los agentes intervinientes, y principalmente por el Notario, a comprobar la capacidad de obrar⁴ y contractual de las personas físicas y jurídicas que intervengan, ya sea en su propio nombre y derecho, o en nombre y representación de terceros.

La cuestión no es baladí, pensemos, por ejemplo, en la persona que ha sido incapacitada judicialmente y que actuando en su calidad de “*cliente*”, o “*cliente en potencia*”, recibe de la entidad financiera diversa documentación precontractual, resultando al día de la firma del contrato de préstamo que dicho incapaz no tiene capacidad de obrar y por consiguiente no puede recibir dinero a préstamo sin la correspondiente autorización judicial; o valórese, igualmente, el hecho de una persona física apoderada mediante escritura otorgada ante Notario para representar a su poderdante, que en la fase precontractual ha iniciado la negociación con la entidad financiera de condiciones particulares o generales del préstamo que se desea suscribir en nombre y representación de su poderdante, resultando que en el momento de

la fase precontractual del contrato de préstamo, denominándolas como “*público*”: “*los problemas que plantea la fase preparatoria del contrato y.....ofrecen matices especiales al ser trasladados a la moderna contratación de masa por medio de formularios o de ofertas al público. Entonces, una parte, el empresario o comerciante, ofrece al público sus mercancías o servicios.....*”. ALBERTO GHERSI, C., Contratos civiles y comerciales, partes general y especial, figuras contractuales modernas, Tomo I, 2ª edición, Astrea, 1992, p. 158, también se centra en precitada calificación, e identifica al sujeto interviniente en la fase precontractual como “*contratante en expectativa*”, al señalar que en la fase precontractual “*es necesario establecer nuevos mecanismos de control; la publicidad engañosa, la dificultosa, son seriamente sancionadas, pero a nivel del “contratante en expectativa”*”.

⁴ Teniendo muy en cuenta, como señala RUIZ JIMENEZ, J., Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2005, que “*el momento exacto en el que se considera que se adquiere la capacidad de obrar ha variado en las distintas épocas, no ha permanecido inmutable en la sociedad, simplemente con situarnos en el año 1978 observamos su versatilidad*”.

firmar el contrato de préstamo el Notario que interviene la póliza o autoriza la escritura alerta de que el apoderado no tiene facultades suficientes a la vista del apoderamiento.

1.2. La persona física como parte prestataria.

Para que una *persona física* pueda ser parte prestataria en el contrato de préstamo con interés, o lo que es lo mismo, para poder formalizar un contrato de préstamo con remuneración de intereses, es necesario que ostente los requisitos legalmente previstos de capacidad, siendo necesario distinguir a este respecto entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La *capacidad jurídica*, es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones que tiene toda persona por el mero hecho de serlo, pues es una cualidad esencial de ella; en tanto que la *capacidad de obrar*⁵ es la idoneidad o aptitud para realizar eficazmente actos con trascendencia jurídica, como contratar, disponer por actos entre vivos o por testamento, adquirir, contraer matrimonio, en definitiva, adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones.

Así pues es posible concluir que para que una persona física pueda por sí misma, sin necesidad de representante, ser parte prestataria o suscribir un contrato de préstamo con interés, es necesario que reúna capacidad jurídica, en el sentido de que posea aptitudes que le permitan adquirir derechos y asumir las obligaciones que se deriven del contrato de préstamo; y *capacidad de obrar*, esto es, que pueda, por sí misma, formalizar el contrato de préstamo, ejercitando y desarrollando los mencionados derechos y respondiendo ante indicadas obligaciones contractuales.

Sin embargo, si la persona física solo posee capacidad jurídica⁶, pero no de obrar, no podrá⁷ formalizar un contrato de préstamo por sí sola, siendo necesario que se complete su capacidad de obrar por los medios admitidos en Derecho.

⁵ Puede distinguirse dentro de la capacidad de obrar, una capacidad negocial y una capacidad delictual o de imputación.

⁶ Los romanos no emplearon el término *capacitas* para referirse a la actual distinción entre capacidad jurídica y de obrar. *Capacitas* solo se llegó a utilizar por la jurisprudencia del Principado para referirse a la aptitud que permitía adquirir a título de heredero o de legatario. El término *caput*, de donde deriva sin duda *capacitas*, significaba sencillamente cabeza, esto es, individuo humano. Esta aptitud en el derecho moderno no puede faltar en ningún hombre (por el solo hecho de serlo, se trata de una exigencia de la propia dignidad humana) sin embargo, en Roma, al menos en su formulación más drástica, se exigía no sólo ser hombre (lo que lleva a estudiar los requisitos del nacimiento, los únicos que interesan al derecho moderno) sino además, ser libre, ser ciudadano y ocupar la posición de jefe dentro del grupo familiar. De modo que, sólo al individuo que reunía los tres *status* citados se le podía calificar propiamente de persona y de ahí también, que se haya dicho que el derecho civil romano, al menos durante un tiempo, fue el derecho de los *pater familias*. En relación con lo anterior, véase: ALVAREZ SUAREZ, U., *Personas físicas y colectivas en el derecho romano*, Madrid, 1977.

⁷ Es necesario aclarar, no obstante, que ambos tipos de capacidad, que son distintas, insisto, una potencial (*la capacidad jurídica*) y otra efectiva (*capacidad de obrar*), pueden darse en una misma persona pero puede suceder que no sea así. En efecto, un menor de edad, de por ejemplo seis años,

1.3. La persona jurídica como parte prestataria.

En los supuestos en los que la parte prestataria es una persona jurídica, resulta necesario que, con carácter previo a la celebración del contrato de préstamo, se determine la naturaleza mercantil de la persona jurídica pues, de ello, depende que el contrato de préstamo sea formalizado conforme a los requisitos de capacidad y de representación legalmente establecidos.

Así, de entre las *personas jurídicas mercantiles* pueden ser parte prestataria en el contrato de préstamo con interés, tanto las sociedades mercantiles personalistas como las capitalistas, constituidas de conformidad con los requisitos previstos en la LSC. Sin olvidar los problemas y especialidades que en relación a la capacidad de obrar y representación, pueden presentar las situaciones de concurso de acreedores y liquidación de estas sociedades.

Por su parte, en relación a las personas jurídicas no mercantiles que pueden ser prestatarias, cabe distinguir entre las Asociaciones sometidas al régimen general y las que se regulan por el régimen especial. Entre las primeras, se englobarían las Asociaciones sin ánimo de lucro creadas al amparo de la Ley 1/2002 de 22 de marzo, y de entre las segundas, caben citar a título de ejemplo, Asociaciones sindicales, religiosas y políticas.

En el momento en el que la entidad de crédito analiza y valora la circunstancia de convertir a dichas *personas jurídicas mercantiles o no mercantiles* en prestatarias es imprescindible, a nuestro juicio, partir de una premisa esencial, y es que todas las personas jurídicas tienen capacidad jurídica y de obrar⁸, y por ello, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, al margen, eso sí, de que tengan que actuar por medio de personas físicas que las representen⁹.

Aun así, la comprobación de dichas facultades de representación de la persona física que actúa en nombre y representación de la persona jurídica prestataria, no sólo se lleva a cabo por las entidades de crédito en sus Departamentos de Asesoría Jurídica, sino que, además, legalmente deben superar el filtro de la comprobación de suficiencia llevada a cabo por el Notario en los supuestos en los que por constar en la

ostenta una absoluta capacidad jurídica, ya que no existe impedimento a que pueda ser propietario de un gran patrimonio, y sin embargo, es evidente que él por sí mismo no podrá administrarlo, lo que lleva a concluir que los requisitos de la capacidad jurídica se basan en razones sociales, y en cambio, los requisitos de la capacidad de obrar se sostienen en el propio negocio jurídico puesto en relación con las aptitudes físicas y psíquicas del sujeto que interviene.

⁸ RUIZ VELEZ-FRIAS y ROBLES POMPA, *Los Bancos y sus* Ob. cit., p. 129: “*así pues, las personas jurídicas son una reunión de personas naturales a las que, consideradas en conjunto, la Ley concede los mismos derechos que a las personas naturales, es decir, tienen reconocida capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esta capacidad es muy amplia, pudiendo ejercitarse, no solamente frente a terceros, sino también frente a los mismos socios*”.

⁹ Sobre representación legal y voluntaria de las distintas personas jurídicas mercantiles y no mercantiles a través de personas físicas, léase: FERNANDEZ MARTOS, *Manual práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas*, Dykinson, 2000.

póliza o por llevar asociada una garantía hipotecaria, el contrato tenga que ser intervenido por el fedatario público.

1.4. Los entes asociativos sin personalidad jurídica como prestatarios.

En el transcurrir de la contratación bancaria, las entidades de crédito y los Notarios se encuentran, en ocasiones, en la tesitura de tener que valorar si determinados entes pueden o no ser titulares de una póliza de préstamo, y por lo tanto, recibir dinero a préstamo. En concreto, se plantea la duda de si dichos entes, por el hecho de no haberse inscrito en el Registro Mercantil, se les atribuye personalidad jurídica y, en consecuencia, si pueden o no ser sujetos de derechos y obligaciones. Tal es el caso de las sociedades civiles que han quedado constituidas en escritura pública¹⁰, pero que no han sido inscritas en el Registro Mercantil, o de las sociedades mercantiles en formación e irregulares (ex. artículos 37 y ss LSC).

En efecto, cuando el representante de la sociedad no inscrita solicita a la entidad de crédito una póliza de préstamo, en la gran mayoría de los casos presenta un contrato privado de constitución de la sociedad, o bien una escritura pública de constitución, pero con el común denominador, de que ni el contrato privado ni la escritura pública han sido inscritos en el Registro Mercantil. Esa circunstancia supone, que inevitablemente, las entidades de crédito tengan que decidir sobre si el préstamo se le concede a la sociedad no inscrita (por entender dicha entidad, que aunque no se encuentre inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, la sociedad posee personalidad jurídica), o por el contrario, dicho préstamo se formalizará a nombre de los socios (por considerar la entidad de crédito que la sociedad no inscrita en el Registro Mercantil no tiene personalidad jurídica).

La solución a la cuestión planteada debe resolverse atendiendo al momento a partir del cual debemos considerar que la sociedad adquiere el atributo de la personalidad jurídica. Es decir, hay que valorar si el otorgamiento de la escritura pública fundacional, y la inscripción registral de la misma son o no requisitos constitutivos del ente societario.

A esta cuestión se ha respondido de forma diferente según la tesis acogida, así para la tesis más tradicional, apoyada por un importante sector doctrinal¹¹, cuando el

¹⁰ Si bien, es necesario advertir que ninguna norma impide que esas sociedades civiles se constituyan en documento privado.

¹¹ BLANQUER, R., La inscripción de la sociedad anónima constituida bajo condición suspensiva. ¿Es posible, pendiente la condición?, Madrid, Tecnos, 1976, p. 230. GARRIGUES, Curso de Derecho mercantil, Edición 7ª, tomo I, Madrid, 1982, pp. 338 y ss. SOTO VAZQUEZ, R., Quiebras y concurso de acreedores, Madrid, Comares, 1994, pp. 46 y ss. URÍA, Curso de Derecho Mercantil, Edición 22ª, Madrid, 1995, pp. 166 y ss. STS, Sala 1ª, de 14 noviembre 1995, que no reconoció personalidad jurídica de la sociedad constituida sin inscripción registral. RRDGRN de 31 de marzo y 11 de diciembre de 1997. La primera de esas resoluciones (Fundamento de Derecho segundo), declaró que *“el elemento lógico, por cuanto siendo evidente que la trascendencia <<erga omnes>> de la atribución de personalidad jurídica reclama que su concesión se produzca respecto de todos en un momento preciso y determinado, en la medida en que esa personificación de la sociedad civil*

artículo 116.2 del Cco establece que *“una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”*, supone que una sociedad mercantil¹² tendrá personalidad jurídica cuando se haya constituido de acuerdo con lo estipulado en el Cco, y en particular, conforme a los requisitos señalados en el artículo 119 de dicho Código¹³. De este modo, entiende los partidarios de esta tesis, que la adquisición de la personalidad jurídica por la sociedad queda supeditada a la celebración del contrato social en escritura pública y a su inscripción en el Registro Mercantil. Así pues, las consecuencias de que no se proceda conforme a esos requisitos, serían básicamente dos: los contratos celebrados en nombre de la sociedad serían nulos, y las personas que los hubiesen formalizado estarían exentos de responsabilidad (ex. artículo 1259 del CC¹⁴).

Sin embargo, alejándose de la idea mantenida por esta tesis tradicional, surge una nueva doctrina, más moderna, que no considera que para que una sociedad adquiera personalidad jurídica, tenga que estar inscrita en el Registro Mercantil. En tal sentido, mantiene PINO ABAD¹⁵, que *“a pesar de la impoluta lógica y aparente solidez de los argumentos utilizados por esta tesis tradicionalmente mantenida por nuestra doctrina, no podemos hacernos coparticipes de la misma porque si bien sus conclusiones resultan euclidianamente incuestionables, en realidad se alcanzan, en nuestra opinión, a través de un método de interpretación erróneo, sencillamente porque conduce a unos resultados productores de unos efectos contrarios a los que, en el fondo, se pretenden”*.

Este nuevo sector doctrinal¹⁶, mantiene que la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil no puede ser considerada como un requisito indispensable para

dependa de la publicidad de los pactos sociales, habrá de concluirse que no ha de bastar la simple publicidad de hecho, esto es, la simple posibilidad de hecho que unos u otros terceros puedan haber tenido, con más o menos trabas, para conocer, quizás de modo fragmentario y casual, los pactos sociales y sus modificaciones, acceso a la información que siempre sería problemática en el futuro, sino la posibilidad legal de conocimiento por todos, desde el momento inicial y al margen, ya, de la voluntad de los socios, y ello sólo se garantiza mediante el acceso de los pactos sociales a un instrumento oficial de publicidad establecido por la ley, el cual dará fe tanto de la existencia como del completo régimen normativo aplicable al nuevo ente”.

¹² Sin distinguir entre las sociedades personalistas y las de capital, ya que a todas se les atribuye personalidad jurídica, conforme al artículo 116 del Cco.

¹³ Que establece: *“Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 17. A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 25, las escrituras adicionales que, de cualquier manera, modifiquen o alteren el contrato primitivo de la compañía. Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social”*.

¹⁴ Al establecer que *“ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”*.

¹⁵ Vid., La Sociedad de capital no inscrita, la sociedad en formación y la sociedad irregular, Marcial Pons, 1999, p. 119.

¹⁶ Al que se suma: ALONSO LEDESMA, C., Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción, en Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones, Vol. II,

que la sociedad alcance la condición de persona jurídica y pueda ser sujeto que asuma derechos y obligaciones. Así, se afirma que si la interpretación correcta fuese la que mantiene la doctrina más tradicional, los artículos 116 a 120 del Cco conducirían a resultados totalmente contrarios a los perseguidos por el Cco¹⁷.

En efecto, compartimos que la principal finalidad perseguida por el legislador a la hora de exigir el cumplimiento de determinados requisitos de forma y de publicidad en la constitución de las sociedades mercantiles, es la protección de los intereses de los terceros que de buena fe contratan con la sociedad¹⁸. En cambio, la tesis tradicional conduce a resultados que se alejan de la indicada finalidad, es decir, dicha tesis, al defender que la personalidad jurídica de la sociedad sólo se reconoce desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, las consecuencias que de ahí se originan, desmerece el sistema de protección de los intereses de los terceros que contratan con la sociedad no inscrita, y favorece a su vez, a aquellos a los que en realidad el legislador desea punir.

Así es, los socios que contrataron vulnerando lo dispuesto en el artículo 119 del Cco, con su actuación perjudican a los terceros que contrataron con la sociedad no inscrita, quienes no solo no podrán dirigir sus acciones contra el patrimonio social y así poder cobrar lo que se les adeuda¹⁹, sino que tampoco disfrutarán de la validez de los contratos celebrados con la sociedad que serán considerados nulos²⁰. De esta manera, esos terceros tan sólo podrán reclamar a los encargados de la gestión social que hubieren contratado en nombre de la sociedad la correspondiente indemnización de daños y perjuicios derivada de la celebración de esos contratos nulos²¹.

AAVV, Madrid, Civitas, 1994, pp. 984; GIRON TENA, J., Las sociedades irregulares, ADC, Vol. IV, 1951, pp. 1329-1331; MATILLA ALEGRE, R., Las sociedades irregulares y la ley de reforma de la legislación mercantil, Revista ICADE, nº 31, 1994, pp. 70-73; o MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., El empresario social como sujeto de Derecho en el Ordenamiento Jurídico español, RDM, enero-junio 1994, pp. 140-141.

¹⁷ GONZALO LÓPEZ, V., Sociedad irregular y personalidad jurídica, DJED, nº 485, 1996: *"La antedicha disociación entre los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico y los resultados obtenidos por la doctrina ha sido, sin lugar a dudas, el mejor patrocinador de la llamada "tesis revisora" propugnada por el Profesor GIRON TENA ("Las sociedades irregulares...", cit., págs. 125 a 201, en especial desde la pág.170) y continuada, entre otros, por el Maestro MENÉNDEZ ("Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil", cit., págs. 8 a 55, en especial 44 a 48) y el Profesor PAZ-ARES ("Comentario al Título VIII. De la sociedad", cit., págs. 1339 a 1344, en especial 1340 y 1341), por cuya virtud debe vincularse la personalidad jurídica general no a la inscripción registral, sino, más bien, al contrato fundacional de sociedad: la sociedad no inscrita goza, por tanto, de personalidad jurídica general de sociedad"*.

¹⁸ Así lo entiende: SAMANES ARA, C., Las partes en el proceso, La Ley, 1ª edición, abril, 2000, p. 21: *"Es una exigencia de justicia no dejar desprotegidos los intereses de quien contrató con una de estas entidades, lo que se resuelve otorgándoles capacidad pasiva"*.

¹⁹ Ya que la negación de personalidad jurídica impide la existencia de dicho patrimonio.

²⁰ ex artículo 118 del Cco, que establece que *"será igualmente válidos eficaces los contratos entre Compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse, siempre que fueron lícitos y honestos, y aparecieren cumplidos los requisitos que expresa el artículo 119 del Cco"*.

²¹ Tal y como determina el artículo 120 del Cco: *"los encargados de la gestión social que contravinieren a lo dispuesto en el artículo anterior, serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la Compañía con quienes hubiesen contratado en nombre de la misma"*.

Por otra parte, este nuevo sector doctrinal, también utiliza como argumento para defender la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita, la denominada *manifestación externa* de la sociedad, que se presenta como un requisito necesario para la adquisición de la personalidad jurídica (ex. Artículo 1669 CC)²². Como ya hemos señalado, la tesis tradicional mantiene que esa *manifestación externa* habrá de producirse, respecto de las sociedades mercantiles, mediante la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, los partidarios de la tesis moderna defienden que la exigencia de publicidad quedaría cubierta con la simple *publicidad de hecho*, a través de manifestaciones externas de la actividad social en la esfera del mercado, que resultaría suficiente para el reconocimiento de la personalidad jurídica del ente societario. Así debe entenderse pues como el Cco establece que la personalidad jurídica se atribuye a las sociedades mercantiles con el fin de propiciar sus relaciones externas con terceros, tal y como cabe inferir del artículo 116.2, según el cual “*una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*”. No obstante, hay que señalar que dicho precepto no concreta cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que la sociedad se entienda constituida y, en consecuencia, dotada de personalidad jurídica. Ante ese vacío legal, debemos apelar a las normas de Derecho común, no solo porque éste sea fuente supletoria del Ordenamiento mercantil, sino porque, además, el sistema de adquisición de la personalidad jurídica en el ámbito del Cco y el CC no es diferente.

Así, en el ámbito del CC, la respuesta a la cuestión planteada debe obtenerse del artículo 1.669 del CC, en virtud del cual “*no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros*”. A juicio de PINO ABAD²³, “*de la lectura de este precepto se extrae una doble conclusión, a saber: en primer lugar, que para la adquisición de personalidad jurídica por parte de una sociedad se precisa una constatación pública de la misma, bastando la simple publicidad de hecho-al ser suficiente contratar en nombre de la sociedad y no en nombre de los socios-; pero, además, en segundo lugar, como consecuencia de esta exigencia de publicidad, se confirma que los entes societarios adquirirían personalidad jurídica a partir del momento en el que se manifiesten en cuanto tales frente a terceros*”.

En opinión de dicho autor²⁴, “*la publicidad de hecho necesaria para que la sociedad mercantil adquiera personalidad jurídica no tiene que ir necesariamente referida al desarrollo de las actividades propias del objeto social, es decir, a la realización de una actividad negocial por parte de la sociedad, sino que también se produciría una manifestación externa de la misma, con la simple realización de una actividad social como, por ejemplo, la realización de una campaña publicitaria en la que se diera a conocer la creación de la sociedad; la apertura de la sede social*

²² Al establecer que “*no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*”.

²³ Ob. cit., La sociedad....., p. 126.

²⁴ Ibid., p. 127.

aunque aún no se atendiese al público; la solicitud de la certificación negativa de denominación social; etc.”

No obstante, lo dicho y, aunque en la actualidad es la citada doctrina moderna la que se viene manteniendo, tal y como se desprende de las resoluciones de determinados órganos administrativos²⁵, en la negociación bancaria no es así. Las entidades de crédito aplican la tesis tradicional en la contratación de préstamos con sociedades no inscritas en el Registro Mercantil, con independencia de si las mismas se han constituido en documento privado o en escritura pública. En este sentido, nos parece lógico, que las entidades de crédito opten por aplicar la tesis tradicional en la formalización de contratos de préstamo con sociedades no inscritas en el Registro Mercantil, y no asuman, por lo tanto, situaciones de cierta inseguridad jurídica que finalmente tenga que ser resueltas en sede judicial.

2. La discutida capacidad de obrar de los prestatarios menores de edad.

2.1. El menor de edad no emancipado mayor de 16 años, como titular en la póliza de préstamo con interés intervenida por Notario. Cuestión conflictiva.

I. Planteamiento del problema.

No solo desde el inicio de la actual crisis económica y financiera, sino también con anterioridad a ella, las entidades de crédito, los particulares y los Notarios, han tenido que valorar desde un punto de vista jurídico, la cuestión nada pacífica de si un menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años²⁶ tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo.

El interrogante respecto a si dicho menor tiene capacidad suficiente para recibir o tomar dinero a préstamo se produce, principalmente, por dos motivos: el primero, debido a la circunstancia de que existen padres que al no recibir financiación de la entidad de crédito por aparecer inscritos en registros de morosos, por encontrarse en situación de desempleo, o por ser insolventes, solicitan a la entidad de crédito que el préstamo que ellos necesitan se le conceda a su hijo menor no emancipado mayor de

²⁵ RDGRN, de 25 de junio de 2012, Fundamento de Derecho 2.b: *“la constitución de la Sociedad Civil es un tema....., superado por la amplia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, admitiendo la personalidad jurídica de la misma. Recordemos que la Resolución de 14 de febrero de 2001 fue muy clara sobre el particular. Se reconoció la personalidad jurídica de la sociedad civil, sin necesidad de inscripción en los Registros Públicos. Por tanto, desde que se constituye, tiene personalidad jurídica propia y distinta a la de cada uno de los socios que la integran”*.

²⁶ Entendida la peculiaridad de esa situación de minoría de edad, por ejemplo, como lo hace la Fiscalía General del Estado en su Instrucción nº 2, de 15 de marzo de 2006, al manifestar que *“los artículos 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal)”*.

dieciséis años; y la segunda, porque es el propio menor, por sí solo, el que en ocasiones, por no tener ingresos, a veces, ni de sus padres, solicita el préstamo a la entidad de crédito.

Esas solicitudes se vuelven aún más complejas cuando el menor, ya sea por sí solo o a través de la representación legal de sus padres, presenta a la entidad de crédito la correspondiente declaración de bienes, y de ésta se desprende que el menor es propietario de un importante patrimonio, lo que supone que puede ofrecer garantías suficientes para que el importe del préstamo sea devuelto a la entidad de crédito conforme a las cuotas de amortización que en su caso se pacten²⁷.

Además, la indicada solicitud se transforma en un problema, cuando los progenitores del menor manifiestan expresamente a la entidad de crédito que la póliza se ha solicitado por causas justificadas de *utilidad o necesidad familiar que urgentemente debe ser atendida*, tales como alimentos, vestidos, estudios, etc., que revierten en beneficio del menor.

En definitiva, la entidad de crédito, valorando la citada declaración de bienes, el destino del importe prestado, y la capacidad para contratar del menor, debe decidir si concede o no el préstamo a éste²⁸. En el supuesto de que la entidad de crédito conceda el préstamo, y que el mismo se instrumente en póliza intervenida por fedatario público, será éste el que como último valedor de la capacidad legal de las partes para contratar, decida si el menor tiene la capacidad suficiente para formalizar la póliza de préstamo.

II. Delimitación de los conceptos.

Las distintas soluciones que al caso expuesto puedan darse, deben iniciarse, a nuestro juicio, analizando previamente dos conceptos: qué se entiende por la capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas, y qué significa menor no emancipado. Así, la *capacidad jurídica*, es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones que tiene toda persona por el mero hecho de serlo, pues es

²⁷ Digo que será devuelto conforme a las cuotas de amortización pactadas, porque en no pocas ocasiones, el menor es titular en la entidad de crédito de una Imposición a Plazo Fijo cuya generación de intereses cubre sobradamente la cuota de amortización de capital e intereses del préstamo en cuestión. Estas Imposiciones a Plazo Fijo provienen, generalmente, de herencias. Por otra parte, conviene diferenciar el concepto de “devolución” del importe de prestado, del de “recuperación” de dicho importe. La devolución se refiere a la obligación de la parte prestataria de devolver el dinero conforme a la forma pactada, y la recuperación refleja más bien la idea de recuperar la entidad de crédito el importe prestado, intereses, comisiones y gastos, una vez que se ha producido el impago de las obligaciones por la parte prestataria.

²⁸ Ya que la entidad de crédito, en el ámbito de los menores de edad no emancipados, tiene que actuar dentro del marco de las buenas prácticas bancarias, de la legalidad, y defendiendo los intereses económicos del menor. En ese sentido se manifestó la Memoria de 2012 del Servicio de Reclamaciones del Banco de España (p.178): “este Servicio ha de estimar que las entidades se han apartado de las buenas prácticas financieras, pues, aunque pudieran estar actuando, en su caso, en defensa de los intereses económicos del menor, ello no puede hacerse sin observar los requisitos de legalidad”.

una cualidad esencial de ella. Por su parte, la *capacidad de obrar*²⁹ es la idoneidad o aptitud para realizar eficazmente actos con trascendencia jurídica, como contratar, disponer por actos entre vivos o por testamento, adquirir, contraer matrimonio, en definitiva, adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones³⁰.

De lo dicho acerca de las dos capacidades citadas, puede concluirse, que para que una persona física en general pueda suscribir un contrato de préstamo con interés, es necesario que tenga *capacidad de obrar*³¹, esto es, que la persona física en cuestión exteriorice aptitudes que le permitan formalizar el mencionado contrato, ejercitando y desarrollando los mencionados derechos y respondiendo ante las indicadas obligaciones.

Por lo que respecta al concepto de “*menor no emancipado*”, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, se considera a aquel hijo menor de edad que se encuentra bajo la patria potestad del padre y la madre, en los términos que indica el artículo 154 del CC³².

²⁹ Puede distinguirse dentro de la capacidad de obrar, una capacidad negocial y una capacidad delictual o de imputación.

³⁰ Es necesario aclarar, no obstante, que la capacidad jurídica (que es potencial) y la capacidad de obrar (que es efectiva), si bien son distintas, pueden darse en una misma persona pero puede suceder que no sea así. En efecto, un menor de edad de, por ejemplo, seis años, ostenta una absoluta capacidad jurídica, ya que no existe impedimento a que pueda ser propietario de un gran patrimonio, y sin embargo, es evidente que él por sí mismo no podrá administrarlo, lo que lleva a concluir que los requisitos de la capacidad jurídica se basan en razones sociales, y en cambio, los requisitos de la capacidad de obrar se sostienen en el propio negocio jurídico puesto en relación con las aptitudes físicas y psíquicas del sujeto que interviene.

³¹ Los romanos no emplearon el término *capacitas* para referirse a la actual distinción entre capacidad jurídica y de obrar. *Capacitas* solo se llegó a utilizar por la jurisprudencia para referirse a la aptitud que permitía adquirir a título de heredero o de legatario. El término *caput*, de donde deriva sin duda *capacitas*, significaba sencillamente cabeza, esto es, individuo humano. Esta aptitud en el Derecho moderno no puede faltar en ningún hombre (por el solo hecho de serlo, se trata de una exigencia de la propia dignidad humana) sin embargo, en Roma, al menos en su formulación más drástica, se exigía no sólo ser varón sino además, ser libre, ser ciudadano y ocupar la posición de jefe dentro del grupo familiar. De modo que, sólo al individuo que reunía los tres *status* citados se le podía calificar propiamente de persona y de ahí también, que se haya dicho que el Derecho civil romano, al menos durante un tiempo, fue el Derecho de los *patres familias*. En relación con lo anterior, véase: ALVAREZ SUAREZ, U., *Personas físicas y colectivas en el derecho romano*, Madrid, 1977.

³² Conviene aclarar, que si bien el objeto de nuestro estudio se centra en las relaciones paterno-filiales, y en concreto, en aquellos casos en los que los padres del menor viven y ejercen conjuntamente la patria potestad sobre su hijo, el concepto de “menor no emancipado” también abarca al huérfano que se encuentra bajo la tutela de su representante legal. En ese sentido, el huérfano puede ser “absoluto” o “relativo”, tal y como declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 17 de marzo de 2009 (Fundamento de Derecho único): “*Lo relevante es si el huérfano es absoluto o relativo, es decir, si ha perdido a ambos progenitores o sobrevive uno de ellos*”. Así, puede concluirse que el huérfano parcial menor de edad no emancipado quedará sometido a la patria potestad del padre o la madre supérstite (que será el representante legal del menor), y al huérfano absoluto menor de edad no emancipado se le designará judicialmente un representante legal.

III. Capacidad del menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años para ser titular de una póliza de préstamo.

Conviene advertir que en el presente trabajo nos centraremos en el análisis de la capacidad del menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años para formalizar un contrato de préstamo con interés, por ser esa la edad en la que como seguidamente expondremos, la vigente legislación, la doctrina y la jurisprudencia parecen situar como referencia para conocer el grado de desarrollo de la personalidad del menor. De tal manera, que conforme se va produciendo un incremento de su madurez, el menor va siendo titular de cada vez más derechos y obligaciones.

Las soluciones que en su caso puedan darse a la cuestión de si un menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años puede ser titular de una póliza de préstamo, deben partir de una premisa: que nuestro ordenamiento jurídico no recoge expresamente en ninguna de sus normas que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis pueda recibir o tomar dinero a préstamo, ni que no pueda hacerlo. Se trata pues, de una cuestión abierta a interpretaciones tanto doctrinales como judiciales.

A) Opiniones en contra.

Es posible considerar, en primer lugar, que ese vacío legal supone que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años no puede recibir o tomar dinero a préstamo. A esta primera interpretación coadyuva el artículo 1.263 del CC, que establece que “*los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento*”. Este precepto, si se interpreta literal y restrictivamente³³, llevaría a pensar, por lo que aquí interesa, que el menor no tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo por sí mismo y que, en consecuencia, necesita que su déficit de capacidad se complete con el consentimiento de sus padres o tutores legales, quienes actuando en nombre y representación del menor, soliciten la póliza en nombre del menor.

En este mismo sentido debemos pronunciarnos si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 323 del CC, cuando determina que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a ser mayor de edad no podrá, pese a estar emancipado, tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

De la literalidad de la redacción expuesta se desprende que el menor, aunque se encuentre emancipado, sólo puede recibir o tomar dinero a préstamo con el consentimiento de sus padres. Esto podría llevar a concluir que igual integración de

³³ Recordemos que la vigente Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 2 párrafo segundo, determina que “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”.

capacidad debe acontecer en relación con los menores que ni tan siquiera se encuentran emancipados.

Por su parte, de la interpretación que pudiera hacerse de los artículos 4.1³⁴, 222.1³⁵ y 271.8³⁶ del CC, también resultarían argumentos que ayudarían a defender que un menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años no tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo. Dichos preceptos establecen que cuando la patria potestad se suspende, es decir, se priva de ella temporalmente a los padres, el tutor suplente la posición de éstos mediante la tutela como figura protectora del menor de edad no emancipado. Este tutor, llegado el caso, conforme a dicho artículo 271.8 CC, necesitaría una autorización judicial para tomar dinero a préstamo a nombre del indicado menor, requisito éste que podría hacerse extensible al supuesto en el que los padres, en nombre y representación del menor, desearan que éste fuera titular de una póliza de préstamo.

Finalmente, de la jurisprudencia también puede inferirse un criterio desfavorable a la posibilidad de que dichos menores tengan capacidad para contratar una póliza de préstamo. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, de 7 de julio de 2005, (punto primero de su Fallo) declaró *“conceder autorización a la madre para que, en nombre y representación de su hijo menor, proceda a gravar con hipoteca la mitad indivisa que a dicho hijo pertenece en propiedad, pudiendo realizarse la operación para la obtención de un préstamo bancario”*. A nuestro juicio, para obtener una correcta interpretación de esa declaración judicial, hay que subrayar la diferencia existente entre la “garantía real” y la “garantía personal” que se deriva de la formalización de un préstamo con garantía hipotecaria. La garantía real es la constitución de la hipoteca que grava a la finca, y la garantía personal supone que la parte prestataria responde con sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de las obligaciones que se deriven del contrato de préstamo.

Establecida esa diferencia, la misma llevaría a pensar que en el caso juzgado, la Sala, a través de la frase *“conceder autorización a la madre para que, en nombre y representación de su hijo menor, proceda a gravar con hipoteca la mitad indivisa que a dicho hijo pertenece en propiedad”*, está facultando solo a la madre para que, actuando en nombre y representación de su hijo menor, constituya la garantía real, es decir, la hipoteca sobre la parte indivisa de la finca que es propiedad del menor, instrumentándose ese gravamen a través de un préstamo hipotecario. Así, el préstamo sólo sería el instrumento que sirve para gravar la parte indivisa propiedad del menor. En cambio, la Sala, a diferencia de la autorización expresa que sí establece a favor de la madre para que, en nombre y representación de su hijo menor, grave la parte indivisa de éste, no señala expresamente quién será el titular del préstamo, es decir,

³⁴ Que establece: *“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”*.

³⁵ Que determina *“que estarán sujetos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad”*.

³⁶ Que señala que *“el tutor necesita autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo”*.

quién asume la obligación personal de ese préstamo, dejando la Sala indeterminada la titularidad del mismo cuando declara “*puediendo realizarse la operación para la obtención de un préstamo hipotecario*”. Esto podría suponer: por un lado, que es a la madre a la que el tribunal facultó para gravar, en nombre y representación de su hijo menor, la parte indivisa de la finca propiedad de éste; y por otro que, dado que el tribunal no entra a valorar la titularidad del préstamo, es solo la madre, actuando en su propio nombre y derecho y no en nombre y representación de su hijo menor, la que puede “*solicitar y obtener*” un préstamo con garantía hipotecaria. Este argumento se trasladaría a la titularidad de la póliza de préstamo, ya que en garantía de las obligaciones que se deriven de la misma, puede otorgarse una escritura de superposición de garantía hipotecaria³⁷.

De la valoración e interpretación de este conjunto de normas y de declaraciones judiciales, podría llegarse a la conclusión de que el indicado menor no solo no ostenta capacidad de obrar³⁸ para por sí solo, recibir o tomar dinero a préstamo instrumentado en póliza, (entendida dicha falta de capacidad como medida de salvaguarda³⁹ de los intereses del menor, los cuales no solo se refieren a intereses personales, sino en igual o mayor medida a los patrimoniales⁴⁰), sino que tampoco

³⁷ La superposición de garantía hipotecaria se constituye mediante una escritura pública otorgada ante Notario, gravando un bien inmueble en garantía de las obligaciones personales que se deriven de la póliza de préstamo, que se interviene por Notario simultáneamente a la indicada escritura de superposición de hipoteca.

³⁸ Algún sector doctrinal, en cambio, defiende una “*capacidad potencial de obrar*” del menor de edad, como señala FERNANDEZ GONZALEZ, M.B., Principios jurídicos que informan. La protección civil de los menores, ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2005, apartado tercero: “*En mi opinión, el menor de edad tiene una capacidad de obrar potencial que progresivamente se va desarrollando y adquiriendo de acuerdo con la edad. Es cierto que no existe en el Código civil un precepto expreso que declare la capacidad del menor, sin embargo, el art. 162 puede suplir en cierto modo esa carencia cuando dice que: “queda excluida de la representación legal: los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo”. En este artículo se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad de obrar del menor, dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales*”.

³⁹ Así lo entiende RUIZ GALLARDON, I., Los menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 12, al manifestar que “*la conclusión del análisis que se acaba de realizar conduce a la idea de que, aunque capacidad jurídica y capacidad se puedan considerar como condiciones de la persona y, en este sentido, se estudian en el pórtico de los tratados y manuales de Derecho Civil, un examen funcional de las normas conduce a algunas conclusiones que en alguna medida matizan esta primera idea. Existe, desde luego, como ya se ha dicho, una técnica de protección de las personas que se encuentran en determinadas situaciones, que consiste, básicamente, en no permitir que se vinculen por contratos o negocios jurídicos o, si se quiere en no permitir que éstos resulten eficaces en la medida en que por su inexperiencia podrán resultar perjudiciales para ellos, aunque el juicio se deja al arbitrio de los representantes legales*”.

⁴⁰ ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, Tecnos, 2006, p. 70: “*No obstante, el interés del menor puede tener carácter patrimonial y puede coincidir o no con el interés familiar*”. DÍAZ MARTÍNEZ, A., La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional, ACM, nº 1, 2013, p. 3: “*por otra parte, la aplicación del criterio del interés superior del menor puede trascender del plano puramente personal y familiar, proyectándose también en el patrimonial, en concreto en el contractual. En este ámbito puede funcionar no sólo como foco que resalte el interés en conflicto que*

sus padres, como representantes legales del menor, actuando en nombre y representación de éste, estarían facultados para solicitar la póliza a nombre de su hijo menor de edad.

B) Argumentos favorables a la posibilidad de que dicho menor pueda ser titular de una póliza de préstamo.

En contra de la tesis expuesta conforme a la cual el menor no emancipado mayor de dieciséis años carece de capacidad para recibir o tomar dinero a préstamo, también pueden citarse argumentos que ayudan a defender una interpretación favorable a que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años cuente con capacidad para contratar una póliza de préstamo.

De conformidad con el artículo 162 del CC, *“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuando:*

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º. Aquellos en que exista contradicción de intereses entre los padres y el hijo.

3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158⁴¹”.

Para vislumbrar el verdadero alcance de este precepto resulta preciso aclarar si la expresión *“prestaciones personales”* incluida en su apartado 3º, es equivalente o no a la expresión *“obligaciones personales”*, también derivadas de los contratos.

La citada delimitación conceptual se requiere a fin de conocer si el legislador civil deseó equiparar, en el ámbito del artículo 162 del CC, los términos *“prestación personal”* y *“obligación personal”*. De ser así, en aplicación del último párrafo del apartado 3 del artículo 162 del CC, los padres podrían, como representantes legales de los menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad, solicitar una póliza de préstamo a nombre del menor con el consentimiento de éste.

debe ser tutelado sino incluso incidir en la adopción de decisiones sobre la validez del contrato mismo suscrito por los progenitores, en representación legal de su hijo, si se entiende que existe extralimitación en su actuación por comprometer seriamente el futuro profesional del mismo y constreñir de modo irrazonable sus facultades de decisión en el futuro”.

⁴¹ Ver: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Comentario al artículo 158 del Código Civil, Grandes Tratados, 2009.

En ese sentido, han sido varias las resoluciones judiciales que han equiparado los términos “prestación personal” y “obligación personal”, de modo que, cuando una persona formaliza una póliza de préstamo con garantía personal, y responde del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato con sus bienes presentes y futuros, a esa responsabilidad se le va a denominar “prestación personal” y no “obligación personal”. Así lo entiende la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 16 de septiembre de 2010⁴², y la SAP de Tenerife, Sección 1ª, de 29 de abril de 2010⁴³.

En cambio, hay autores que mantienen que no se pueden equiparar las “prestaciones personales” a las “obligaciones personales”. En ese sentido, ANDERSON, M⁴⁴., mantiene que las “prestaciones personales” se refieren a la asistencia y cuidados que una persona presta a otra durante un estado de convivencia, y que no pueden ser consideradas como “obligaciones personales”⁴⁵.

⁴² Fundamento de Derecho cuarto: *“El concepto de cargas del matrimonio en la sentencia matrimonial comprende aquellas responsabilidades que, contraídas durante la unión nupcial frente a terceros, deben seguir siendo afrontadas por las esposos no obstante la ruptura de su matrimonio, cuales pudieran ser prestaciones personales o hipotecarias que siguen gravando la economía familiar. Así pues el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y los préstamos personales constituidos durante el matrimonio son cargas del matrimonio y la pretensión de la parte apelante consistente en que se satisfagan al 50 % las cargas familiares no puede prosperar”*.

⁴³ Apartado c) de su Fallo: *“El actor asumirá el pago de la hipoteca que tiene suscrita el matrimonio con la entidad Caja Canarias sobre la que ha sido la vivienda conyugal, y que asciende a la cantidad de 449,45 euros mensuales, asumiendo también el pago de dos prestaciones personales que el matrimonio tiene con la misma entidad bancaria y que representa una cuantía mensual de 280,73 euros y la mitad del recibo de la contribución urbana de la vivienda conyugal”*.

⁴⁴ El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes, en *“Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI”*. PONENCIA EXPUESTA EN EL CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 de junio de 2005. Este autor, cuando analiza el “contrato de vitalicio” (permitido por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad), señala: *“Por otro lado, tampoco parece fuera de lugar que la facultad de desistir unilateralmente pueda corresponder también al alimentante, por cuanto que su prestación, si bien está limitada en el tiempo (término certus an, incertus quando), es de duración indeterminada y, en cuanto comporte prestaciones personales, puede justificar una voluntad de desvinculación. No obstante, esta última posibilidad era prácticamente desconocida en los vitalicios anteriores a la nueva regulación, puesto que compromete gravemente la posición del alimentista con pocos recursos, especialmente si se encuentra en una situación de especial necesidad de atención”*.

⁴⁵ En el mismo sentido se pronuncia SALINAS VERDEGUER, Morosidad de transmitente del inmueble y afectación al derecho de voto del adquirente. Foro abierto, Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales, de 1 de marzo de 2010: *“ya que el nuevo propietario no debe, se encuentra al corriente de sus obligaciones personales, aunque su inmueble responda de la deuda”*. De igual forma se han manifestado algunos órganos judiciales a través de sus resoluciones judiciales, tales como: SAP de Asturias, Sección 6ª, de 24 de febrero de 2014 (Fundamento de derecho tercero): *“interpretando el artículo 27 de la Ley comentada, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1.997 se pronunció sobre las diferentes formas en que pueden prestarse servicios en los centros penitenciarios, declarando que solo el trabajo directamente productivo da lugar a la relación laboral especial que prevé el art. 2.1 c) del Estatuto de los Trabajadores; por el contrario las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento son ajenas al ámbito laboral, conforme resulta del propio ordenamiento penitenciario y de lo dispuesto por el art. 1.3 b) del citado Estatuto de los Trabajadores”*. SAP de Madrid, Sección 25ª, de 24 de febrero de 2012

En definitiva, consideramos que el diferente significado atribuido a las expresiones “prestación personal” y “obligación personal” depende del contexto en el que ambas expresiones sean utilizadas. En ese sentido, nos parece que no deja lugar a dudas, que cuando el apartado 3 del artículo 162 del CC se refiere a “prestaciones personales” no se está refiriendo a “obligaciones personales”, de modo que, el citado precepto cuando hace alusión a los “*contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales*” no se refiere a la obligación personal que la parte prestataria asume cuando contrata una póliza de préstamo, y de la que responde con sus bienes presentes y futuros. Esta conclusión la basamos en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el Derecho Civil entiende como obligaciones accesorias no solo a aquellas que derivan de la principal, como puede ser la obligación de intereses respecto a la devolución del capital, sino también a aquellas que garantizan la obligación principal, como puedan ser las garantías reales o “las personales”.

(Fundamento de Derecho segundo): *“con relación a las prestaciones personales destinadas al cuidado de los vendedores calificados por la recurrente como precio de la compraventa, es realmente la confirmación de que no se pagó ninguna cantidad de dinero, pues de otro modo no sería necesario utilizar ese hecho para fundamentar la contraprestación por la entrega de los inmuebles. Pero es un intento inútil, pues el artículo 1.445 CC sólo concibe el precio de la compraventa pactado en dinero o signo que lo represente, y, obviamente, el trabajo personal no es un signo representativo de dinero. Si se quiere pagar con inmuebles prestaciones personales, podrá existir una donación remuneratoria o dación en pago, pero no compraventa, y si al final se pretende que el precio no es realmente el que en dinero se consigna en el contrato, sino la remuneración por la dedicación personal, la simulación se confirma en toda su amplitud. Por eso, ninguna duda cabe sobre la nulidad declarada en la sentencia, siendo por completo indiferente a tales efectos determinar si fue sólo la hija quien atendió a sus padres”*. SAP de Tarragona, Sección 1ª, de 16 de diciembre de 2009 (Fundamento de derecho segundo): *“No se comparte el criterio, pues además de considerar que estos contratos por su especial naturaleza suelen estar concluidos en atención a personas concretas y determinadas en razón a especial relación de familia o amistad, la expresión de limpieza de la casa donde habita hace pensar en una relación que supone sino convivencia en la misma vivienda, si ocupación del adecentamiento de la que servía de vivienda a la cedente, lo que si lo relacionamos con la realidad acreditada de que la cedente vivía en el mismo edificio que los beneficiarios, se entiende que lo que se está pactando son prestaciones personales de estos, la de alimentarla, vestirla y limpiarla, prestaciones personales que se refuerzan con la expresión de que se comprometes a limpiar a una señora que está en una silla de ruedas, para la cual, por esa circunstancia, esa labor tiene especial significación e importancia que se efectuó en su círculo familiar próximo”*. STS, Sección 7ª, de 11 de febrero de 2003: *“Esa “relación de servicio” alude a prestaciones personales o profesionales insertas en vínculos de carácter contractual (arrendamiento civil de servicios o contrato de trabajo), y que por tal razón su continuidad o reanudación no dependen solo de la voluntad de quien las realiza. Se trata, pues, de situaciones de subordinación que no son de advertir en la afiliación sindical, y a que esta encarna un acto enteramente libre, y esta libertad, además, constituye el contenido de un derecho fundamental”*. Y SAP de Valencia, Sección 6ª, de 4 de diciembre de 1997 (Fundamento de Derecho tercero): *“Puesta así de relieve la dolorosa realidad de que es la madre quien cuida a su hijo cuando no está en el colegio (el padre tiene su domicilio en Ávila), y de que ambos progenitores están obligados a alimentar a su hijo -sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción-, según el art. 142 CC resulta patente que la aportación de ésta en prestaciones personales a su hijo ha de valorarse muy por encima de las 35.000 pesetas mensuales fijadas por la sentencia de instancia como pensión alimenticia a cargo del padre”*.

En segundo lugar, el artículo 162 del CC, se incluye dentro del Libro I, Título VII, Capítulo II del CC, relativo éste último a la representación legal de los padres. Por tanto, el artículo 162 del CC no forma parte del Libro IV, Título II del CC, que regula la normativa relativa a los contratos, de donde surgen las distintas obligaciones entre las partes contratantes, incluidas las mencionadas obligaciones personales. Por su parte, el artículo 1.263 del CC, incluido dentro del indicado Libro IV, Título II del CC, establece que “*no pueden prestar consentimiento los menores de edad no emancipados*”. Si tenemos en cuenta que el artículo 162 del CC no ha sido ubicado por el legislador en el citado Título II del Libro IV del CC, y que el artículo 1.263 del CC señala que los menores de edad no emancipados no pueden prestar consentimiento en los contratos (lo que supone que no pueden asumir obligaciones personales derivadas de los mismos), se confirmaría que la expresión “prestaciones personales” no se equipara a “obligaciones personales” que son las que el menor asumiría a través de un contrato que suponga para él una verdadera “obligación personal” derivada del Derecho de contratos y obligaciones.

Finalmente, el último párrafo del artículo 162.3 del CC hace mención del “hijo menor de edad no emancipado”, sin que concrete el legislador la edad de ese menor. No es lógico pensar, que el artículo 166 del CC establece que los padres no pueden gravar bienes del menor⁴⁶ sin la previa autorización judicial (o si tuviese el menor dieciséis años, si consiente en documento público), y en cambio, se acepte que el apartado 3 del artículo 162 del CC, cuando se refiere a que dicho menor puede consentir los contratos que le supongan “prestaciones personales”, permite que éste pueda, mediante la representación legal de sus padres, firmar una póliza de préstamo con garantía personal por importe, por ejemplo, de 10 millones de euros, destinando este importe a fines que nada tienen que ver con el beneficio del menor o de su propia familia, comprometiendo los bienes presentes y futuros de éste en beneficio de terceros.

Aclarada la no equiparación entre “prestaciones personales” y “obligaciones personales⁴⁷” en el ámbito del artículo 162 del CC, y retomando los argumentos a utilizar que permitan defender una opinión favorable a que el menor no emancipado mayor de dieciséis años pueda ser titular de una póliza de préstamo, hay que señalar que efectivamente, el mencionado artículo no recoge expresamente, entre los actos que quedan exceptuados de la representación legal de los padres, el caso de que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años tome dinero a préstamo. Esto podría interpretarse en el sentido de que como no se exceptúa de la representación legal de los padres el hecho de tomar dinero a préstamo en nombre del menor, sus

⁴⁶ Piénsese en un inmueble propiedad de un menor de diez años de edad, cuyo valor de tasación a efectos de mercado es de 15.000€, teniendo en cuenta, que el menor al que alude el artículo 166 del CC el legislador tampoco le asigna en concreto una edad, lo que supone que cuando se hace referencia a ese menor debe pensarse en un menor de edad en sentido general, es decir, que aún no ha cumplido 18 años.

⁴⁷ Si bien ambas nacen de relaciones contractuales.

padres podrían, en nombre y representación del menor y consintiendo éste el negocio⁴⁸ en documento público, solicitar una póliza de préstamo.

Por otra parte, dado que el artículo 162 del CC no exceptúa de la representación legal de los padres el que éstos puedan recibir o tomar dinero a préstamo en nombre del menor, y que el artículo 164.3 del CC establece que *“se exceptúa de la administración de los padres los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo e industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella”*, sería impensable aceptar aquella opinión que defiende, por ejemplo, que el menor pueda administrar por sí sólo y libremente una nómina mensual de 3.000€ y en cambio, no pueda, representado por sus padres y con el consentimiento de éstos, firmar ante Notario una póliza de préstamo por importe de 1.000€ cuyo destino sea el pago de una matrícula de un curso de inglés que desea efectuar el menor.

Finalmente, de las resoluciones de la DGRN también pueden obtenerse datos cuya interpretación pudieran apoyar esa opinión favorable a que el indicado menor tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo. En ese sentido, la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 7 de julio de 1998, resolvió contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de compraventa y préstamo hipotecario en la que intervenían menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad⁴⁹. Así, en la escritura de compraventa e hipoteca expuesta, se dice que los menores han *“solicitado”* y han *“recibido”* un cheque.

⁴⁸ Teniendo en cuenta, eso sí, que los padres no podrán a posteriori convalidar el negocio que han llevado a cabo solicitando al Juez la correspondiente autorización judicial que convalide el contrato, tal y como mantiene la jurisprudencia. Así, la STS, Sala 1ª, de 22 de abril de 2010, manifestó (Fundamento de Derecho quinto), que: *“La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita”*.

⁴⁹ En dicha resolución los hechos fueron, en resumen, los siguientes: El día 30 de julio de 1993, ante el Notario de Madrid Don Roberto BU, se otorgó escritura de compraventa y préstamo hipotecario. En la citada escritura se estipula que Don Ricardo y Don Juan-Pablo, representados por su madre Doña Joaquina, compran por mitad y partes indivisas a Don Francisco una casa en la villa de Canals, por el precio de 5 millones de pesetas y se expone que los citados señores, representados por su madre, han solicitado a Credit SA, la concesión de un préstamo hipotecario por importe de 5 millones de pesetas para con él atender al pago de la compra referida con la garantía hipotecaria de la propia finca comprada, y que el destino de la finca adquirida generar los ingresos adecuados para afrontar el pago de los vencimientos de los intereses y por restitución del principal de dicho préstamo; y por último, se estipula que la prestamista entrega en este acto a los prestatarios en concepto de préstamo 5 millones de pesetas mediante entrega de un cheque. Seguidamente, el Registrador solicitó para la inscripción de la escritura la correspondiente autorización judicial, a lo que se opone el Notario autorizante de la escritura al defender que la autorización judicial es preceptiva para el gravamen hipotecario de un bien ya perteneciente al menor, puesto que se compromete un bien ya existente en el patrimonio del menor, y por el contrario, en el caso que nos

IV. Pronunciamientos judiciales recientes que resultan de interés.

Al margen de los argumentos expuestos que pueden servir para mantener una opinión favorable a que dicho menor pueda ser titular de una póliza de préstamo, dos recientes resoluciones judiciales sustentan la conclusión de que es posible sostener que, siempre que concurren determinados requisitos, el indicado menor sí puede ser titular de una póliza de préstamo.

En efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2013⁵⁰, marcará, a nuestro juicio, un antes y un después en las decisiones que los particulares, las entidades de crédito y los Notarios, tengan que adoptar acerca de si el indicado menor tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo⁵¹, ya que en dicha resolución judicial aparecen determinadas declaraciones que si se analizan detenidamente, nos harán llegar a la conclusión de que un menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo. Es cierto que no nos encontramos ante jurisprudencia en sentido estricto, pero creemos que los razonamientos del tribunal son claro exponente de cambios que están empezando a producirse.

La cuestión, que fue objeto de apelación ante la indicada AP, era la siguiente: la parte actora (*menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años*) ejercita una acción de nulidad⁵² relativa o de anulabilidad de dos contratos: a) una escritura de

ocupa, el riesgo de pérdida del bien coincide con el momento de su adquisición, sin que la constitución de hipoteca genere riesgo de pérdida de un bien patrimonial preexistente. Posteriormente, el Presidente del TSJ de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en el artículo 166 del CC. Finalmente, el Notario recurrente apeló el auto judicial y la Dirección General acordó estimar el recurso del Notario y revocar el auto apelado.

⁵⁰ Que confirma la sentencia nº 37 del Juzgado de Primera Instancia único de Vélez-Rubio, de 29 de junio de 2011, juicio ordinario nº 89/2011. Reza su fallo así: *“Estimo la demanda presentada por la representación de y contra la Caja de Ahorros. Declaro la nulidad de los contratos impugnados: a) una escritura de cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria de fecha 19 de febrero de 2008,; y b) una póliza de crédito de descuento y otras operaciones mercantiles, otorgada ante el mismo Notario el día 26 de septiembre de 2008; esta nulidad sólo producirá efectos en lo que afecte al demandante, pero no respecto al resto de personas intervinientes (...). Deben quedar sin efecto las cargas que, como consecuencia de los citados contratos, pesaren sobre la tercera parte indivisa de la nuda propiedad de la finca registral titularidad del demandante, quien queda igualmente liberado de las cargas que sobre el resto de su patrimonio pesen en virtud de los citados contratos”*.

⁵¹ Creemos recomendable, para la correcta comprensión de las declaraciones que la Sala hace en su sentencia, que sea leída previa y simultáneamente la sentencia de instancia objeto de apelación.

⁵² A esta reclamación judicial que los menores, alcanzada la mayor edad, pueden dirigir contra sus progenitores a fin de que el Tribunal declare nulo el negocio jurídico, por considerar dichos menores que durante la vigencia de la patria potestad se ha dañado alguno de sus legítimos intereses, también se refirió la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 31 de octubre de 2007, al recoger (Fundamento de Derecho primero) que *“en la resolución impugnada, el juzgador de instancia acoge la argumentación jurídica del hijo demandante, quién fundamenta su pretensión tanto en la obligación legal de los padres de administrar diligentemente los bienes de sus hijos y de rendir cuentas de tal administración si los hijos se lo exigieren al término de la patria potestad como en el*

cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria de fecha 19 de febrero de 2008; y b) una póliza de crédito de descuento y otras operaciones mercantiles, otorgada ante el mismo Notario el día 26 de septiembre de 2008. Los dos contratos fueron celebrados por las partes demandadas, esto es por la Caja de Ahorros y por los padres del actor, así como por los dos hermanos del actor, que no fueron demandados. La parte demandante (menor) era titular de una tercera parte indivisa de la nuda propiedad de una finca registral, de la que sus hermanos ostentaban las dos terceras partes indivisas restantes de la nuda propiedad y sus padres el usufructo.

Entendió la parte actora que concurría una causa de nulidad relativa de los dos contratos, y se basó para ello en el artículo 166 del Código Civil, que interpreta junto con el artículo 163, alegando, en resumen, que existía un conflicto de intereses del actor con sus padres, por ser el actor un menor de edad no emancipado en el momento de la firma de los contratos y ser éstos los beneficiarios de los referidos contratos, lo que exigía el nombramiento de un defensor, y que se le consideró como si fuera mayor de edad (así lo recoge la escritura pública) sin serlo, por lo que no fue informado debidamente del alcance de sus actos ni tenía la capacidad necesaria para realizarlos. Señaló que, para el caso de que no fuese necesario nombramiento de defensor judicial sería necesaria autorización judicial que tampoco hubo, y que no concurren causas justificadas de utilidad o necesidad. En base a todo ello solicitó que se declarasen anulados los dos contratos antes señalados, y que se liberase de toda carga la tercera parte indivisa de la nuda propiedad de la finca que ostenta el actor, y que también se declarase la nulidad de los procesos ejecutivos que se seguían contra el mismo al haberse impagado las cantidades pactadas en los dos contratos.

La parte demandada (Caja de Ahorros) manifestó en su contestación a la demanda que desconocía la menor edad del demandante, que atribuye a una negligencia del Notario y a la mala fe de los intervinientes. En cualquier caso entiende que el menor concurrió a la firma de la escritura pública, y consintió en documento público la operación que se realizaba, negando la existencia un conflicto de intereses con sus padres, de lo que en todo caso tendría la carga de la prueba; e, incluso, para el caso de que existiera conflicto del menor con su padre, entiende que la madre del demandante habría completado la falta de capacidad, pues la misma concurrió también al acto.

Expuestos los hechos por los que surge la controversia, de la literalidad de la sentencia de instancia conviene destacar que el menor no era titular de los contratos, esto es, no era acreditado en el crédito de cuenta corriente, y no era titular en la póliza de descuento.

compromiso asumido por el demandado de reintegrar al hijo la suma indemnizatoria percibida tan pronto el mismo alcanzare la mayoría de edad, cuál cabe desprender del contenido del documento obrante en autos”.

Una vez efectuada esa aclaración, procedemos a describir y valorar las declaraciones vertidas en ambas sentencias, que permiten sostener que el indicado menor puede llegar a contar con capacidad para contratar una póliza de préstamo.

En ese sentido, hay que resaltar determinados hechos que el tribunal considera de suma importancia en cuanto a la capacidad para contratar en sentido general de los menores de edad no emancipados mayores de dieciséis años.

Así, el Juez de la primera instancia, en su sentencia (Fundamento de Derecho cuarto), señala que *“la realidad social de España, hoy día, de acuerdo con el vigente texto constitucional, requiere que a los menores se les dispense, por parte del ordenamiento jurídico, un trato especial, orientado a la protección de su persona y bienes. Las diversas razones por las que ello se lleva cabo, y España ha ratificado numerosos Tratados Internacionales al respecto, tienen en cuenta el dato del desarrollo de la personalidad del menor, de tal manera que conforme se va produciendo un incremento de su madurez va siendo titular de cada vez más derechos y obligaciones. Así, el grado progresivo de discernimiento que se va alcanzando poco a poco hasta llegar a la mayoría de edad es tenido en cuenta para determinar el régimen jurídico del menor. Ahora bien, resulta difícilmente comprensible que el grado de desarrollo de una persona de apenas diecisiete años, que no consta que haya trabajado, le permita comprender, sin ser informado de ello, cuál es el alcance de los contratos que son objeto de impugnación en este pleito. Para bien o para mal, es un hecho notorio (artículo 281.4 de la LEC) que la juventud española media, en ese tramo de edad, desconoce qué sea “una cuenta corriente de crédito con garantía hipotecaria y una póliza de crédito de descuento y otras operaciones mercantiles”, así como el alcance exacto de “la garantía patrimonial universal y solidaria contenida en las escrituras públicas”.*

Por su parte, la AP, en su sentencia, también efectúa algunas consideraciones de interés acerca de la capacidad contractual que desde un punto de vista general, pueden tener los indicados menores. Así, la Sala, destaca (Fundamento de derecho segundo), que la interpretación de las normas habrá de realizarse atendiendo a la realidad social del tiempo⁵³, a la evolución del Derecho Civil común a favor de una mayor autonomía del menor de edad, y a los pronunciamientos de la doctrina y la jurisprudencia que han puesto de relieve que, *“respecto de la esfera de actuación del menor de edad, «no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a*

⁵³ Conforme al artículo 3.1 del Código Civil, que establece que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.*

los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados” (...). Si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil)”.

Por lo tanto, prosigue el tribunal, *“tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales⁵⁴”.*

De las declaraciones efectuadas por ambas sentencias, a nuestro juicio, cabe entresacar algunas que resultan de interés para que los particulares, las entidades de crédito y los Notarios, lleven a cabo una valoración más ajustada a la realidad social de nuestro tiempo sobre la capacidad para contratar de dichos menores. En concreto, las siguientes:

De la sentencia de primera instancia, destaca, en primer lugar, la afirmación de que el menor, *“conforme se va produciendo un incremento de su madurez va siendo titular de cada vez más derechos y obligaciones”.* Así, valorando el grado de madurez del menor, podremos aproximarnos a conocer si cuenta con idoneidad o aptitud para realizar eficazmente actos con trascendencia jurídica, como contratar la póliza de préstamo. Y en segundo lugar, la sentencia de instancia indica que *“el grado progresivo de discernimiento que se va alcanzado poco a poco hasta llegar a la mayoría de edad es tenido en cuenta para determinar el régimen jurídico del menor”.* Esto supone que el progreso del menor en ese discernimiento, esto es, cuando en la diferenciación del significado de las cosas distingue lo bueno de lo malo, es otra circunstancia a tener en cuenta para valorar el régimen jurídico del menor, y por lo tanto, para delimitar su capacidad para contratar.

Finalmente, el juez *a quo* resalta como factor a tener en cuenta para delimitar la capacidad para contratar del menor, el hecho de que éste haya trabajado. Se considera, que un menor de apenas diecisiete años, que no consta que haya mantenido una relación laboral, difícilmente conocerá, si no se le informa, lo que supone la firma de un contrato de préstamo, así como el alcance exacto de la garantía patrimonial universal y solidaria contenida en el documento que instrumente el préstamo.

⁵⁴ Además, la Sala señala (Fundamento de Derecho segundo), *“que si el consentimiento del menor se presta en documento público, supone, además, “una mayor garantía para el menor, por la intervención del funcionario que lo autorice, lo que en el frecuente caso de que dicho documento sea la escritura pública, será resultado del cumplimiento por el Notario de su genérico deber de control de legalidad y sus especiales deberes de asesoramiento y asistencia especial al necesitado de ella”.*

Por su parte, la sentencia de la AP parte de la idea de que en la *“esfera de actuación del menor de edad, no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil”*. Así, mantiene la Sala, que *“por debajo de la edad de 18 años habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar por el menor, cubriéndose la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal, esto es, mediante los artículos 1, 3 y 4 del CC”*.

En definitiva, aun partiendo de que no existe una norma que de modo expreso declare la incapacidad del menor para actuar válidamente en el orden civil, si la entidad de crédito y el Notario, no solo efectúan una adecuada interpretación de los indicados criterios de madurez del menor y de su grado de discernimiento, sino que también tienen en cuenta si el menor ha mantenido una relación laboral o está trabajando, y valoran la actuación concreta que el menor pretende formalizar, sería impensable que una entidad de crédito o un Notario impidan⁵⁵ a un menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años que está trabajando, firmar, por sí solo⁵⁶, por ejemplo, una póliza de préstamo con garantía personal, por importe de 1.000€ cuyo destino sea el abono de una matrícula de un curso de inglés que desea celebrar el menor, constituyendo en garantía de las obligaciones que se deriven de la póliza, una prenda sobre el saldo de una Imposición a Plazo Fijo de 2.000€ que el menor ha conseguido formalizar a consecuencia de su ahorro. Además, esa decisión no debiera de producirse si el Notario, en el acto de intervención de la póliza, desarrolla su función tal y como señala la sentencia de instancia (Fundamento de Derecho cuarto), esto es, a través de una labor *“de asesoramiento e información, que está orientada, entre otras finalidades, a garantizar que el consentimiento prestado por quienes intervienen en los contratos o documentos elevados a públicos es libre, voluntario y prestado por persona en la que concurren la voluntad y la capacidad para contratar, que requieren de un previo conocimiento de lo que se contrata”*.

Distinta de la situación descrita sería aquella en la que el menor solicita una póliza de préstamo con garantía personal, destinando su importe a atender *“necesidades familiares primarias que directamente benefician al menor”*. Pensemos en el citado ejemplo, pero con la particularidad de que el destino del importe prestado no sea atender el pago de la matrícula de un curso de inglés, sino satisfacer facturas que se originan por la normal convivencia de una familia en su vivienda habitual, tales como luz, agua, gas, etc.

En este caso, si bien todo apunta a que conforme a los argumentos expuestos, el menor puede tener capacidad suficiente para, por sí solo, solicitar y obtener de la entidad de crédito una póliza de préstamo con interés⁵⁷, la entidad de crédito y en

⁵⁵ Alegando que no tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo.

⁵⁶ Sin que tenga que concurrir el consentimiento de sus padres.

⁵⁷ Así se desprende de la SAP de Zaragoza, de 19 de octubre de 2012 (Fundamento de Derecho octavo) que *“mantiene”* (no lo declara ineficaz) el préstamo hipotecario. En ese sentido, en citado Fundamento de Derecho la Sala expuso: *“El segundo motivo de apelación está basado en la nulidad*

última instancia el Notario⁵⁸, tendrán que reflexionar, para la perfecta formalización del contrato de préstamo, sobre dos circunstancias a las que aluden las dos sentencias analizadas: el destino que se dará al importe del préstamo, y dependiendo de dicho destino, valorar la posible existencia de un conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, que caso de producirse, supondría la necesidad de efectuar el nombramiento de un defensor judicial, en aplicación del párrafo primero del artículo 163 del CC⁵⁹.

En ese sentido, la Sala mantiene (Fundamento de Derecho tercero) *“que a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor de edad que legalmente es considerado con la suficiente madurez, nunca puede llegar a prevalecer ésta sobre las normas generales tuitivas previstas para las situaciones de conflicto de intereses entre el menor y sus padres, que en todo caso deberán ser interpretadas conforme al referido principio de la primacía del interés del menor”*. Esto hace, como hemos señalado, que haya que valorar el destino que se dará al importe de la póliza de préstamo y así determinar si existe ese conflicto de intereses entre los padres y el menor⁶⁰.

La sentencia de Instancia (Fundamento de Derecho cuarto), efectivamente utiliza el destino del importe prestado como factor determinante para conocer si existe ese conflicto de intereses. Así, declara que *“el conflicto de intereses existe porque el dinero que obtienen los padres lo destinan a una empresa de la que no forma parte el menor (...), por lo que, el interés de los padres, como partes integrantes de la empresa, no coincide, ni objetiva ni subjetivamente, con el del menor, ya que éste no forma parte de la empresa”*.

del préstamo hipotecario por irreal y ausente de causa o con causa ilícita. No parece creíble que una empresa dedicada a la financiación lo hiciera a unos menores de edad, cuyos padres estaban en una situación económica deplorable. Es cierto que la reconviente no pide la nulidad en el suplico de demanda, porque, además, hubiera de haber demandado a los prestatarios. Por lo tanto, se trata de un argumento de endeble eficacia.

El 4 de abril de 1995 el matrimonio Abilio - Mari Luz vende a sus hijos (menores de edad) la finca en cuestión y el 25 de septiembre de 1997 se concede por "I.Mibe" (bajo su anterior denominación) a dichos menores un préstamo de 25.000.000 pesetas (150.253 euros), para cuya garantía de devolución se hipotecan varias fincas”.

⁵⁸ Como último valedor de la capacidad legal para contratar de las personas cuando se desea otorgar por las partes contratantes un instrumento público.

⁵⁹ Que establece que *“se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”*.

⁶⁰ En ese sentido, la RDGRN, de 14 de mayo de 2010 señala (Fundamento de derecho tercero) que *“el legislador toma en consideración el conflicto de intereses en relación con cada asunto concreto (cfr. arts. 163 y 299.1º del Código Civil), por lo que deben ser valoradas las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. Y para determinar que existe conflicto de intereses deberá concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”*. Además la resolución alude a la valoración de la circunstancia de una posible *“<identidad de aspiraciones> sobre un probable <conflicto de intereses>”*. Por su parte, la sentencia analizada señala (Fundamento de Derecho tercero) que *“para determinar que existe conflicto de intereses deberá concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos”*.

Pero dentro de ese “interés” que necesariamente debe coincidir para que no se produzca un conflicto de intereses entre los padres y el menor, existe otro requisito al que alude la sentencia de instancia. Así, señala (Fundamento de Derecho cuarto), que ese interés debe ser “directo” y no “indirecto”. Este interés indirecto es aclarado por el juez *a quo* como el interés “*que tiene todo hijo en la fortuna de sus padres*”, y lo distingue del “interés directo” y específico que surge como consecuencia de una operación concreta. En este sentido, en la operación financiera objeto de litigio, mantiene el juez *a quo* que “*se observa que el hijo, con el lógico temor reverencial hacia sus padres, presta un consentimiento viciado pues tiene un interés que colisiona con el de los padres, ya que el interés de los padres de salvar una empresa es muy diferente, y opuesto, del interés del hijo de salvar su patrimonio presente y futuro. Se produce, por tanto, un conflicto de intereses: por un lado, los de los padres, consistente en invertir en una empresa, y por otro lado los intereses del hijo, consistentes en mantener su patrimonio, que es ajeno a esa empresa. Ese conflicto de intereses, se produce tanto respecto al padre como a la madre, lo que impide que ésta pueda completar de forma automática la capacidad del hijo*”.

Además, añade la sentencia de instancia que “*cuestión distinta sería que el dinero obtenido se hubiese destinado a mejorar o ampliar la vivienda, en cuyo caso el hijo, como titular de parte de la vivienda, sí que se vería beneficiado por ese dinero y por tanto no habría conflicto de intereses, pero al destinarse, según la Caja de Ahorros, el dinero obtenido a reflotar una empresa en la que no se ha probado que intervenga el menor, sólo cabe concluir la existencia del conflicto de intereses*”.

Por su parte, el juez *ad quem*, que hace suyas todas las reflexiones que el juez *a quo* lleva a cabo sobre el conflicto de intereses, pondera además un nuevo factor sobre el mencionado conflicto de intereses. En efecto, la Sala (Fundamento de Derecho tercero), declara: “*y añadimos nosotros que de lo expuesto se evidencia un claro conflicto de intereses, pues los padres, demandados en el procedimiento de la instancia, sacrifican el patrimonio de su hijo menor de edad en beneficio de su propio negocio, causando con ello un indudable quebranto al capital del hoy recurrente, ya que mediante el contrato de cuenta corriente no sólo se grava la tercera parte indivisa de la nuda propiedad del hijo, sino que se le hace responsable solidario con todos sus bienes presentes y futuros por el total de la deuda. Y este conflicto de intereses con el menor, concurre tanto en el padre como en la madre, sin que podamos validar los argumentos esgrimidos por la recurrente sobre la posibilidad de representar la madre a su hijo, por no ostentar ésta participación en la empresa, respecto de lo cual hemos de concluir que la madre intervino en la operación en su propio nombre y derecho, y no en representación de su hijo*”.

Conforme a los argumentos expuestos, creemos que el menor ostenta capacidad para formalizar una póliza de préstamo con garantía personal intervenida por

Notario⁶¹ sin que sea necesario el consentimiento de sus padres, si bien siempre y cuando el importe de la póliza de préstamo se destine a atender *necesidades familiares primarias*⁶² *que urgentemente deben ser satisfechas*. Además, tal y como señala el juez a quo, el menor tiene que tener un “interés directo” en que esas necesidades sean atendidas. A la vista de los argumentos incorporados en las sentencias analizadas, si el importe de la póliza de préstamo se destina a atender las necesidades expuestas, a nuestro entender no se produciría un conflicto de intereses⁶³ ente los padres y el menor, lo que supone que la póliza se podrá formalizar a nombre del menor, y la firmaría éste solamente, sin necesidad de que concurra el consentimiento de sus padres, ni de que exista una autorización judicial o el nombramiento de un defensor judicial. Por el contrario, si las indicadas necesidades familiares no se consideran “*primarias*”, y además el menor no tiene un interés directo en que dichas necesidades se atiendan, esto supondría que el menor puede ser

⁶¹El consentimiento prestado en documento público por el indicado menor en la sentencia de instancia (Fundamento de Derecho tercero), se considera como una “regla especial” o “especialísima” del artículo 166 del CC, ya que excepciona la necesidad de autorización judicial para gravar bienes siempre que el menor pero mayor de dieciséis años consienta en documento público.

⁶²A nuestro juicio, esas necesidades “primarias” deben entenderse en el mismo sentido que las denominadas “cargas del matrimonio”, entendidas éstas como lo hacen: LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA), (Derecho de Familia, elementos de Derecho Civil, IV, Bosch, 1984, p. 114: “*El Código Civil, no conoce, contra lo que ocurre en el Derecho social, el concepto de carga familiar, sino el de carga del matrimonio. En realidad, a los usos y circunstancias se han de acomodar, no sólo las atenciones de previsión, sino el nivel de alojamiento, vestido, alimentación, educación, esparcimiento, vacaciones y, en general, la vida familiar*”). Estos conceptos, que formarían parte de la expresión “cargas del matrimonio”, como confirmado la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 8 de febrero de 2012 (Fundamentos de Derecho quinto y sexto): Quinto: “*la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio es clara, por cuanto constituyen los gastos ordinarios de una familia*”; y Sexto:.....”*Consiguientemente, debe de concluirse que no puede incluirse en el concepto de cargas del matrimonio - sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos-, los pagos referidos a la adquisición de los bienes comunes, que tienen su régimen propio*”.

⁶³Conviene señalar que la sentencia analizada constata el conflicto de intereses y requiere la intervención de un defensor judicial, porque los importes de los dos contratos se destinan a salvar un negocio en el que el menor no era socio. Además, resulta imprescindible señalar que la STS, Sala 1ª, de 17 de mayo de 2004, distingue entre los términos “conflicto de intereses”, “interés opuesto” e “incompatibilidad u oposición de intereses”. Así, (Fundamento de Derecho segundo), señala que: “*En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras “conflicto de intereses” (artículo 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de “interés opuesto” (artículo 163) o “incompatibilidad u oposición de intereses” (artículo 237 bis), que tienen un sentido semejante. El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencia de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin. De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta*”.

titular de la póliza de préstamo, pero deberá tener tanto la asistencia de un defensor judicial como el consentimiento de sus padres.

Finalmente, conviene efectuar algunas reflexiones sobre otro de los asuntos que ocuparon a las sentencias que analizamos: es el caso en que el menor solicita una póliza de préstamo con superposición de garantía hipotecaria, instrumentada en escritura pública ante Notario, gravando bienes inmuebles propiedad del menor.

En este contrato, hay que partir del hecho de que el artículo 166 del CC establece que el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años, para gravar bienes de su propiedad a través de escritura pública, necesita el consentimiento de sus padres y una autorización judicial. No será necesaria la indicada autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público⁶⁴, tal y como establece el indicado artículo y confirman las sentencias comentadas.

El juez *a quo*, en su sentencia (Fundamento de Derecho tercero), incluye un análisis del mencionado artículo 166 del CC, que a nuestro modo de ver es útil para efectuar un correcto diagnóstico acerca de la relación entre el menor y los requisitos que en cada caso concreto serán necesarios para gravar bienes inmuebles de su propiedad.

Así, a modo de resumen, la indicada sentencia de instancia señala que en principio, del régimen jurídico aplicable caben dos interpretaciones: “a) una interpretación literal, según la cual se debe aplicar de forma preferente la regla del párrafo tercero del artículo 166 del Código Civil, por lo que no era necesaria la autorización judicial por haber consentido el menor en escritura pública; y b) una interpretación no literal, según la cual sí era necesaria la autorización judicial o, al menos, el nombramiento de defensor judicial para que el actor pudiese realizar los actos de gravamen”.

Continúa el juez *a quo* indicando: “de dicha interpretación literal se deduce que existe una regla general (contenida en el primer párrafo del artículo) y dos reglas especiales (contenidas en los párrafos segundo y tercero del artículo). La regla general es que los padres, para realizar válidamente un acto de gravamen, necesitan dar cumplimiento a tres requisitos: a) previa autorización judicial, b) intervención del Ministerio Fiscal y c) causa justificada de utilidad o necesidad⁶⁵.”

La primera regla especial, y que, en virtud del principio general del Derecho que implica que la ley especial desplaza a la general, es de aplicación preferente sobre la anterior regla general, señala que será necesaria autorización judicial para

⁶⁴ Como es la citada escritura pública. Además, conviene recordar que la sentencia (Fundamento de Derecho segundo), cuando alude a ese consentimiento del menor de dieciséis años en documento público, declara que “este consentimiento del mayor de dieciséis años es puesto por el legislador en plano de igualdad con la posible autorización judicial, pues ambas son alternativas”.

⁶⁵ Esta no fue la vía utilizada para la celebración de los contratos impugnados.

repudiar la herencia o legado a favor del hijo; si se denegase la autorización, entonces, sólo podría ser aceptada a beneficio de inventario⁶⁶. Y la segunda regla especial establece que “no será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público”, aunque no determina si esta ausencia de autorización judicial es sólo para el supuesto de hecho de la regla general (gravar bienes inmuebles), sólo para el supuesto de hecho de la primera regla especial (repudiar la herencia), o para ambos supuestos. La interpretación más lógica es entender que la segunda regla especial es en realidad una regla especialísima, y que por tanto implica una excepción a los supuestos de hecho previstos en las dos reglas (general y especial) de los dos párrafos anteriores. Por lo que excepciona la necesidad de autorización judicial para gravar bienes inmuebles siempre que el menor pero mayor de dieciséis años consienta en documento público.

Una duda interpretativa surge cuando se señala que tampoco es necesaria autorización judicial “para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”, ya que cabría interpretar que la exigencia de reinvertir en bienes o valores seguros es predicable en todo caso, aunque la más correcta interpretación exige considerar que esa reinversión es sólo aplicable al caso de valores mobiliarios, y no para los bienes inmuebles. Por lo que aquí interesa, hay que descartar la aplicación de esta regla al asunto de la superposición de garantía hipotecaria a favor de la póliza de préstamo, ya que el gravamen establecido se refiere a un bien inmueble y no a valores mobiliarios.

Pues bien, la regla especialísima prevista en el párrafo tercero del artículo 166 del Código Civil, en la medida en que supone una excepción a una regla general, aunque desplaza a ésta, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

En este sentido, es un hecho objetivo que si un menor con una edad superior a los dieciséis años, pero inferior a los dieciocho, consiente en documento público, de acuerdo con la interpretación literal, no sería necesaria la obtención de una autorización judicial y serían válidos los contratos. Sin embargo, esa misma interpretación literal, llevada a sus últimas consecuencias, implica que no es necesaria la autorización judicial, pero sí los otros dos requisitos de la regla general: esto es b) intervención del Ministerio Fiscal y c) causa justificada de utilidad o necesidad, ya que la excepción de la regla general que contempla la regla especial dice literalmente que no será necesaria autorización judicial, pero no dice que deje de ser necesaria la intervención del Ministerio Público y la concurrencia de causa justificada de utilidad o necesidad”.

Sentadas esas bases, a nuestro juicio, es posible afirmar que el menor tiene capacidad para ser titular de la póliza de préstamo y puede gravar sus bienes inmuebles a través de la autorización notarial de una escritura de superposición con

⁶⁶ Es claro que el supuesto de hecho de autos no es encuadrable en esta regla especial.

garantía hipotecaria, si bien con el consentimiento de sus padres. Una vez que se ha cumplido ese requisito, se entraría a valorar las distintas circunstancias que debieran producirse para la plena perfección del contrato, esto es, la necesidad de autorización judicial, la intervención del Ministerio Fiscal y la existencia de una causa justificada de utilidad o necesidad.

En ese sentido, si el destino del importe del préstamo es atender necesidades “no primarias” de los padres y en las que además el menor no tiene un “interés directo” en que sean atendidas, sino que solo se sacrifica su patrimonio y se pone en peligro⁶⁷ sus bienes presentes y futuros ante un eventual impago del préstamo, será necesaria la intervención de un defensor judicial.

En cambio, si en la citada operación, el destino del importe del préstamo no solo sirve para atender necesidades⁶⁸ familiares “primarias” que urgentemente deben de ser atendidas, sino que también el menor tiene un interés directo en que dichas necesidades se atiendan, en nuestra opinión, no sería necesaria la asistencia de un defensor judicial⁶⁹.

⁶⁷ Sobre hechos prácticos que pueden esclarecer cuando los padres pueden estar llevando actuaciones que hagan peligrar el patrimonio del menor y las medidas a adoptar en ese caso por el órgano judicial, consúltese: LLEDÓ YAGÜE, F., Familia, Cuaderno IV, Patria potestad, filiación y adopción, Dykinson, p. 25 y ss.

⁶⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M., Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil, RDP, nº 79, 1981, p. 1 y ss.

⁶⁹ En ese sentido, la SAP de Asturias, de 2 de junio de 2008, declaró (Fundamento de Derecho segundo) que *"El destino del préstamo, según declaró el padre (y los hijos, que eran conocedores de la situación de deuda, no contradijeron tal declaración), era el de procurar mantener la industria o negocio familiar, es decir, el existente al tiempo de fallecer la esposa del citado. Finalidad esta que interesa no sólo al padre, sino igualmente a los hijos, aunque sólo sea porque es el único medio de vida que todos tienen para subsistir, pues en todo el juicio no se demostró (ni se intentó en absoluto) que pudieran existir otros medios de fortuna al margen de dicha industria. Aquella afirmación debe ser reiterada nuevamente porque el préstamo en cuestión trataba inequívocamente de salvar la empresa familiar de la que dependían unos y otros y por tanto no es cierto que los menores carecieran de todo interés en la supervivencia de la empresa; que esto es así resulta de que, de abandonar a su suerte el negocio que proporcionaba sustento a la familia, los apelantes tendrían que haber vendido los inmuebles para así atender sus alimentos y los que, con toda probabilidad, adeudarían a partir de ese momento a su padre, de modo que el alegato de la concurrencia de intereses contrapuestos queda reducido a una elucubración teórica pues se construye con total abstracción de las particulares contingencias del caso examinado"*. Y añade la Sala en el indicado Fundamento de Derecho segundo: *"en definitiva, aun cuando concurrieran intereses contrapuestos entre los hijos y su progenitor, que no es el caso, estamos ante un supuesto en que el legislador derogó el régimen de representación de aquellos por medio de un defensor judicial por entender que los mayores de dieciséis años tienen suficiente madurez de juicio para tutelar sus propios intereses, de modo que nada obsta a la validez del consentimiento prestado en el contrato cuya anulación se interesa y procede desestimar el recurso"*. Además, la sentencia de la AP de Almería, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2013 (Fundamento de Derecho segundo), señala que *"el consentimiento del mayor de dieciséis años es puesto por el legislador en plano de igualdad con la posible autorización judicial, pues ambas son alternativas"*.

V. Conclusiones.

En nuestra opinión, si la entidad de crédito y el Notario valoran la madurez del menor, su grado de discernimiento, si ha mantenido una relación laboral o está trabajando, y que tenga un previo conocimiento del acto que desea llevar a cabo, el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años es capaz para ser titular de una póliza de préstamo.

Previamente a efectuar la valoración de esas circunstancias, y a fin de que el contrato de préstamo quede perfectamente formalizado, tanto la entidad de crédito como el Notario, tendrían que analizar el destino que se dará al importe del préstamo. De esta forma, tanto la citada entidad como el fedatario público podrán aproximarse a determinar la posible existencia de un conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, que caso de producirse, provocará que sea necesaria la concurrencia de un defensor judicial en el acto de formalización del contrato.

2.2. El menor de edad emancipado como titular de una póliza de préstamo.

Para analizar desde un punto de vista jurídico si un menor emancipado tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo, al margen de las garantías que puedan constituirse para responder de las obligaciones derivadas de la póliza, es necesario previamente, conocer qué se entiende por emancipación.

La emancipación del menor es aquel acto o negocio jurídico que tiene por principal efecto el de otorgar al menor de edad el estado civil de emancipado, y que le permite regir su persona y bienes como si fuere mayor, aunque con determinados límites en la esfera patrimonial.

Por tanto, la emancipación, al ser un negocio jurídico, éste debe producirse y llevarse a cabo conforme a lo indicado en el artículo 314 del CC, que establece que la emancipación tiene lugar por la mayor edad; por el matrimonio del menor; por concesión de los que ejerzan la patria potestad; y por concesión judicial.

Respecto a los mencionados hechos que producen la emancipación del menor es necesario distinguir, a nuestro juicio, dos formas de emancipación: de *Derecho*, y de *concesión*.

En efecto, en la emancipación de *Derecho* se incluiría, en primer lugar, la salida del menor de edad de la patria potestad por haber alcanzado la mayor de edad. Esto supone, que una vez que el menor alcance la mayor edad, conseguirá la emancipación y dejará de estar sujeto a la patria potestad de sus padres. Y en segundo lugar, el matrimonio del menor, ya que éste por aplicación del artículo 46 del CC no puede contraer matrimonio si no está emancipado, lo que supone que el menor, en primer lugar, tiene que emanciparse y posteriormente contraer

matrimonio, por lo que considero desafortunada, aunque justificada⁷⁰, la redacción del artículo 316 del CC cuando determina que el matrimonio produce de derecho la emancipación.

Por lo que respecta a la emancipación por *concesión*, se refiere a los dos restantes supuestos por los que el menor puede quedar emancipado, relativos a la concesión de los que ejerzan la patria potestad y la que dicta el Juez.

De los cuatro supuestos de emancipación descritos, dos de ellos quedan condicionados a que se produzca un requisito de publicidad para que surtan plenos efectos ante terceros. Esto es así, porque el título que instrumenta el negocio jurídico⁷¹ de la emancipación requiere su inscripción en el correspondiente Registro Público.

En ese sentido, las emancipaciones por concesión de quienes ejerzan la patria potestad y las que concede el órgano judicial, conforme a la redacción del artículo 318 del CC, habrán de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo, entre tanto⁷², efectos contra terceros.

Pues bien, una vez que el menor de edad ha sido emancipado conforme a los requisitos expuestos y cumplidas las correspondientes formalidades de publicidad registral, el menor puede regir su persona y bienes como si fuere mayor, tal y como contempla el artículo 323 del CC, pero con algunas excepciones enumeradas taxativamente⁷³. Por lo que aquí interesa, una de esas excepciones es que el menor

⁷⁰ Así lo considera PEREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Tecnos, 1988, p. 30, al establecer: *“pero, si es necesario estar emancipado para poder casarse, ¿cómo se accede a la emancipación por matrimonio? Si se atiende a los artículos 46, 314.2 y 316 se comprueba que lo que en la primera norma es presupuesto de hecho para poder contraer matrimonio, en los otros preceptos citados es consecuencia. Sin embargo, esto no es un absurdo, porque el CC en otras normas regular expresamente los casos concretos en que a un menor emancipado le está permitido casarse”*.

⁷¹ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia, Elementos.....*, Ob. cit., p. 766, al manifestar en el apartado C., referido a la concesión paterna, que es *“un negocio jurídico de Derecho de Familia, de naturaleza formal”*.

⁷² Sobre las medidas administrativas a adoptar ante la falta de inscripción del título a través del que se concede la emancipación, consúltense RRDGRN de 14 de mayo de 1984 y 2 de enero de 1992.

⁷³ Así lo entiende la SAP de Badajoz, de 8 de octubre de 1993, al recoger (Fundamento de Derecho primero) que *“la emancipación, a tenor de lo dispuesto en el art. 323 CC, habilita al menor regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipador tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su tutor; la enumeración es de carácter taxativo, por lo cual no es posible agravar la incapacidad relativa mediante interpretaciones analógicas o extensivas de otros preceptos legales, dado que esta clase de interpretación está vedada cuando produce restricción de derecho (STC, Sala 1ª, 7-7-84 y SS 7-6-86); prevé el art. 163 CC que “...siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él”*. En el mismo sentido, ROMERO COLOMA, A.A., *La autotutela en el ordenamiento jurídico español*, AJA, nº 855, 2013, p. 2: *“en consecuencia, el menor emancipado es una persona que la Ley civil equipara al mayor de edad, si bien con unas concretas limitaciones y excepciones que aparecen enunciadas en el artículo 323 del Código Civil, y que han de ser tenidas como numerus clausus a todos los efectos y, por tanto, no son susceptibles de aplicación*

emancipado no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

Situados en este punto, hemos de tener en cuenta una circunstancia para valorar si el menor emancipado tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo. En efecto, en el anterior epígrafe, a la vista de la interpretación de la distinta normativa, de las diversas opiniones de los autores, de las declaraciones judiciales⁷⁴, y teniendo en cuenta la actual crisis económico y financiera que ha situado a las familias en situaciones próximas a la exclusión social, llegamos a la conclusión de que el menor no emancipado mayor de dieciséis años tenía capacidad para contratar una póliza de préstamo, incluso por sí solo sin consentimiento de sus padres, conforme a unos requisitos y una limitaciones (V. supra). Esto supone, que cuando el artículo 323 del CC establece “*que para que el menor emancipado pueda recibir o tomar dinero a préstamo*”⁷⁵ *necesita el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador*”, también tenga que ser interpretada esa limitación a la capacidad para contratar el menor una póliza de préstamo.

En efecto, al igual que sucedió con el menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años, también en el caso del menor emancipado, dependiendo de su madurez, de su grado de discernimiento, el acto que desea llevar a cabo, el destino que se desea dar al importe del préstamo, y delimitando en todo caso la posible existencia de un conflicto de intereses entre el menor emancipado y sus padres, podrá llegarse a la conclusión, de si el menor emancipado tiene capacidad para contratar por sí solo, sin el consentimiento de sus padres, una póliza de préstamo. Esas cinco circunstancias, que insisto, son de aplicación al menor de edad emancipado, ya fueron analizadas en el anterior epígrafe, a cuyo contenido nos remitimos a fin de evitar repeticiones innecesarias (V. Supra).

Por otra parte, también es necesario aclarar dos cosas. La primera, que la emancipación, obtenida por el menor por cualesquiera de las causas legalmente establecidas, no supone que dicho menor no viva en el domicilio habitual con sus padres. Así, la gran mayoría de los menores emancipados continúan viviendo en el domicilio habitual de sus progenitores, ya que a consecuencia de la actual crisis económica y financiera, no pueden independizarse. Y la segunda, que en este epígrafe nos centraremos en analizar la capacidad para contratar una póliza de préstamo por parte de un menor que ha obtenido la emancipación por “haber llegado a la mayor edad”, por “concesión de los que ejerzan la patria potestad” y por

analógica. Las prohibiciones de dicho precepto civil han de ser interpretadas restrictivamente. Estimo que el menor emancipado, hechas estas consideraciones, tiene capacidad para normar tutor a sí mismo y por sí solo, es decir, sin contar con el consentimiento ni con la asistencia de sus progenitores (ni de sus tutores, en su caso). Lo mismo cabe decir del menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad, en función de lo dispuesto en el inciso final del mencionado artículo 323 del Código Civil”.

⁷⁴ En especial, la SAP de Almería, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2013.

⁷⁵ Para lo que se encuentra facultado, según el artículo 323 del CC.

“concesión judicial”. En cambio, la capacidad para contratar una póliza de préstamo por parte de un menor que ha obtenido la emancipación por “matrimonio”, se analiza en el siguiente epígrafe.

Pues bien, una vez efectuadas dichas aclaraciones, con independencia de que el menor emancipado viva independiente de sus padres, y atendiendo a la madurez del menor emancipado, de su grado de discernimiento, el acto que desea llevar a cabo, el destino que se desea dar al importe del préstamo, y delimitando en todo caso la posible existencia de un conflicto de intereses entre el menor emancipado y sus padres, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

Si la entidad de crédito y el Notario, no solo efectúan una adecuada interpretación de los criterios de madurez del menor emancipado y de su grado de discernimiento, sino que también tienen en cuenta si el menor ha mantenido una relación laboral o está trabajando, y valoran la actuación concreta que el menor pretende formalizar, dicha entidad de crédito y el indicado Notario pueden llegar a concluir que el menor emancipado tiene capacidad para contratar por sí solo una póliza de préstamo, sin el consentimiento de sus padres. Así, este menor emancipado tendría capacidad para contratar, por ejemplo, una póliza de préstamo con garantía personal, por importe de 1.000€, cuyo destino sea el abono de una matrícula de un curso de inglés que desea celebrar. Esto se confirmaría, además, si el Notario, en el acto de intervención de la póliza, desarrolla su función tal y como señala la SJPI de Vélez-Rubio de 29 de junio de 2011 (Fundamento de derecho cuarto), esto es, a través de una labor “*de asesoramiento e información, que está orientada, entre otras finalidades, a garantizar que el consentimiento prestado por quienes intervienen en los contratos o documentos elevados a públicos es libre, voluntario y prestado por persona en la que concurren la voluntad y la capacidad para contratar, que requieren de un previo conocimiento de lo que se contrata*”.

Cuestión distinta de la situación descrita, sería aquella en la que el menor emancipado solicita una póliza de préstamo con garantía personal, destinando su importe a atender “*necesidades familiares primarias que directamente benefician al menor emancipado porque vive con los padres*”. Pensemos en el citado ejemplo, pero con la particularidad de que el destino del importe prestado no sea atender el pago de una matrícula de un curso de inglés, sino satisfacer facturas que se originan por la normal convivencia de la familia en la vivienda habitual, tales como luz, agua, gas, etc.

En este caso, el menor emancipado puede, por sí solo, solicitar y obtener de la entidad de crédito una póliza de préstamo con interés, si bien, a fin de solicitar la asistencia de un defensor judicial⁷⁶, la entidad de crédito y en última instancia el

⁷⁶ Tal y como establece el primer párrafo del artículo 163 del CC, que establece que “*se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar*”.

Notario⁷⁷, tendrán que conocer y reflexionar sobre el destino que se dará al importe del préstamo.

En efecto, dependiendo del destino que se dé al importe de la póliza de préstamo, se puede producir un conflicto de intereses entre los padres y el menor, lo que supone, que caso de producirse, haya que requerir la concurrencia de un defensor judicial, en aplicación del párrafo primero del artículo 163 del CC.

Conforme a los argumentos expuestos, considero que el menor tiene capacidad para contratar una póliza de préstamo sin que sea necesario el consentimiento de sus padres, si bien siempre y cuando el importe de la póliza de préstamo se destine a atender esas *necesidades familiares primarias que urgentemente deben de ser satisfechas*. Además, tal y como señala la SJPI de Vélez-Rubio, de 29 de junio de 2011, el menor tiene que tener un “interés directo” en que esas necesidades sean atendidas. Si se dan estas circunstancias, a la vista de las sentencias comentadas, a nuestro entender no se produciría un conflicto de intereses entre los padres y el menor, lo que supone que la póliza se formalizará a nombre del menor, la firmaría éste solamente, sin necesidad de que concurra el consentimiento de sus padres ni el nombramiento de un defensor judicial. Por el contrario, si las indicadas necesidades familiares no se consideran “*primarias*”, y además el menor no tiene un interés directo en que dichas necesidades se atiendan, esto supondría que el menor puede ser titular de la póliza de préstamo, pero deberá tener la asistencia de un defensor judicial y el consentimiento de sus padres.

Por último, conviene analizar aquella situación en la que el menor emancipado solicita una póliza de préstamo con superposición de garantía hipotecaria, instrumentado en escritura pública ante Notario, gravando bienes inmuebles propiedad del menor emancipado.

A nuestro juicio, si bien el menor tiene capacidad para contratar la póliza de préstamo porque así lo establece el artículo 323 del CC, nuevamente, para llegar a una firme conclusión sobre si puede formalizar la póliza por sí solo, sin consentimiento de sus padres, es necesario conocer el destino del importe prestado. Así, si el destino de ese negocio jurídico es atender necesidades “no primarias” de los padres y en las que además el menor no tiene un “interés directo” en que sean atendidas, sino que solo se sacrifica su patrimonio y se pone en peligro sus bienes presentes y futuros ante un eventual impago del préstamo, será necesaria para la firma de la póliza, tal y como sucedió en el asunto resuelto en la SJPI de Vélez-Rubio, de 29 de junio de 2011, la asistencia de un defensor judicial y el consentimiento de sus padres.

En cambio, si en la citada operación, el destino del importe prestado no solo sirve para atender necesidades familiares “primarias” que urgentemente deben de ser atendidas, sino que también el menor tiene un interés directo en que dichas

⁷⁷ Como último valedor de la capacidad legal para contratar de las personas.

necesidades se atiendan, en nuestra opinión, no sería necesaria la asistencia de un defensor judicial, y sí el consentimiento de los padres.

No obstante, y para concluir, es necesario aclarar una cuestión nada pacífica incluida en el citado artículo 323 del CC. Me refiero a la constitución de prenda por parte del menor emancipado sobre objetos de extraordinario valor en garantía de las obligaciones que se deriven de la póliza de préstamo. La duda se plantearía en el momento de intentar conocer qué se entiende por “*objeto de extraordinario valor*”.

La interpretación que se preste al concepto de “*objeto de extraordinario valor*”, al encontrarse indeterminado, quedará, irremediablemente, y al margen de consideraciones doctrinales, a la voluntad interpretativa de las partes intervinientes en la operación, y en última instancia, decidirá el Juez.

A nuestro juicio, para el esclarecimiento del indicado concepto, y como solución a adoptar por los particulares, las entidades de crédito y los Notarios, sería acertado atender a las consideraciones dadas por PEREZ DE CASTRO⁷⁸.

2.3. El menor de edad que contrae matrimonio con cónyuge mayor de edad, como titular de una póliza de préstamo.

Junto a los dos supuestos ya analizados sobre la titularidad de menores en la póliza de préstamo, acontece un tercer supuesto que al igual que los anteriores hace surgir situaciones que requieren una valoración e interpretación no menos que dificultosa. En ese sentido, el artículo 323 del CC permite que el menor emancipado pueda recibir o tomar dinero a préstamo con el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador. Por su parte, el artículo 324 del CC establece que “*para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará, además, el de los padres o curadores de uno y otro*”.

Antes de analizar los requisitos que deben cumplirse para que un menor de edad que ha obtenida la emancipación por su matrimonio, pueda ser titular de una póliza de préstamo, es necesario aclarar una cuestión del artículo 324 del CC.

⁷⁸ PEREZ DE CASTRO, N., El menor....., Ob. cit., pp. 200-203, cuando se refiere al “*objeto*” calificado de extraordinario valor, indica que “*así, la primera conclusión que se obtiene de la lectura de este precepto es la de que en el término objetos caben tanto los bienes materiales como los inmateriales, pero, en su caso, tendrán el carácter de muebles*”. Por otro lado, cuando el autor valora el término “*de extraordinario valor*”, plantea la pregunta de ¿cómo se determina el extraordinario valor?, respondiendo que “*las posibilidades que se ofrecen ante la indeterminación de la norma son dos. La primera es atender al patrimonio total del emancipado y establecer en relación con el mismo si puede tener o no esa consideración. La segunda es considerar que el extraordinario valor se refiere al bien en sí mismo, estableciéndose la cualidad que se predica del objeto en función de criterios objetivos y meramente económicos, como puede ser valor de mercado. En mi opinión es esta segunda interpretación la que puede dársele a este concepto*”.

En efecto, cuando el artículo 324 del CC señala que para que el menor “*pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes*”, a nuestro juicio, esos bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario que sean “comunes”, debe interpretarse que son bienes adquiridos constante el matrimonio para su sociedad de gananciales, o si se ha pactado por el matrimonio el régimen de separación de bienes, esos bienes “comunes” pertenecen a los cónyuges en proindiviso.

En efecto, para que puedan existir mencionados bienes “*comunes*” es necesario que se hayan adquirido constante el matrimonio, y que cuando se adquieran, quede expresamente determinado por los cónyuges que se adquieran para su sociedad de gananciales. No obstante lo anterior, también se aceptaría que esos bienes “comunes” se hayan constituido a consecuencia de haber aportado los cónyuges bienes privativos a la sociedad de gananciales.

En tales casos de bienes comunes, y en cuanto a los consentimientos de los cónyuges que deben concurrir para que queden correctamente gravados, se producen dos circunstancias; la primera, si estamos ante un matrimonio formado por un menor de edad emancipado y una persona mayor de edad, para gravar el bien común será necesario que consientan expresa o tácitamente⁷⁹ los dos, sin necesidad de que coexista cualquier otro consentimiento prestado por terceros; y segunda, si el matrimonio se encuentra constituido por dos menores de edad emancipados, será necesario que consientan, conjuntamente, los padres de ambos menores y en defectos de estos los curadores.

Hechas las anteriores aclaraciones, procede valorar si el menor de edad emancipado que se encuentra casado con persona mayor de edad tiene capacidad para contratar, por sí solo, o en régimen de cotitularidad con su cónyuge, una póliza de préstamo. Así, será la entidad de crédito la que atendiendo a si el matrimonio se encuentra acogido al régimen de gananciales o han pactado la separación de bienes, decidirá sobre las personas que se incorporarán como titulares en la póliza de préstamo.

En ese sentido, si el matrimonio ha pactado someterse al régimen matrimonial de separación de bienes, lo que supone que el menor compromete exclusivamente bienes privativos en garantía de las obligaciones que se deriven de la póliza de préstamo, a nuestro juicio, dependiendo de la madurez del menor, de su grado de discernimiento, el acto que desea llevar a cabo, el destino que se desea dar al importe

⁷⁹ Del consentimiento tácito conoció la SAP de Las Palmas, Sección 5ª, de 10 de noviembre de 2003, al establecer en su Fundamento de Derecho tercero que “*el Tribunal considera que existen más indicios, además, de los señalados, y son el hecho acreditado que el mismo día que aparece celebrado el contrato se presentó liquidación, con la que hay certeza de su fecha respecto a terceros, y que no es creíble que tratándose de un matrimonio donde no consta que hubiera fuertes desavenencias, hayan transcurrido 29 años sin saber la esposa de dicha enajenación, con lo que entendemos que existe un consentimiento tácito o un asentimiento de la misma a la actuación del marido*”.

del préstamo, y delimitando en todo caso la posible existencia de un conflicto de intereses entre el menor y sus padres, se puede llegar a la conclusión de que citado menor tiene capacidad para contratar por sí solo una póliza de préstamo, sin consentimiento de sus padres. Si atendiendo al destino del importe prestado, existe un conflicto de intereses entre el menor y sus padres, será necesaria la asistencia de un defensor judicial, en aplicación del artículo 162 del CC.

Cuestión distinta será, que el indicado menor se encuentre sometido al régimen matrimonial de gananciales. En este caso, dado que de las obligaciones derivadas de la póliza de préstamo responderán los bienes gananciales, es práctica habitual de las entidades de crédito, hacer pender la concesión de la póliza de préstamo a que los dos cónyuges intervengan como cotitulares en la indicada póliza. La entidad de crédito justifica ese requisito de cotitularidad en la póliza de préstamo principalmente por lo establecido en dos artículos del CC. Por una parte, por lo regulado en el artículo 1.367; que determina que *“los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro”*; y por otra, por lo señalado en el artículo 1.377, que establece que *“para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges”*.

En ese caso, si uno de los cónyuges es menor de edad y el otro mayor de edad, basta el consentimiento de los dos para firmar la póliza de préstamo. En cambio, si los dos cónyuges son menores de edad, se necesita el consentimiento de los padres o curadores de uno y otro, conforme establece el artículo 324 del CC. En ese último caso, al ser los dos cónyuges menores de edad, hay que aplicar el contenido del primer párrafo del artículo 163 del CC, lo que supone, que caso de existir un conflicto de intereses entre los padres y sus hijos menores emancipados, sea necesaria la asistencia de un defensor judicial para la firma de la póliza de préstamo.

3. El declarado incapaz por sentencia judicial firme como titular de una póliza de préstamo.

Para intentar resolver desde un punto de vista jurídico si una persona declarada incapaz por sentencia judicial firme puede ser titular de una póliza de préstamo, previamente es necesario conocer qué se entiende por *“incapacitación”* y por *“incapaz”*, conceptos que si bien conducen a un mismo fin, esto es, privar a una persona de determinadas facultades que por el solo hecho de ser persona ostenta, son absolutamente distintos, ya que la incapacidad se produce a consecuencia de la incapacitación.

En ese sentido, al margen de otras definiciones doctrinales⁸⁰, por “*incapacitación*” se entiende, la privación o limitación, mediante el procedimiento legalmente establecido, de la capacidad de obrar a una persona, cuando concurren las causas establecidas en la ley. Por su parte, por “*incapaz*” se entiende a aquella persona que no tiene aptitud para realizar actos jurídicos válidamente.

Obsérvese que previamente a la declaración de “*incapaz*” debe producirse el procedimiento de “*incapacitación*”, que una vez finalizado conforme a los requisitos legalmente establecidos, hacen que la persona reciba la calificación jurídica de “*incapaz*”. Esto supone, que las valoraciones que en este epígrafe se incluyen, son aplicables, indistintamente, a los incapaces menores y mayores de edad⁸¹.

Una vez determinados los conceptos y concretadas las personas a las que puede incapacitarse por sentencia judicial, también es recomendable reflexionar sobre otra cuestión principal. Me refiero a aquellas situaciones en las que a la entidad de crédito, en el momento de la solicitud del préstamo, ya se lleve a cabo por el incapaz o por su representante legal, no le consta aún la sentencia judicial de declaración de incapacidad de la persona solicitante de la póliza.

En efecto, determinadas personas que pueden visitar a una entidad de crédito para solicitar una póliza de préstamo, pueden presentar signos⁸² claros y evidentes de adolecer una enfermedad⁸³ de carácter psíquico⁸⁴, incluso discreto⁸⁵, que le llevaría a

⁸⁰ Algún sector doctrinal facilita otra definición de la incapacitación, tal y como menciona ALVAREZ LOPEZ, C., Testamento de las personas con discapacidad, BDBD, 2006, p. 1: “*al tratar el tema de la incapacitación la doctrina comienza con la definición de la misma estableciendo que la incapacitación es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente, cuando en ella concurre alguna de las causas tipificadas legalmente y que tiene como efecto principal la limitación de la capacidad de obrar de la persona*”.

⁸¹ Tal y como recoge el artículo 201 del CC; al determinar que “*los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurren en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*”. Respecto a esa persistencia y su valoración, se pronunció la SAP, Sección 5ª, de 17 de noviembre de 2006, y en especial, la SAP de Baleares, Sección 3ª, de 15 de julio de 1999, que declaró (Fundamento de Derecho sexto) que “*la nota de la persistencia de la enfermedad o deficiencia, ha de entenderse como cronicidad o larga duración, excluyéndose, por tanto, la intensidad momentánea. Gobernarse a sí mismo no es sino guardarse o dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles, lo cual debe entenderse en términos generales, esto es, referido al comportamiento normal del individuo en relación a su persona y bienes*”.

⁸² Dichos signos o comportamientos son analizados por MARTIN GRANIZO, M., La incapacitación y figuras afines, Colex, 1987, p. 32 y ss.

⁸³ Sobre el concepto de enfermedad en el ámbito de la incapacidad judicial, relacionado con el término deficiencia, véase: PUEBLA POVEDANO, A., La incapacidad y la incapacitación, Tesina, p. 33: “*El Código parece, en principio, equiparar ambos conceptos, pese a que su significado gramatical es distinto. Así, por enfermedad se entiende el síndrome o conjunto de síndromes que se producen en el organismo de un cuerpo, animal o vegetal que sufre la acción de una causa morbosa y reacciona contra ella. Y por deficiencia, todo defecto, falta o imperfección*”.

⁸⁴ Tal y como la valora la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 2 de diciembre de 2003 (Fundamento de Derecho segundo): “*lo esencial pues, no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un estado mental propio con repercusiones jurídicas. Tal estado viene caracterizado por los siguientes elementos:*”.

desconocer en todos sus extremos el negocio jurídico que va a formalizar. Esto supone, que a la entidad de crédito le surjan dudas lógicas⁸⁶ sobre la capacidad de obrar de la persona solicitante de la póliza.

Esta circunstancia, coloca nuevamente a la entidad de crédito en una situación no menos que incómoda, ya que tiene que valorar si la persona solicitante de la póliza de préstamo pudiera tener limitada su capacidad de obrar.

En estos casos, en los que la indicada persona presenta claros signos de sufrir una enfermedad psíquica que le pueda hacer pensar a la entidad de crédito que tiene limitada su capacidad de obrar, a nuestro juicio, dicha entidad debiera hacer pender la formalización de la póliza de préstamo a que ésta sea intervenida por fedatario público, a fin de que éste, como último valedor de la capacidad legal de las personas para contratar, pueda pronunciarse sobre si dicha persona tiene la suficiente capacidad para firmar la póliza.

Distinta de la anterior situación, es aquella en la que la persona solicitante, por sí sola o a través de su representante legal, inicia la solicitud de la póliza de préstamo aportando simultáneamente a la entidad de crédito, la sentencia judicial firme de incapacidad.

Digo que la citada persona pueda iniciar la solicitud por sí sola ante la entidad de crédito, porque no todas las sentencias judiciales de incapacidad pueden ser valoradas de igual forma por la entidad de crédito y el fedatario público, caso de que éste intervenga la póliza, ya que el alcance de la incapacitación, como las facultades que seguirá ostentando la persona incapacitada, y las competencias que en su caso mantenga el representante legal del declarado incapaz, que variarán⁸⁷ en función del

⁸⁵ En el sentido que calificó el TS a determinados retrasos mentales leves. Así se citó en la STS, Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1991 (Fundamento de Derecho segundo): *“la incapacitación que como estado y situación que puede afectar a Dª Ana no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar”*.

⁸⁶ Digo que es lógico que le surjan dudas a la entidad de crédito sobre el estado mental de la persona porque las mismas, en muchas ocasiones, se les plantean al propio órgano judicial ante la insuficiencia establecida en las normas para llegar a conocer el verdadero estado mental de una persona. En este sentido también se manifestó GÓMEZ GARZÁS, J., Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona, Ponencia impartida en el seno de las "Jornadas Nacionales sobre Protección Jurídica contra la violencia de género" celebradas en la universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005 bajo la dirección del Prof. Dr. Pérez Cruz Martín, coordinadas por el Prof. Dr. Busto Lago, BDBD, 2005, p. 1" *El Derecho, en muchas ocasiones, carece de herramientas específicas para determinar con la precisión necesaria si la persona, en un preciso momento de su trayectoria vital, se encuentra o con plena capacidad de sus facultades volitivas, y por tanto si es capaz de realizar determinados actos jurídicos de enorme trascendencia económica –testamentos, donaciones, compraventas–*.

⁸⁷ SAP de Asturias, Sección 4ª, de 4 de febrero de 1998, Fundamento de Derecho tercero: *“del tenor de este precepto se desprende que la mayor o menor extensión de esas facultades representativas*

grado de incapacidad, vendrán redactadas detalladamente en el Fallo de la correspondiente resolución judicial.

En efecto, el declarado incapaz por *sentencia judicial firme* puede mantener la facultad de solicitar y formalizar contratos de préstamo con cualesquiera garantías⁸⁸, y caso de no establecerse con claridad dicha facultad en la sentencia de incapacitación, a nuestro entender, no valdría que la entidad de crédito consultase dicho extremo al representante legal del incapaz, sino que deberá aportarse a la entidad de crédito la correspondiente resolución judicial que aclare o complete a la sentencia de incapacitación, afirmando o denegando dicha resolución la facultad del declarado incapaz para poder formalizar contratos de préstamo, y especificando, lógicamente, las garantías que puede aportar.

Sobre la importancia que debe darse al contenido del Fallo de la sentencia se ha pronunciado no solo el ya derogado artículo 210 del CC, que establecía que “*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*”, sino también el vigente artículo 267 del CC y la propia doctrina⁸⁹, al indicar éste artículo que “*el tutor es el representante legal del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”. Se advierte, por tanto, que el declarado incapaz, aunque le haya sido designado judicialmente un representante legal para actos⁹⁰ determinados y concretos establecidos en la Ley o determinados en

está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela”.

⁸⁸ Si bien se tendrá que atender al contenido del artículo 271. 2 del CC, al establecer que “*el tutor necesitará autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones*”. De igual forma, se deberá tener en cuenta, a fin de conocer por terceros las limitaciones de gravamen en bienes inmuebles propiedad del incapaz, para que sirvan de garantía en el contrato de préstamo, la inscripción de la sentencia judicial de incapacidad en el Registro de la Propiedad. Sobre dicha publicidad registral, léase: ROCA SASTRE, SATRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO, Derecho Hipotecario, 9ª Edición, Tomo VII; Bosch, 2009, p. 304 y ss.

⁸⁹ MARTIN GRANIZO, M., La incapacitación, Ob. cit., p. 101: “*si por sentencias constitutivas se entienden aquellas en que el pronunciamiento en las mismas contenido es esencial para la constitución o modificación de la relación jurídica sobre la que se pronuncian, es evidente, para nosotros, que las dictadas en este tipo de procesos merecen tal calificativo. Para mantener este criterio y partiendo, claro es, de que en las mismas se declare la incapacidad del sometido al concreto proceso que ello persigue, nos fundamos, principalmente en que tal declaración supone o conlleva, como indicábamos en nuestro intento de definición de la incapacidad, una esencial modificación del estado civil de la persona, en cuanto por virtud de ella se opera una ¿constitución o modificación? De su estado civil.*”

⁹⁰ La jurisprudencia ha establecido algunos criterios a utilizar para delimitar a dichos actos concretos, como la STS, Sala 1ª, de 21 de septiembre de 2011; SAP de Murcia, Sección 5ª, de 9 de diciembre de 2009; y SAP de Santa Cruz, Sección 1ª, de 20 de abril de 2009.

el Fallo judicial, y en especial para actos personalísimos⁹¹, esto no quiere decir que el citado incapaz no pueda llevar a cabo por sí solo⁹² otros actos sin necesidad de que ningún tercero complete⁹³ su capacidad, caso de que así se recoja en la sentencia.

Por lo tanto, y según puede desprenderse de las consideraciones expuestas, para que la entidad de crédito conozca si la persona declarada incapaz judicialmente puede solicitar y formalizar una póliza de préstamo, es necesario conocer, detalladamente y sin errores, el contenido del Fallo judicial, del que se derivará si el incapaz puede formalizar contratos de préstamo por sí solo o necesita que sea su representante legal⁹⁴ el que lo formalice en nombre y representación de aquel. A estos efectos, no debe incurrirse en la equivocación de interpretar que toda persona que sea declarada incapaz necesita la asistencia de su representante legal para recibir dinero a préstamo. A cometer este error puede llevarnos el artículo 271.2.8 del CC, que establece que “*el tutor necesitará autorización judicial para dar o tomar dinero a préstamo*” en nombre y representación del declarado incapaz.

En cuanto a la instrumentación del correspondiente contrato de préstamo a favor del declarado incapaz judicialmente, en cualesquiera de los casos antes examinados conducentes a afirmar que ostenta facultad para recibir dinero a préstamo, es decir, ya sea por sí solo porque así lo indique el Fallo judicial, ya sea asistido por su representante legal, el incapaz siempre deberá constar en el contrato de préstamo como titular único, salvo autorización judicial que conceda que el mismo intervenga compartiendo cotitularidad con cualquier otro tercero. Además, a la póliza, y a los documentos que sirvan para instrumentar la misma, quedarán como documentos unidos la sentencia judicial firme de declaración de incapacidad, el Acta judicial de nombramiento de tutor⁹⁵, y el Acta judicial de aceptación del cargo de tutor.

Finalmente, conviene señalar, que en aquellos casos en los que el representante legal del menor necesita autorización judicial para que el incapaz reciba dinero, si por error involuntario de la entidad de crédito o del representante legal del incapaz,

⁹¹ FÁBREGA RUIZ, C., Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el derecho español, RGD, nº 1, 2002.

⁹² Para conocer los criterios que pueden ayudar a delimitar el autogobierno del incapaz, se pronunció la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 29 de junio de 1999, Fundamento de Derecho segundo: “*Se trata entonces de ir más allá, avanzando en las previsiones que se contemplan en los artículos 210, 267 y 289 del Código Civil, tratando de averiguar si ese déficit mental leve diagnosticado al demandado anula o no por completo su capacidad de autogobierno o el grado de intensidad del trastorno de manera que se pueda también graduar en su caso, la limitación de derechos que la incapacitación, si procede, comporta, tanto en garantía de sus derechos como de los derechos de los terceros que con él se relacionan*”.

⁹³ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Derecho de....., Ob. cit. p. 771 y ss.

⁹⁴ El representante legal del incapaz puede ser tanto persona física como jurídica. Sobre éstas últimas, consúltese: YÁÑEZ VIVERO, F., Algunos pronunciamientos judiciales recientes sobre la tutela de la discapacidad encomendada a las personas jurídicas, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de familia, junio de 2005.

⁹⁵ En ocasiones, en el ámbito judicial se omite el Acta de nombramiento de tutor ya que la designación de éste se efectúa en el Fallo de la sentencia de declaración de incapacidad.

se ha formalizado la póliza sin que se haya dictado la citada autorización judicial⁹⁶, surge la duda de si una vez celebrado el negocio jurídico, éste podría convalidarse con posterioridad por el órgano judicial. En la práctica judicial, dicha convalidación se produce si bien siempre y cuando los agentes intervinientes en la póliza de préstamo hayan actuado de buena fe y en beneficio del incapaz, extremos éstos que lógicamente deberá valorar y comprobar el Juez oído previamente el Ministerio Fiscal.

4. La parte prestamista.

En el contrato de préstamo la parte prestamista será la entidad de crédito. Esta denominación recae en los entes señalados en el epígrafe 7 del anterior Capítulo I, a cuyo contenido nos remitimos a fin de evitar repeticiones innecesarias.

5. El fiador. Su responsabilidad solidaria o mancomunada.

5.1. Generalidades.

La fianza, se presenta en nuestro Derecho como aquel contrato⁹⁷ en virtud del cual el fiador se obliga a pagar por el deudor en el caso de no hacerlo éste. Este contrato se caracteriza por: ser *personal* la garantía que se presta, esto es, encaminada a reforzar y garantizar la posición del acreedor; segundo, por su carácter *subsidiario*, salvo pacto en contra; y tercero, por ser *accesorio*⁹⁸, en el sentido de que debe coexistir con una obligación principal válida.

El concepto y características mencionadas, serían de aplicación a cualquier contrato de fianza ya sea de naturaleza *civil o mercantil*.

Para considerar a la fianza como *mercantil*, será necesario que se garantice el cumplimiento de un contrato mercantil, con independencia de que el fiador sea o no comerciante, tal y como establece el artículo 439 de Cco⁹⁹. Por tanto, cuando se afiance un contrato de mercantil estaríamos ante una fianza mercantil, tal y como lo confirma nuestra jurisprudencia¹⁰⁰.

⁹⁶ Que será necesaria si en la propia sentencia no se faculta al tutor para tomar dinero a préstamo en nombre y representación del incapaz.

⁹⁷ CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad y contrato de garantía, La Ley, 1991, p. 65, menciona también a un tipo básico o general de fianza, “*que es, pues, el conjunto de normas que regulan dicha relación entre acreedor y fiador*”. INFANTE RUIZ, F.J., La fianza general, RDP, nº 24, 2010, p. 1 y ss. INFANTE RUIZ, F.J., Validez y límites de la fianza general, RDP, nº 6, 2001.

⁹⁸ Sobre el alcance de la accesoriadad de la fianza, véase: GOMEZ BLANES, P., El principio de accesoriadad de la fianza, TGLC, 2008.

⁹⁹ Que establece que “*será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante*”.

¹⁰⁰ La STS, Sala de lo Civil, de fecha 30 de octubre de 1984, en su Considerando primero, identifica la naturaleza de la fianza con la naturaleza de la obligación principal garantizada, al indicar que “*“..... la obligación principal asegurada es civil y el contrato accesorio de fianza debe participar de la misma naturaleza.....”*”

Las entidades de crédito, a lo largo de su historia¹⁰¹, han venido exigiendo a la parte prestataria del contrato de préstamo, la aportación de fiadores que, ante un eventual incumplimiento por aquélla de sus obligaciones dimanantes de dicho contrato, respondan personalmente de las mismas con su patrimonio presente y futuro.

Siempre hemos defendido, en primer lugar, que la prestación de fianza debe solicitarse por la entidad de crédito y prestarse por los fiadores cuando se deduzca de la valoración de la capacidad de pago que tiene la parte prestataria, que ésta pueda llegar a incumplir sus obligaciones de pago porque sus bienes no garanticen plenamente la devolución del importe prestado. Y en segundo lugar, que no se debería solicitar ni prestar la fianza si la parte prestataria, en el indicado momento de valoración de la capacidad de pago, no presenta declaración alguna de bienes, puesto que, en tal caso, no se debería conceder el préstamo ni siquiera con la intervención de fiadores.

Así, muchos de los préstamos que las entidades de crédito han suscrito con personas físicas (con el beneplácito de los órganos administrativos y del legislador, dada la falta de control¹⁰² de los primeros y ausencia de regulación¹⁰³ de los segundos), han sido concedidos pese a presentar el prestatario exclusivamente una copia de un contrato temporal de trabajo, acompañado con la fianza personal de personas físicas y/o jurídicas, y en especial, fianzas prestadas de padres a hijos, concediéndose así, préstamos que no debían de haberse concedido por falta de

¹⁰¹ Para conocer el comportamiento que acreedor y fiador han mantenido en los distintos períodos de tiempo, consúltese, REYES LOPEZ, M.J., Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza, ADC, Tomo XLIX, fascículo IV, 1996.

¹⁰² La Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, viene a establecer la obligación de control y supervisión que el Banco de España debe llevar a cabo sobre los créditos concedidos por aquellas, y en concreto, al determinar en su artículo 1.5 que *“se consideran normas de ordenación y disciplina de las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas. Entre tales disposiciones se entenderán comprendidas tanto las aprobadas por órganos del estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias sobre la materia, como las Circulares aprobadas por el Banco de España, en los términos previstos en esta Ley”*; y añade el artículo 5 de mencionada Ley al tratar de las infracciones graves cometidas por las entidades de crédito y que corresponde proponer y decidir al órgano supervisor en el ejercicio de sus funciones de control y supervisión de las entidades de crédito: *“d, la realización meramente ocasional o aislada de actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina con rango de Ley, o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas; f), la realización de actos u operaciones prohibidas por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado; i) el incumplimiento de las normas vigentes en materia de límites de riesgos o de cualquiera otras que impongan limitaciones cuantitativas, absolutas o relativas, al volumen de determinadas operaciones activas o pasivas”*.

¹⁰³ Parecida opinión mantuvo CAMPOMARES CAMINO, M., La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores comunes frente a situaciones de insolvencia, BACM, nº 42, 2002, al manifestar en su p. 1 que *“es cierto que la morosidad es un fenómeno social, manifestación de una crisis cultural y sobre todo moral de nuestra sociedad que no se va a erradicar con medidas únicamente procesales; pero también es cierto que el Legislador y un buen funcionamiento de la Administración de Justicia pueden contribuir muy eficazmente a su disminución”*.

capacidad de pago de sus titulares, y que por ello, resultaron impagados y sus fiadores compelidos a afrontar la deuda, incluso respondiendo, en ocasiones, con su vivienda habitual¹⁰⁴.

No obstante lo anterior, procede puntualizar para dichos casos de ejecución contra la vivienda habitual de los fiadores, tanto en préstamos con garantía personal como con garantía hipotecaria, que la nueva Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, modifica a través de su artículo 8, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, estableciendo nuevas normas protectoras a favor de dichos fiadores. Concretamente, dispone el artículo 2 del citado RDL, que las medidas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. En consecuencia, tanto los titulares de préstamos hipotecarios como sus fiadores quedarán sujetos a las mismas condiciones relativas a protección de su vivienda habitual.

Las citadas medidas vienen establecidas en el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que se incluye en el ANEXO de la indicada Ley 1/2013. A modo de resumen, esas medidas consisten principalmente en dos:

a) Los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, podrán solicitar y obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma.

b) En el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración, los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del citado Real Decreto, para los que la reestructuración y las medidas complementarias, en su caso, no resulten viables conforme a lo establecido en el apartado 2, podrán solicitar la dación en pago de su vivienda habitual en los términos previstos en este apartado. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda.

Por otra parte, es necesario distinguir, muy brevemente, la fianza solidaria de otro tipo de fianzas, tales como la denominada “*cofianza*”, que supone, en

¹⁰⁴ VELA TORRES, P., en el XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino, celebrado el día 28 de junio de 2013 en Córdoba, introdujo, en su exposición referida a “el problema del sobreendeudamiento familiar del consumidor”, diversas notas sobre la prestación de fianza en los contratos de préstamo, y en especial, anotó las consecuencias que la ejecución de la fianza conlleva, cuyo alcance en muchas ocasiones ha afectado al embargo de la vivienda habitual de los fiadores.

principio¹⁰⁵, la existencia de una pluralidad de cofiadores mancomunados o solidarios; la “*subfianza*”, que se da cuando existe un fiador del fiador, esto es, el acreedor puede exigir primero al deudor, después al fiador y, en caso de no pagar éste, a su subfiador; y la “*retrofianza*”, que afianza la obligación del deudor frente a la acción de repetición del fiador, por lo que el efecto inmediato se traduce en el fiador que ha pagado podrá exigir dicha acción contra el deudor y, caso de no hacerle frente, al retrofiador.

Finalmente, y centrándonos ya en el contrato de préstamo garantizado con fianza solidaria, por ser ésta la más habitual por no decir exclusiva en la negociación bancaria, indicar que las entidades de crédito, a la hora de instrumentar la fianza solidaria, se muestran reacias a utilizar *pólizas de afianzamiento independientes* a la póliza de préstamo, resultando con ello, que los mencionados clausulados de fianza quedan incorporados como condiciones generales de la contratación en el propio cuerpo de la póliza de préstamo.

Analizado el clausulado de la fianza incorporado como condiciones generales en seis pólizas de préstamo utilizadas por distintas y determinadas entidades de crédito de nuestro país, resultan, claramente diferenciables seis condicionantes a los que debe someterse tanto el titular del préstamo como el fiador para que la entidad de crédito acceda a conceder el préstamo, *referidos a: la forma en la que se presta la fianza y la cuantía por la que se responderá llegado el momento de reclamación de la deuda; plazo por el que se presta la fianza; renuncia a determinados derechos que el CC confiere a los avalistas; extensión de la fianza; derecho del fiador a solicitar a la entidad de crédito el estado en el que se encuentra el préstamo; la adhesión o voto favorable de la entidad de crédito a un convenio concursal del deudor principal, de los fiadores o de quiénes hubiesen constituido derechos reales de garantía; y la declaración de concurso de la parte prestaría o de los fiadores*. Consideramos necesario analizar con mayor detenimiento los citados condicionantes.

5.2. Forma y cuantía de las obligaciones de garantía asumidas por el fiador.

Respecto a la forma en la que se presta fianza, es habitual encontrar en las condiciones generales referidas a la misma, e incorporadas en el contrato de

¹⁰⁵ Digo “*en principio*” porque la cuestión no es pacífica en cuanto a determinar la existencia de la cofianza. Así lo defiende también RUBIO GARRIDO, T., Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza, en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Comares, 2002, p. 238: “*c)*, ¿cuándo hay confianza?, ni siquiera un punto tan básico es claro de *lega lata*. 1. Hay confianza, desde luego, cuando varios sujetos fian, conjuntamente, una misma deuda. Da igual que se hayan obligado simultáneamente o en momentos distintos. Jamás en el derecho castellano ha regido el requisito de la unidad de acto de la *stipulatio romana*”. 2. Se discute enormemente si la hay cuando varios fiadores, independientemente entre sí, garantizan la misma deuda. Para una parte de nuestra doctrina la respuesta es afirmativa. Lo fundamenta en : a-los precedentes del derecho romano; b-el tenor literal de los artículos 1837.1 y 1844.1 del CC, que acoge perfectamente al supuesto; c-el mandato de los artículos 1.837 y 1.844 del CC, consistiría, precisamente, en romper el aislamiento de los distintos fiadores, unificándolos en una situación de confianza, como si todos ellos se hubieran obligado como fiadores”.

préstamo, que se indique que todas las personas que intervienen en el contrato como fiadores, afianzan solidariamente con la parte prestataria y solidariamente entre sí, el cumplimiento de la obligación principal¹⁰⁶ y cualesquiera otras obligaciones contraídas a consecuencia de aquella por la parte prestataria en el contrato de préstamo. Por tanto, la parte prestamista, ante el incumplimiento de sus obligaciones garantizadas por el prestatario, podrá reclamar las mismas de igual forma y conforme a los mismos plazos y condicionantes que se lo exigiría a la parte prestataria.

Así pues, todos los fiadores, y cada uno de ellos, responderán por el total de las obligaciones afianzadas, en igual modo y forma¹⁰⁷ que los deudores principales y hasta el total pago de las obligaciones garantizadas.

5.3. Plazo y extensión de las obligaciones del fiador.

Por lo general, las entidades de crédito (salvo en determinadas y extrañas ocasiones, en las que puede pactar una prestación de fianza por tiempo limitado o hasta que se produzca determinada circunstancia, como por ejemplo el hecho de que el préstamo se encuentre amortizado en la suma que se pacte) establecen la indeterminación temporal de la fianza, de modo que permanecerá vigente hasta el total pago de las obligaciones garantizadas y finalizará, una vez vencido el préstamo, cuando éste sea reembolsado por el prestatario, o bien, caso de impago, se extenderá

¹⁰⁶ ARRIBAS HERNANDEZ, A. (autor), SOLER PASCUAL, L.A., El acreedor de una sociedad en virtud de un crédito afianzado solidariamente por otra del mismo grupo, habiendo sido ambas sociedades declaradas en concurso ¿puede votar en virtud de dicho crédito en ambos concursos o sólo en uno de ellos? Si sólo puede votar en uno, ¿en cuál de ellos y qué efecto tiene en el cómputo del quórum del otro concurso?, BMED, 2009, en el epígrafe primero, párrafo tercero: *“lo que encuentra su fundamento en el hecho de que en la fianza solidaria -art. 1822- se sitúa en un mismo plano la obligación principal y la del fiador, al desaparecer básicamente el beneficio de orden o excusión, habiendo señalado la jurisprudencia que sin duda se produce una asimilación entre la relación externa del fiador y el acreedor, aunque se mantiene la diferencia desde la perspectiva de la relación entre deudor y fiador”*. En contra parece manifestarse PEREZ UREÑA, A., MAGRO SERVET, V. (autor), Reclamación de una entidad bancaria contra avalista de póliza de crédito con garantía personal hipotecaria: ¿cabe la dualidad de reclamaciones por la vía ejecutiva y la hipotecaria?, RJED, 2011, al indicar en su apartado 3 que *“la entidad bancaria puede interponer la ejecución especial de los arts. 681 y ss. LEC contra el deudor hipotecante y también contra los fiadores solidarios que constan en la escritura?. La respuesta, a nuestro modo de ver, es negativa: el fiador solidario no está comprendido entre los legitimados pasivamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que el art. 685 LEC considera como tales al deudor, al hipotecante o deudor o al tercer poseedor de los bienes hipotecados y el fiador es un obligado solidario que responde igual que el deudor, y ello pese a que el fiador solidario, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1822 CC responde del pago de la deuda en los mismos términos que el deudor, al no regir el principio de accesoriadad que se establece en el párrafo primero de ese precepto, pero ello no significa que esté legitimado pasivamente en los procesos de ejecución hipotecaria”*.

¹⁰⁷ MAGRO SERVET, V., Análisis de esta posibilidad que ha sido recogida en la reforma de la LEC de medidas de fomento del alquiler que permite ahora expresamente la acumulación contra el avalista o fiador. Acumulación de acciones en el desahucio incluyendo reclamación de rentas contra persona física o jurídica y contra el fiador solidario, BCID, 2010, Apartado III, al comentar la STS de fecha 03 de noviembre de 2006: *“de modo que la fianza solidaria presenta como especialidad que, frente al acreedor, no es subsidiaria, sino que el fiador se obliga como si fuera un deudor más respecto a su facultad de exigir el pago de la obligación principal, y, desde esta perspectiva, no aparece obstáculo alguno que provoque la imposibilidad de la acumulación de acciones”*.

hasta que la entidad acreedora cobre todas y cada una de las cantidades que se le adeuden por cualquier concepto.

En relación con el plazo por el que se constituye la fianza, conviene hacer referencia, dada la trascendencia práctica de la cuestión, al debate suscitado entorno al término de la fianza constituida en garantía de un préstamo bancario cuando éste es asegurado al mismo tiempo con una garantía personal y con una garantía real de hipoteca. Al respecto, concretamente, se cuestiona si ante el impago del préstamo vencido la fianza se extingue cuando la entidad acreedora ejecute en primer lugar, la garantía hipotecaria. La cuestión, si bien no resultó ser pacífica, sí ha sido finalmente resuelta por la jurisprudencia¹⁰⁸ al establecer que la entidad de crédito puede proceder en vía ejecutiva indistintamente en el tiempo contra el bien hipotecado o contra los bienes del fiador, sin que la opción elegida por el acreedor conlleve la extinción de la garantía personal o real no ejecutada, criterio éste que actualmente es utilizado por las entidades de crédito en la ejecución de fianzas.

Por lo que respecta a la extensión de la fianza, en la práctica, suele ser, igualmente frecuente que la entidad acreedora obligue al fiador a suscribir su renuncia a la ventaja que a su favor reconoce el artículo 1.851 de CC, al disponer que *“la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza”*. Con tal renuncia, el prestamista pretende evitar que ante una posible prórroga que se le conceda al deudor principal, pueda verse privada de la fianza, logrando que la fianza se haga extensiva a cualesquiera prórrogas, renovaciones, novaciones¹⁰⁹ o modificaciones de cualquier tipo, expresas o tácitas, que pudieran producirse en las obligaciones contenidas en el contrato de préstamo y que pesan sobre los deudores principales. Así pues, la fianza, se considerará vigente hasta la total extinción de las obligaciones contenidas directa o indirectamente en el contrato de préstamo y de cuantas las noven o sustituyan.

5.4. Renuncia a determinados derechos que el Código Civil confiere a los fiadores.

En los contratos de préstamo bancario, el fiador resulta, en la práctica, obligado a renunciar a determinados beneficios de orden, excusión y división, que le reconoce en su favor el CC (si desea que la operación de préstamo se le conceda al deudor principal).

¹⁰⁸ Así lo aclaró la STS, Sala de lo Civil, de fecha 20 de octubre de 1993, al concluir que *“en resumen, lo acontecido fue que, ante el impago de la deuda [la acreedora] ejercitó su derecho ejecutando una hipoteca y, posteriormente, se ha dirigido contra los fiadores para obtener el cobro de las sumas aún pendientes por no haberse cubierto el importe total al ser insuficiente la cantidad percibida en la ejecución hipotecaria, todo lo cual se halla muy lejos de configurar una conducta –activa e incluso pasiva– determinante de un perjuicio a los fiadores que pudiera, conforme a lo dispuesto en el artículo 1852, ocasionar la extinción de la fianza”*.

¹⁰⁹ GONZALEZ DEL CAMPILLO Y CRUZ, E.L., Fianza: Novación, RDP, nº 1, 1998, p 2 y ss.

Por lo que se refiere al beneficio de excusión, no compartimos el criterio mantenido por nuestros Tribunales¹¹⁰ según el cual, el fiador civil, salvo que concurran los requisitos previstos en el artículo 1.831 del CC, tendrá derecho a oponer a su acreedor el beneficio de excusión, en tanto que el fiador mercantil no gozará de tal beneficio pues la fianza mercantil es solidaria en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, el fiador mercantil no gozará de los derechos de división y excusión de los que sí disfruta el fiador civil. Sin embargo, no compartimos esta interpretación por dos motivos: en primer lugar, porque la citada jurisprudencia no tiene presente que el beneficio de excusión sí procede en la fianza mercantil si las partes así lo convienen expresamente; y en segundo lugar, porque de conformidad con el artículo 50 del Cco, la normativa civil es aplicable a la fianza mercantil.

En la práctica bancaria, suele ser frecuente que la entidad prestamista incluya en los contratos de préstamo una cláusula en cuya virtud el fiador renuncia a que en el supuesto de que la parte prestataria incumpla las obligaciones dimanantes del contrato de préstamo, la entidad de crédito acreedora tenga que agotar, antes de ir contra sus bienes, las posibilidades de cobro a cargo de los bienes del deudor principal, por lo que permite a la entidad de crédito, caso de incumplimiento de las obligaciones por la prestataria, reclamar a ésta y al fiador indistintamente.

La citada renuncia al beneficio de excusión por parte del fiador conlleva que la fianza pierda¹¹¹ definitivamente su carácter subsidiario, de modo que el fiador está *facultando* a la entidad de crédito para que, caso de impago, pueda proceder contra sus bienes por el total de las obligaciones afianzadas, y en igual modo y forma que lo haga contra el deudor principal.

No obstante, y al margen del significado y las consecuencias que la renuncia al beneficio de excusión conlleven, entendemos, a todos los efectos de la misma, que aunque en el contrato de préstamo el fiador haya renunciado expresamente al mencionado beneficio, no es menos cierto que el Código Civil siempre habla en materia de fianza de la responsabilidad e intervención del avalista en dos fases; la primera, la que referimos como *simple comunicación*, cuya finalidad es conseguir el mutuo acuerdo entre las partes contratantes para regularizar la deuda que se haya podido originar, por ejemplo, si la entidad de crédito solicita amistosamente el pago de lo adeudado al avalista, o éste voluntariamente abona la deuda con comunicación al deudor; y la segunda, que denominamos de *requerimiento*, que se produce cuando

¹¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 17 de enero de 2000, Fundamento de Derecho quinto: “constituye doctrina jurisprudencial pacífica (por todas, SSTs de 20 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6941] , 7 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2007] y 14 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1419]) la que postula que la fianza mercantil tiene el carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico y que, consecuentemente, el fiador mercantil no goza de los derechos de división y excusión que disfruta el fiador civil y, ello, por la más sólida garantía que precisan las transacciones comerciales en nuestros días y el auge que la obligación solidaria disfruta en otros ámbitos jurídicos”.

¹¹¹ A sensu contrario, ALVENTOSA DEL RIO, J., La fianza: ámbito de responsabilidad, Comares, 1988, p. 151: “como se ha indicado anteriormente, la mayor parte de la doctrina científica considera que la subsidiariedad de la fianza deviene de la existencia del beneficio de excusión”.

el acreedor requiere de pago tanto al deudor como al avalista vía judicial o extrajudicial¹¹².

Respecto al *beneficio de división*, establece el artículo 1837 del Código Civil, que siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos, originando, por tanto, que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Finalmente, el *beneficio de plazo en beneficio del fiador*, sólo existirá cuando se hubiese pactado expresamente en el contrato, en cuyo caso, al fiador no le afectará la pérdida del plazo por el deudor, cuando así se derive de una cláusula pactada en el contrato¹¹³; o bien cuando concurra cualquiera de las causas que señala el artículo 1.129 del Código Civil¹¹⁴.

Es importante insistir, para concluir, en que el fiador no tiene el beneficio del plazo a menos que se pacte de modo expreso, ya que incluso el artículo 1841 del Código Civil establece que si la deuda era a plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza.

5.5. El derecho del fiador a solicitar a la entidad de crédito información sobre el estado en el que se encuentra el préstamo.

Es muy habitual, y más aún desde inicios de la actual crisis a principios de 2007, que los fiadores soliciten verbal o expresamente a la entidad de crédito la situación en la que se encuentra el contrato de préstamo que están afianzando, al margen de que el mismo se encuentre impagado en el momento de la solicitud de información.

Parece lógico, que el fiador pueda conocer en todo momento la situación jurídica y económica que presenta el préstamo, circunstancia que, si bien a simple vista puede resultar clara y sencilla, en la práctica financiera presenta inconvenientes a veces de difícil superación. En efecto, el fiador cuando desea conocer (entre otros extremos) si el préstamo que avala presenta alguna deuda, o si ha sido novado o

¹¹² Ibid, p. 156: “en el caso de que el acreedor requiera de pago de un modo extrajudicial al fiador, es necesario, en primer lugar, según se ha indicado anteriormente, que el acreedor se haya dirigido previamente contra el primer responsable, deudor principal, habiendo incumplido, con independencia de que tenga o no en su patrimonio para cumplir con la obligación”.

¹¹³ Son frecuentes las conocidas como *cláusulas de aceleración*, que establecen distintos supuestos de vencimiento anticipado en financiaciones a plazo.

¹¹⁴ Al establecer “que perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprendido. 3º. Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”.

catalogado por la entidad de crédito con cualesquiera ratios de probable morosidad, se ha de enfrentar a un hecho que acompañado de contradicciones sitúa a las partes intervinientes en indefensión contractual. Me refiero a la contradicción surgida entre el concepto de “afectado o interesado” contenido en la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y determinadas causas de vencimiento anticipado incorporadas como condiciones generales en la correspondiente póliza de préstamo.

En efecto, de una parte, el artículo 3, apartado e), de la citada Ley Orgánica define al “*afectado o interesado*” como persona física *titular* de los datos que sean objeto del tratamiento, por lo que en puridad, la información de los datos del préstamo sólo se les podría facilitar a sus titulares, y no a los avalistas, que lógicamente, no son titulares de la operación. En cambio, entre las causas de resolución o vencimiento anticipado del contrato de préstamo que las entidades de crédito establecen entre sus condiciones generales, y que facultan a aquellas para cancelar anticipadamente el préstamo y reclamar lo que se le adeude por cualquier concepto, se encuentra la que establece que la prestamista podrá resolver el contrato cuando cualesquiera de los fiadores sufriera disminución de su solvencia en los porcentajes que se pacten en relación con los datos patrimoniales proporcionados para el análisis de la operación, o cuando vendiera, enajenara o gravara o de cualquier otra forma dispusiese de todos o una parte sustancial de su activos que represente, igualmente, el porcentaje pactado de su activo patrimonial sin recibir a cambio contraprestaciones equivalentes y no otorgase las garantías comprometidas según lo establecido en el propio contrato de préstamo.

En consecuencia, de descrita situación, es posible inferir que el fiador que desee vender una de sus propiedades que declaró ante la entidad de crédito como patrimonio propio, no pueda enajenarla ante la negativa de la entidad de crédito a facilitarle información sobre la situación en la que se encuentra el préstamo en ese momento y ante el temor de que la entidad prestamista pueda aplicar la citada causa de resolución anticipada del préstamo por entender que han acontecido los supuestos pactados.

Por todo lo dicho, consideramos que, al igual que lo hizo el TS¹¹⁵, y ante la ausencia de regulación legal, el avalista al ser parte contratante ostenta un legítimo derecho a acceder a la situación jurídica y económica del préstamo que avala, de lo contrario, entiendo, que podría ser causa de oposición ante una eventual ejecución de la garantía.

¹¹⁵ STS, Sala 1ª, de fecha 22 de julio de 2002, Fundamento de Derecho cuarto: “En cuanto a lo primero, tiene declarado esta Sala que *“el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito a los fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor”*.”

5.6. La adhesión o voto favorable de la entidad de crédito a un convenio concursal del deudor principal, de los fiadores o de quiénes hubiesen constituido derechos reales de garantía.

Las entidades de crédito prestamistas, a fin de adelantarse a las consecuencias que se podían derivar de la declaración de concurso de la parte prestataria o de uno de sus fiadores¹¹⁶, suelen incluir en el contrato de préstamo, la cláusula según la cual la adhesión o el voto favorable de la entidad prestamista a un convenio concursal del deudor prestatario¹¹⁷, de algún fiador o de quiénes hubiesen constituido derechos reales de garantía, no obstará, en modo alguno, a la plena e inalterada subsistencia de los derechos de la entidad de crédito frente a los obligados principales, fiadores o garantes no concursados quienes para que se conceda el préstamo, deben consentir expresamente la citada cláusula contractual, no pudiendo invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de la entidad prestamista.

En definitiva, dichos pactos sobre adhesión o voto favorable a un convenio arbitral cundo concurren fiadores, no hace sino preservar aún más los beneficios¹¹⁸ que a los acreedores concursales reconoce el artículo 87. 6 de la vigente Ley Concursal, según el cual los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, en cuyo supuesto, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

5.7. La declaración de concurso de la parte prestataria o de los fiadores.

Las entidades de crédito, finalmente, como uno más de los diversos condicionantes que debe aceptar la parte fiadora en el contrato de préstamo, y al margen de que la constitución de fianza, acontecido el concurso de acreedores pueda considerarse como un perjuicio¹¹⁹ para el patrimonio del deudor, vienen a establecer en el correspondiente condicionado general, que la fianza también será exigible aun a pesar de que el obligado o cualquiera de los fiadores o avalistas fuese declarado en

¹¹⁶ Respecto a la valoración de las diferentes relaciones que los distintos fiadores pueden guardar con el obligado principal, véase, FERRE, J., Los créditos con fianza de persona cercana al deudor, ADC, nº 11, 2007.

¹¹⁷ ALONSO SANCHEZ, B., Derecho concursal y fianza, PJ, nº 31, 1993, p. 1.

¹¹⁸ RIVERA FERNANDEZ, M., La calificación de los créditos garantizados con fianza en el concurso de acreedores ¿Por qué se quiere corregir la letra de la Ley?, RDP, nº 22, 2009, p. 2 y ss. PERDICE HUETOS, A.B., Fianza y concurso, EDM, Civitas, 2005, p. 3 y ss.

¹¹⁹ PÉREZ BENITEZ, J.J., El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso, BMED, 2012, apartado II, letra a): *“el perjuicio que la ley exige se adjetiva de “patrimonial”. Perjuicio es, desde un inicial sentido, una disminución del patrimonio. Debe afectar al patrimonio del deudor, bien disminuyéndolo directamente, bien impidiendo que aumente de valor (por ejemplo como sucede con la no aceptación de donaciones o con la repudiación de una herencia; en el ámbito societario la impugnación de conductas negativas plantea interesantes problemas que no podemos tratar en este lugar). Normalmente se tratará de un acto de disposición, pero no es difícil pensar en actos de administración también perjudiciales (como la constitución de una fianza, por ejemplo, por más que en sí mismo no suponga una merma directa del patrimonio del deudor)”*.

concurso o presentase solicitud de concurso voluntario¹²⁰ o fuese admitida a trámite la solicitud de su concurso necesario, salvo que todas las obligaciones económicas derivadas del contrato de préstamo por principal, intereses y demás conceptos, se fueran satisfaciendo en su integridad.

5.8. La fianza mancomunada.

Distinta de la fianza solidaria ya tratada, acontece la conocida fianza mancomunada, a cuya formalización las entidades de crédito se muestran reacias dadas las limitaciones que en cuanto a exigencia de responsabilidad a cada uno de los fiadores pueden resultar.

La importancia en la delimitación y concreción expresa de pacto de la fianza solidaria o mancomunada, surge del contenido del artículo 1.137 del CC, al establecer que *“la concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar, íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”*-

Es a consecuencia de dicha regulación civil, por lo que las entidades de crédito incluyen en el clausulado de condiciones generales de los contratos de préstamo que suscriben con sus clientes, la cláusula según la cual rige la solidaridad no solo entre los prestatarios y los fiadores, sino de igual modo, de estos entre sí.

Así pues, las entidades de crédito, para incluir en el clausulado del contrato de préstamo la responsabilidad mancomunada de los fiadores con respecto al deudor principal, utilizan cláusulas que establecen que sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada del titular, los fiadores afianzan y garantizan ante la entidad acreedora, todas las obligaciones contraídas¹²¹ por la prestataria en el contrato de préstamo en forma solidaria con la deudora principal y hasta la cantidad que se especifique según lo pactado, con renuncia a los beneficios de excusión y orden, hasta que haya sido totalmente reintegrada la entidad acreedora de cuanto se le adeude por cualquier concepto, considerándose el aval garantía vigente y extensiva a cualquier prorroga, novación o modificación de cualquier tipo, expresa o tacita que pudieran producirse en las obligaciones contraídas en el contrato de préstamo.

Dicha fianza mancomunada presenta, además, la particularidad de que los fiadores afianzan el principal de la deuda que se atribuya a cada uno de ellos, más los correspondientes intereses ordinarios, de demora, comisiones, costas y gastos que genere dicho principal. De lo que se colige, en definitiva, que si la cantidad adeudada

¹²⁰ En relación con determinadas indicaciones sobre la fianza prestada al deudor inicial y su declaración de concurso voluntario, véase, ARRIBAS HERNANDEZ, A., ¿Es posible la acumulación inicial de solicitudes de concurso voluntario? en su caso ¿en qué supuestos?, BMED, 2008.

¹²¹ ELVIRA MARTINEZ, P.L., El reconocimiento de los créditos avalados por terceros en la Ley Concursal AJA, nº 687, 2005-2006, p. 2 y ss.

cuando venza la operación fuese igual o inferior a la afianzada por cada fiador, la misma podrá ser exigida por la entidad acreedora, indistintamente, a aquel que estime conveniente.

6. Obligaciones de la parte prestamista en el contrato de préstamo.

Frente a la sola obligación¹²² de entregar el importe prestado al prestatario, la normativa vigente exige en la actualidad una compleja batería de obligaciones a asumir por la entidad de crédito tanto en la fase precontractual como en la posterior a la formalización del contrato de préstamo.

La actual crisis financiera mundial iniciada a principios de 2007, ha provocado que los distintos Estados, y en particular el gobierno de España, hayan promulgado un conjunto de normas de obligado cumplimiento para las entidades de crédito conducentes a imponer a éstas determinados procedimientos a seguir en la contratación de préstamos. Al impulso de dichas modificaciones legales, orientadas a que las entidades de crédito deban asumir un mayor número de obligaciones en el contrato de préstamo, han contribuido diversas resoluciones judiciales entre las que destacan por su aportación la STS de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, y la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, que interpreta de la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Las citadas modificaciones legislativas y resoluciones judiciales obligan, inexcusablemente, a concretar las obligaciones que debe asumir la parte prestamista dependiendo de si el contrato de préstamo se ha concedido con la garantía personal del prestatario, o por el contrario se ha prestado garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, y ello, al margen de otro tipo¹²³ de garantías que pueden prestarse en el contrato de préstamo a las que no haremos alusión porque de hacerlo conllevaría la realización de un trabajo más amplio y específico sobre la materia.

Con relación a las obligaciones que la parte prestamista debe asumir en el contrato de préstamo con garantía personal, instrumentado en póliza, es necesario distinguir entre las obligaciones que debe asumir y cumplir el prestamista en la fase precontractual y la que debe cumplir ya en la fase posterior a la formalización del préstamo.

¹²² CASILDA BEJAR, R., Guía de....., Ob. cit., p. 189, establecía como una única obligación de la parte prestamista *“entregar al cliente-prestatario- el importe del préstamo, mediante sui ingreso en la cuenta corriente de éste, o bien mediante su pago por caja contra la firma de un recibo justificativo de la recepción de la cantidad del préstamo concertado”*. PUIG BRUTAU, J., Compendio de....., Ob. cit., p. 464: *“por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con la condición de que le devuelva otro tanto de la misma especie y calidad, ya sea gratuitamente o con el pacto de pagar interés”*.

¹²³ CANO RICO, J.R., Manual....., Ob. cit. p. 178 y ss.

Así pues, en la *fase precontractual*, la parte prestamista ha de aportar a su cliente, un documento en el que conste de manera clara y detallada¹²⁴ las condiciones particulares que se aplicarán al préstamo solicitado, y, en especial¹²⁵, las referidas a los intereses que asumirá la parte deudora, el tipo de referencia, diferencial, periodo de revisiones caso de que se hayan pactado, TAE, tipo nominal anual de demoras, periodicidad de cuotas de intereses en periodo de carencia y en periodo de amortización, importe total de cuotas e intereses, comisiones y gastos, incluyendo en estos un desglose del concepto de cada comisión o gasto, la periodicidad del cobro y el importe.

Además del referido documento precontractual, las entidades de crédito suelen, con anterioridad¹²⁶ a la celebración del contrato de préstamo, hacer constar en la póliza que las condiciones del contrato de préstamo a celebrar son las que se señalan en su encabezamiento, por lo que, de nuevo, la entidad de crédito ofrece a su cliente, previamente a la prestación del consentimiento contractual, la posibilidad de comprobar que las condiciones particulares que se detallaron en el ya citado documento precontractual, coinciden con las incorporadas en el encabezamiento de la póliza del préstamo a celebrar.

Ya en la fase posterior a la formalización del contrato de préstamo con garantía personal, las obligaciones a asumir¹²⁷ por la parte prestamista se concretan en la ejecución de una serie de actos *proprios* del contrato de préstamo, y en la *comunicación* a la parte prestataria de diversos aspectos relacionados con el discurrir del préstamo concertado.

¹²⁴ Conforme a las pautas que ya indicaron DÍAZ BARCO Y VELÁZQUEZ MARTÍN, El Juicio Ejecutivo derivado de operaciones bancarias, 2002, p. 27.

¹²⁵ Digo "*en especial*" los intereses, porque es la condición particular más importante del contrato, tal y como lo consideró AURIOLÉS MARTÍN, A., Créditos sindicados con interés variable, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 30: "*el interés constituye un elemento característico de todos los contratos de crédito. Como es sabido se trata del elemento que pone en relación dos conceptos fundamentales-capital y tiempo-, y, en cierto sentido, puede considerarse como la retribución que percibe el titular del capital por el hecho de sustituir un consumo presente por un consumo futuro, sustitución que entraña, como es evidente, un riesgo que trata de compensarse precisamente a través del interés*".

¹²⁶ A la importancia de los actos previos a la firma de la póliza de préstamo dedicó especial atención LOPEZ ANTON, F., Créditos a interés variable, su régimen jurídico, Montecorvo, 1985, p. 195: "*y a la intervención en cuanto tal, se refiere Bartolomé Laborda, que la califica como la actuación fedataria del agente colegiado, señalando que no es solo la autorización de un documento, autenticándolo; es algo más amplio: una serie de actos previos....*"

¹²⁷ Conforme a lo expuesto en el presente epígrafe, no comparto la opinión mantenida por algún autor referida a que la entidad de crédito en la fase posterior a la formalización del correspondiente contrato de préstamo no asume obligación alguna, tal y como indicó LANGLE Y RUBIO, Manual de....., Ob. cit., p. 319: "*una vez perfecto el préstamo, sólo origina obligaciones para el prestatario, siendo una de ellas el abono de intereses*". En el mismo sentido se pronunció BOIX SERRANO, R., Curso de....., Ob. cit., p. 139, al manifestar que "*en la fase posterior a la disposición del crédito, la postura del Banco y del cliente son distintas a la fase previa. Aquí se producen obligaciones sólo para el cliente consistentes en la devolución del capital dispuesto y el pago de los intereses correspondientes*".

Entre los primeros, es decir, como actos *proprios* del contrato de préstamo, cabe citar la obligación de entregar¹²⁸ y desembolsar el importe prestado en cuenta abierta en la entidad acreedora a nombre del prestatario; entregar el cuadro de amortización comprensivo de las cuotas de capital e intereses a abonar por el prestatario en las fechas pactadas; enviar al prestatario un nuevo cuadro de amortización en el supuesto de que éste hubiese realizado amortizaciones anticipadas no previstas en el contrato de préstamo; calcular las cuotas de capital e intereses en cada una de las revisiones que pueda conllevar el préstamo; y cobrar las comisiones pactadas.

Por su parte, entre las que hemos denominado como obligaciones de *comunicación* a cargo de la prestamista y a favor de la prestataria, se incluiría la obligación de comunicar a la parte prestataria la modificación del tipo de interés en préstamos pactados¹²⁹ con interés variable, especificando el nuevo tipo de interés que en su caso se vaya a aplicar y la cuota resultante para el siguiente periodo, que coincidirá con la liquidación de intereses del periodo anterior; así como la obligación de efectuar la correspondiente reclamación por escrito al prestatario con motivo de una posición de deudora, en caso de producirse ésta.

Amén de ese deber de información, el prestamista resulta legalmente obligado como consecuencia de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Créditos al Consumo, a cumplir con un conjunto de obligaciones, que se concretan en el deber que pesa sobre el prestamista de proporcionar a su cliente una información básica¹³⁰ a incluir en la publicidad, una oferta vinculante, y un proyecto de contrato.

Interesa analizar, a los efectos aquí señalados, que dicha Ley es aplicable tan sólo a los préstamos personales de personas físicas cuya finalidad sea el consumo y, en consecuencia, excluyendo¹³¹ de su ámbito objetivo de aplicación a los préstamos destinados a la realización de una actividad económica¹³². Por este motivo, resulta necesario delimitar las principales obligaciones que el prestamista debe asumir a raíz de la promulgación de la indicada Ley. Esas obligaciones comprenden:

a) Se fijan nuevos parámetros para el cálculo de la tasa anual equivalente, de forma que en ésta se incluyan:

¹²⁸ Algún autor considera que la entrega del dinero por parte del prestamista al prestatario no es una obligación en puridad. Así lo consideró SABATER BAYLE, I., Préstamo con.....Ob. cit., p. 67: “*en rigor, el mutuante sólo realiza un acto, que ni siquiera es obligatorio, la entrega de la cosa*”.

¹²⁹ Téngase en cuenta la relación que establece la SAP de Asturias, Sección 6ª, de fecha 24 de octubre de 2011, entre intereses pactados y los cobrados indebidamente en aplicación de la Ley 16/2011.

¹³⁰ Sobre dicha información básica, léase SAP de Barcelona, Sección 14ª, de fecha 22 de octubre de 2012.

¹³¹ En relación con los contratos excluidos de la Ley 26/2011, véase SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3ª, de 27 de junio de 2011.

¹³² Para conocer el alcance del término “actividad comercial” en dicha Ley 16/2011, consúltese: AAP de Madrid, Sección 19ª, de 30 de noviembre de 2012, y SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 11 de octubre de 2012.

- Los gastos por las primas de seguro, si la obtención de las condiciones del crédito está condicionada a la misma.

- Los costes de mantenimiento de la cuenta, en aquellos casos en que se obligue a la apertura de la misma con motivo de la concesión del préstamo.

b) La nueva norma obliga a informar al consumidor inmediata y gratuitamente, si la denegación de una solicitud de crédito se basa en la consulta de un fichero¹³³, de los resultados de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

c) El consumidor podrá desistir del contrato en el plazo de 14 días naturales siguientes a la formalización, sin indicación de los motivos ni penalización alguna (salvo el pago de los intereses devengados y la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la Administración Pública).

d) Se regulan las comisiones máximas por reembolso anticipado, distinguiéndose si el préstamo se ha formalizado por importe igual o inferior a 75000 € o superiores a dicha cantidad.

e) El consumidor tiene derecho durante la vida del contrato a recibir gratuitamente y previa solicitud el extracto de cuenta en forma de cuadro de amortización.

f) Con el fin de cumplir con las obligaciones que establece la normativa en materia de información a los clientes:

- Se facilitará al cliente, previamente a la formalización del contrato, la correspondiente Información Normalizada Europea; un modelo o proyecto de contrato de préstamo (siempre que la operación sea de una persona física y el destino sea consumo); y la Oferta Vinculante (siempre que la operación sea de una persona física, el destino sea consumo y el préstamo se encuentre concedido). Es facultad del cliente, finalmente, solicitar un documento en el que consten las condiciones y características del contrato de préstamo, si bien deberá tener en cuenta el cliente que las condiciones se mantendrán durante un plazo de 14 días naturales desde la impresión de la oferta.

Por lo que se refiere a las obligaciones que debe asumir la parte prestamista tanto con anterioridad como posteriormente a la celebración de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de la vivienda habitual, debemos destacar como el legislador, alentado tanto por distintas resoluciones judiciales, tales como la STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 14 de marzo de 2013, ha previsto un paquete de medidas conducentes a lograr que el cliente no sólo adopte una correcta *decisión económica*¹³⁴, a través de diversas actuaciones de transparencia llevadas a cabo por

¹³³ Al respecto, consúltese SAP de Madrid, Sección 13ª, de fecha 07 de febrero de 2013.

¹³⁴ A dicha decisión ya se refirió RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina,.....*, Ob. cit., cuando al tratar la formación del contrato y la dimensión negocial de la oferta, señaló que “*existe una dimensión*

la entidad de crédito, sino que, en la mayor medida posible, comprenda los términos y condiciones del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de su vivienda habitual que pretende formalizar.

En el sentido antes referido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, obliga a las entidades de crédito a asumir determinadas obligaciones relacionadas con la contratación de los préstamos hipotecarios¹³⁵. En concreto, las nuevas obligaciones a asumir por la entidad de crédito en la *fase precontractual*, se centran, principalmente, en revisar¹³⁶ y entregar al cliente tanto la *Ficha de Información Precontractual (FIPRE)*, como la *Guía de Acceso al préstamo hipotecario*.

Entre los cambios más significativos a efectos de la contratación y comercialización de préstamos hipotecarios, podemos destacar:

a) Se establece un plazo máximo de 30 años, lo que significa que las operaciones contratadas a partir del 15 de mayo de 2013, a un plazo superior a 30 años de amortización, no serán elegibles a efectos de emisiones de títulos hipotecarios por las entidades de crédito. Esto no significa que las entidades de crédito no puedan suscribir con sus clientes operaciones con plazo de vencimiento superior a 30 años.

b) Interés de Demora.

- Para operaciones con personas físicas, finalidad “*adquisición de vivienda habitual*” y garantía “*vivienda habitual*”, el nuevo tipo de interés de demora será tres veces el tipo de interés legal del dinero. El cálculo no incluirá capitalización y será revisable de conformidad con el que, cada año, se determine como el tipo de interés legal.

- Para operaciones con personas físicas, finalidad distinta de la adquisición de vivienda habitual y garantía “*vivienda habitual*”. El cálculo del tipo de interés de demora sí incluirá capitalización.

negocial de la oferta y la publicidad, en tanto que pretenden influir en la decisión económica del consumidor para la celebración del correspondiente contrato”.

¹³⁵ Sirviendo de complemento y ampliación, además, a la Orden del cliente de servicios bancarios, Orden EHA/2899/2011, y la circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y modifica la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la Ley 2/1981 de Regulación del Mercado Hipotecario.

¹³⁶ Dicha función de revisión de documentos, recuerda a la revisión a la que aludía BOIX SERRANO, R., Los créditos documentarios, EDERSA, 1986, p. 123, cuando indicó que “*por ello, lo que realmente entraña un gran interés es la revisión de los documentos, y en este hecho radica la verdadera raíz de las obligaciones y responsabilidades....*”.

- Para operaciones con personas físicas o jurídicas, finalidad distinta de “*adquisición de vivienda habitual*”, y garantía distinta de “*vivienda habitual*”, el tipo de interés de demora calculado sí incluirá capitalización.

- Para operaciones de Empresas o consolidación, el nuevo tipo de interés de demora será del 23% y el cálculo sí incluirá capitalización.

c) Tipo de subasta en hipotecas.

- Para primeras hipotecas: Será el correspondiente al 100% del valor de tasación del inmueble.

- Para segundas hipotecas: Será el 75% del valor de tasación del inmueble.

Otras de las obligaciones que se impone al prestamista por la Ley 1/2013, se deriva de la modificación del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por esta Ley, en el sentido de exigir al prestamista que la fijación del tipo para la subasta, en caso de ejecución hipotecaria, se calcule con referencia al valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, lo que conlleva, necesariamente, que la tasación en el momento de formalizar el contrato de préstamo hipotecario no se encuentre caducada.

Finalmente, en la fase de formalización del préstamo hipotecario y durante la vigencia del mismo, la entidad de crédito debe cumplir una serie de obligaciones que podemos clasificar como actos *proprios* del contrato de préstamo de una parte, y como actos de *comunicación o información* sobre diversas circunstancias que afectan al transcurrir del préstamo.

Entre las primeras de las obligaciones citadas, es decir, las que se derivan de la misma formalización del préstamo, se incluirían la entrega del importe prestado mediante abono en cuenta¹³⁷ abierta a nombre de la prestataria en la entidad acreedora.

Por su parte, entre las obligaciones de *comunicación o información*, se englobaría tanto la de comunicar el nuevo interés y cuotas resultantes de haber pactado un tipo de interés variable, con anterioridad a la fecha en la que deba realizarse el pago de la primera cuota con el interés modificado, y mediante el envío de comunicación expresa, normalmente en el domicilio del prestatario; como la

¹³⁷ Si bien el abono en cuenta abierta a nombre de la prestataria en la entidad acreedora es el medio habitual de entrega del importe prestado, nada impide que se pacten otras formas de entrega, tal y como se hace en las operaciones de refinanciación, en las que la entidad de crédito abona en cuenta contable y posteriormente aplica el importe prestado a los fines de refinanciación pactados con el deudor. A ello se refirió, también, MAIRATA LAVIÑA y GUZMAN COSP, Operaciones bancarias....., Ob. cit., p. 122: “*el contrato, pues, se perfecciona con la entrega al prestatario del total de la cantidad prestada, normalmente mediante su abono en cuenta.....*”

obligación de practicar los requerimientos y notificaciones debidas al deudor, caso de que se ejercitase por la entidad acreedora la acción judicial por impago del préstamo.

7. Obligaciones de la parte prestataria en el contrato de préstamo.

A consecuencia de la terrible crisis económico-financiera iniciada a principios de 2007, el Estado, así como otros agentes sociales, han iniciado actuaciones orientadas a aumentar las obligaciones a asumir por las entidades de crédito en el contrato de préstamo. En tal sentido, caben citar las incluidas en las ya citadas Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, Código de Buenas Prácticas (CBP) establecido en el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, Orden EHA/2899/2011, y en la circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio.

Sin embargo, desafortunadamente, poco o nada se ha legislado sobre las obligaciones que incumben al cliente o futuro prestatario a la hora de solicitar y formalizar un contrato de préstamo. A nuestro juicio, hubiese sido conveniente que se hubiese exigido el deber del prestatario de declarar *expresamente*¹³⁸, en la fase precontractual, que conoce con exactitud no sólo el contrato que va a formalizar, sino las consecuencias económicas que, respecto a su patrimonio, tendrá la suscripción del contrato de préstamo.

A lo largo de este trabajo hemos insistido en lo absurdo de legislar sobre transparencia bancaria si a la vez no se legisla en el establecimiento de distintas fórmulas dirigidas a que el cliente-prestatario conozca, sin errores, las consecuencias que, en caso de resultar impagado el préstamo, puedan afectar a su economía familiar o empresarial.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que un gran número de ejecuciones judiciales de pólizas y escrituras de préstamo se hubiesen podido evitar si el prestatario, desde el primer momento en el que solicita el préstamo a la entidad de crédito, no sólo hubiese llevado a efecto lo que considero una *necesaria aptitud* de querer asesorarse sobre las consecuencias que se derivarían ante el impago del préstamo, sino si hubiese existido una normativa que obligase al prestatario a declarar *expresamente* que conoce y asume las consecuencias que el impago del

¹³⁸ Obsérvese que la “Guía de acceso al préstamo hipotecario”, que viene recogida en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que puede consultarse por el cliente, y en su caso, que pueda ser facilitada por la entidad de crédito, solamente menciona aptitudes no expresas o fehacientes que debe llevar a cabo la parte el cliente previamente a la formalización del préstamo, es decir, solo le atribuye la obligación de asumir un comportamiento relativo a “observar” cuando no de “declarar”, que es lo que definiendo debiera legislarse. En efecto, así se desprende cuando en citada Guía se establece en su Introducción, párrafo segundo, “*que siendo una operación de tanta importancia, es fundamental que quienes vayan a solicitar un préstamo o crédito hipotecario dispongan de información suficiente para conocer las características básicas de estas operaciones, tanto para poder comparar ofertas y elegir la más interesante para sus necesidades como para ser consciente de las obligaciones que está asumiendo*”; o en apartado 5.6, relativo al uso de “suelos” y “techos”, que “*en cualquier caso, es el cliente quien debe prestar atención...*”

préstamo le puede ocasionar, y que, en su caso, le hubiese permitido desistir de su formalización.

En efecto, con la entrada en vigor de las normativas ya citadas¹³⁹, a la entidad de crédito se le obliga a entregar al cliente o futuro prestatario determinada documentación en la fase precontractual, tales como la FIPRE y FIPER, en las que constan descritas claramente, las condiciones que se aplicarán al préstamo, pero de nada servirá dicho requisito de entrega documental si al cliente-prestatario no se le impone, por imperativo legal, la obligación de declarar *expresamente* que a la vista de citados documentos, conoce con detalle las consecuencias que el impago del préstamo pueden ocasionar en su economía familiar o empresarial. Más aún, debiera realizarse un mayor control sobre las entidades de crédito a fin de que se cumpla, rigurosamente y al pie de la letra, lo establecido en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que promueve, en definitiva, la concesión responsable de préstamos, con el único fin de que las entidades de crédito concedieran préstamos a quienes realmente puedan pagarlos, atendiendo a los intereses y necesidades¹⁴⁰ de cada cliente en particular.

Con independencia de lo ya afirmado, las obligaciones que debe cumplir la parte prestataria en el contrato de préstamo serán las mismas cualquiera que sean las garantías ofrecidas para el efectivo pago de las obligaciones que se deriven del mismo.

La principal obligación a la que debe hacer frente el prestatario consiste en que, una vez haya recibido¹⁴¹ el importe del préstamo en cuenta abierta a su nombre en la entidad acreedora, declarar que lo ha recibido y dar carta de pago de la suma entregada.

Posteriormente, el prestatario deberá no solo abonar las comisiones pactadas por la formalización del préstamo, sino que deberá ir amortizando¹⁴² el préstamo

¹³⁹ Vi., el presente epígrafe.

¹⁴⁰ A dichas necesidades ya se refirieron RUIZ VELEZ-FRIAS y ROBLES POMPA, Los Bancos....., Ob. cit., p. 412: “.....es preciso conocer muy a fondo a los peticionarios.....”.

¹⁴¹ Es necesario aclarar que las obligaciones a cargo del prestatario se inician cuando éste recibe el importe prestado, lo que ha sido defendido en distintos textos, tal y como lo hace el Memento práctico bancario 2010-2011, Francis Leferbvre, apartado 6862: “*el préstamo suele estar caracterizado en los Códigos como contrato real, estableciéndose como requisito que una de las partes entrega a la otra dinero. La entrega del bien parece ponerse como requisito de la existencia del contrato, de forma que sólo a partir de dicha entrega nace la obligación de restitución*”. En el mismo sentido se manifestó LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho....., Ob. cit., p. 179: “.....es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega”.

¹⁴² Dicha obligación de amortizar ha sido calificada por algún autor como “deuda de suma” a asumir por la prestataria. Así lo señaló CUESTA RUTE, J.M^a., Contratos mercantiles....., Ob. cit., p. 31, cuando al desarrollar las obligaciones del prestatario indica que “*la deuda de suma, que es el supuesto más habitual, en la que se cumple devolviendo la misma cantidad numérica recibida....*”

mediante el pago de las cuotas de capital e intereses pactadas con la entidad de crédito.

Respecto a la finalidad del importe prestado por la entidad de crédito (extremo que la prestataria debe declarar en la solicitud del préstamo), la parte deudora tiene la obligación de reconocer, a través de la aceptación de la correspondiente condición general incorporada en el contrato de préstamo, que se compromete a destinar el importe prestado al fin establecido en la propia solicitud de préstamo y a facilitar a la entidad prestamista cuantos documentos ésta le requiera tanto en el momento de la disposición del importe del préstamo, como durante la vigencia del mismo, a fin de acreditar que el principal prestado ha sido destinado al fin detallado.

Particularmente, en los préstamos a interés variable, se producen determinadas obligaciones para la parte prestataria que en ocasiones, incluso son desconocidas por la misma. En efecto, cada vez que el citado tipo de interés varía y una vez que la entidad acreedora ha comunicado a la prestataria el nuevo tipo de interés que pueda aplicarse, la prestataria deberá comunicar expresamente y en el plazo pactado en el correspondiente contrato de préstamo, si acepta o no el nuevo tipo de interés, ya que de lo contrario se entenderá que lo ha aceptado. En el supuesto de que, el prestatario no aceptase el nuevo tipo de interés, dispondrá del plazo indicado en el contrato de préstamo para reembolsar el principal del préstamo que se le liquidará al último tipo aplicado. En caso de no proceder a dicho reembolso, la entidad prestamista podrá resolver el contrato de préstamo y reclamar a la prestataria el capital e intereses así como las demás responsabilidades accesorias que resulten acreditadas.

Será la parte prestataria, ya que por lo común así se conviene expresamente en la gran mayoría de los contratos de préstamo, la que asuma la carga de la prueba de haber efectuado en las fechas convenidas cualquier comunicación a la entidad acreedora.

Al margen de las obligaciones citadas, la parte prestataria debe prestar especial atención en no dejar de cumplir, rigurosamente, aquellas otras obligaciones que, en caso de su incumplimiento, facultarían a la entidad de crédito a resolver *anticipadamente* el contrato de préstamo. Actualmente, las citadas causas de resolución anticipada, aplicadas por las entidades de crédito no sólo en operaciones de préstamo con garantía personal o hipotecaria, sino también en otras¹⁴³ tales como contratos de tarjeta de crédito o débito, se encuentran redactadas conforme a los criterios establecidos por la STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009, tras declarar abusivas varias condiciones¹⁴⁴ empleadas por las entidades financieras en los contratos de préstamo¹⁴⁵.

¹⁴³ Véase la alusión a la diversidad de contratos a los que afecta la STS de fecha 16 de diciembre de 2009, que lleva a cabo la Nota del Consejo General del Notariado acerca de dicha resolución judicial.

¹⁴⁴ Las cláusulas que fueron declaradas nulas en la STS de fecha 16 de diciembre de 2009, resumidamente, se refieren a: 1. Cobro de comisiones por administración y mantenimiento de la cuenta (por falta de transparencia en la información prestada a los clientes). 2. Cláusula de sumisión

Respecto a los préstamos con garantía personal, formalizado en póliza, la entidad de crédito podría resolver anticipadamente los mismos si la parte prestataria incumple las obligaciones¹⁴⁶ esenciales del contrato, esto es, cuando no abone una o varias cuotas pactadas de capital o intereses ordinarios o de demora¹⁴⁷, cuando la entidad acreedora compruebe la falsedad¹⁴⁸ o inexactitud relevante de los datos e informaciones que le hubiese facilitado el prestatario, y que sirvieron de base para la concesión del préstamo o para la vigencia del mismo, cuando el prestatario sufriera disminución de su solvencia en el porcentaje detallado en el contrato de préstamo para el análisis de la operación, cuando por actos propios el prestatario hubiese disminuido las garantías establecidas para la operación o cuando por caso fortuito éstas desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas

expresa (por privar al consumidor de optar por cualquiera de los fueros que le reconoce el artículo 51 de la LEC). 3. Pacto sobre costas e inclusión de las mismas en la responsabilidad hipotecaria (por entender el TS que tal pacto es contrario al criterio objetivo que en materia de costas establece el artículo 394 de la LEC, ya que sustituye la aplicación que del mismo corresponde a los Tribunales, por la de la propia parte. Por otro lado, establece que el pacto sobre costas, si no es ilícito, resulta irrelevante, pues carece de fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional conforme a la jurisprudencia). 4. Cláusula de compensaciones (El TS matiza, que quién acepte tal pacto, debe conocer y entender el alcance de los que asume, lo que se traduce en que lo haga con suficiente información, por lo que la cláusula ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, como advirtió la STS de fecha 13 de marzo de 1999). 5. Vencimiento anticipado por incumplimiento de cualquier obligación (el TS declara lícita la cláusula de vencimiento anticipado incluso para el supuesto de que el impago se refiera sólo a una cuota del préstamo, ya que en tal caso existe la esencialidad y correspondencia entre negocio jurídico concluido y daño a una de las partes (prestamista). 6. Vencimiento anticipado por disminución de solvencia (El TS la declara ilícita por abusiva al entender que ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato desproporcionada). 7. Vencimiento anticipado por no inscripción de la garantía hipotecaria (el TS la declara nula porque no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir). 8. Prohibición de arrendar la finca en determinados casos (la declaración de nulidad se soporta, básicamente, no en el baremo y porcentaje, cuanto en la no limitación de tales cláusulas a los arrendamientos de viviendas excluidos del principio de purga en ejecución forzosa, siendo exigible que las cláusulas que se redacten concreten el baremo-coeficiente- que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar). 9. Prohibición de enajenar el bien hipotecado (el TS declara su nulidad porque cabría deducir que una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo cuestiones distintas). 10. Exención del deber de la entidad de comunicar la cesión del préstamo a tercero (el TS declara que la abusividad es incuestionable ya que no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión).

¹⁴⁵ Proceso iniciado a instancias de la Organización de Consumidores y Usuarios, por la que en ejercicio de una acción de cesación de cláusulas abusivas prevista en la Ley 7/1998, de 13 de diciembre, de condiciones generales de la contratación, solicitaba la eliminación de las condiciones generales reputadas abusivas y a no volver a utilizarlas en el futuro

¹⁴⁶ AURIOLAS MARTIN, A., Cuestiones en torno....., Ob. cit., p. 2.

¹⁴⁷ Considerado por algunos autores como de naturaleza indemnizatoria, como lo indica CÁMARA RUBIO, I., Ilícitud del interés de demora desproporcionado en las pólizas de préstamo personal, D.A.TSJ, 2004, p. 1.

¹⁴⁸ Las consecuencias de probarse en sede judicial dicha falsedad por parte del prestatario, fue tratada por ORDÁS ALONSO, M., La deuda....., p. 42, al indicar que *“todo ello, en mi opinión, sin perjuicio de que la falsedad en la declaración pueda ser constitutiva de dolo, o que el posterior incumplimiento del destino pactado sirva de base para la resolución de la obligación”*.

e igualmente seguras, y, por último, cuando el prestatario resulte insolvente, salvo que garantice adicionalmente y de forma suficiente, la deuda.

En cuanto a los préstamos con garantía hipotecaria, la entidad de crédito podrá¹⁴⁹ dar por vencido el préstamo y exigir¹⁵⁰ a la prestataria la deuda a través del correspondiente proceso ejecutivo¹⁵¹, cuando concurra alguna de las siguientes causas: incumplimiento de obligaciones esenciales pactadas¹⁵² en la escritura de préstamo; vencimiento de al menos tres¹⁵³ plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas de capital o intereses tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses; cuando el prestatario, o bien, si la parte deudora o el tercer poseedor deteriorara o no reparara la finca o fincas hipotecadas concurriendo dolo, culpa o voluntad del dueño, de modo que su valor se redujera en el porcentaje establecido en la escritura de préstamo; cuando no se procediese al pago de todas las contribuciones e impuestos que graven la finca o fincas hipotecadas, o de cualquier otro crédito que tenga preferencia legal de cobro sobre el acreedor hipotecario; por no asegurar¹⁵⁴ de incendios y demás riesgos¹⁵⁵ la finca o fincas hipotecadas, o hacerlo por una cantidad

¹⁴⁹ La facultad unilateral de la entidad de crédito de resolver anticipadamente el contrato de préstamo, y al margen de las distintas consideraciones doctrinales o judiciales, ha sido considerado por algunos autores como un hecho que vulneraría la vigente normativa civil, tal y como lo manifiesta SOLER PASCUAL, L.A., *¿Qué cláusulas ligadas a un incumplimiento previo del cliente podrían considerarse como no abusivas en préstamos para la adquisición de vivienda?*, BCID, 2007, p. 1: *“Pues bien, de entre las múltiples cuestiones que estos contratos plantean, una de ellas es el efecto jurídico que las cláusulas de vencimiento anticipado tienen en este tipo de contratos a partir del principio general de que la inclusión en el contrato de una cláusula que permita a una de las partes poner fin a un contrato de esta especie, siempre de duración determinada, vulneraría el art. 1256 CC porque atentaría contra la esencia misma del vínculo contractual”*.

¹⁵⁰ RIVERA FERNANDEZ, M., *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios*. Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999, RDP, nº 4, 2000, p. 2 y ss. PÉREZ ROJAS, J., *Comentarios sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el crédito hipotecario y su ejecución*, BLED, 2000, p. 3.

¹⁵¹ FAJARDO LÓPEZ, L., *La calificación registral de contratos de adhesión y el vencimiento anticipado como causa de la ejecución hipotecaria*: Comentario a la RRDGRN de 17 y 29 de abril, y 10 y 11 de julio de 2000, RDP, nº 7, 2001, p. 2 y ss.

¹⁵² GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Validez e inscribibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en el préstamo hipotecario*, RCDI, nº 694, 2006, p. 2.

¹⁵³ Para conocer el alcance de las modificaciones llevadas a cabo por las entidades de crédito en cuanto al número total de cuotas impagadas que conllevarían la resolución anticipada del contrato de préstamo hipotecario, véase: BALLUGERA GÓMEZ, C., *Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009*, DLL, nº 7507, 2010.

¹⁵⁴ Sobre la obligación que la parte prestataria tiene de contratar dicho seguro, ya sea con la propia entidad prestamista o cualquier otra compañía aseguradora, véase: MAGRO SERVET, V., *¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable al contrato?*, RJED, nº 3, 2011.

¹⁵⁵ Sobre la relación entre existente el riesgo y el daño a los que presta cobertura el seguro, y la causa de vencimiento anticipado, véase: FAJARDO LÓPEZ, L., *Las cláusulas hipotecarias de vencimiento anticipado y de suscripción obligatoria de un seguro de daños*: Comentario a la RDGRN de 14 marzo 2000, RDP, nº 6, 2001.

inferior a la señalada, o dejar caducar dicho seguro a excepción de que se tratase de hipoteca sobre fincas rústicas o aquellas que habiendo sido clasificadas como urbanas la construcción existente en la misma no haya sido objeto de valoración; cuando la entidad acreedora se viera obligada a satisfacer pagos de esencial relevancia relativos a créditos conexos; cuando se compruebe falsedad o inexactitud relevante en los datos e informaciones facilitados a la entidad de crédito o en los documentos aportados por la parte prestataria, o por los fiadores en su caso, que sirvieron de base para la concesión de este préstamo o para la vigencia del mismo; cuando por actos propios del prestatario hubiesen disminuido las garantías establecidas para la operación de préstamo en cuestión y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras; cuando, por motivo imputable a la parte prestataria o hipotecante, no se inscribiera la escritura de otorgamiento de hipoteca en el Registro de la Propiedad correspondiente en el plazo señalado en la citada escritura; cuando sobre la finca hipotecada existiera alguna otra carga, condición o gravamen preferente a la hipoteca constituida, distinta de las previstas en el contrato de préstamo; cuando la finca hipotecada fuera una vivienda y su arrendamiento, sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, resultare gravoso o dañoso, por suponer una minoración del valor de la finca, dado que:

1) la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero vigente en cada momento un 50 por ciento más, no cubra de la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo de subasta.

2) la renta correspondiente a la periodicidad de pago no cubra la cuota periódica correspondiente de amortización de capital y pago de intereses.

3) no se incluya en el contrato de arrendamiento cláusula válida de estabilización anual de las usuales en el tráfico, sin perjuicio de que la acreedora se reserva el derecho que le asiste a instalar la purga de los derechos posteriores al gravamen o la acción de devastación que autoriza el artículo 219. 2 del Reglamento Hipotecario.

Por otra parte, es habitual que las entidades de crédito, si durante la vigencia del contrato de préstamo se produjeran circunstancias que pudieran afectar negativamente y de forma relevante a la solvencia de la prestataria, o a las garantías de la operación formalizada, obliguen a ésta, así como a sus garantes, a constituir en el plazo pactado en el contrato de préstamo, las garantías reales sobre bienes inmuebles, muebles o derechos que la entidad de crédito estime oportuno, en garantía de las obligaciones contraídas en virtud del contrato de préstamo.

Por lo que respecta a notificaciones, requerimientos y comunicaciones a que dé lugar el contrato de préstamo, la prestataria viene obligada, así como los fiadores, a señalar un domicilio conforme al artículo 572 de la vigente LEC 1/2000, asumiendo que dicho domicilio se considerará vigente salvo que se notifique fehacientemente a la entidad acreedora su cambio. Dicha notificación podrá realizarse por cualquier medio de comunicación, incluso por correo certificado, fax o telegrama.

Finalmente, la parte prestataria viene obligada, a efectos de señalamiento de lugar de cumplimiento de las obligaciones dimanantes del préstamo, a identificar dicho lugar, lo que, por regla general, se llevará a cabo en las oficinas de la entidad acreedora de la localidad en la que tiene lugar la firma del contrato de préstamo, o en su defecto, en cualquier otra oficina de dicha entidad.

CAPÍTULO VII

EL PROCESO EJECUTIVO DE PÓLIZAS DE PRÉSTAMO EN EL ÁMBITO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA

1. El proceso ejecutivo. Concepto.

Dentro de los distintos derechos a favor del ciudadano que quedan incluidos en el artículo 24 de la CE, referido éste a la tutela judicial, se encuentra la declaración de la ejecución. Este es un procedimiento que permite iniciar el proceso de ejecución de documentos que surgidos de la celebración de negocios jurídicos entre partes, a los que la ley atribuye fuerza ejecutiva desde la base de la existencia de una declaración previa del derecho, judicial o arbitral, según el caso.

En este sentido, y de conformidad con la legalidad vigente, corresponderá al tribunal, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, dictar el correspondiente Auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma, y que decida sobre el eventual incidente de oposición a la ejecución, con independencia de otras cuestiones que puede tramitar y resolver el Secretario judicial.

Pues bien, cuando no se produce un cumplimiento voluntario¹ de las obligaciones contraídas por parte del deudor, el acreedor podrá instar el juicio ejecutivo ante los juzgados y tribunales, al amparo del proceso judicial de ejecución forzosa regulado en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

El juicio ejecutivo se inicia a instancia de parte, esto es, a petición de quien ejerce la acción jurisdiccional ante juzgados y tribunales, solicitando la concreta acción consistente en la realización forzosa de aquellas obligaciones cuya existencia y exigibilidad se deducen de documentos que conceden, a su titular, la acción ejecutiva, lo que provoca que el demandante solicite la ejecución de obligaciones cuyo obligado cumplimiento es exigible sin que, previamente, haya sido así declarado en un proceso declarativo.

Para acudir al proceso de ejecución, o lo que es lo mismo, para poder ejercitar la acción ejecutiva, es requisito imprescindible disponer de un título² que lleve aparejada ejecución, ya que así viene establecido en artículo 517.1 LEC, al determinar que *“la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución”*.

Dichos títulos pueden clasificarse en:

-Títulos judiciales o asimilados, y

¹ FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., La ejecución Forzosa, 4ª Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 24.

² ADAN DOMENECH, F., La ejecución hipotecaria, Bosch, Barcelona, 2009, p. 38.

-Títulos contractuales o extrajudiciales.

Los títulos contractuales o extrajudiciales son los que ahora interesan. Entre ellos, se encuentran las pólizas de préstamo mercantil objeto de nuestro estudio, que quedan incluidas en el apartado 5º del artículo 517.1 LEC, y tienen un origen puramente contractual (es decir, son actos jurídicos a los que, dependiendo del título en el que se formalicen, la ley atribuye fuerza ejecutiva). Ahora bien, es necesario especificar que solo tienen fuerza ejecutiva los títulos que documenten obligaciones dinerarias que representen cantidad determinada, superior a 300 euros, en dinero efectivo o moneda convertible o en cosa o especie computable en dinero, y con el matiz, eso sí, de que dicha cuantía puede alcanzarse mediante la suma de varios títulos ejecutivos, como recoge el artículo 520 LEC.

Debido a que dichos actos jurídicos se deben formalizar a través de títulos, nos encontramos ante un procedimiento predominantemente escrito que se desarrolla a través de una serie de actos que se celebran en momentos distintos. Estas circunstancias, incluso, se convierten en las principales características del proceso ejecutivo.

La referencia al título, ha sido el criterio principal utilizado por la doctrina para el desarrollo del concepto del proceso ejecutivo, tal y como hicieron MONTERO AROCA y FLORS MATÍES³, que lo definen como aquel proceso *“en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, el órgano judicial realiza una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que fundamenta la pretensión del ejecutante y la actuación jurisdiccional”*. En análogo sentido, ORTELLS RAMOS⁴ considera al proceso de ejecución como *“aquel en que un órgano jurisdiccional, ante el ejercicio de la acción correspondiente por el legitimado, ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla al deber de prestación impuesto por un título ejecutivo, consistente en un pronunciamiento jurisdiccional de condena o en otros hechos o actos que legalmente constaten la existencia de aquel deber”*.

Finalmente, es necesario advertir, que con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, se han introducido considerables cambios en el procedimiento, atribuyéndose a los Secretarios judiciales la competencia procesal para la mayoría de actuaciones del proceso de ejecución, lo que ha ocasionado que el artículo 456.3 apartado a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, prevea la competencia de los Secretarios judiciales en materia de ejecución, *“salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados”*.

³ El proceso de Ejecución. Ley 1/2000, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p.32.

⁴ Derecho Procesal Civil, Navarra, 2007, p. 677.

Dicha atribución competencial a los Secretarios judiciales, llevada a cabo por la citada Ley 13/2009, ha ocasionado una profunda modificación del Libro III de la LEC, con el objeto de diferenciar las competencias reservadas a los tribunales de las que corresponden a los Secretarios “*cuando así lo prevean las leyes procesales*”, tal y como se desprende del artículo 456.3 de la LOPJ.

Lo anterior se traduce, en la práctica, y dentro del proceso ejecutivo, en que una vez dictada por el tribunal la oportuna resolución ordenando la ejecución, toda la actividad ejecutiva es competencia del Secretario judicial, y solo en el caso de que se suscite algún incidente que precise un pronunciamiento sobre derechos regresará la ejecución a aquél.

2. Principios generales.

El proceso ejecutivo se sustenta y se desarrolla, podría afirmarse, sobre los cinco principios siguientes:

1º. Principio de dualidad de posiciones. Este principio, que se traduce esencialmente en la “*dualidad de partes*” y al que en ocasiones ha hecho alusión la jurisprudencia⁵, viene recogido en los artículos 538 y 544 de la LEC, de los que se infiere, en el ámbito financiero, que en el proceso ejecutivo existe una entidad de crédito que pretende la tutela ejecutiva, esto es, la parte que insta el procedimiento y a la que se denomina ejecutante o acreedor, y una persona frente a quien se pretende esa tutela, y al que se califica de ejecutado o deudor.

Esta doble postura procesal, constituye la reproducción del conflicto que debe subyacer a todo proceso, sin que sea posible el autoproceso, ni menos aún el proceso en el que no exista una contraposición de intereses, lo que origina que, cuando nos encontremos, bien con actuaciones ante los tribunales en las que no existen dos posiciones de parte, bien ante casos en los que no existe litigio, nos situemos ante una actividad judicial, pero no jurisdiccional, y en ambos casos, nunca se trataría de un verdadero proceso.

⁵ AAP de Burgos, Sección 2ª, de 26 de julio de 2011, Fundamento de Derecho cuarto: “*Si bien es cierto que son muchas las sentencias dictadas por el TC en reconocimiento del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva tales como SSTC 219/1994, de 18 de julio, 115/2005, de 9 de mayo, 209/2005, de 18 de julio o ATC 382/1997, de 26 de noviembre criterio éste respetado por abundante doctrina legal (por todas, STS num. 1254/2004, de 23 de diciembre,) tampoco es menos cierto que, en sede de ejecución como en cualesquiera otros procesos y conforme al principio de dualidad de posiciones se exige la presencia de legitimación pasiva y así en concreto, la legitimación de la parte frente a la cual instar la pretensión ejecutiva pues lo contrario, como ocurre en el presente caso, hace inviable dicha ejecución en concreto*”.

2º. Principio de contradicción. El principio de contradicción o contradictorio, al que también se le suele denominar *bilateralidad de la audiencia*⁶, se traduce en el hecho de que nadie puede ser condenado sin habersele oído previamente.

Cuando se habla del principio de la *bilateralidad de la audiencia*, no significa, en nuestra consideración, que ambas partes tengan, matemáticamente, igualdad de oportunidades.

Así ocurre en el proceso ejecutivo que tiene como fin llevar a la práctica la prestación que es debida, de conformidad con el título ejecutivo. Sin embargo, no puede exigirse la vigencia absoluta de un principio de defensa, como ocurre en el proceso declarativo, con objeto de permitir una eficaz protección del demandado que evite su indefensión⁷. En ese sentido, con anterioridad a las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013⁸, en la ejecución forzosa estaba totalmente cerrada la discusión⁹ sobre el Derecho material, de manera que el ejecutado no podía discutir si el ejecutante tiene o no derecho, porque el deudor tenía restringida sus posibilidades¹⁰ puesto que se partía de una gran presunción en su contra, que es, el título.

No obstante, que el principio de contradicción en el proceso ejecutivo no presente el mismo contenido que en el proceso declarativo no significa que el ejecutado no pueda presentar durante la sustanciación del mismo, peticiones o alegaciones, ya que el ordenamiento permite al ejecutado plantear las mismas cuando, por ejemplo, se oponga a la ejecución, bien por defectos procesales, bien por motivos de fondo, cuestiones éstas que serán analizadas más adelante (V. infra, epígrafe 12).

3º. Principio de igualdad de partes. Este principio, que parte de una regla general del Derecho Procesal consistente en que el órgano judicial debe mantenerse en una posición de neutralidad y tratar a ambas partes por igual, lo que, en definitiva, deriva del principio de contradicción, y supone que las mismas se encuentran en una posición sustancialmente idéntica, ostentando los mismos derechos y obligaciones.

⁶ ANTORANZ GONZALEZ, J.A., El principio de contradicción, y la inaudita parte en las medidas cautelares, RGD, 2003, p. 2 y ss.

⁷ CALVILLO ARBIZU, D., Las infracciones procesales del juzgador y el contenido del principio de legalidad, BLED, nº 188, 2001, p. 8.

⁸ La indicada STJUE, de 14 de marzo de 2013, se pronuncia sobre el carácter abusivo de algunas cláusulas contractuales en materia hipotecaria, oponiéndose a la normativa española, ya que la misma no preveía, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en aquél carácter respecto de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo. Ese motivo de oposición, como veremos más adelante, también está permitido en la ejecución de las pólizas de préstamo en el ámbito de la actual LEC.

⁹ MAGRO SERVET, V., La eficacia en el proceso civil de la anotación preventiva de demanda. Respuesta de los tribunales, RJED, nº 4, 2005, p. 5.

¹⁰ DA.TSJ, nº 456, 2005, p. 11.

Sin embargo, en el proceso ejecutivo el principio de igualdad de partes no rige con la misma intensidad que en los procesos declarativos¹¹, lo que no supone, a nuestro juicio, que se pueda apreciar, “falta de vigencia” del mismo. Así, por la propia configuración legal del proceso ejecutivo las partes ocupan posiciones distintas, pero eso no tiene por qué suponer falta de vigencia del indicado principio.

No obstante, a pesar de esa diferencia de posiciones, el ejecutado tiene posibilidades de defensa, lo que ocurre es que la Ley no admite que las mismas puedan realizarse con carácter previo a la actuación pedida por el ejecutante, ya que esas acciones de defensa del ejecutado se llevarán a cabo en una fase posterior¹², sin que ésta actuación del ejecutado suponga, con carácter general, la suspensión de la resolución o la actuación decretada en el proceso de ejecución.

4º. Principio dispositivo. El principio dispositivo y su consecuencia, la incoación a instancia de parte, son plenamente aplicables en el proceso de ejecución, ya que éste se inicia solo cuando una parte lo pide mediante la presentación del escrito de demanda, no pudiendo el tribunal iniciarlo de oficio.

A tenor del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos judicialmente o no, lo que provoca que, como he señalado, el juez no pueda iniciar de oficio el proceso ejecutivo, sino que el inicio de la actividad jurisdiccional solo es posible a instancia de parte, de acuerdo con los aforismos "*nemo iudex sine actore*" y "*ne procedat iudex ex officio*", esto es, no hay juicio sin actor, ni el juez puede iniciarlo de oficio, expresiones éstas que encuentran eco en los artículos 399.1 y 549 LEC, respectivamente, al establecer el primero que "*el juicio principiará por demanda*", y el segundo, en materia de ejecución, al determinar que "*sólo se despachará ejecución a petición de parte*", respecto de la prestación que el ejecutante haya precisado y frente a las personas designadas por él.

Por último, es necesario hacer alusión al artículo 19 LEC, del cual se desprende que, en principio, pueden realizarse en la ejecución los actos¹³ dispositivos contenidos en su apartado 1, admitiendo por tanto la renuncia, el desistimiento y la transacción.

¹¹ La misma opinión mantiene ALMENAR BELENGUER, La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, EDJ, 2000, p. 212, al mantener que "*la existencia de un título que recoge el derecho del acreedor ejecutante y la correlativa obligación del deudor ejecutado comporta que la igualdad que debe presidir la fase declarativa no se extienda a la fase de ejecución, en la que el acreedor se dirige al órgano jurisdiccional en demanda de que, ante el incumplimiento del deudor, sea el propio tribunal el que, acudiendo a la vía coactiva si fuese preciso, constriña al deudor o realice por sí los actos necesarios para la efectividad de la prestación que reconoce el título*".

¹² A través de un proceso declarativo.

¹³ PEREZ UREÑA, A.A., El desistimiento en los recursos: ¿debe darse traslado a la parte recurrida? ¿Deben imponerse las costas?, Praxis judicial, RJED, 2010, nº 2, p. 1.

5º. Principio de la forma de los actos. En el juicio ejecutivo, rige como regla general la forma escrita, sobre todo, porque el contenido de la actividad procesal no se centra en el debate, lo cual, no excluye que existan ciertas manifestaciones orales en incidentes declarativos relacionados con la ejecución, como los previstos en el artículo 540.3 LEC, (“*si la sucesión no constara en documentos fehacientes o el Tribunal no los considerare suficientes...oídos todos ellos en comparecencia señalada por el Secretario...*”), o en el artículo 560 LEC (“*las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista...*”).

Además, hay que añadir, como cuestión significativa relacionada con el principio de la forma de los actos, que para llevar a cabo aquellos que se dirijan a la localización y averiguación del patrimonio del ejecutado se requiere de una determinada precisión, ya que, en definitiva, accediendo a entidades y registros públicos serán los bienes del ejecutado que hayan sido efectivamente localizados, los que serán susceptibles de embargo, fin éste que no se logra con la oralidad y sí en cambio con la forma escrita.

3. La póliza de préstamo como título ejecutivo. El artículo 517 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

La *póliza de préstamo mercantil* constituye uno de los posibles títulos en que puede fundarse la pretensión del ejecutante, en nuestro caso, entidad de crédito.

Dicho título extrajudicial viene recogido, en efecto, en el artículo 517 de la LEC. Sin embargo, antes de adentrarnos en su estudio, es necesario diferenciar los términos de *título ejecutivo* y *acción ejecutiva*, ya que ambos se manifiestan como dos figuras procesales absolutamente distintas.

El título ejecutivo es el fundamento de la ejecución, y la acción ejecutiva, es origen de la ejecución lícita, de la debida, y ello, a consecuencia de que para poder promover la ejecución procesal es preciso que la misma se realice al amparo de un título ejecutivo, esto es, de un documento al que la ley le atribuya expresamente fuerza ejecutiva.

En efecto, en el artículo 517 LEC se establece que la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución (“*la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución*”), es decir, es necesario que el documento en cuestión tenga eficacia o fuerza ejecutiva.

En nuestro sistema jurídico procesal los títulos que tienen aparejada ejecución son los recogidos en el artículo 517. 2 de la actual LEC, que a diferencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento de 1881, viene a establecer una relación unitaria de los documentos a los que se reconoce el carácter de títulos ejecutivos, incluyendo en ella tanto los *títulos ejecutivos judiciales* (sentencias, laudos o resoluciones arbitrales,

resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales, etc.), como los *títulos ejecutivos extrajudiciales* (escrituras públicas, pólizas de contratos mercantiles, títulos al portador, entre otros).

Los títulos ejecutivos extrajudiciales, comprendidos en los párrafos 3º a 7º y 9º del artículo 517. 2, tienen un origen contractual y han de documentar obligaciones dinerarias que representen una cantidad determinada, superior a 300 euros, en dinero efectivo o moneda convertible o en cosa o especie computable en dinero.

Pues bien, dentro de dichos títulos extrajudiciales se incluyen las pólizas de préstamo mercantil, siempre que (artículo 517. 2. 5º), se encuentren “*firmadas por las partes y por Corredor de Comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos*”. Esto supone, que cumplidos y comprobados tales requisitos, dichas pólizas serán directamente ejecutables por el procedimiento general de ejecución forzosa¹⁴ regulado en el artículo 538 y ss de la LEC.

De entre los citados requisitos, merecen especial atención y consiguiente desarrollo, los referidos a la intervención de la póliza por “*Corredor de Comercio colegiado*”, y la “*acreditación de la conformidad de póliza con los asientos del libro registro*”, debido a las modificaciones legislativas que ha afectado a la figura de los Corredores de Comercio colegiados, y los pronunciamientos judiciales que sobre dicha acreditación de la póliza han aparecido.

En cuanto al asunto de la intervención de la póliza por Corredor de Comercio, (requisito que también venía recogido en la anterior LEC de 1.881), debe aclararse que dichos “*Agentes*” desaparecieron a raíz de la publicación de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que establece en su disposición adicional vigésima cuarta, la integración de Notarios y Corredores de Comercio colegiados en un Cuerpo único de Notarios, dependientes del Ministerio de Justicia, de lo que se deriva que las referencias que se contengan en las disposiciones vigentes dirigidas a Notarios y Corredores de Comercio colegiados, así como a sus respectivos Consejos Generales y Colegios, se entenderán realizadas a los miembros del Cuerpo único de Notarios, al Consejo General del Notariado y Colegios Notariales.

Por otro lado, y respecto a la cuestión de la “*acreditación de la póliza de préstamo mercantil*”, ha sido, a nuestro entender, entre los diversos requisitos que deben cumplirse para la ejecución de los distintos títulos extrajudiciales, el que ha

¹⁴ Conviene puntualizar que con la ejecución forzosa recogida en la vigente normativa procesal, no solo se trata de dar satisfacción a las pretensiones del acreedor, sino que al propio tiempo se persigue facilitar una respuesta procesal al derecho de defensa del ejecutado, perfeccionando de esta forma, tanto para acreedor como para deudor, el sistema de *tutela sumaria* de la anterior LEC de 1.881.

experimentado mayor transformación tras la reforma de la legislación notarial, lo que ha ocasionado que actualmente existan inconvenientes procesales en el momento de ejecutar la póliza.

Así, en virtud de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, se ha dado nueva redacción al artículo 17 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, que contiene una regulación novedosa que afecta a las pólizas. A partir de ese momento queda prohibido que el Notario se desprenda del original, debiendo conservarlo necesariamente en su archivo, mediante su incorporación bien al protocolo notarial ordinario, o bien, al Libro-Registro de Operaciones Mercantiles, de forma que a los interesados solo se les podrá entregar una copia o testimonio de la póliza, según obre incorporada al protocolo o al Libro-Registro.

En consecuencia, la reforma introducida en el artículo 17.1 LN, matiza el régimen de conservación y circulación de la póliza, hasta el punto de que, la misma se concibe como documento único sin que sea posible confeccionar varios originales; solo podrá circular mediante el oportuno traslado del original archivado; se conserva en poder del Notario¹⁵, y se podrá archivar, a elección del fedatario, en su protocolo ordinario o en el Libro-Registro de Operaciones.

A pesar de ello, y en confrontación con dicha modificación de la normativa notarial, el actual artículo 517 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue refiriéndose, como título ejecutivo, a la póliza intervenida acompañada de la certificación con cargo a los asientos del Libro-Registro. Sin embargo, el RN a través de su artículo 283¹⁶, obliga al Notario a conservar el original de la póliza intervenida en su archivo, mediante su incorporación al protocolo general o bien a la denominada Sección A del Libro-Registro¹⁷ de Operaciones Mercantiles.

Esa contradicción la resuelve el artículo 17 LN, al establecer, además, que a los efectos¹⁸ del artículo 517. 2. 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo *"el testimonio expedido por el Notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma"*,

¹⁵ Dicha función de conservación o custodia de la póliza conlleva una nueva obligación para los fedatarios públicos, desapareciendo, por tanto, el sistema de fotocopias en hojas indubitadas, ya que el Notario está obligado a conservar el original de la póliza.

¹⁶ Conforme a su nueva redacción, dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

¹⁷ Debe aclararse, que realmente no se trata de un libro de asientos sino un libro formado con el ejemplar original de la póliza, firmado por los contratantes y el Notario, es decir, que dicho libro lo componen el conjunto de pólizas intervenidas por el fedatario público. Se prohíbe que éste se desprenda del original de la póliza, por lo que ha de facilitar a los contratantes tan solo una copia o testimonio notarial de ella, según se haya incorporado al protocolo o al Libro-Registro.

¹⁸ Véase, Instrucción de 29 de noviembre de 2006, DGRN, relativa a la conservación de la póliza y a la expedición de copia autorizada o de testimonio de la misma a efectos ejecutivos.

cuando se hubiese incorporado al protocolo. Desaparece, por tanto, la certificación a que se refiere el artículo 517.2.5.º LEC, ya que carece de sentido el hecho de que el Notario expida copia autorizada o testimonio del único original de la póliza y además deba expedir certificación que acredite que esa copia o testimonio coincide con el original, lo que ocasiona que la función y sentido de la certificación prevista en el artículo 517. 2. 5º LEC quede subsumida en la copia autorizada o en el testimonio.

Respecto a la novedad introducida por el artículo 17 LN, se ha pronunciado la AP de Sevilla, Sección 8ª, en su Auto de 18 de febrero de 2009, que revocaba la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Sevilla, sobre ejecución de títulos no judiciales nº 1717/08, pues dispuso el Juzgado de instancia, en su parte dispositiva, la inadmisión de la demanda presentada por la entidad bancaria en reclamación de cantidad.

La inadmisión por parte del Juzgado "a quo" se fundaba en que no se había presentado el original de la póliza firmada por las partes y por el fedatario que la intervino, ni tampoco la certificación de dicho fedatario que acreditase la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y las fechas de estos, sino que junto a la demanda se había aportado el testimonio del original expedido y firmado por el Notario.

En su resolución, la AP de Sevilla (Fundamento de Derecho Primero), estimó que *"...es procedente despachar la ejecución solicitada puesto que el artículo citado ha sufrido modificación en virtud de la ley 36/06 de fraude fiscal que en su artículo 6º modificando el artículo 17 de la Ley de Notariado de 28 de Mayo de 1962 establece que " a los efectos de lo dispuesto en el artículo 517.2.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se considerará título ejecutivo el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su libro registro" y este testimonio es el que se ha acompañado a la demanda de ejecución de Títulos no Judiciales constando en el testimonio la firma del notario a los efectos ejecutivos. No se le escapa a este Tribunal la posibilidad que el nuevo sistema abre de que pueda hipotéticamente intentarse ejecutar más de una vez la misma póliza pero ello no impide la aplicación correcta de la ley según la reforma operada por la Ley de 2006 mencionada, sin perjuicio de las garantías que para evitar la duplicación de los testimonios que con carácter ejecutivo se expidan hayan de adoptarse."*

No obstante lo anterior, conviene advertir que actualmente se mantiene el sistema de certificación de saldo por el Notario, siempre que así se hubiese convenido en la póliza, según lo preceptuado en los artículos 572.2 y 573 LEC, con el matiz, además, de que nada impide que atendiendo a las circunstancias concretas, sea un Notario el

que intervenga la póliza y otro distinto quien practique la certificación del saldo, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia¹⁹.

Finalmente, tampoco será necesaria la citada certificación notarial cuando se trate de copias autorizadas de pólizas expedidas al efecto de su ejecución, o testimonio de la póliza con efectos no ejecutivos. En estos casos, además de las menciones previstas en la ley, se hará constar al pie de las copias que las mismas coinciden exactamente con el original, entendiéndose así cumplido el requisito de conformidad de la póliza a que hace referencia el artículo 517. 2. 5 LEC, en cumplimiento del artículo 241 del RN.

4. Partes y sujetos en la ejecución forzosa.

En los artículos 538 a 544 LEC se regulan las particularidades que presenta el concepto de parte en el proceso de ejecución, concretadas fundamentalmente en la legitimación y en la postulación²⁰. En relación con los demás aspectos acerca de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, habrá que remitirse a lo preceptuado en los artículos 6 y ss de dicho cuerpo legal.

La LEC, ofrece una definición de quienes son los que están legitimados en el proceso de ejecución forzosa. Dispone su artículo 538.1 que "*son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha*", sin perjuicio de que, en el apartado 3º de citado artículo 538, se prevea la intervención en el proceso de otros sujetos frente a quienes no se ha despachado ejecución pero que en cambio sí son titulares de bienes que quedan o pueden quedar especialmente afectos al pago de la correspondiente deuda.

Esta definición debe ser completada con lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo 538 LEC, por cuya virtud la ejecución se despachará "*...a instancia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo*", es decir, en el ámbito financiero, se instará por la entidad bancaria con la que se haya suscrito la póliza de préstamo.

En cambio, la condición de parte ejecutada, no está limitada, como en el caso del ejecutante, a los supuestos en los que el deudor aparezca como tal en el título ejecutivo, sino que se amplía a aquellos casos en los que existe un régimen de responsabilidad personal o en los que el deudor es titular de bienes afectos al pago de la deuda.

¹⁹ AAP de Guadalajara, de 9 de octubre de 2008, Fundamento de Derecho segundo, al manifestar que "*.... debiendo asimismo descartarse, por no exigirlo la norma, que el fedatario que certifique haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (artículo 573.1.2º en relación con el artículo.572 LEC), deba ser el mismo que hubiera intervenido la póliza del contrato y acreditara la conformidad de ésta con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos (artículo.517.2.5º LEC)...*".

²⁰ GOMEZ SANCHEZ, J., La ejecución civil (Aspectos teóricos y prácticos del Libro III de la ley de Enjuiciamiento Civil), Dickinson, Madrid, 2002. p. 21.

Conforme a dichos preceptos, se establece, por tanto, quiénes son partes y sujetos de la ejecución forzosa, entendiendo por parte la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución, esto es, el ejecutante, y la persona o personas frente a las que ésta se despacha, es decir, el ejecutado. La exigencia de la ley, sobre todo para el ejecutado, radica en el hecho de que la ejecución haya sido despachada frente a él, con base en el título, que es requisito suficiente y necesario para que el despacho se lleve a cabo.

La parte ejecutante tiene, entre otras, la carga de identificar en la demanda ejecutiva a las partes, en el sentido expuesto en el artículo 549.1.5º LEC, al exigir que el ejecutante reseñe en la demanda la persona o personas frente a las que se pretende el despacho de la ejecución, con expresión de sus circunstancias identificativas, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución de acuerdo con la ley, si bien, teniendo en cuenta, a nuestro parecer, que la cualidad de ejecutante y ejecutado no se adquiere por el hecho de aparecer designados como tales en la demanda ejecutiva, sino que se adquiere dicha condición una vez que se ha despachado la ejecución²¹.

En efecto, es el propio título el que otorga la legitimación activa y la pasiva, en el sentido expuesto por ORTELLS RAMOS²², a cuyo juicio *“la legitimación tiene, en el proceso de ejecución, naturaleza procesal, principalmente porque los efectos jurídicos de las misma consisten en facultar a alguien a obtener frente a alguien una actividad de naturaleza procesal, como es la actividad ejecutiva, pero también porque el presupuesto de esas atribuciones es procesal -el título ejecutivo”*.

Pues bien, estas *legitimación activa y pasiva* componen la denominada *legitimación ordinaria*, que se traduce, en definitiva, en que ostentará legitimidad para poder ejercitar las correspondientes acciones relacionadas con el proceso ejecutivo, quienes figuren en el título de ejecución, afirmación ésta que ha sido mantenida por la jurisprudencia²³.

No obstante lo anterior, la LEC, a la vez que contempla la citada legitimación ordinaria, establece también determinados supuestos de *legitimación extraordinaria* tanto en la parte del ejecutante como del ejecutado, como es el caso, por ejemplo, dentro de la legitimación activa, de aquellos supuestos de sucesión en los que el

²¹ Así lo entiende también CORDÓN MORENO, F., *El proceso de Ejecución*, Navarra. 2002, p. 103. En cambio, parece mostrar otro criterio FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho Procesal.....*, Ob. cit., p. 68, al mantener que *“.....la cualidad de ejecutante y ejecutado no la determina el acreedor, sino el juez con el efectivo despacho de la ejecución...”*.

²² *Derecho Procesal Civil,Ob. cit., p. 719.*

²³ Así lo recoge el AAP de Granada, Sección 5ª, de 18 de febrero de 2009, al mantener en su Fundamento de Derecho primero, por un lado, que quien aparezca como acreedor, es el titular del derecho que resulta indiscutible y que insta la ejecución; y por otro, que quien resulta responsable según el título, o conste como deudor u obligado a satisfacer la pretensión, será frente a quien la ejecución se despache y se sigan las demás actividades ejecutivas.

interesado debe acreditar el tracto sucesorio²⁴, instando la ejecución el acreedor de la prestación según el título, conforme prevé el artículo 540 LEC.

En el *lado pasivo* de la *legitimación extraordinaria*, el artículo 538.2 LEC establece una extensión de la responsabilidad conducente al despacho de ejecución, a fin de que ésta alcance a quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público, como sucedería si se aplicase el contenido del artículo 542.2 LEC, al permitir que se despache ejecución frente al deudor solidario que figure en el título extrajudicial, “...o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley”.

En ese marco de legitimación extraordinaria, es significativa y habitual en la práctica bancaria, la ejecución seguida por la deuda de un cónyuge contraída en la póliza de préstamo, de la que deba responder la sociedad de gananciales, supuesto éste en el que no se despachará ejecución contra dicha sociedad pero sí se le notificará al otro cónyuge la ejecución o el embargo para que pueda oponerse a la ejecución si de las deudas no debe responder la sociedad de gananciales²⁵.

De lo anterior se deriva, inevitablemente, que el cónyuge no deudor se convierte en un tercero que puede interponer los recursos y utilizar todos los medios de impugnación necesarios que la LEC ofrece al ejecutado para la defensa de sus intereses dentro de la comunidad de gananciales, si bien, en los casos descritos, deberá analizarse muy detenidamente la situación que en concreto se produzca, ya que, la jurisprudencia ha establecido diferentes interpretaciones, tales como la mantenida en la SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 7 de enero de 2009, que declaró en su Fundamento de Derecho sexto, que *"es numerosa la jurisprudencia que vincula los bienes comunes a la deuda asumida por uno de los cónyuges mediante la figura de aval o fianza, cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o negocio de que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio del comercio o negocios se ha prestado asentimiento expreso o tácito por parte del cónyuge que ni avala ni afianza"*.

²⁴ Conforme a los criterios expuestos por el AAP de Barcelona, Sección 12ª, de 8 de marzo de 2005, al entender la Sala que para que proceda el despacho de ejecución frente al que acredite que es el sucesor de quien en el título aparezca como ejecutado, se requiere, previamente, la acreditación de la sucesión a efectos de despachar ejecución. Tampoco aceptó la Sala la novación alegada, dado que para ello es necesario que tanto el deudor sustituido como el sustituto no hayan fallecido, esto es, gocen de personalidad jurídica, constatándose que, en el caso enjuiciado, la sustitución en la persona del deudor no se produce como consecuencia de la novación, que requiere la presencia de tres sujetos de derechos distintos, el deudor primitivo, el que asume la deuda y el acreedor.

²⁵ La misma notificación habrá de hacerse cuando la ejecución se siguiera a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes por falta o por insuficiencia de los privativos, tal y como contempla el artículo 541 LEC.

5. Representación y defensa.

En cuanto a la representación y defensa en el proceso de ejecución, es conveniente partir de un hecho significativo, y es que cuando se despache ejecución con base en un título no judicial de los previstos en el artículo 517 LEC, es decir, pólizas de contratos mercantiles intervenidas por fedatario público, al no haber existido ningún juicio declarativo anterior, en principio no resultará aplicable la salvedad prevista en el artículo 539.1 LEC, que permite exonerar de la intervención de Abogado y de Procurador, por lo que, se deberá aplicar la regla general prevista en dicho precepto, según la cual en el proceso de ejecución *"el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador"*. Esto supone que en los procesos de ejecución de títulos no judiciales la intervención de dichos profesionales se han de considerar siempre preceptiva cualquiera que sea su cuantía, si bien, prestando especial atención a lo establecido en el artículo 520.1 LEC, que exige que para tener fuerza ejecutiva, la cantidad reflejada debe ser superior a 300 euros.

No obstante, obsérvese que si se hace una interpretación literal del artículo 539 LEC, y tratándose de ejecución de títulos no judiciales, no cabe otra lectura que entender que, cualquiera que sea la cuantía establecida, será preceptiva la intervención de Letrado y Procurador²⁶.

Por último, hay que indicar que la LEC sólo exige la defensa y representación profesional preceptiva para *"el ejecutante y el ejecutado"*, lo que significa que *los terceros* que intervienen en el proceso de ejecución pueden hacerlo personalmente, sin necesidad de asistencia profesional, pero con la salvedad de que dichos terceros solamente podrán recurrir las resoluciones si están personados en forma, pues sólo a las partes les está permitido presentar los correspondientes recursos, de conformidad con lo establecido en el artículo 448 LEC.

5.A. Costas y gastos de la ejecución.

Respecto a las costas y gastos, es necesario partir de la afirmación, apoyada por la doctrina desde mediados del siglo XX, de que ambos conceptos son distintos, con independencia de que se hayan originado o no en un proceso de ejecución.

La LEC, alude a dicha diferencia en el artículo 241.1.2, al determinar que *"se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo o inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos"*.

²⁶ BONET NAVARRO, J., Comentario al artículo 539. Proceso Civil Práctico, Madrid, 2005, p. 383. VALENCIA MIRÓN, A.J., Comentario a los artículos 23 y 31 de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pp. 273 y 370. FELICES ZUBIRI, E., Comentario al artículo 539, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Dikynson, 2000, p. 531.

Esta distinción entre costas y gastos, también parece asomar en la LEC cuando, en lo concerniente a las costas, no facilita un concepto propiamente dicho, sino que se limita a fijar su contenido. En este sentido, hay que señalar que el listado que ofrece el párrafo segundo del artículo 241.1 LEC, debe ser completado con el resto de disposiciones contenidas en los diferentes preceptos de la ley, limitándose, por tanto, aún más el contenido de las costas procesales. Así, para que el concepto de costas procesales esté incluido en los gastos debe concurrir la nota de *necesidad*, quedando excluidos, por tanto, de la tasación de costas, los gastos ocasionados por “...actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la Ley”, según lo establecido en el artículo 243.2 LEC.

La doctrina, y en concreto, GUASP DELGADO²⁷, reseñó las diferencias conceptuales existentes entre gastos del proceso y costas procesales, entendiéndolo que *"gastos son todas las inversiones de carácter económico que reconocen de una manera más o menos inmediata al proceso como causa generadora"* y las costas son *"aquella parte de los gastos cuyo pago recae sobre las partes que intervienen en un proceso determinado y reconocen a este proceso como causa inmediata y directa de su producción"*.

Al margen de la diferencia entre los conceptos de costas y gastos, cabe afirmar que la actividad procesal derivada del proceso ejecutivo origina una serie de gastos que, inevitablemente, deben ser satisfechos por las partes, y en la mayoría de los casos por el ejecutado²⁸, teniendo en cuenta que para que un “*desembolso*” pueda incluirse dentro del concepto de costas, ha de reunir una serie de requisitos:

- en primer lugar, el desembolso debe efectuarse en el propio proceso ejecutivo, por lo que, los abonos que se realicen fuera del mismo no tendrán tal carácter, no considerándose costas no sólo el dinero que se haya abonado previamente al Letrado por su labor de asesoramiento, siempre que se realice con anterioridad al inicio del proceso, sino tampoco los gastos que se hayan originado como consecuencia de la obtención de documentos e informes en busca de antecedentes, y

- en segundo lugar, el desembolso deberá responder a una actuación procesal al amparo del derecho de parte, excluyéndose, por tanto, los que no cumplan dicha finalidad, así como aquellas diligencias o actuaciones innecesarias, superfluas o no autorizadas por ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 243.2 LEC.

Por su parte, el artículo 539.2, al tratar de las costas y gastos de la ejecución, se remite a las disposiciones generales recogidas en el artículo 241 LEC.

²⁷ Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1943-1947, pp. 1167 y ss.

²⁸ UREÑA PEREZ, A.A., ¿Es aplicable el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso en las costas de ejecución? Cuestiones prácticas, RJED, nº 2, 2013, p. 1: “*El precepto se fundamenta en la necesidad de desplazar hacia el deudor condenado,.....*”.

Este artículo 241, a continuación enumera una serie de partidas, delimitando aún más el concepto de las llamadas costas, considerando como tales a:

1º- Los gastos de postulación donde se engloban los honorarios del letrado²⁹ y los aranceles del procurador³⁰, resultando preceptiva la intervención de ambos en el proceso ejecutivo.

2º- La inclusión tanto de anuncios como de edictos cuya publicación se estime obligatoria durante la sustanciación del procedimiento, si bien, se hace necesario especificar que la publicación de edictos en otros medios distintos a los Boletines Oficiales será siempre a costa de quien lo solicite, y únicamente será posible su reclamación al deudor cuando de conformidad con la ley, sea imprescindible la comunicación edictal, según lo prevenido en el propio artículo 241 LEC.

3º- Los depósitos³¹ que son necesarios para interponer los respectivos recursos.

4º- Los derechos de los peritos y testigos que hayan intervenido en el proceso. En este punto, hay que señalar una excepción significativa, ya que si bien los peritos podrán ser designados por las partes³² o por el juez, como determinan los artículos 336.1 y 339 LEC, respectivamente, y los honorarios que correspondan percibir a aquellos se incluirán dentro de las costas siempre que la actuación no sea inútil ni superflua, no sucederá así en el supuesto del artículo 341 LEC, esto es, cuando se produzca la designación judicial de perito, excepción ésta que en cada caso deberá ser interpretada, dado que el juez solo designará al perito cuando "*considerare pertinente y útil el dictamen pericial solicitado*" de conformidad con el artículo 339.2 LEC, lo que supone, entiendo, que la inclusión de esta partida en la tasación de costas estará siempre justificada y sin posibilidad de ser impugnada por indebida³³.

5º- La solicitud de certificaciones, documentos y testimonios que sean necesarios, exceptuándose los solicitados por el tribunal a los "*registros y protocolos públicos*", que tendrán carácter gratuito. En este concepto del artículo 241. 5º, se aprecia cierta flexibilidad en el legislador al admitir otros "*documentos análogos*" que puedan

²⁹ Tal y como establece el artículo 44 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

³⁰ Véase el artículo 34 Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

³¹ Es necesario señalar que en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se regula el depósito para poder recurrir la correspondiente resolución judicial. En estos casos, el depósito se fija para los recursos que tengan carácter escrito y atendiendo a la jurisdicción civil precisarán de la constitución de un depósito los recursos ordinarios y extraordinarios, estableciéndose las cuantías en función del tipo de recurso de que se trate, y fijándose un plazo de subsanación para aquellos supuestos en los que se haya omitido o exista error en la consignación del depósito.

³² MAGRO SERVET, V., Casuística sobre las costas procesales, RJED, nº 4, 2005, p. 6.

³³ GIMENO SENDRA, V., Proceso Civil Práctico, Tomo III, Madrid, 2002, pp. 581 a 584.

incluirse en el concepto de costas, lo que dependerá de la valoración que el órgano judicial efectúe en cada caso concreto.

6º- El abono de derechos arancelarios que se originen como consecuencia de las actuaciones procesales, lo que en opinión de MARTÍN CONTRERAS³⁴ carece de fundamento, por estimar que los derechos arancelarios son los correspondientes al procurador, amparados en el citado apartado 1º del artículo 241, al igual que cuando se trate de derechos arancelarios devengados como consecuencia de la expedición de copias, certificaciones o notas, previstos en el apartado 5º de dicho precepto.

7º- las tasas³⁵, originadas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyo abono es preceptivo para los juicios ejecutivos. Este punto séptimo del artículo 241 ha sido introducido por Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, recogiendo en su artículo 6 que la base imponible de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional coincidirá "*con la cuantía del procedimiento judicial*", determinada con arreglo a las normas procesales.

En ese sentido, ante demandas de ejecución de títulos extrajudiciales, como es el caso que nos ocupa de pólizas de contratos mercantiles intervenidas por fedatario público, la cuantía de dicha tasa vendrá fijada en la forma prevista en el artículo 575 LEC, extensible a intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementados en los que se prevea que puedan devengarse durante la ejecución, y las costas de ésta, pero con excepciones, debo puntualizar, ya que el criterio de cuantificación expuesto no es aplicable en todos los juzgados, dado que hay algunos de ellos que limitan la cuantía a cantidades vencidas y líquidas³⁶.

Una vez citados y desarrollados los requisitos que deben producirse para que un desembolso pueda incluirse dentro del concepto de costas, conviene describir el régimen que en cuanto a costas y gastos se deriva del contenido del artículo 539.2 LEC.

Así, para aquellas actuaciones procesales originadas en el proceso ejecutivo y respecto de las que la LEC prevé un pronunciamiento expreso sobre las costas, cada parte abonará los gastos y costas que haya generado su actuación procesal, de conformidad con lo establecido en el artículo 241 LEC. En estos casos, dichas costas

³⁴ La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social. Legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos, Comares, 2001, p. 109.

³⁵ Regulado en el apartado 7º del nº 1 del artículo 241, redactado por el nº 1 del artículo 3 del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita.

³⁶ CASADO RODRÍGUEZ, E., Guía práctica para la aplicación de las Tasas Judiciales adaptada al Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, pp. 21 a 24.

serán de cuenta de la parte que haya sido condenada a su abono, “...sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del Tribunal o, en su caso, del Secretario judicial³⁷ sobre las costas”, tal y como se desprende del párrafo primero del artículo 539.2 LEC.

En cambio, en aquellos supuestos que no estén comprendidos en el párrafo primero del artículo 539.2 LEC, las costas del proceso de ejecución serán a cargo del ejecutado sin necesidad de que recaiga un expreso pronunciamiento sobre costas, pero, hasta su liquidación, el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo. Así pues, el ejecutante deberá anticipar los gastos y costas que se vayan originando en la ejecución, salvo los que correspondan a actuaciones que se realicen a instancia del ejecutado o de otros sujetos, que deberán ser pagados por quien haya solicitado la actuación de que se trate, si bien, una vez llegado el momento procesal oportuno, si el ejecutado no se opone a la ejecución o su oposición es desestimada, el ejecutante tendrá derecho a reclamar a costa de lo que se obtenga con la realización de los bienes embargados, el reembolso de los gastos y costas que él haya anticipado, en aplicación del artículo 539.2.2º LEC.

Con carácter general, en el proceso de ejecución no será necesario solicitar la condena en costas del ejecutado, pues es la propia LEC la que indica que las costas derivadas del proceso de ejecución “serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición”, salvo pronunciamiento expreso cuando la ley lo prevea, como ocurre cuando se resuelve un incidente³⁸, por ejemplo, de oposición al despacho de ejecución.

Asimismo, la LEC recoge un supuesto especial, incluido en el artículo 583 LEC, aplicable a las ejecuciones dinerarias, estableciendo que para los casos en que el deudor pagase en el momento de ser requerido, serán de su cuenta las costas originadas, salvo que acredite que por circunstancias ajenas que no le son imputables, no pudo efectuar el pago al acreedor con anterioridad al inicio del proceso ejecutivo.

Por último, en cuanto a la falta de necesidad de pronunciamiento expreso sobre la imposición de costas, y al tratarse de un proceso ejecutivo en el que no existe norma específica que establezca otra cosa distinta, las costas procesales serán a costa del ejecutado aunque no exista una resolución judicial al efecto. Esto no debe confundirse con el Auto en virtud del cual se despacha ejecución, en el que se requiere de pago al deudor por el importe principal, intereses y costas. En este caso, se produce un requerimiento de pago de las costas causadas por el inicio de la acción ejecutiva, pero no se efectúa una imposición de pago de las mismas.

³⁷ Modificación introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

³⁸ PEREZ UREÑA, A.A., Las costas en la ejecución civil: cuestiones prácticas que se suscitan a la luz de la práctica judicial, RJED, nº 2, 2011, p. 1.

6. Competencia objetiva y territorial. Posible indefensión en el ejecutado.

La LEC, instaura una regulación unitaria respecto al proceso de ejecución, huyendo pues de la dualidad contemplada en la anterior legislación, en la que se establecía un procedimiento para la ejecución de sentencias y otro diferente, para la ejecución de los restantes títulos.

En efecto, la actual LEC parte de la idea de un proceso unitario, es decir, que el proceso ejecutivo debe ser único con independencia del carácter judicial o extrajudicial del título que se ejecute, si bien, hay que matizar que aun existiendo un único proceso ejecutivo, se aplicarán criterios distintos para los títulos ejecutivos regulados en el artículo 517.2. 1 y 3º, tratándose de normas de competencia funcional, en tanto que para el resto de títulos serán de aplicación los criterios objetivo y territorial.

La LEC, en su artículo 545, regula la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles en materia de ejecución atendiendo a la naturaleza del título ejecutivo que da lugar al despacho de la ejecución. Así, cuando el título que se ejecuta es uno distinto a resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios judiciales, transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, laudo arbitral o acuerdo de mediación, hay que atender a los siguientes dos criterios.

Por un lado, *el criterio objetivo*, que resulta relativamente sencillo ya que la competencia se atribuye en todo caso a los Juzgados de Primera Instancia, a tenor de lo preceptuado en los artículos 45 y 545.3 LEC, lo que nos sitúa ante una norma de "*ius cogens*", es decir, que al tratarse de una regla de Derecho imperativo o taxativo no puede ser excluido su cumplimiento por voluntad de las partes. Por ello, el artículo 238.1 de la LOPJ sanciona con la nulidad de pleno derecho los actos judiciales que se produzcan con manifiesta falta de competencia objetiva.

La competencia objetiva supone, en definitiva, que le corresponde a un órgano judicial el conocimiento de un determinado asunto por razón de la materia, por lo que, tratándose de un requisito procesal de orden público, no es posible alterar la competencia una vez que el proceso se ha iniciado, condicionante éste que es conocido como "*perpetuación de la jurisdicción*", consecuencia directa de la litispendencia y a la que alude el artículo 411 LEC.

El segundo de los criterios, se refiere a la *competencia territorial*, que aplicada a la acción ejecutiva de títulos extrajudiciales, le será de aplicación el contenido del artículo 545.3 LEC.

En virtud de este criterio territorial, el legislador otorga al ejecutante la posibilidad de elegir entre los diferentes fueros, lo que coloca al ejecutado en una posición de "*posible indefensión*" al dejar a merced del ejecutante la elección del Juzgado de Primera Instancia que conocerá de la ejecución.

El fuero general de las personas físicas o jurídicas³⁹ y de los entes sin personalidad jurídica, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 51 LEC, no es otro que el domicilio⁴⁰ del ejecutado. En cuanto a las personas jurídicas, pueden surgir distintas valoraciones a la hora de determinar la elección del domicilio social caso de que el mismo no coincida, por ejemplo, en la póliza de préstamo y en los registros públicos. En estos casos, el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades de capital, cuando trata de la discordancia entre el domicilio registral y el domicilio real, establece que “*en caso de discordancia entre el domicilio registral y el que correspondería según el artículo anterior*⁴¹, los terceros podrán considerar como domicilio cualquiera de ellos”.

Tratándose de personas físicas, en el supuesto que el demandado no tuviese domicilio en España, será tribunal competente el de su residencia en España, pues así se establece en el artículo 50 LEC *in fine*. Si nos encontramos ante un caso en el que el deudor no tiene ni domicilio ni residencia, será competente el juzgado del lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional, o el que corresponda a su última residencia, y finalmente, en el lugar del domicilio del ejecutante, según lo previsto en el artículo 50.2 LEC.

El artículo 545.3 LEC, también establece como competente para conocer de la ejecución el Juzgado de Primera Instancia del “*lugar del cumplimiento de la obligación*”, según el título, y no en virtud de la relación jurídica que pudiera ser la causa del título ejecutivo⁴².

Por otra parte, el indicado artículo 545. 3, establece, junto a la anterior, otra posible competencia territorial, referida al Juzgado de “*cualquier lugar donde existan bienes del ejecutado susceptibles de embargo*”.

Si fuesen varios los ejecutados, determina el artículo 545. 3 que “*será competente el tribunal que, con arreglo al párrafo anterior, lo sea respecto de cualquier*

³⁹ MAGRO SERVET, V., Domicilio de las personas jurídicas a efectos del fuero de competencia territorial. Reclamación de daños a la aseguradora con domicilio social en lugar diferente a aquél en el que se han producido los daños, RJED, nº 4, 2007, p. 1 y ss.

⁴⁰ GOMEZ SANCHEZ, J., La ejecución....., Ob. cit., p. 23.

⁴¹ El artículo 9 de dicho Real Decreto Legislativo, determina: “1. *Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. 2. Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España*”.

⁴² En este sentido, el AAP de Almería, Sección 2ª, de 4 de septiembre de 2003, declaró a la AP competente para conocer de la ejecución de título no judicial, habiendo optado el ejecutante por instar la citada ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del cumplimiento de la obligación, en cuanto en el título se estableció como lugar de cumplimiento de la obligación la oficina de la ejecutante.

ejecutado, a elección del ejecutante”, si bien, y aclaro, la jurisprudencia⁴³ ha mantenido que el ejecutante podrá optar por el domicilio de cualquiera de los ejecutados sin perjuicio de que la ley prevea que aquél podrá optar entre el lugar del cumplimiento de la obligación según el título que se trate o del juzgado en cuya jurisdicción se hallen los bienes del ejecutado que puedan ser objeto del embargo.

En otro orden de cosas, hay que indicar que los fueros que determinan la competencia territorial no tienen el carácter de sucesivos ni subsidiarios, sino que se consideran concurrentes y alternativos, lo que provoca que corresponderá al ejecutante la facultad de elegir el que le interese, si bien, en estos casos, será necesario analizar qué norma tiene preferencia a la hora de determinar los fueros territoriales aplicables, como se verá a renglón seguido.

En la LEC se establece un doble sistema de fueros territoriales, incluyéndose los *fueros generales*, contenidos en el artículo 50 y 51 LEC, y los *fueros especiales*, recogidos en el artículo 52 LEC. Dado que coexisten estos dos tipos, rigen las reglas de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad, por lo que para que conozca el tribunal que dará curso a la demanda, habrá que estar al tipo de acción que se ejercita en función de la materia, y si no está contenida en el artículo 52 LEC, habrá que acudir al fuero general de las personas físicas o jurídicas y de los entes sin personalidad jurídica, atendiendo a los artículos 50, 51 y 53 LEC, posición ésta que ha sido mantenida por la jurisprudencia⁴⁴.

⁴³ ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 26 de febrero de 2009, Fundamento de Derecho segundo: “...el demandante Banco Pastor S.A., ejercita la acción contra varios demandados, acreditándose de la documental aportada con la demanda que la sociedad mercantil (Gorpresa SL) que suscribe la póliza de Crédito, tiene su domicilio en la localidad de Béjar, al ser este el que consta en el Registro Mercantil, siendo doctrina reiterada de esta Sala que el domicilio de la sociedad mercantil es el que consta en el registro mercantil, y constituye domicilio conocido a efectos del Art. 813 de la LEC (AATS d no siendo procedente utilizar el domicilio del representante legal a los efectos de acreditar su competencia, como pretende el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Béjar, al no haber sido demandado, sin perjuicio que el requerimiento de pago a su administrador se haga mediante auxilio judicial. Las demás partes ejecutadas tienen su domicilio en dicha localidad. Como quiera que el ejecutante Banco Pastor S.A., ha optado por el fuero del domicilio de los demandados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 545.3, 50 y 51 de la Ley, es por lo que resulta ser competente el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Béjar, al ser el lugar donde tenían su domicilio los ejecutados en el momento de la celebración del contrato”. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid-Sección 13ª, de 5 de febrero de 2004, Fundamento de Derecho Segundo “Los únicos domicilios dignos de ser tenidos en cuenta en esta ejecución son los domicilios electivos que figuran en la póliza. Los otros resultan de averiguaciones o noticias llegadas a la actora y no se han manifestado como efectivos domicilios reales de los demandados. La ejecutante pudo, pues, elegir interponer la demanda en el Juzgado de Aranjuez, en razón del domicilio pactado de Don Blas, Doña Ariadna y Don Hugo en la CALLE002 de esa Villa, o en el Juzgado de Parla, atendiendo al domicilio que figura en la póliza de Don Ramón. El Juzgado elegido por la actora fue Aranjuez y a favor de ese Juzgado debe ser resuelto el presente conflicto, conforme a los preceptos citados y al apartado tres del artículo 60 de la Ley procesal civil”.

⁴⁴ ATSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 27 julio 2005, Fundamento de Derecho primero.

En el supuesto que el ejecutante elija el fuero del domicilio, debe ser el domicilio real en el momento que se ejercita la acción. En principio, el domicilio del ejecutado es el que figura en el título ejecutivo, ahora bien, si este cambiase de domicilio deberá comunicarlo al ejecutante, obligación ésta que ha sido proclamada por la jurisprudencia⁴⁵.

Por otro lado, y al igual que las normas sobre competencia objetiva, las normas de competencia territorial son imperativas e improrrogables, en la medida dictada por el artículo 545.3 LEC, que prohíbe la sumisión expresa o tácita de las partes, en cuanto establece literalmente *“sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2ª del capítulo II del Título II del Libro I”*, lo que, por otra parte, constituye una de las diferencias entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución.

Como consecuencia de la citada prohibición de sumisión expresa, en la competencia territorial desaparece la misma y se determina aquella con arreglo a los fueros legales electivos, por lo que puede afirmarse que la actual LEC ha mantenido las directrices de la anterior jurisprudencia en cuanto que no admite una alteración de la competencia basada en la sumisión tácita, lo que en opinión de MONTERO AROCA⁴⁶ es excesivo, ya que *“una cosa es que en determinados supuestos no deba admitirse la sumisión expresa, pues puede ser reflejo de la imposición de una parte sobre la otra y no de la libertad de las dos, y otra cosa muy distinta prohibir la sumisión en todos los casos”*.

En la práctica procesal, es significativo que la mayor parte de los conflictos que se producen en materia de competencia territorial derivan de la ejecución de contratos bancarios, donde se plantean problemas en relación al fuero específico del lugar de cumplimiento de la obligación según el título.

En esos casos, y al amparo del artículo 545.3 LEC, se viene entendiendo como lugar de la ejecución según el título el domicilio de la oficina bancaria de la ejecutante donde se debían realizar los pagos, si bien, hay que remarcar las discordancias existentes entre el fuero general, domicilio del demandado, lugar del cumplimiento de la obligación y oficina bancaria, que dan origen a interpretaciones no menos que discutibles, en tanto que pudieran encubrir una verdadera sumisión expresa, como es el caso en que el contrato se concierta en un lugar donde los

⁴⁵ ATSJ de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, de 27 febrero de 2006, Fundamento de Derecho segundo, al establecer que el domicilio que conste en el título, en tanto no exista una notificación al ejecutante informándole sobre el cambio del mismo, es el que ha de considerarse *“lugar de cumplimiento de la obligación”*.

⁴⁶ El proceso de Ejecución....., Ob. cit., p. 311.

demandados tienen su domicilio y la entidad bancaria tiene oficina o sucursal⁴⁷, y ello, a pesar de que el pago se domicilie en otra oficina bancaria.

En definitiva, desde el punto de vista del lugar de cumplimiento en sentido sustantivo, el incumplimiento del contrato por parte del deudor conllevará que abone su deuda en el lugar que se hubiese designado en la póliza, si bien, en cualquier caso, si se atiende al fuero judicial territorial, el lugar del pago será el del domicilio del deudor, tal y como establece el párrafo tercero del artículo 1.171 CC.

7. Examen de oficio de la competencia territorial.

En materia de ejecución forzosa, la actual LEC, a través de su artículo 545, regula la competencia de nuestros tribunales civiles estableciendo diferentes criterios en función del título ejecutivo en el que el ejecutante fundamente su pretensión, si bien antes de despachar la ejecución solicitada, deberán examinar de oficio si gozan o no de competencia territorial, obedeciendo, de este modo, a lo estipulado en el artículo 546 LEC.

El citado artículo 546 LEC establece, con carácter general, el examen de oficio de la competencia territorial, previniendo al tribunal que antes de despachar ejecución examine de oficio su competencia territorial, y si, conforme al título ejecutivo y demás documentos que se acompañen a la demanda, entendiera que no es territorialmente competente, dictará Auto absteniéndose de despachar ejecución e indicando al demandante el tribunal ante el que ha de presentar la demanda, procediendo, en todo caso, al archivo de las actuaciones, lo que contrasta con la previsión del artículo 58 LEC, que regula el control de oficio de la competencia territorial en el proceso declarativo.

El hecho de que dicha abstención adopte la forma de Auto es lógico, dado que es la resolución adecuada cuando se decide el despacho de la ejecución. Sin embargo, a diferencia de lo preceptuado en el artículo 58 LEC, el referido artículo 546, de forma no menos que sorpresiva, guarda silencio sobre la necesaria audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, previa a la declaración de incompetencia, al igual que tampoco determina que deban remitirse las actuaciones al tribunal. Esta

⁴⁷ Como es el caso resuelto en el Auto del TSJ de Valencia, Sección 1ª, de 15 de abril de 2010 (Fundamento de Derecho primero), que declaró que *“del examen de dicha póliza se desprende que fue otorgada en Mislata, que se hizo figurar una sucursal bancaria de la entidad actora en Mislata y la cuenta de dicha sucursal nº....., habiéndose aperturado en la misma localidad una cuenta especial dados los impagos del demandado, por lo cual, aunque el Tribunal competente sea, en principio, el del domicilio del demandado (artículo 545.3 LEC), habida cuenta que el mencionado precepto permite fuero electivo, a instancia del ejecutante, el del Juzgado del lugar de cumplimiento de la obligación según el título, siendo éste el de la localidad de Mislata, por encontrarse en dicha localidad la sucursal bancaria”*. El Tribunal, en su Fallo, declaró *“que la competencia territorial para el conocimiento del procedimiento de títulos no judiciales corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mislata”*.

circunstancia, quizás, pueda explicarse por razón de la propia dinámica de los procesos ejecutivos.

En cuanto al referido examen, cabe preguntarse si debe el tribunal examinar su competencia territorial de oficio en todos los casos. La respuesta debe partir de lo que establece el artículo 54 LEC, que alude al carácter dispositivo de las normas de competencia territorial. Esto supone, que no en todos los casos el tribunal debe examinar de oficio su competencia territorial, afirmación ésta que ha sido compartida por la doctrina⁴⁸.

Tratándose de la ejecución de títulos no judiciales, es decir, y en nuestro caso, la póliza bancaria, hay que tener en cuenta la indisponibilidad de la competencia en la ejecución, que siempre habrá de ser apreciada de oficio en aplicación de los artículos 545.3 y 546 LEC, por lo que rige el fuero imperativo que establece el artículo 546 LEC, y con carácter electivo para el demandante de ejecución el cual puede optar por solicitarla ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, el del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, según establece el artículo 545 LEC.

Tan pronto como sea apreciada la falta de competencia territorial por parte del tribunal, el juez deberá declararse incompetente en cualquier momento en que advierta esa falta de competencia. Pero el examen que realiza el tribunal de su propia competencia no finaliza ahí, porque según el artículo 551 LEC, el juez deberá realizar también el examen de los presupuestos y requisitos procesales, comprobar que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Únicamente en este caso dictará Auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, si bien, y una vez llegados a este punto, señala el párrafo 2 del artículo 546 LEC que *"despachada ejecución el tribunal no podrá de oficio, revisar su competencia territorial"*.

El examen de la referida competencia se llevará a efecto, sin perjuicio de la impugnación que a este respecto pueda realizar en su caso el ejecutado conforme al artículo 547 LEC, que otorga al ejecutado la posibilidad de impugnar la falta de competencia del tribunal cuando no lo considere competente para conocer de la ejecución, mediante el instrumento de la declinatoria, para lo que el ejecutado cuenta con un plazo de cinco días siguientes a aquel en que se reciba la primera notificación de la ejecución, según lo previsto en el artículo 553.2 LEC.

⁴⁸ ASENCIO MELLADO, J.M., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, edición nº 4, La Ley, Madrid, 2010: *"el Tribunal estará obligado al examen de este extremo, en función del tipo de acción que se ejercite en la demanda, de tal manera que solo en los casos en los que el fuero territorial tenga el carácter imperativo deberá llevar a cabo dicho examen, tal y como señala el art.58 LEC"*.

La declinatoria, que no suspende la ejecución, se plantea mediante escrito con rúbrica de Procurador y Abogado, ya que, como hemos visto, es preceptiva su intervención.

Una vez presentado el citado escrito, se seguirán los trámites previstos en el artículo 65 LEC, dando traslado del mismo al ejecutante y demás partes personadas, a los que se concede cinco días para que manifiesten a lo que su derecho convenga.

La decisión judicial que resuelva la declinatoria adoptará la forma de Auto, que en caso que se pronuncie estimándola y por tanto, declare la falta de competencia territorial, acordará la inhibición⁴⁹ a favor del órgano que resulte competente, emplazando a las partes por un plazo de diez días y remitiendo las actuaciones al nuevo órgano que va a conocer del asunto, de conformidad con el artículo 65.5 LEC.

Es significativo, a nuestro juicio, que contra el Auto que declare la inhibición del juzgado no es posible interponer recurso alguno, si bien, el juzgado inhibido pueda plantear el pertinente conflicto negativo de competencia territorial, a tenor de lo preceptuado en el artículo 60 LEC y al criterio mantenido por la jurisprudencia⁵⁰.

Finalmente, corresponde señalar que la impugnación mediante la correspondiente declinatoria no supone que los tribunales no puedan determinar por sí mismos si tienen o no jurisdicción y competencia objetiva, ya que en este aspecto rigen las normas generales sobre atribución de las mismas, estableciendo que la falta de jurisdicción y la ausencia de competencia objetiva se acordarán de oficio⁵¹ tan pronto sean advertidas, de conformidad con lo previsto en los artículos 38 y 48 LEC.

8. La demanda ejecutiva.

Previamente a analizar el concepto de demanda ejecutiva, conviene aclarar que la misma se ramifica en dos tipos: la *demanda extensa* y la *demanda sucinta*.

En cuando a la *demanda extensa*, también denominada ordinaria, es la que principia el proceso ejecutivo generalmente. En ella debe expresarse el título ejecutivo en el que fundamenta su acción el ejecutante; la tutela ejecutiva de conformidad con el título aducido, determinando la cantidad objeto de reclamación, incluyendo intereses y costas; los bienes del ejecutado susceptibles de embargo y si el ejecutante los considera suficientes para cubrir el montante de la ejecución; deberá identificarse a la persona frente a la cual se pretende el despacho de ejecución, ya

⁴⁹ Respecto a la inhibición expuesta, téngase en cuenta que el tribunal no puede promover su inhibición una vez despachada la ejecución, lo que encuentra apoyo en el ATSJ de Cataluña, Sección 1ª, de 20 de enero de 2011.

⁵⁰ ATS, Sala Civil, Sección 1ª, de 21 de abril de 2004, Fundamento de Derecho quinto.

⁵¹ Debe advertirse, además, que si después de admitida a trámite la demanda el demandado no es hallado en el domicilio designado, esa circunstancia no constituye base suficiente para que se declare de oficio por el juzgado que inicialmente la admitió su falta de competencia territorial, tal y como se indica en el ATSJ de Valencia, Sección 1ª, de 17 de abril de 2008.

fuesen una o varias; y en su caso, las medidas de localización e investigación de bienes de los que sea titular el ejecutado.

Por su parte, la segunda de las demandas, esto es, *la sucinta*, queda reservada para los supuestos en los que el título ejecutivo es una resolución judicial, por lo que la demanda ejecutiva queda limitada a la petición del despacho de ejecución, identificando, necesariamente, a la sentencia o resolución cuya ejecución se persigue, dado que en el tribunal constan las demás circunstancias que dieron origen a la citada resolución.

Una vez aclarado el significado de las descritas demandas, y centrándome en la demanda ejecutiva, cabe indicar que el procedimiento de ejecución forzosa solo puede iniciarse⁵² si así lo solicita la parte legitimada para ello, es decir, el acreedor, formulando su petición mediante el pertinente escrito de demanda ante el tribunal competente para conocer de la misma, que como se ha visto, puede optar por solicitarla ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, el del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, según establece el artículo 545 LEC.

Dentro de dicho escrito de demanda, o si se prefiere, la demanda, que puede considerarse como el acto de parte necesario para que pueda iniciarse el proceso de ejecución forzosa legalmente previsto, hay que distinguir dos cuestiones: *el contenido de la misma y los documentos que deben acompañar a la demanda*.

Respecto al contenido de la demanda ejecutiva, y para que la misma prospere, es significativo, a nuestro entender, como hecho que la diferencia de una demanda no ejecutiva, que en las pretensiones básicas basta con que se aluda al título ejecutivo en el que la parte acreedora funda su pretensión, especificando los preceptos legales que justifican la competencia del tribunal ante el que se interpone la demanda; la fuerza ejecutiva del aludido título; la legitimación de las partes; y la causa de que se solicite la orden de despacho de la ejecución interesada, si bien, en la pretensiones que se incluyan en la demanda para la ejecución de una póliza de préstamo, objeto de nuestro trabajo, la fundamentación requerirá más precisión.

Es necesaria una *mayor precisión* si el título que se ejecuta es una póliza de préstamo intervenida por Notario, porque, por ejemplo, si en el título o póliza se hubiera acordado que la cantidad exigible será la que resulte de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma que determine el título aludido (artículo 572.2 LEC), debe fundamentarse en la demanda, y por tanto acreditarse, que se ha practicado la notificación al deudor, y en su caso al fiador, de la cantidad adeudada

⁵² CARRERAS DEL RINCON, J., La estructura del proceso de ejecución y los títulos ejecutivos. Comentario a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BLED, nº 219, 2002, p. 1.

resultante de la liquidación practicada, con anterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva.

En relación a los requisitos de contenido de dicha demanda ejecutiva, de los que se ocupa el artículo 549 LEC, la misma ha de estar confeccionada en la forma indicada en el artículo 399 LEC, incluyendo, por tanto, encabezamiento, hechos, fundamentos de derecho y el *petitum*.

Dentro del citado *encabezamiento*, debe llevarse a cabo, primero, la designación del órgano judicial al que se dirige, conforme a las normas de competencia ya analizada, es decir, normas de competencia objetiva y territorial e incluso las del reparto; y segundo, la identificación de las partes, que en concreto, y tratándose de una entidad bancaria y al no poder comparecer ésta por sí misma, deberá acreditar su representación legal, su abogado y procurador, además de identificar al ejecutado, tal y como se deduce de la forma de la demanda prevenida en el artículo 399 LEC, debiendo consignarse los datos y circunstancias identificativas de conformidad con lo previsto en el artículo 155 LEC.

Por lo que respecta a los *hechos o fundamentación fáctica*, se centra en la identificación por parte del ejecutante no solo de los hechos que han originado el proceso ejecutivo en cuestión, sino que además se concretará: el contenido esencial del contrato, indicando el importe del préstamo, así como el tipo de interés pactado, fijo o variable, el plazo de amortización, incluidos los intereses ordinarios y moratorios que resulten vencidos y en caso de demora, se fijará un interés adicional; se identificarán las personas frente a las que se solicita el despacho de la ejecución, bien porque figuren en el título como deudores o bien, porque se hallen sujetos a la ejecución; se practicará la liquidación de la deuda, determinando la cantidad adeudada, incluidos los intereses ordinarios y moratorios que resulten vencidos; y finalmente, se hará constar la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo en el que se ampara la pretensión, que consiste en que se despache ejecución y, en su caso, se embargue y ejecute a los demandados.

En relación con los *Fundamentos de Derecho*, la demanda ejecutiva no exige una compleja fundamentación jurídica, ya que con carácter general resulta suficiente con determinar la jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de la ejecución; la capacidad de las partes; la legitimación activa y pasiva, que ostentan el ejecutante y el ejecutado; la representación procesal y defensa técnica; la procedencia de la acción que se ejercita, de conformidad con lo prevenido en el art. 517.2.5º LEC; la notificación previa al demandado de la cantidad exigible resultante de la liquidación; y la fijación de las costas.

Por su parte, y en relación con las peticiones concretas o *petitum*, en la demanda se debe incluir la solicitud del despacho de ejecución, expresando con absoluta claridad y precisión la tutela jurídica que se pretende a tenor del título ejecutivo,

expresando igualmente, la cantidad que se reclama, a fin de cumplir rigurosamente el contenido del artículo 549.1.2º LEC.

Además de dichas peticiones, que se convierten en fundamentales en la demanda ejecutiva, pueden solicitarse otras, tales como las dos siguientes:

- una vez que el juez despache la ejecución, y previamente a haber identificado y localizado por parte del ejecutante determinados bienes del ejecutado de los que tenga conocimiento, conforme al artículo 549.1.3 LEC, el ejecutante puede solicitar que el Secretario judicial, lo antes posible, declare embargados los citados bienes, en cumplimiento del artículo 551 LEC.

- solicitar que se practiquen todas las medidas de localización e investigación que interesen al acreedor en aquellos casos en los que no puedan designarse bienes suficientes del ejecutado para cubrir la deuda, en virtud del artículo 590 LEC. En ese sentido, el ejecutante podrá instar en la demanda ejecutiva las correspondientes medidas de investigación del patrimonio del ejecutado, al objeto de que el Secretario judicial dicte la oportuna diligencia de ordenación, indicando al efecto las entidades, organismos, registros o personas a los que solicitará dicha información, en atención al contenido del artículo 549.1.4º LEC.

Por último, y para concluir el análisis del contenido de la demanda ejecutiva, conviene recordar que la misma debe ir firmada por abogado y procurador.

Seguidamente, y conforme ya indiqué, una vez analizado el contenido de la demanda ejecutiva, procede ahora entrar a valorar el asunto de *los documentos* que deben acompañar a la demanda, cuyo ámbito normativo viene recogido en el artículo 550 LEC. Así, junto a la demanda ejecutiva se presentaran con carácter preceptivo los siguientes documentos:

- el título ejecutivo que acredite el hecho que fundamenta el derecho del ejecutante al despacho de la ejecución, que en nuestro caso, es la póliza de préstamo mercantil intervenida por fedatario público, que constituye sin duda el presupuesto legal de la ejecución y la causa de pedir de la prestación que se ejercita.

En este punto, es conveniente aclarar, que no es necesario que junto a la póliza del contrato se acompañe la certificación por corredor de comercio que acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos, ya que la póliza original se concibe como documento único, que obra en poder del Notario, sin que sea posible confeccionar varios originales, pudiendo circular únicamente mediante el traslado del original archivado. Por el contrario, sí se aportará el Acta Notarial que acredite haber requerido de pago al deudor con carácter previo a la interposición de la demanda, en el sentido del artículo 581.2 LEC, además de adjuntar a la misma los correspondientes documentos que permitan solicitar la ejecución por saldo de cuenta, esto es, y en aplicación del artículo 573 LEC,

certificado de la liquidación practicada, o aquellos otros documentos que para el supuesto de ejecución de intereses variables, en virtud del artículo 574 LEC, sea necesario que acompañe el ejecutante a la demanda.

- el poder del procurador que acredite la representación procesal, ya que en el proceso de ejecución es necesaria la intervención de Procurador. Dicho poder debe presentarse con el primer escrito de demanda, si bien con la salvedad de que el poder notarial no será necesario⁵³ cuando la representación se confiera mediante comparecencia “*apud acta*”.

Finalmente, por incluirse dentro de los documentos que necesariamente deben acompañar a la demanda ejecutiva, y al constituir la misma uno de los hechos impositivos que devengan la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, debe adjuntarse al escrito de demanda el modelo 696 de liquidación⁵⁴ de tasa.

A diferencia de los indicados documentos que obligatoriamente deben acompañar al escrito de demanda, existen otros documentos que con carácter *facultativo* podrá el ejecutante presentar junto al escrito de demanda, por considerarlos útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y porque puedan contener datos de interés para el correcto despacho de la ejecución, pero con la especialidad de que no se trata de documentos cuya presentación o no vaya a condicionar el despacho de la ejecución por parte del juez.

Entre dichos documentos se encuentran los justificantes de las partidas de cargo y abono en los casos de ejecución por saldo de cuenta, regulado en el artículo 573.2 LEC, y los que acrediten una previsión para intereses y costas superior al límite del 30%, detallado en el artículo 575.1.2 LEC.

En cuanto a las consecuencias que pueden derivarse de la falta de presentación junto a la demanda ejecutiva de los documentos considerados *preceptivos*, no se prevé en la LEC una consecuencia de carácter general, salvo en los casos de ejecución por saldo de cuenta e intereses variables, al determinar el artículo 575.3 LEC que “...no se despachará ejecución si, en su caso, la demanda ejecutiva no expresase los cálculos a que se refieren los artículos anteriores o a ella no se

⁵³ PRIETO FERNANDEZ-LAYOS, J.M., Eficacia del poder notarial para pleitos presentado después de solicitar el otorgamiento de representación apud acta, BDF, nº 125, 2012, p. 2 y ss.

⁵⁴ Sobre los efectos de la falta de aportación del justificante de abono de la tasa judicial, en virtud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, con la interposición de la demanda ejecutiva, establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, en su artículo 8.2, un plazo de subsanación de 10 días, transcurrido el cual sin que se haya subsanado dicho falta “dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda”.

acompañasen los documentos que estos preceptos exigen", norma ésta que, ha sido objeto de distintas interpretaciones doctrinales⁵⁵.

Para finalizar, y respecto a las copias, dado que el proceso ejecutivo se desarrolla de forma eminentemente escrita, junto a la demanda se presentarán copias de la misma y de los documentos que con ella se hubieran aportado, si bien nada prescribe el artículo 550 LEC sobre el número de copias que deben aportarse junto a dicha demanda y los documentos que la acompañan, vacío legal éste que también ha sido interpretado de diversos modos por la doctrina⁵⁶.

9. Despacho de la ejecución.

Una vez presentada la demanda ejecutiva, y examinada la misma y los documentos que la acompañan por el órgano judicial, éste resolverá inmediatamente a través de Auto, decretando o no el despacho de la ejecución.

Caso de que el juez ordene el despacho de la ejecución, lo hará a través de Auto, lo que supone que se admite a trámite la demanda ejecutiva y se da, por tanto, inicio al proceso ejecutivo, con la especialidad de que la decisión del tribunal sobre el despacho de la ejecución se produce sin oír previamente⁵⁷ a las personas frente a las que se dirige la demanda ejecutiva, si bien, antes de que el tribunal resuelva deberá comprobar los extremos contenidos en el artículo 551 LEC, esto es:

- la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, es decir, jurisdicción, competencia, cumplimiento por el ejecutante de los requisitos necesarios para poder actuar válidamente en juicio, abono de la tasa judicial, y aportación de ciertos documentos preceptivos.

- que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal, aspecto relevante en los títulos extrajudiciales, tanto en lo que se refiere a los requisitos

⁵⁵ CORDÓN MORENO, El proceso....., Ob. cit., p. 146, ha manifestado que *"la sanción prevista en el artículo 575.3 LEC (denegación del despacho de la ejecución) debe entenderse de aplicación general, ya que la no aportación documental supone la no concurrencia de los requisitos que justifican esa medida según el artículo 552 LEC"*. Sin embargo, autores como MONTERO AROCA y FLORS MATÍES⁵⁵, El Proceso de....., Ob. cit., p. 393, sitúan la problemática en el hecho de determinar si los documentos que se obvian al presentar la demanda tienen la consideración de defecto subsanable o no, concretando que tienen tal carácter: *"1) La acreditación de la representación y de la legitimación del ejecutante y del ejecutado, cuando no consten en el título mismo; 2) La de los requisitos relativos a la liquidez y correcta liquidación de la deuda; y 3) La de haberse notificado oportunamente al deudor o fiador la cantidad exigible"*.

⁵⁶ MONTERO AROCA, y FLORS MATÍES, El proceso....., Ob. cit., p. 392, que en aplicación del artículo 273 LEC, afirman que *"del escrito de demanda y de todos los documentos que se aporten con ella, deberán acompañarse tantas copias cuantas sean las personas frente a las que se solicite el despacho de la ejecución"*. ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal....., Ob., cit., p. 734, al defender que ante la falta de aportación de las copias hay que darle el tratamiento que se prescribe en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 275.2, es decir, que se tendrán por no aportados *"a todos los efectos"*.

⁵⁷ REVILLA GONZALEZ, J.A., Comentario a la Ley 1/2000.....Ob. cit., p. 8.

formales como a los de contenido. En este sentido, para que se despache ejecución en base a la póliza de préstamo mercantil intervenida por fedatario público, la cantidad fijada en la póliza debe ser líquida, de conformidad con el artículo 572.1 LEC, o bien, que resulte de la liquidación que efectúe “*el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo*”, según el artículo 572.2 LEC, si bien, en este caso, la ley exige la previa notificación del saldo al deudor.

- que dicha cuantía exceda de 300 euros, como regula el artículo 520 de la LEC. En este punto, conviene especificar que dicha cantidad puede corresponder a un título o a la acumulación⁵⁸ de varios títulos, líquidos, vencidos y exigibles, a la vez que también puede resultar de lo debido de forma efectiva aunque haya pagos parciales de un título emitido por cuantía superior, y con la particularidad, que en aplicación del artículo 575 LEC, dicha cuantía puede obtenerse sumando al principal los intereses ordinarios y moratorios vencidos, si bien, cuando se ejecuten intereses variables, establece el artículo 574 LEC que en la demanda habrá que especificar las operaciones de cálculo que fijan la cantidad determinada en virtud de la cual se despachará la ejecución.

- que la tutela ejecutiva que se pretende es conforme con la naturaleza y contenido del título, de conformidad con lo establecido en el artículo 551 LEC.

Si por el contrario el juez, una vez que ha examinado los requisitos y presupuestos exigibles legalmente comprueba que no concurren aquellos, denegará el despacho de ejecución mediante Auto, tal y como establece el artículo 552 LEC, si bien antes de denegar el despacho de la ejecución, el tribunal dará trámite al ejecutante para subsanar los defectos que sean subsanables en los términos previstos en el artículo 231 LEC.

El Auto de denegación del despacho de la ejecución es recurrible, pudiendo optar el ejecutante por dos vías, la primera, puede apelar directamente, y la segunda, recurriendo en reposición y en caso de desestimación, en apelación, si bien, en cualquier caso, los recursos se sustancian únicamente con el acreedor ya que el deudor no interviene en el procedimiento hasta que no se haya despachado la ejecución, conforme al artículo 552.2 LEC.

Una vez firme el Auto denegando el despacho de ejecución, el acreedor no verá finalizadas sus posibilidades de defensa y consiguiente posibilidad de reclamar la cantidad que se le adeude, ya que puede hacer valer sus derechos en el proceso declarativo ordinario correspondiente.

⁵⁸ DE LA ROCHA GARCIA, E., La ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Comares, Granada, 2001, p. 7.

10. Auto por el que se despacha ejecución. Contenido y notificación.

Una vez admitida a trámite la demanda, el juez mediante Auto se pronunciará en uno de los siguientes sentidos: bien acordará que no se despache ejecución por considerarse incompetente para ello, de conformidad con el artículo 546.1 LEC, o por no concurrir los requisitos y presupuestos a los que alude el artículo 552 LEC; o bien, acordará el despacho de ejecución frente al deudor aplicando el contenido del artículo 553 LEC.

Si el Juez se abstiene de dictar Auto despachando ejecución ante la falta de jurisdicción y competencia, indicará al ejecutante el tribunal ante el cual puede ejercer su derecho, conforme determina el artículo 546 LEC.

En cambio, si realmente fuese competente el tribunal ante el cual se interpone la demanda ejecutiva, pero éste considera que no concurren los presupuestos y requisitos para despachar ejecución, denegará, mediante Auto, total o parcialmente⁵⁹, el despacho de la ejecución, atendiendo a lo prescrito en el artículo 552.1 LEC. En este caso, es preciso puntualizar que antes de denegar dicho despacho, debe conceder plazo al ejecutante para que pueda subsanar aquellos defectos que puedan serlo, de conformidad con el artículo 231 LEC. Además, cabe la posibilidad de que el Juez deniegue totalmente el despacho de la ejecución, o en su caso, lo deniegue de forma parcial.

Por el contrario, una vez que el juez ha examinado la competencia y la jurisdicción, y ha comprobado que concurren los requisitos y presupuestos a los que alude el artículo 551.1 LEC, dictará resolución por la que se acuerde la incoación del proceso ejecutivo.

Dicha resolución, que reviste la forma de Auto, y como tal ha de motivarse, deberá enumerar los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos en los que se fundamenta, además de contener las exigencias previstas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 208 LEC.

En virtud de lo expuesto, y en aplicación del artículo 551.1 LEC, el Auto que decreta el despacho de ejecución ha de establecer el ámbito subjetivo y objetivo de la ejecución, al mismo tiempo que debe precisar las medidas conformes al inicio de la actividad ejecutiva debiendo ser acordes a la propia naturaleza y contenido del título.

El contenido del Auto que autoriza y despacha ejecución debe contener los extremos que a continuación señalo, según lo preceptuado en el artículo 551.2 LEC:

⁵⁹ Téngase en cuenta que se despachará parcialmente la ejecución cuando no se ejercite frente a todos los deudores, fiadores, entre otros, frente a los que se dirige la demanda ejecutiva. Se habla también de despacho parcial cuando no se despache ejecución por el total del importe reclamado, y en última instancia, en los casos en los que se deniegue cualesquiera de las actuaciones ejecutivas que se hayan solicitado.

1º- Determinación de la persona a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona contra quien se despacha, en aplicación del artículo 551.2.1º LEC, precisando además, los elementos subjetivos de la ejecución, es decir, identificando a la persona⁶⁰ que solicita la ejecución y frente a la que se solicita.

Cuando sean varios los deudores o fiadores frente a los que se dirige la ejecución se determinará si se despacha en forma mancomunada o solidaria, a fin de no incumplir lo indicado en el artículo 551.2.2º LEC, si bien, es importante aclarar que en los supuestos en los que no se especifique en la citada forma, se aplicará la regla general establecida en el artículo 1.137 del CC, por el cual la concurrencia de dos o más acreedores o deudores en una misma obligación, no implica que cada uno de ellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos debe prestar íntegramente el cumplimiento de la obligación, solamente habrá lugar a ello cuando expresamente se determine con el carácter de solidaria, por lo que opera la presunción de mancomunidad.

2º- Dependiendo de que el contenido de la ejecución trate de una ejecución dineraria o no dineraria, es necesario advertir que en el caso de la primera, la ley exige que se determine, por todos los conceptos, la cantidad por la que se despacha la ejecución.

En efecto, la indicada cantidad se corresponderá con aquella que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, sin perjuicio de que, además, pueda despachar ejecución por la cantidad que resulte de la suma de los conceptos señalados incrementada por los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución, y las costas de ésta.

La cantidad prevista para estos dos últimos conceptos, es decir, intereses devengados durante la ejecución y costas, se fijará provisionalmente y no podrá superar en ningún caso el 30% de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de que puede efectuarse una liquidación posterior, salvo en aquellos supuestos en los que el acreedor justifique que los intereses que puedan devengarse durante la ejecución más las costas originadas por ésta superen el límite indicado, en base a la previsible duración y al tipo de interés que se aplique, lo que conllevará que la cantidad presupuestada pueda exceder del límite señalado, de acuerdo con el artículo 575 1.2 LEC.

⁶⁰ La reforma operada por la Ley 13/2009 no solo ha cambiado la numeración de los artículos, anteriormente el contenido del auto se regulaba en el art.553 LEC, sino que ha permitido distinguir la figura del ejecutante. La anterior redacción omitía la condición de ejecutante, hablaba exclusivamente de la identificación del ejecutado, hecho que puede deberse a que dicha condición aparece en el título, si bien, no siempre es así, en ocasiones es necesario identificar al ejecutante porque no consta en el título ejecutivo. Circunstancia de la que se hace eco la Ley, así se exige de forma expresa, que se identifique la persona a cuyo favor se despacha la ejecución (artículo 551.2.1º LEC).

En estos casos de intereses correspondientes al proceso de ejecución y costas, que se traduce en una iliquidez de la cantidad, es de aplicación el artículo 572 LEC, por cuya virtud “*no será preciso, sin embargo, al efecto de despachar ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que puedan devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine*”.

Por otra parte, si la cantidad que consta en el título fuere en moneda extranjera, el Auto despachando ejecución recogerá esta misma cantidad, con la salvedad de que las costas y gastos, así como los intereses de demora procesal, se abonarán en la moneda nacional.

3º- Las precisiones necesarias respecto a las partes o al contenido de la ejecución, según lo establecido en el título ejecutivo, conforme a lo estipulado en el artículo 528 LEC, además de identificar a los responsables personales de la deuda o a los que ha de extenderse la ejecución, en aplicación del artículo 538 LEC.

En cuanto al asunto de la *notificación* del Auto por el que se despacha ejecución, hay que indicar que en el caso de título ejecutivos extrajudiciales la notificación se realiza a través del procedimiento general de notificaciones para las partes no personadas, regulado en el artículo 155 LEC. Se trata, pues, de un acto de comunicación que no ofrece ni impone ninguna actividad procesal al ejecutado, ciñéndose exclusivamente a poner en conocimiento de éste que la ejecución se ha iniciado.

Obsérvese, que en dicha comunicación el ejecutado no es citado ni emplazado para personarse en las actuaciones de ejecución, simplemente se le notifican las correspondientes resoluciones para que en cualquier momento pueda personarse, por lo que el ejecutado no está obligado a personarse en un término, ya que no nos encontramos ante una citación, ni ha hacerlo en un plazo, porque tampoco es un emplazamiento, y la consecuencia de ello estriba en el hecho de que si no se persona en el procedimiento no ha lugar a declararlo en rebeldía.

Respecto a los *recursos*, una vez despachada la ejecución por el juez, la ley impide expresamente la posibilidad de interponer recurso alguno contra el Auto que autoriza y acuerda el despacho, haciéndolo íntegramente irrecurrible, si bien el legislador otorga al ejecutado la facultad de que pueda oponerse a la ejecución en el plazo de diez días.

La ausencia de recursos se justifica, entiendo, por la aplicación inmediata de las medidas, tal y como establecen los artículos 553 y 554 LEC. Si se admitiera recurso de reposición contra el Auto despachando ejecución, dichas medidas no se podrían llevar a efecto con el carácter de inmediatez que define la propia LEC.

En cambio, contra el Auto que deniegue el despacho de la ejecución podrá interponer el ejecutante recurso de apelación directamente, sin perjuicio de recurrir

potestativamente en reposición con carácter previo, atendido a lo preceptuado en el artículo 552.2 LEC. Si optase el ejecutante por recurrir en reposición, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 451 a 454 LEC, en los que se regula la posibilidad de plantear recurso de reposición frente al Auto no definitivo dictado por el tribunal, haciéndose constar que su interposición no causará la suspensión del Auto recurrido.

El ejecutante dispone de un plazo de cinco días hábiles desde la notificación del Auto para la presentación de aquél, y debe poner de manifiesto la infracción en la que a su juicio ha incurrido el tribunal.

La resolución que recaiga como consecuencia del recurso de reposición adoptará la forma de Auto, contra el que no cabrá recurso alguno, sin perjuicio, del recurso de apelación que el ejecutante puede interponer frente al Auto denegatorio del despacho de ejecución, a cuyo efecto, previamente a que el ejecutante interponga el citado recurso de apelación, deberá abonar las tasas correspondientes para el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Dicho recurso de apelación, que al igual que el de reposición se sustancia únicamente con el ejecutante, puede presentarse por éste en un plazo de veinte días hábiles a contar desde el día en el que se produzca la notificación del Auto, debiendo expresar en el indicado recurso los argumentos en los que se basa su impugnación, la resolución objeto de apelación y las decisiones del tribunal que se impugnan, pudiendo el ejecutante, en este último caso, impugnar todos o algunos de los pronunciamientos.

Finalmente, hay que indicar que frente al Decreto dictado por el Secretario judicial cabrá interponer recurso directo de revisión ante el juez que hubiera dictado la orden general de ejecución. Dicho recurso carece de efectos suspensivos, lo que supone que el Decreto causará sus efectos con independencia de la interposición de aquél, como se desprende del contenido de los apartados 4 y 5 del artículo 551 LEC.

11. Medidas inmediatas tras el Auto de despacho de la ejecución.

Antes de las modificaciones que la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha introducido en la LEC, se preveía la posibilidad de que el juez adoptara en el propio Auto de despacho de la ejecución, determinadas medidas ejecutivas concretas, dirigidas a acelerar y a facilitar el desarrollo eficaz de la ejecución. Tras la reforma introducida por dicha ley, se atribuye al Secretario judicial, y no al juez, la competencia para decretar, inmediatamente después de que éste despache la ejecución, la adopción de esas medidas ejecutivas concretas.

En este sentido, lo que hasta la citada Ley 13/2009 parecía incluido en una sola resolución, esto es, despacho u orden general de ejecución y la adopción de medidas ejecutivas concretas, en adelante se culminará en las dos resoluciones siguientes:

- despacho de la ejecución, a cargo del juez, que reviste la forma de Auto, y
- posterior adopción de medidas ejecutivas concretas, a cargo del Secretario judicial, mediante Decreto.

Tras esta reforma, se establece que una vez dictado el Auto por el juez, el Secretario judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente hábil, dictará Decreto en el que se contendrán *las medidas ejecutivas concretas que resulten procedentes, incluyendo el embargo de bienes y las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la LEC, así como el requerimiento de pago que deba hacerse al deudor en casos que lo establezca la ley.*

En efecto, dichas medidas ejecutivas, conforme al artículo 551.3.1º LEC, pueden adoptarse en el propio Decreto, anticipando por tanto la traba al momento del inicio de la ejecución, si bien, para que pueda practicarse dicho embargo es indispensable que el mismo pueda efectuarse sin necesidad de requerir al ejecutado.

En este sentido, en el caso de las pólizas de préstamo mercantil intervenidas por fedatario público, es clara la exigencia de requerimiento de pago, por lo que no será posible practicar dicho embargo de inmediato, salvo que invocada y justificada por el ejecutante la excepción a esta norma sea atendida por el Secretario judicial, en aplicación del artículo 554.2 LEC.

En la práctica, las diligencias ordenadas por el Secretario judicial desde el momento en el que se despacha ejecución se llevan a cabo de forma telemática, tanto en la investigación de bienes, como en los propios embargos, los cuales, se realizan particularmente mediante la utilización de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales sobre las cantidades que la Administración Tributaria tiene que devolver, lo que supone que estos embargos se ejecutan directamente y de forma inmediata.

Generalmente, el embargo es la medida más utilizada para asegurar las responsabilidades exigidas al deudor, y conforme al artículo 587 LEC, el embargo se entenderá hecho en dos momentos distintos, es decir, *“desde que se decrete por el Secretario judicial o desde que se reseñe la descripción de un bien en el acta de la correspondiente diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba”.*

Respecto a los bienes objeto de embargo, recae sobre el Secretario la decisión de determinar los mismos, para lo que seleccionará del patrimonio del deudor los que han de quedar afectados a la ejecución, dado que la ley habla de *“embargo de bienes suficientes a cubrir la cantidad por que se haya despachado ejecución y las costas”*, no permitiéndose, por tanto, que se embarguen bienes indistintamente, estableciendo un límite que no podrá exceder *“de la cantidad por la que se haya despachado ejecución”*.

Para cumplir con las expresadas exigencias establecidas en la ley, el Secretario judicial velará de oficio por la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) que el bien designado por el ejecutante, o en su caso, por el ejecutado, tenga contenido patrimonial, sea alienable y no haya sido declarado inembargable, según lo establecido en los artículos 605 y 609 LEC.

b) que con la traba de ese bien no se vulnere el orden de prelación prescrito en el artículo 592 LEC, y

c) que puedan localizarse otros bienes del ejecutado, para lo que el Secretario se ayudará de determinados detalles que le permitan reconocer el bien perteneciente al ejecutado, de conformidad con el artículo 593.1 LEC.

No debe descuidarse la función que tiene el embargo en el proceso de ejecución, que no es otra, en nuestra opinión, que fijar los bienes concretos del patrimonio del deudor sobre los que se va a hacer efectiva la ejecución, lo que interesa tanto al ejecutante, al ejecutado y a aquellos terceros interesados en adquirir bienes concernientes al ejecutado. Por eso, la ley arbitra mecanismos para que el embargo se lleve a cabo sobre bienes efectivos, debiendo declararse, caso de producirse, la nulidad del embargo indeterminado en aplicación de artículo 588 LEC, al disponer que “*será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste*”.

De ello se deriva que la regla general es la inembargabilidad de bienes futuros, sin embargo, la ley prevé determinadas excepciones a la regla general, como sucede en el artículo 588.2 LEC (“*embargo de los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito*”), Esto supone que el embargo afecta a los derechos que existen en el momento de ordenarse la traba pero también a aquellos derechos que todavía no existen, como son los aumentos de saldo que puedan producirse con posterioridad hasta el límite señalado, de tal manera que una vez embargada la cuenta y resultando insuficiente el saldo, se podrá acordar que tan pronto como se produzca un abono en la cuenta bancaria del deudor, dicho importe quede afectado a la ejecución, sin necesidad de reiterar nuevos embargos sobre la misma cuenta.

Respecto a las *medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado*, la LEC a través de sus artículos 589 y 590 LEC, dispone que para aquellos supuestos en los que no sea necesario practicar el requerimiento de pago al ejecutado, estas medidas serán ejecutivas con carácter inmediato, sin audiencia del ejecutado y sin necesidad de esperar a que se le notifique el Decreto del Secretario judicial.

Ahora bien, los títulos extrajudiciales precisan que se requiera previamente de pago al ejecutado, por tanto, la regla general es que las citadas medidas son

ejecutivas después del requerimiento. Sin embargo, la ley contempla una excepción frente a la necesidad de requerir de pago al ejecutado en los juicios ejecutivos fundados en títulos extrajudiciales, estableciendo que las medidas de averiguación y localización se podrán llevar a efecto de inmediato, sin oír previamente al ejecutado ni esperar a la notificación del Auto despachando ejecución o al Decreto, cuando así lo solicitase el ejecutante, justificando, a juicio del Secretario judicial como responsable de la ejecución, que cualquier demora en la localización e investigación de bienes podría frustrar el buen fin de la ejecución, en los términos del artículo 554.2 LEC.

En cuanto a las medidas contempladas en los artículos 589 y 590 LEC, se establece que salvo los supuestos en los que el ejecutante haya designado bienes suficientes, será el Secretario el que requiera al ejecutado para que manifieste una relación de bienes o derechos suficientes para hacer frente a la ejecución despachada contra él.

Dicho artículo 589 LEC, determina que el Secretario judicial requerirá al ejecutado “*mediante diligencia de ordenación*”, lo que se traduce en dictar una resolución de tramitación, equiparada a las Providencias de mero trámite, es decir, se emiten como diligencias consistentes en requerir⁶¹ al ejecutado para que manifieste los bienes o derechos de los que es titular, determinando las cargas o gravámenes que los mismos pudieran padecer.

Asimismo, si los bienes designados por el ejecutante en la demanda ejecutiva no son suficientes para cubrir la deuda contraída por el ejecutado, el Secretario judicial debe ordenar que se expidan los correspondientes oficios y requerimientos, a entidades financieras, organismos y registros públicos, con el fin que faciliten la relación de bienes y derechos del ejecutado de los que tengan constancia, exponiendo las razones por las que se solicitan y siempre que dichos datos no puedan ser obtenidos por el ejecutante, así se determina en el artículo 590 LEC.

Por último, hay que señalar que actualmente los juzgados, para la averiguación del patrimonio del ejecutado se sirven de los siguientes medios:

- La Agencia Estatal de Administración tributaria, con facultades para localizar las distintas posiciones que el ejecutado pudiera tener abiertas en entidades de crédito, así como para comprobar declaraciones por IRPF, transmisión y adquisición de bienes muebles e inmuebles, entre otras.

⁶¹ Con la reforma operada por la Ley 13/2009, se atribuye al Secretario judicial la facultad de imponer multas al ejecutado cuando no cumpla debidamente con el requerimiento efectuado, la forma elegida para sancionar al aquél será de la decreto. Asimismo, el propio artículo 589 LEC «in fine» determina la viabilidad de interponer recurso de revisión ante el Tribunal que está conociendo el procedimiento, teniendo en cuenta que su presentación no suspenderá el curso de las actuaciones.

- Catastro.

- Tesorería General de la Seguridad Social, que permite conocer si el ejecutado es asalariado por cuenta ajena, si es autónomo, o si percibe alguna prestación de la Seguridad Social.

- El Instituto Nacional de Empleo, a fin de saber si el ejecutado percibe subsidio y en qué cuantía, y

- La Dirección General de Tráfico, mediante la averiguación de vehículos matriculados a nombre del ejecutado.

En relación al contenido del *requerimiento de pago* que deberá hacerse al deudor, el Decreto sobre las medidas ejecutivas debe pronunciarse sobre la procedencia o no de requerir de pago al ejecutado tratándose de una ejecución dineraria, conforme al artículo 581 LEC, que establece que será necesario el requerimiento de pago al deudor para proceder al embargo de sus bienes, tratándose de títulos extrajudiciales.

De prestarse atención a que dicho requerimiento constituye el último intento de que el deudor pague voluntariamente, por lo que si el ejecutado no lo hace en el acto se procede a la notificación del Auto despachando ejecución.

Por el contrario, ese no será necesario cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado Acta Notarial de requerimiento de pago al deudor con al menos diez días de antelación a la interposición de aquella, de conformidad con lo previsto en el artículo 581.2 LEC, lo que supone que al Auto que despacha la ejecución, o al Decreto del Secretario judicial, le siga la notificación del mismo, y a continuación las medidas de localización y averiguación de los bienes del deudor.

La exigencia, en cuanto a títulos extrajudiciales se refiere, de un requerimiento de pago al ejecutado previo al embargo de los bienes o a la localización de los mismos, responde a la posibilidad de evitar, mediante la satisfacción de su deuda, el proceso ejecutivo, dada la ausencia sobre todo de un procedimiento anterior en el que el mismo pudiera intervenir o ante la falta de notificación de una resolución firme de condena. A tal efecto, prescribe la ley la notificación conjunta al ejecutado, o procurador que le represente, del Decreto por el que se le requiere de pago y el Auto de juez por el que se despacha ejecución, junto con una copia de la demanda ejecutiva.

Finalmente, es necesario indicar que frente al Decreto dictado por el Secretario judicial cabrá interponer recurso directo de revisión ante el juez que hubiera dictado la orden general de ejecución, sin que la interposición del recurso tenga efectos suspensivos con respecto a la resolución recurrida, conforme a los apartados 4 y 5 del artículo 551 LEC.

12. Oposición a la ejecución.

A. Introducción.

Una vez despachada la ejecución, la misma se le notifica al ejecutado con el fin de que pueda personarse en el procedimiento y se oponga a la ejecución, si así lo entiende oportuno. Establece la LEC, además, que al mismo tiempo de despacharse ejecución, se le notificará el Decreto del Secretario judicial mediante el que se hubieran acordado las medidas ejecutivas concretas, al que deberá acompañarse una copia de la demanda ejecutiva y de los documentos que se acompañan con dicha demanda.

Una vez practicada la notificación, el ejecutado puede adoptar diversas posturas, así puede no personarse, o en su caso, puede personarse y no oponerse, y finalmente puede personarse y oponerse a la ejecución despachada. Si el ejecutado decide oponerse a la ejecución, se abre un incidente declarativo dentro del proceso de ejecución, denominado “*incidente de oposición a la ejecución*”.

En los supuestos en los que el deudor no se opone a la ejecución, con independencia que se haya o no personado, puede dar cumplimiento voluntario a las obligaciones cuya ejecución se ha acordado en el Auto, lo que resulta favorable para el ejecutado, como sucede en el caso de la ejecución dineraria, donde el pago efectuado por él mismo evita los gastos que produce la tramitación del proceso de ejecución. Al respecto, el artículo 583 LEC establece que si el ejecutado pagase en el acto del requerimiento o antes del despacho de ejecución, el Secretario judicial pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del ejecutante, con entrega del justificante de pago, siendo de su cargo las costas causadas, salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución.

El apartado XVII de la Exposición de Motivos de la LEC, proclama que “*el incidente de oposición a la ejecución previsto en la ley es común a todas las ejecuciones, con la única excepción de las que tengan por finalidad exclusiva la realización de una garantía real, que tienen su régimen especial. La oposición se sustancia dentro del mismo proceso de ejecución y solo puede fundamentarse en motivos tasados, que son diferentes según el título sea judicial o no judicial*”. Esto permite afirmar que la LEC contempla una tramitación procedimental que es común para todos los títulos, pero con diferentes causas de oposición a la ejecución, según se trate de títulos judiciales o asimilados, o extrajudiciales.

Es significativo que en el citado incidente de oposición, se produce una transformación de las posturas procesales de ambas partes: el ejecutante, que es la parte actora en el proceso de ejecución, pasa a ser la parte demandada en el incidente de oposición a la ejecución, y, a su vez, el ejecutado, que es la parte demandada en el

proceso de ejecución, se convierte en la parte actora en el incidente de oposición a la ejecución.

En cuanto al plazo para que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución, aquel será de diez días contados a partir del día siguiente a la notificación del Auto por el que se despacha ejecución, de conformidad con los artículos 556 y 557 LEC, este último específico para los títulos no judiciales ni arbitrales.

Dicha oposición se formulará siempre por escrito, ajustándose a los requisitos que prescribe la ley para la demanda, en aplicación del artículo 399 LEC, y si fuesen varios los ejecutados, o fiador, en su caso, el plazo será personal para cada uno de ellos.

En el caso de que el ejecutado formule oposición, ésta puede basarse en *motivos procesales*, regulados en el artículo 559 LEC, o en *motivos de fondo*, previstos en los artículos 556 a 558 LEC, o bien podrá acumular tanto las causas procesales como los motivos de fondo, recayendo sobre él la carga de alegar y probar los hechos en que se fundamenta, debiendo aportar todos los documentos procesales y de fondo, de conformidad con lo establecido en los artículos 264 y 265 LEC, pudiendo además, el ejecutado, proponer la práctica de otros medios de prueba y solicitar la celebración de vista en la substanciación de la oposición por motivos de fondo.

Para concluir la presente introducción, conviene apuntar que en los supuestos en los que el ejecutado se opone a la ejecución alegando causas procesales y motivos de fondo, las mismas deben resolverse, necesariamente, a través de la correspondiente resolución judicial, si bien la LEC guarda silencio sobre el orden temporal para dictar cada una de citadas causas de oposición, cuestión ésta que en ocasiones ha sido resuelta haciendo uso de valoraciones doctrinales⁶².

B. Concepto de oposición a la ejecución.

La oposición a la ejecución regulada en la LEC, se presenta como un medio de defensa para el ejecutado frente al despacho de la ejecución, basado en *causas de naturaleza procesal* o en *motivos de fondo*, todos ellos tasados en la ley, de tal forma que la oposición fundada en causas procesales se prevé con carácter general para el proceso ejecutivo, sin ningún tipo de distinciones atendiendo a la naturaleza del título, con independencia, por tanto, de si ejecutamos un título judicial o extrajudicial, como resulta del contenido del artículo 559 LEC.

⁶² ROBLES GARZON, J.A, Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil, 3ª Edición, Madrid, 2012, p. 583, al manifestar que “*aunque se formulen conjuntamente, primero se resolverá la oposición por motivos procesales y, una vez resuelta (siempre que tales defectos procesales hayan sido subsanados o bien hayan sido desestimados), se entrará a resolver sobre la oposición por motivos de fondo*”.

En cambio, la oposición basada en motivos de fondo o de carácter material prevé unas causas de oposición diferentes según que el título ante el que nos encontremos sea judicial o no, como se desprende del artículo 557 LEC.

En cuanto a la delimitación del concepto de oposición a la ejecución, conviene remitirse a la doctrina para su conocimiento, y en particular, porque entiendo que recoge el verdadero fin que persigue el ejecutado con la presentación de dicho incidente, a la definición que proporcionan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES⁶³, a cuyo juicio *“la oposición a la ejecución es el medio de defensa que se ofrece al ejecutado para combatir la ejecución despachada frente a él, y puede tener por fundamento la existencia de vicios o anomalías que afecten a sus presupuestos o a su licitud, o estar basada en la concurrencia de determinados hechos que afectan a la esencia misma de lo que constituye su objeto, de modo que su prosecución carezca de sentido. De lo dicho se desprende que tales causas pueden consistir en defectos procesales o en motivos de fondo”*.

C. Oposición a la ejecución por defectos procesales.

La oposición a la ejecución por defectos procesales viene recogida en el artículo 559 LEC, cuyo contenido ha sido analizada por la doctrina (ORTELLS RAMOS y MARTÍN PASTOR⁶⁴). A su juicio, nos encontramos con *“cuestiones que ya debió examinar el órgano jurisdiccional para despachar ejecución, pero solo se podrán alegar defectos procesales relativos al título ejecutivo o a la ejecución, pero no cuestiones procesales anteriores a la constitución del título ejecutivo o al despacho de la ejecución, que debieron hacerse valer en el proceso o procedimiento correspondiente”*.

En ese sentido, en los casos en los que el órgano jurisdiccional no pueda advertir la existencia de algún defecto relativo a los presupuestos y requisitos procesales del proceso ejecutivo, o en aquellos casos en los que tales defectos no se deriven de la demanda, o no existían, y por tanto, no podían conocerse, el ejecutado podrá formular oposición a la ejecución, en base a las causas previstas en el artículo 559 LEC, relativas a:

- **Carecer el ejecutado del carácter o de la representación con que se le demanda.** Este presupuesto ha sido criticado por la doctrina⁶⁵ por su falta de precisión en el término, ya que cuando el artículo 559 de la LEC introduce la redacción referida a *“carecer el ejecutado del carácter con el que se le demanda”*, se pudiera estar haciendo referencia al hecho de que el ejecutado carezca de legitimación pasiva.

⁶³ El proceso de, Ob. cit., p. 487.

⁶⁴ Comentarios al artículo 559, Proceso Civil Práctico, Tomo VII, Madrid, 2005, p. 421.

⁶⁵ CORDÓN MORENO, F., El procesoOb. cit., p. 159. LAFUENTE TORRALBA, A.J., La oposición a la ejecución, Civitas, Madrid, 2009, p. 117; ORTELLS RAMOS Y MARTÍN PASTOR, Comentarios al.....Ob., cit., p. 422.

La doctrina mayoritaria entiende la referencia del artículo 559 LEC como sinónimo de legitimación, por lo que, así entendido el precepto, el ejecutado podrá alegar como motivo de oposición a la ejecución la falta de legitimación pasiva.

No obstante, la cuestión expuesta no es pacífica ya que del propio precepto se deduce que estamos ante causas de oposición de naturaleza procesal, por lo que también podría defenderse, en nuestra opinión, que la falta de legitimación estaría encuadrada dentro de los motivos de fondo y no de carácter procesal, tal y como también parece apoyar la jurisprudencia⁶⁶.

Al amparo de este motivo de oposición, el ejecutado podrá oponerse por no encontrarse él dentro de los supuestos del artículo 538 LEC, los cuales, a nuestro juicio, atribuyen la legitimación pasiva en este proceso de ejecución, opinión ésta que parece compartir CORDÓN MORENO⁶⁷, al señalar que en el artículo 538 LEC “*no se contemplan los supuestos de falta de legitimación estricta*”, pero, continua diciendo que “*a falta de previsión legal, deben entenderse incluidos en el motivo*”.

No obstante, en el asunto de los citados supuestos de legitimación pasiva, debe actuarse siempre con mucha cautela porque en ocasiones sucede que en la demanda figura como deudor el que suscribió el título ejecutivo, cuando realmente el crédito objeto de la deuda ha sido transmitido⁶⁸.

Por otro lado, el precepto hace referencia al hecho de que el ejecutado carezca de la “*representación con que se le demanda*”, lo que en opinión de FLORS MATÍES⁶⁹ viene a manifestarse como un motivo que recoge “*una reiteración innecesaria de la falta de legitimación que se realiza además con una expresión inadecuada*”, ya que, como efectivamente manifiesta otro sector doctrinal,⁷⁰ se refiere a aquellos casos en los que erróneamente se atribuye la condición de representante a una persona que nunca lo ha sido o ya no lo es, esto es, cuando el representante carece de la

⁶⁶ AAP de Asturias, Sección 4ª, de 4 abril de 2003, Fundamento de Derecho segundo: “el término carácter debe entenderse *“aplicable fundamentalmente a la sucesión procesal, hoy regulada con carácter general en los arts.16 a 18 LEC y, específicamente para la ejecución, en el art.540...pues la legitimación es una cuestión atinente al fondo del asunto que debe tramitarse y resolverse de conformidad con lo establecido en los arts. 560 y 561 LEC”*. En el mismo sentido se pronunció el AAP de Cádiz, Sección 6ª, de 28 julio 2005, Fundamento de Derecho segundo: “*la legitimación, en cuanto titularidad de la situación jurídica controvertida, constituye un presupuesto de fondo de la acción, es decir, del derecho a obtener la tutela efectiva por medio de una resolución con un contenido concreto, no constituyendo, en puridad, excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso conceptos distintos del “carácter” (en los casos de sucesión) o “representación” con que se le demanda en el proceso de ejecución, a que se refiere el indicado precepto como causa de oposición*”.

⁶⁷ CORDÓN MORENO, F., El proceso, Ob., cit., p. 159.

⁶⁸ En ese sentido, véanse los artículos 1.523 y ss del CC; que tratan de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales.

⁶⁹ El proceso civil, Volumen VI, Libro III, Valencia, 2001, p. 4785.

⁷⁰ ACHÓN BRUÑÉN, M.J., La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles, Valencia, 2002, p. 64; LAFUENTE TORRALBA, A.J., La Oposición, Ob., cit., p. 125; ORTELLS RAMOS, M. y MARTÍN PASTOR, J., Comentarios.....Ob., cit. p. 429.

representación que se le atribuye, y en especial, si se tiene en cuenta que la demanda ejecutiva no se dirige frente el representante sino frente al representado.

- Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

En la práctica este motivo se traduce en los tres siguientes extremos.

En primer lugar, en la fundamentación de la falta de capacidad para ser parte del ejecutante, al no estar incluido dentro de la enumeración de personas o entes que recoge el artículo 6 LEC, así como en la falta de capacidad procesal del ejecutante, porque carezca del pleno goce de sus derechos civiles y pretenda comparecer por sí mismo, sin la debida representación.

En segundo lugar, la falta de capacidad de postulación o de representación procesal, según los artículos 23 y ss LEC y el artículo 539 LEC, en aquellos casos en que ésta sea preceptiva, ya que de forma expresa no está prevista en ninguna otra norma.

Y en tercer lugar, el ejecutado puede alegar la falta de acreditación del carácter o representación con que demanda el ejecutante, en los supuestos de sucesión⁷¹, de incapacidad, de un “*nasciturus*”, o cuando el ejecutante es una persona jurídica o alguno de los entes sin personalidad a los que se refiere el artículo 7 LEC.

- Nulidad radical del despacho de la ejecución por (.....) no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 LEC.

En este motivo, analizaremos el hecho de que el “*documento presentado no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución*”, lo que nos sitúa ante los denominados “*defectos de carácter intrínseco*” del título ejecutivo.

De este modo, el ejecutado podrá alegar cualquier defecto siempre que el título ejecutivo carezca de los requisitos legales para despachar ejecución establecidos en el artículo 517.2.5 LEC, ya que aun teniendo el título fuerza ejecutiva pudiera suceder que el mismo no se presente correctamente acreditado o acompañado de la oportuna documentación.

Es significativo, a la vez que curioso, que sea la póliza de préstamo intervenida el título que más dificultades prácticas presenta en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos⁷² formales, si bien, y como ya indiqué en el presente capítulo, con la

⁷¹ Al respecto, véase STC, de 17 de junio de 1991, al establecer la subsanación en el caso de la falta de poder y de los documentos que acrediten la sucesión.

⁷² Es significativo el AAP de Barcelona, Sección 1ª, de 13 de diciembre de 2011, que desestimó el recurso de apelación presentado por el ejecutado ante el Auto que inadmitía su oposición por

modificación introducida en el artículo 17 LN y 250 de su Reglamento, ha desaparecido el requisito de la certificación a la que se refiere el artículo 517.2.5º LEC puesto que carece de sentido el hecho de que el Notario expida copia autorizada o testimonio del único original y además deba expedir certificación acreditativa de que esa copia o testimonio coincide con el original.

Por otra parte, y en cuanto a la segunda causa de nulidad, esto es, “*la infracción al despacharse ejecución de lo dispuesto en el artículo 520 LEC*”, se traduce, en definitiva, en el incumplimiento de los requisitos establecidos para despachar ejecución.

C.1. Efectos de la oposición por motivos procesales.

La actual LEC guarda silencio sobre los posibles efectos, de carácter suspensivo o no, que puedan derivarse de dicha oposición, lo que ha ocasionado el surgimiento de diversas opiniones en la doctrina.

Por un lado, existen autores⁷³ que consideran que el mutismo del artículo 565 LEC al establecer que “*solo se suspenderá la ejecución en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso*”, implica que no puede suspenderse el proceso ante la falta de regulación expresa.

En otro sentido, nos encontramos autores⁷⁴ que se inclinan por la aplicación de la suspensión con independencia del silencio de la ley, y que la oposición del ejecutado se funde exclusivamente por motivos procesales, o de éstos junto a los motivos de fondo.

C.2. El procedimiento de oposición fundada en defectos procesales.

En cuanto al procedimiento de oposición fundado en defectos procesales, el mismo se inicia mediante escrito del ejecutado. Ante la falta de disposición expresa que establezca un plazo para que el ejecutado formule su oposición a la ejecución basada en defectos procesales, la doctrina⁷⁵ ha considerado que dicho plazo ha de ser

motivos procesales, el cual fundaba su oposición en la aportación como título de la copia testimoniada con efectos ejecutivos expedida por el Notario autorizante de la póliza de préstamo, y la firma de los prestatarios. La Audiencia funda su desestimación en la aplicación de los preceptos 517.2.5 LEC, 17 de la Ley del Notariado y 250 del Reglamento Notarial, así como en la constancia de la firma de las prestatarios en la póliza y que las mismas no han sido objeto de impugnación.

⁷³ ORTELLS RAMOS, M. y MARTÍN PASTOR, J., Comentarios....., Ob. cit., pp. 476 a 477.

⁷⁴ ACHÓN BRUÑÉN, M.J., La oposición....., Ob., cit., p. 75. LAFUENTE TORRALBA, A.J., La oposición....., Ob., cit., pp. 184 a 185. CORDÓN MORENO, F., El procesoOb. cit., pp. 161 a 162.

⁷⁵ CORDÓN MORENO, F., El proceso....., Ob. cit., p. 160; FONTESTAD PORTALÉS, L., Conceptos básicos de derecho procesal civil, Madrid, 2012, p. 584; ORTELLS RAMOS, M., Derecho Procesal....., Ob. cit., p. 744; y SOSPEDRA NAVAS, F.J., Proceso Civil. Manuel Práctico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Navarra, 2012, p. 914.

el señalado en el artículo 556.1 LEC, esto es, dentro de los diez días siguientes a la notificación del Auto que despacha ejecución.

Posteriormente, del escrito de oposición del ejecutado se da traslado al ejecutante, quien en el plazo de cinco días, podrá formular alegaciones únicamente respecto de los defectos procesales alegados por aquél, y tras lo cual, finalizado el plazo de audiencia concedido al ejecutante, el tribunal resolverá sobre la oposición planteada, pudiendo producirse tres situaciones concretas:

1ª. Si el Tribunal considera que el defecto alegado existe y es subsanable, concederá mediante Providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo. La Providencia se limitará a expresar lo que por ella se mande, debiendo ser motivada cuando de forma expresa lo establece la ley o lo considere conveniente el Tribunal.

2ª. En el supuesto que el defecto no sea subsanable o no se subsanare en el plazo concedido, el juez dictará Auto estimando la oposición planteada y dejará sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante.

3ª. Si, en caso contrario, el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales aducidos en la oposición, dictará Auto desestimando la misma y decretando la consecución de la ejecución, con expresa imposición de costas al ejecutado.

Finalmente, y en relación a los recursos que puedan presentarse contra la resolución que resuelve el motivo de oposición por defectos procesales, procede indicar que, ante el silencio que sobre dichos recursos guarda el artículo 559 LEC, la práctica procesal viene admitiendo lo siguiente:

- Contra la resolución de desestime la oposición no cabe recurso de apelación, ya que, ni lo contempla la LEC, ni procedería conforme la normativa procesal por no encontrarnos ante una resolución judicial firme o definitiva.

- En cambio, cuando se estima la oposición, sí cabe interponer⁷⁶ recurso de apelación al tratarse de una resolución que pone fin al proceso respecto de aquélla.

⁷⁶ En este sentido se pronunció el AAP de Asturias, Sección 5ª, de 28 de febrero de 2003, Fundamento de Derecho segundo, al mantener que *“en el proceso de ejecución la regla general que se infiere de los artículos 562, 563 y 564 es la irrecorribilidad en apelación de las resoluciones judiciales dictadas en ejecución de sentencia, salvo que expresamente esté prevista, debiendo entenderse que con carácter general tanto en el proceso declarativo como de ejecución será susceptible de recurso de apelación la resolución que ponga fin a la primera instancia”*.

D. Oposición a la ejecución por motivos de fondo, y en particular, el relativo a que el título contenga cláusulas abusivas, a tenor de las SSTJUE de 14 de marzo y 30 de mayo de 2013.

La oposición a la ejecución por motivos de fondo de los títulos ejecutivos extrajudiciales, y por tanto, de las pólizas de los contratos mercantiles intervenidas por fedatario público, está prevista en el artículo 557.1 LEC, que asimismo limita dichos motivos a los siete supuestos que en el mismo se enumeran. Hay que aclarar que el último de ellos ha sido introducido por la reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó en ese sentido el artículo 557 LEC.

Es significativo el hecho de que la regulación de los motivos de oposición de fondo de los títulos extrajudiciales es más amplia que la prevista para los judiciales, lo que es debido a la circunstancia de que aquellos no gozan de las garantías judiciales⁷⁷, tal y como se desprende del expositivo XVII de la Exposición de Motivos de la actual LEC, al señalar que *“la oposición a la ejecución no es, pues, en el caso de la que se funde en títulos ejecutivos extrajudiciales, una suerte de compensación a una pretendida debilidad del título, sino una exigencia de justicia, lo mismo que la oposición a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales o arbitrales. La diferencia en cuanto a la amplitud de los motivos de oposición se basa en la existencia, o no, de un proceso anterior”*.

Asimismo, es en la indicada Exposición de Motivos donde inicialmente se recogen los motivos de fondo previstos para la oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales, al señalarse que *“la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales, se admite por las siguientes causas: pago, que se pueda acreditar documentalmente; compensación, siempre que el crédito que se oponga al del ejecutante sea líquido y resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva; pluspetición; prescripción o caducidad del derecho del ejecutante; quita, espera o pacto de no pedir, que conste documentalmente; y transacción, que conste en documento público”*. A este listado hay que añadir otra causa más, enumerada bajo el apartado 7º del artículo 557.1 LEC, referido aquel a que *“el título contenga cláusulas abusivas”*, introducida, como he señalado, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 557 LEC, la alegación de alguno de esos motivos suspenderá el curso de la ejecución. Dicha suspensión será acordada por el Secretario judicial mediante diligencia de ordenación, si bien, se establece una excepción a esta norma, cuando se alegue por el ejecutado como único motivo de oposición la pluspetición, lo que produce que no se suspenda la ejecución salvo que

⁷⁷ CORDÓN MORENO, F., El proceso, Ob. cit., p. 165.

el ejecutado ponga a disposición del tribunal la cantidad que considere debida, según lo establecido en el artículo 558 LEC.

Las causas de oposición previstas en el artículo 557 LEC son “*numerus clausus*”. Así se desprende de la literalidad del precepto (“... *el ejecutado sólo podrá oponerse a ella...*”), por lo que si el ejecutado quisiera oponer alguna causa o motivo que no estuviese contemplado por esta norma, deberá acudir para hacer valer su derecho al juicio ordinario pertinente, de conformidad con el artículo 564 LEC.

Los siete motivos de fondo recogidos en el artículo 557 LEC son los siguientes:

1º. Pago, que pueda acreditar documentalmente. Mediante el pago se satisface la obligación de entrega de dinero que es debida por el ejecutado, y en virtud de la cual el ejecutante insta el proceso ejecutivo.

La Ley exige como requisito, para que pueda oponerse válidamente el pago, que el ejecutado lo documente, restringiéndose la prueba al hecho de que el ejecutado logre acreditarlo mediante un recibo o justificante de abono y así pueda, en su caso, prosperar la oposición fundada en este motivo, debiendo especificarse que la acreditación documental no se refiere, necesariamente, a la existencia de un documento público o de cualquier otro que tenga fuerza ejecutiva, cuestión ésta que ha sido confirmada por la doctrina⁷⁸.

La oposición que formule el ejecutado puede fundarse en un pago total o parcial. Así para el supuesto que se estime la oposición por la satisfacción parcial de la obligación, la ejecución se declarará procedente respecto a la cantidad no abonada, si bien considero que debe matizarse que este motivo de oposición se refiere al pago realizado con anterioridad al despacho de la ejecución, por lo que el documento que acredite el pago debe ser anterior al citado Auto. De lo contrario, es decir, si el ejecutado ha pagado después, no cabrá oposición y sí dar por terminada la ejecución total o parcialmente, lo que será decretado por el Secretario judicial una vez satisfechos los intereses y costas, si se hubieran devengado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 583.3 LEC.

Es importante aludir a uno de los problemas que en la práctica procesal se plantean en relación con la oferta de pago que el ejecutado efectúa al ejecutante, ya que, caso de que éste rehúse recibir la prestación ofrecida por el deudor, se producirá la “*mora creditoris*”, a la que se refiere el artículo 1178.1 del CC, del que se deriva que cuando en el momento del vencimiento de la obligación, o en todo caso, con

⁷⁸ MORENO CATENA, V.M., La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales, EDJ, nº 53, 2004, p. 860: “*Bien es verdad que la ley no exige que el documento tenga el carácter de público, o que venga rodeado de especiales requisitos de fehaciencia, bastando pues cualquier medio escrito en que conste el pago, en la convicción de que en el tráfico jurídico, máxime si se trata de deudas que constan en documento con fuerza ejecutiva, todo el que paga exige un recibo u otro documento que justifique el cumplimiento de la obligación*”.

anterioridad a la demanda ejecutiva, el deudor realice el ofrecimiento de pago y este no sea aceptado por el acreedor, el deudor se liberará poniendo a disposición de la autoridad judicial las cosas debidas, acreditando su voluntad de cumplir y la resistencia del acreedor.

Finalmente, hay que señalar que el pago o satisfacción de la deuda por el ejecutado conlleva la extinción de la obligación contenida en el título.

2º. La compensación de crédito líquido que resulte de documento con fuerza ejecutiva.

La compensación se produce cuando el ejecutado y el ejecutante, por derecho propio, intervengan con carácter recíproco como acreedor y deudor, sin perjuicio, además, de que deban concurrir los siguientes requisitos:

- que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y de la misma calidad, si ésta se hubiese designado,

- que las deudas estén vencidas, que sean líquidas y exigibles, y

- que consten ambas deudas en un documento que tenga fuerza ejecutiva, es decir, que se trate de uno de los títulos que llevan aparejada ejecución detallados en el artículo 517.2.5 de la LEC.

Cumplidos dichos requisitos, previamente a que el juez admita la oposición por esta causa de compensación de crédito líquido que resulte de documento con fuerza ejecutiva, deberá comprobar que el documento en cuestión es de los que llevan aparejada ejecución, ya que de lo contrario, no deberá admitir la oposición, lo que no impide, eso sí, que el ejecutado pueda reclamar la deuda en el proceso declarativo correspondiente.

Si trasladamos el presente motivo de oposición a la suscripción de la póliza de préstamo mercantil intervenida por fedatario público, el ejecutado podría oponerse al despacho de la ejecución solicitando la compensación de créditos, si bien considero necesario aclarar que la aplicación por la entidad bancaria de la cláusula contractual para amortizar las cantidades adeudadas por el ejecutado o fiador tiene carácter facultativo, no constituyendo, en absoluto⁷⁹, una obligación para el ejecutante.

3º. Pluspetición. Este motivo de oposición a la ejecución por motivos de fondo, que viene recogido en el artículo 558 LEC, ha sido interpretado por la doctrina

⁷⁹ En el mismo sentido se manifiesta MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, El proceso....., Ob. cit., p. 651, al mantener que *“tan solo tendría eficacia respecto de las cuentas corrientes que los prestatarios tuvieron en la entidad ejecutante, pero en modo alguno procedería la compensación respecto a cuentas pertenecientes a personas o entidades que son ajenas al contrato de préstamo”*.

(ARMENDARIZ VICENTE⁸⁰), que ha sostenido que *“la pluspetición se produce únicamente en aquellos casos en los que el acreedor reclama la deuda afirmando hacerlo tal y como la misma consta en el título ejecutivo y, sin embargo, reclama una cantidad mayor que la que consta en el título”*. De ahí se desprende que puede producirse pluspetición en los numerosos supuestos en que la deuda sea líquida en sentido jurídico, pero esté necesitada de simples operaciones aritméticas de liquidación, por ejemplo, de intereses, o que se trate de un error en su realización, o porque se hayan incluido en la cantidad reclamada conceptos no debidos o plazos aún no vencidos⁸¹.

Otros (MONTERO AROCA y FLORS MATÍES⁸²), opinan que la pluspetición *“es un supuesto en el que la cantidad por la que se despachó la ejecución supera el importe de lo verdaderamente debido en ese momento, por lo que la finalidad que se persigue con su alegación es que, tras la decisión del incidente, o bien se ponga fin al proceso, si es que el ejecutado hubiere puesto a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante la cantidad que considere debida y así se estima en el auto resolutorio de la oposición, o bien que ejecución prosiga solo por la cantidad que corresponda”*.

⁸⁰ Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Valladolid, 2012, p. 924.

⁸¹ Por su parte, la jurisprudencia, ha aclarado los hechos que deben incluirse en el concepto de pluspetición. Así, el AAP de Madrid, Sección 10ª, de 15 de marzo de 2005, declaró (Fundamento de Derecho quinto): *“Por pluspetición (o su equivalente, en el caso de deudas en especie, que es el exceso en la computación a metálico), viene entendiendo la doctrina y la jurisprudencia el hecho de que el acreedor reclame el conjunto de la deuda sin tener en cuenta que una parte de ella se ha extinguido por cualquier causa (pago, quita, etc.); o también los casos en que el acreedor incluye en la deuda cantidades no debidas (por ejemplo, comisiones, intereses no devengados, etc). Entendemos, sin embargo, que este modo de concebir la pluspetición es erróneo. No se puede incluir en el concepto de pluspetición cualquier hecho que conduzca a una minoración de la deuda documentada en el título. Por esa vía se desnaturaliza el carácter tasado de las excepciones oponibles por el deudor. De modo que si la minoración de la deuda deriva de un hecho alegable como excepción (por ejemplo, el pago o la quita ya mencionados), lo lógico será hacerlo al amparo de dicha excepción, y no de la de pluspetición. Sería absurdo que, por ejemplo, por el hecho de haberse producido un pago parcial y, no obstante, reclamar el acreedor el total (inicial) de la deuda, el deudor tuviese que alegar pluspetición, en vez de pago. Por el mismo motivo, resultaría incoherente que si la extinción parcial de la obligación se ha producido en virtud de un hecho que no se encuentra entre las excepciones oponibles por el deudor, pudiera cobijarse como pluspetición. El absurdo es aún mayor si se tiene en cuenta que esa interpretación conduce a que ciertas causas de extinción de la obligación documentada en el título podrían alegarse en la oposición si fueran parciales, pero no si fueran totales. Por ello, debe entenderse que pluspetición se produce únicamente en aquellos casos en los que el acreedor reclama la deuda (incluso aunque la reclame parcialmente) afirmando hacerlo tal y como la misma consta en el título ejecutivo y, sin embargo, reclama una cantidad mayor que la que consta en el título. Sólo hay, pues, pluspetición en el sentido del artículo 557.1.3.º LEC 1/2000 si, aceptando en hipótesis que el ejecutado le debe al ejecutante una deuda cierta, líquida y exigible, documentada en un título ejecutivo, aun así habría que concluir que la cantidad debida es menor que la exigida en la demanda ejecutiva. Así, v. gr., puede dar lugar a «pluspetición» en los numerosos supuestos en que la deuda sea líquida en sentido jurídico, pero esté necesitada de simples operaciones aritméticas de liquidación (por ejemplo, de intereses) y haya un error en su realización; o porque se incluyan en la cantidad reclamada conceptos no debidos o plazos aún no vencidos”*.

⁸² El proceso.....Ob. cit., p. 653.

Al margen de consideraciones doctrinales, es necesario advertir que la LEC presta un tratamiento procesal específico a la oposición del ejecutado basada en pluspetición, derivándose en nuestra opinión dos claras particularidades, que seguidamente menciono.

La primera de ellas, se produce solo en aquellos casos en los que la oposición se funda exclusivamente en pluspetición, hecho que se produce cuando se reclama y despacha ejecución por una cantidad mayor a la debida que figura en el título ejecutivo.

Si el ejecutado paga la cantidad que reconoce como debida, se suspenderá la ejecución, ya que la norma establece que la pluspetición no suspenderá el curso de la ejecución a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal la cantidad que considere debida, para que de manera inmediata, el Secretario judicial la entregue al ejecutante, con la salvedad, como bien establece la ley, de que dicha circunstancia se producirá cuando “*exclusivamente*” se alegue como motivo de oposición la pluspetición, ya que si junto a este motivo el ejecutado alega otras causas o motivos de oposición entonces, aunque no se produzca la consignación, se entiende que se produce la suspensión de la ejecución.

A diferencia de los demás motivos de oposición regulados en el artículo 557 LEC, la pluspetición no tiene como objetivo el sobreseimiento de la ejecución despachada por extinción del crédito del ejecutante, sino que persigue que la ejecución se reduzca a la cantidad que resulte de la estimación de las alegaciones y pruebas planteadas por el ejecutado, ya que, en puridad, éste admite la existencia y exigibilidad de la deuda, pero por una cantidad inferior a la que figura en la demanda y por la que el juez despacha la ejecución.

Respecto a la segunda de las particularidades mencionadas, consiste en los supuestos de oposición al embargo sobre saldo en cuenta o intereses variables, recogidos en los artículos 572 y 574 LEC, en cuyo caso, el ejecutado podrá solicitar al Secretario judicial que conozca de la ejecución, que designe un perito judicial con el fin de que el mismo determine si el importe de la deuda coincide o no con la cantidad reclamada por el ejecutante, acto que llevará a cabo mediante diligencia de ordenación.

Una vez que se haya emitido el dictamen por el perito se dará traslado a las partes, para que muestren su conformidad o no, alegando lo que a su derecho convenga. Para el supuesto que de las partes estén conformes con lo dictaminado, el Secretario judicial dispondrá mediante Decreto la conformidad con el dictamen pericial, en cambio, si hubiera disconformidad o solo una de las partes hubiera presentado alegaciones, el Secretario señalará día y hora para la celebración de una vista.

El Decreto dictado por el Secretario judicial manifestando la conformidad de las partes con el dictamen del perito es susceptible de ser recurrido en revisión, que no tendrá efectos suspensivos.

4º. Prescripción y caducidad. En este motivo de oposición, que hace referencia a la prescripción de la acción para reclamar la deuda, el ejecutado, cuando de títulos extrajudiciales se trate, podrá alegar prescripción, ya que al no preceder un proceso previo, como en el caso de los judiciales y asimilados, no ha habido oportunidad de alegación.

Para el cómputo de la prescripción habrá que acudir a los artículos 1961 y ss del CC, que establecen no solo los años, sino que también determinan que el cómputo del plazo empezará a contar desde el día en que pudo ejercitarse el derecho, cuando no haya disposición especial que determine otra cosa, conforme al artículo 1969 CC.

A la hora de formular la oposición debe tenerse en cuenta que se desplaza la carga de la prueba, por tanto, quien invoca la extinción de la obligación debe probar el hecho extintivo, de conformidad con el artículo 217.3 LEC. En su caso, el ejecutado podrá solicitar en su escrito de oposición la celebración de la vista, si precisare practicar prueba de ello, tal y como previene el artículo 560 LEC, fijándose por el Secretario judicial día y hora para su celebración, una vez finalizado el plazo de impugnación concedido al ejecutante.

En ese sentido, y en lo referente a las pólizas de préstamo mercantil intervenidas por fedatario público, es muy importante tener en cuenta para determinar la prescripción de las obligaciones, el criterio mantenido por la jurisprudencia⁸³ cuando trata del asunto del fraccionamiento de las obligaciones, al afirmar que la obligación de devolver el capital prestado es una obligación unitaria, aunque su cumplimiento se fraccione en cuotas periódicas para facilitar su abono al deudor.

Por su parte, y formulada la prescripción por el ejecutado, el ejecutante en su escrito de impugnación podrá alegar la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 1973 CC, que establece que *“la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”*.

Junto a la prescripción, en este motivo de oposición se alude a la *“caducidad”* del derecho incorporado en el título, de lo que resalta, entiendo, que la caducidad oponible en el caso de títulos extrajudiciales no se refiere a la acción ejecutiva, sino al derecho de crédito que incorpora el documento, y con la particularidad de que en el caso de títulos extrajudiciales no existe una norma equivalente al artículo 518 LEC, que establezca un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ejecutiva, lo que tampoco sería posible al no existir un previo proceso declarativo.

⁸³ En este sentido se ha pronunciado la SAP de Málaga, Sección 6ª, de 7 de marzo de 2000.

En ese sentido, es significativo que la LEC, a diferencia de otros motivos de oposición, no exige la acreditación por ningún medio de prueba en particular. A este respecto, resulta de interés hacer mención a dos cuestiones: el asunto de si se interrumpe la prescripción de las obligaciones mercantiles mediante reclamación extrajudicial, y el tema de la llamada doctrina de la *Verwirkung* o retraso desleal en el ejercicio de los derechos.

Respecto a la primera cuestión, hay que señalar que la más reciente jurisprudencia se ha mostrado favorable a la interrupción de la prescripción de las obligaciones mercantiles mediante reclamación extrajudicial⁸⁴. Por su parte, en cuanto a la segunda de las indicadas cuestiones, esto es, la llamada doctrina de la *Verwirkung* o retraso desleal en el ejercicio de los derechos, hay que indicar lo siguiente:

El artículo 7.1 del CC, recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. Se enuncia diciendo que *“un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercitará el derecho”*. Así, en nuestro país, si se dan las circunstancias para ello, se viene admitiendo por la jurisprudencia⁸⁵, la figura de la *Verwirkung* surgida de la doctrina alemana, en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un

⁸⁴ En ese sentido: SAP de Baleares, Sección 5ª, de 29 de Julio de 2013 (Fundamento de Derecho Segundo): *“En este sentido es clara la STS de 25 de marzo de 2009 en la que resolviendo un supuesto similar al que nos ocupa, refiere “En el primero se invoca la infracción de los artículos 1970 y 7 del Código Civil. El recurrente acepta que el plazo de prescripción para la reclamación del principal y de los intereses moratorios es de 15 años y la posibilidad de interrumpir la prescripción de las obligaciones mercantiles por una actuación extrajudicial. En sede de este primer motivo, sostiene que el día inicial del cómputo de la prescripción era el 1 de enero de 1984, correspondiente a aquél en que se hizo el único pago, apoyándose para ello en la literalidad del artículo 1970 del Código Civil”*. SAP de León, Sección 2ª, de 27 de abril de 2011 (Fundamento de Derecho segundo): *“Igualmente ha de considerarse, como se establece en la sentencia recurrida, que dicho plazo de prescripción quedo interrumpido por las reclamaciones extrajudiciales que el actor efectuó mediante cartas con acuse de recibo remitidas al demandado y que fueron recibidas por éste en fechas 22.11.07 y 20.06.08, pues en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1995, admitió la interrupción de la prescripción de las obligaciones mercantiles por la reclamación extrajudicial de acreedor. Posteriormente y como señala la STS de 28 de octubre de 2002, “la jurisprudencia de esta Sala, ha confirmado retiradamente la doctrina expuesta en la susodicha sentencia (sentencias de 31 de diciembre de 1998, 21 de marzo de 2000 y 31 de marzo de 2001). Careciendo de trascendencia práctica alguna las alegaciones del recurrente de que no existe constancia del contenido de las cartas remitidas con acuse de recibo ni de que las mismas hayan llegado a su destinatario, pues la firma del acuse no es suya y sí de una tal Irene, pues ambas fueron dirigidas a su domicilio y ninguna explicación se da sobre quién sea esa señora ni sobre el contenido real de las cartas que consta acreditado que en aquél se recibieron”*.

⁸⁵ SAP de Baleares, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2014 (Fundamento de derecho cuarto): *“Este Magistrado no considera aplicable la doctrina del retraso desleal recogida en el fundamento segundo de esta resolución al caso que nos ocupa, por falta de transcurso del tiempo necesario para ello, ya que.....”*.

retraso objetivamente desleal⁸⁶. Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del Derecho privado que se ocupan también, en cierto sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. Así, la SAP de Baleares, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2014, señala (Fundamento de Derecho segundo), que *“la doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería”*. Por otra parte, *la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permita llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado”*.

La STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2010, vino a considerar que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; y c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. La jurisprudencia de dicha Sala, se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios⁸⁷, bien a la doctrina del abuso del derecho⁸⁸. Por su parte, la STS 905/2007, declaró que *“la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandado (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005) (...). Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001)”*. Así, hay que indicar que para hacer valer ese retraso desleal, pueden utilizarse cualesquiera de los medios admitidos en Derecho, tal y como mantiene la jurisprudencia⁸⁹.

5º. Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente.

La *quita* supone una reducción o rebaja parcial de la deuda que producirá efectos similares a la pluspetición, por ello, la oposición que se produzca por este motivo de oposición supondrá la suspensión de la ejecución sobre dicha cantidad que fue reducida o rebajada, continuando la ejecución sobre el resto de la deuda reclamada.

En cuanto a *la espera*, es una causa sujeta a una limitación temporal, que es la que condiciona que no pueda procederse en tanto en cuanto haya transcurrido el tiempo.

⁸⁶ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, de 25 de febrero de 2014, la define *“como un supuesto de reducción teleológica de los plazos de prescripción”*.

⁸⁷ Sentencias, por ejemplo, de 16 febrero 2005, de 8 de marzo y de 12 abril 2006.

⁸⁸ Entre otras, sentencias de 17 junio 1988, y de 21 de diciembre 2000.

⁸⁹ SAP de Baleares, sección 5ª, de 13 de febrero de 2014 (Fundamento de Derecho tercero): *“B) La dificultad de prueba de pactos en forma verbal y que no fueron oportunamente documentados.....”*.

Por su parte, *el pacto*, condiciona la existencia de un acuerdo o convenio particular, mientras que *la promesa* se refiere a un acto unilateral del ejecutante. En este sentido, el acreedor y el deudor pueden acordar en un convenio particular una rebaja o una condonación parcial o un aplazamiento en el pago de la deuda, hecho que el ejecutado podrá invocar como motivo de oposición. En el primero de los casos, nos encontramos con que la deuda no es debida, en todo o en parte, y en el segundo, que no se podría exigir el cumplimiento de la obligación hasta que no haya transcurrido el tiempo.

No obstante, en *el pacto o promesa de no pedir* debe determinarse un plazo que condicione la exigibilidad de la obligación, puesto que en caso contrario supondría una inexigibilidad de la deuda, y por tanto, faltaría uno de los presupuestos exigidos al título ejecutivo en estos supuestos de naturaleza extrajudicial, que caso de producirse, debería alegarse como defecto procesal.

En cualquier caso, habida cuenta de la dificultad que pueden plantear estas figuras jurídicas, la ley exige que se acredite documentalmente, sin más pretensiones, es decir, no requiere que se trate de documentos públicos o que conlleven fuerza ejecutiva.

6º. Transacción, siempre que conste en documento público. La transacción es un contrato en el que las partes disponen de sus legítimos derechos e intereses, dado que se producen recíprocas concesiones para las cuales, siendo necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se pretendan transigir.

La transacción se puede acordar sin que tenga conocimiento el juez, es decir, de forma extraprocesal, si bien también se puede pactar dentro de un proceso judicial mediante desistimiento por las partes implicadas de sus respectivas pretensiones, lo que conllevaría que el proceso se diera por finalizado.

Por otra parte, conviene indicar que la transacción celebrada entre el acreedor y el deudor respecto de la prestación contenida en el título ejecutivo, implica la existencia de una causa extintiva o excluyente del derecho del ejecutante, lo que significaría que se produjese una novación, extintiva o modificativa, que afectaría a los sujetos, al objeto o a las condiciones de la obligación.

En ese sentido, la ley contempla la posibilidad de que el ejecutado alegue como motivo de oposición la existencia de una transacción entre las partes, con la particularidad de que si ha sido pactada en documento público, éste ha de ser de fecha posterior a la constitución del título ejecutivo extrajudicial que lleva aparejada ejecución, y siempre, sin excepciones, que dicha transacción se haya producido antes del despacho de ejecución.

En todo caso, la transacción realizada entre las partes ha de constar en documento público para que pueda tener virtualidad como motivo de oposición, lo cual responde a la propia naturaleza del proceso de ejecución.

7º. Que el título contenga cláusulas abusivas.

El artículo 557 LEC prevé como último motivo de oposición en los títulos extrajudiciales, la posibilidad de que el ejecutado alegue la existencia de cláusulas abusivas incluidas en el título. Esta nueva causa de oposición es una consecuencia directa de la STJUE, de 14 de marzo de 2013, y directa de la reforma operada por 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 citada sentencia se pronuncia sobre el carácter abusivo de algunas cláusulas contractuales en materia hipotecaria, declarando a la normativa española incompatible con la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, ya que la misma no preveía ni permitía, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en aquél carácter respecto de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo.

Pues bien, y aunque el objeto de este estudio no es el procedimiento ejecutivo de títulos hipotecarios, sí es imprescindible aludir a la citada sentencia ya que su doctrina afecta a los motivos de oposición por motivos de fondo en la ejecución de póliza de préstamo mercantil intervenidas por fedatario público.

El origen de la sentencia la hallamos en una cuestión prejudicial planteada en julio de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, en la que solicitó al TJUE un pronunciamiento acerca de la conformidad del sistema español de ejecución hipotecaria con la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, al hilo de un litigio que estén conociendo, pregunten al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión Europea o sobre la validez de un acto de la misma. En ese sentido, el TJUE no resuelve el litigio nacional, sino que es el tribunal nacional el que lo soluciona de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia, con la particularidad de que la decisión vincula a su vez a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

El pronunciamiento del TJUE ante la cuestión prejudicial puso de manifiesto que la normativa española en materia de ejecuciones hipotecarias se opone claramente a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y ello porque nuestro ordenamiento jurídico no contiene mecanismos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas

contractuales, además de no contemplar los instrumentos necesarios para que el juez pueda adoptar medidas cautelares ante la existencia de dichas cláusulas.

En este sentido, previamente a la sentencia, el juez que estuviera conociendo de la ejecución no solo no podía paralizar dicho procedimiento, porque carecía de argumentos, dado que el carácter abusivo de una cláusula no estaba incluido en la LEC como causa de oposición a la ejecución, sino que tampoco el juez que conoció del proceso declarativo podía adoptar medidas cautelares, esto es, no ostentaba facultades para decretar la suspensión del procedimiento de ejecución, con lo que su función se limitaba exclusivamente a resolver el fondo del asunto.

En cambio, la sentencia sí ha provocado que los jueces, de ejecución o de declaración, adopten la suspensión cautelar de los procedimientos de ejecución cuando estén pendientes de decidir sobre la validez de algún elemento del contrato cuyo incumplimiento ha provocado la ejecución.

De la lectura de la sentencia, se deduce, en nuestra opinión, de forma clara, que el TJUE focalizó las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas en aquellas referidas al interés de demora, al vencimiento anticipado y a la liquidación unilateral de la deuda impagada, en aplicación de los puntos 1.e) y 1.q) del Anexo de la Directiva 93/33/CEE, que declara nula las cláusulas que obligan a “*e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta*”, y “*q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante*”, respectivamente.

A fin de dar cumplimiento a lo dictado por la STJUE de 14 de marzo de 2013, el Estado español, a través de Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha introducido como nueva causa de oposición a la ejecución por motivos de fondo de títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales, el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en los mismos.

Dicha Ley no solo ha reformado el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, sino también el procedimiento ordinario de ejecución dineraria, cuya normativa reguladora es de aplicación supletoria al primero, en virtud de lo dispuesto por el artículo 681.1 LEC.

Pues bien, aun cuando la Ley 1/2013 modifica diversos artículos de la vigente LEC, en el presente epígrafe sólo haré alusión a las modificaciones introducidas en los artículos 552, 557 y 561 de la LEC, por afectar directamente a la ejecución de títulos extrajudiciales o no arbitrales, como es el caso de la póliza de préstamo

mercantil intervenida por fedatario público, omitiendo, por ello, la mención a las modificaciones que afectan a los artículos 575 y 579 de la LEC, aplicables al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Aclaro lo anterior, de la reforma de la ejecución dineraria ordinaria podemos destacar los siguientes aspectos:

- **Posibilidad y deber del control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas para decidir sobre el despacho de la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales, regulado en el apartado 1 del artículo 552 LEC.** A tal efecto, el juez, de oficio, podrá y deberá denegar el despacho de la ejecución por considerar abusiva alguna cláusula que figure en el título ejecutivo, por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, sin necesidad de previo requerimiento, y de exigencia de la inmediata devolución total del capital, más los intereses, demoras y gastos, por incumplimiento del prestatario del plan de amortización del capital, del pago de intereses o del pago de cualesquiera otras obligaciones contraídas con el Banco, o la cláusula de intereses moratorios por excesivos.

Una vez que el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre el despacho de la ejecución apreciare de oficio, la existencia de cláusulas abusivas en los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales, concederá audiencia a las partes por plazo de quince días y, una vez oídas éstas, decidirá en el plazo de cinco días, entre decretar la improcedencia de la ejecución o despacharla, y, en este último caso, determinar si la ejecución continúa con o sin la aplicación de la cláusula o cláusulas expresadas, de conformidad con los artículos 552.1.2 y 561.1.3º LEC.

Obsérvese que el citado artículo 552.1.2 nada dice sobre un factor a nuestro entender de enorme transcendencia, referido a la forma de articular “*la audiencia*” a las partes, ya que no especifica si la misma se debe producir por escrito o a través de la celebración de una vista al efecto, siendo ésta última opción la que considero más correcta.

- **El carácter abusivo de la cláusula como nueva causa de oposición, por motivos de fondo, a la ejecución de los títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales.** En este sentido, el juez de ejecución permitirá al ejecutado oponerse, con efectos suspensivos, a la ejecución despachada, fundamentando su oposición en el carácter abusivo de dicha cláusula, de conformidad con el artículo 557. 2 de la LEC.

Así, la Ley 1/2013 ha venido a reformar el procedimiento de ejecución forzosa a los efectos de que el tribunal de la ejecución pueda apreciar, a instancia de parte, la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, para lo que se ha previsto que el ejecutado puede fundamentar la oposición a la ejecución en que el título ejecutivo contenga cláusulas abusivas, tal y como se recoge en el artículo 557.1.7ª LEC.

- En cuanto al régimen transitorio que se ha de aplicar en los procedimientos ejecutivos ya iniciados, al mismo se hace referencia en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 1/2003.

Al respecto, es necesario destacar que en los procedimientos ejecutivos en los que ya hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 LEC, plazo aplicable por remisión también del artículo 557 LEC a los títulos extrajudiciales y no arbitrales, las partes dispondrán de un plazo preclusivo de un mes, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley, para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en los artículos 557.1.7º, en cuanto a la cláusulas abusivas de los títulos no judiciales ni arbitrales, y 695.1.4º LEC, respecto al carácter abusivo de la cláusulas contractuales en materia hipotecaria.

Idéntico plazo preclusivo de un mes será de aplicación en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ya se haya iniciado el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la LEC, para formular oposición basada en las causas de oposición previstas en los artículos 557 y 695 de LEC.

Por otra parte, a la sentencia TJUE ya citada, hay que añadir una posterior dictada por el TJUE con fecha 30 de mayo de 2013, en la que se vuelve a insistir sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el marco de la Directiva 93/13/CEE.

Dicha sentencia de mayo de 2013, ha supuesto un avance significativo respecto a la sentencia dictada por el TJUE con fecha 14 de marzo de 2013, ya que, además de recoger los criterios de ésta última (referidos a que los jueces pueden y deben controlar de oficio el posible carácter abusivo de las disposiciones contractuales y, en su caso, invalidar estas y salvar parcialmente el acuerdo), determina que el juez debe examinar si el contrato puede subsistir pese a invalidar la cláusula abusiva ya que *“el objetivo perseguido por el legislador [...] consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas”*.

En el caso analizado por la sentencia de mayo de 2013, cuyo litigio es seguido frente a un Tribunal húngaro, sobre la ineficacia parcial de un contrato de préstamo que contenía claramente cláusulas abusivas, el Tribunal de apelación húngaro suscitaba la cuestión de si podía examinar el Tribunal de apelación el carácter abusivo de una condición general de la contratación, además de la posibilidad del control de oficio, pese a que esta no hubiera sido objeto de examen en primera instancia, considerando que en apelación, con arreglo a su derecho nacional, no podían tenerse en cuenta, por regla general, hechos nuevos ni practicarse nuevos medios de prueba.

El TJUE reitera su doctrina sobre el control de oficio, a través de una *“intervención positiva, ajena a las partes del contrato”*, cuando el juez cuente con todos los elementos de hecho y derecho necesarios, y sobre la base de los principios de equivalencia y efectividad al afirmar que *“...cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva”*.

La Sentencia reitera su doctrina sobre los efectos que en el contrato produce la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, aseverando que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que constate el carácter abusivo de una cláusula contractual está obligado, sin esperar a que el consumidor formule una solicitud a ese efecto, a deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nacen de esa constatación, para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula, por un lado, y por otro debe apreciar, en principio según criterios objetivos, si el contrato afectado puede subsistir sin esa cláusula”*.

Por último, la sentencia de mayo de 2013 ofrece una respuesta a la cuestión planteada acerca de si la apreciación de oficio es posible aunque la competencia para conocer de acciones que pretenden declarar la invalidez de cláusulas abusivas corresponda a otro órgano jurisdiccional, a lo que el TJUE se ha mostrado favorable al manifestar que *“la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el Tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el consumidor no queda vinculado por ésta”*.

E. Efectos que conlleva la interposición de oposición por motivos de fondo.

Examinados los motivos de fondo opuestos por el ejecutado al despacho de la ejecución, seguidamente analizaré los efectos que se derivan de su interposición.

En este sentido, atendiendo a lo previsto en el artículo 557 LEC, la alegación de alguno de esos motivos suspenderá el curso de la ejecución, hasta que dicho motivo sea desestimado, siendo el Secretario judicial el encargado de suspender, mediante diligencia de ordenación, el curso de la ejecución.

No obstante, se establece una excepción a esta norma, cuando se alegue por el ejecutado como único motivo de oposición la pluspetición, lo que conllevará que no se suspenda la ejecución salvo que el ejecutado ponga a disposición del tribunal la cantidad que considere debida, según lo establecido en el artículo 558 LEC.

Sin embargo, la LEC no es nada explícita, pues no se especifica en dicho precepto en qué momento se debe decretar la suspensión, si bien, la doctrina⁹⁰ ha entendido que la misma procede desde la admisión de la oposición.

En el caso que el demandado/da hubiera opuesto junto a los motivos de fondo otros de carácter procesal, el efecto suspensivo característico de aquellos alcanzará a éstos, con la salvedad de que si bien el carácter suspensivo no afecta a los motivos procesales, como ya expuse anteriormente, sí se permite en supuestos de acumulación, lo que deriva en que la LEC permite que la oposición procesal y la de fondo se formulen en un mismo escrito.

En cuanto a la sustanciación de la oposición por motivos de fondo, hay que decir en primer lugar, que tales motivos deben ser alegados por escrito y en el plazo de diez días siguientes a la notificación del Auto por el que se despacha ejecución, atendiendo a lo prescrito en el artículo 557 LEC, que se remite al artículo 556 LEC. Este escrito constituye una verdadera demanda, una demanda de oposición, al que se acompañarán todos los documentos necesarios, tanto procesales, como de fondo, en los que se fundamente su oposición, documentos a los que hace referencia los artículos 264 y 265 LEC, quedando facultado el ejecutado, además, para pedir la celebración de una vista al amparo del artículo 560.2 LEC, y solicitar la prueba pericial en los casos que la cuestión litigiosa afecte a lo debido por intereses variables, regulados en el artículo 558.2 LEC.

Posteriormente, el tribunal dará traslado al ejecutante del escrito presentado por el ejecutado, concediéndole plazo para contestar, igualmente por escrito, por período de cinco días desde que se le emplace, a excepción de que se hubieran opuesto causas procesales, en cuyo caso, el plazo comenzará una vez que el tribunal haya notificado al ejecutante la desestimación de dichas causas. Así pues, la ley ofrece al ejecutante la posibilidad de formular escrito de impugnación y oponerse a las causas de fondo alegadas por el ejecutado, al mismo tiempo que el Secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución, mediante diligencia de ordenación, salvo que la oposición se funde exclusivamente en la llamada pluspetición.

Finalmente, la Ley prevé la posibilidad de que el ejecutante, al igual que puede solicitarlo el ejecutado, inste la celebración de vista en el propio escrito de impugnación, solicitud ésta sobre la que el tribunal decidirá en virtud de Providencia si acuerda la celebración de aquella por no poderse solventar la oposición única y exclusivamente a través de los documentos aportados por las partes. Dicha vista,

⁹⁰ ORTELLS RAMOS, M., y MARTÍN PASTOR, J., Comentarios....., Ob. cit., p. 347.

atendiendo al artículo 560 LEC, se desarrollará de conformidad con las normas del juicio verbal en los supuestos en los que comparezcan ambas partes.

F. El Auto que resuelve el incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo. Efectos y recursos.

Una vez evacuado el trámite concedido al ejecutante para la impugnación de la oposición, o transcurrido el mismo pero sin que éste la haya impugnado, y acordada, en su caso, la celebración de la vista, el juez dictará Auto resolviendo la oposición por motivos de fondo, y que conforme al artículo 561.1 LEC, deberá contener alguna de las determinaciones siguientes.

Cuando la oposición sea desestimada íntegramente, el juez resolverá acordando que la ejecución continúe su trámite por la cantidad por la que hubiera despachado la ejecución. El Auto que desestime totalmente la oposición ordenará, en su caso, el alzamiento de la suspensión decretada y condenará en costas al ejecutado de conformidad con lo prevenido en el artículo 394 LEC. La remisión expresa a este artículo permite presuponer que a la desestimación de la oposición le serán de aplicación las reglas en él previstas en materia de costas y por tanto, su excepción, de modo que (MONTERO AROCA⁹¹) *“podrá no imponerse las costas al ejecutado cuando el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, para cuya valoración se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares”*.

Por el contrario, si se estima alguno de los motivos de oposición enumerados en el artículo 557 LEC, se declarará improcedente la ejecución, se alzarán las medidas ejecutivas y se acordará la restitución del ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, imponiéndose las costas al ejecutante, si bien, para éste, cabe adoptar idéntica postura que en el caso del ejecutado, en el supuesto de que existan serias dudas de hecho o de derecho aplicables al caso concreto.

La Ley 1/2013, ha venido a introducir un nuevo apartado en el artículo 561 LEC, estableciendo que *“cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas”*, lo que conlleva, necesariamente, que apreciado por el juez la abusividad de una o varias cláusulas, dictará Auto que determine las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución o despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas.

Contra el Auto que resuelve la oposición del ejecutado por motivos de fondo podrá interponerse recurso de apelación, cualquiera que sea su sentido, en el plazo de veinte días desde el siguiente a su notificación. Este recurso se interpone ante el

⁹¹ El proceso de, Ob. cit., p. 703.

Juzgado que ha dictado el Auto y se resolverá por el inmediato superior, es decir, la Audiencia Provincial que corresponda. En este sentido, la interposición y sustanciación de este recurso se ajustará a lo dispuesto en los artículos 458 y ss LEC, si bien, conjuntamente con la interposición del recurso, habrán de satisfacerse las tasas para el ejercicio de la actividad jurisdiccional y constituir el depósito para recurrir.

En el caso que el Auto desestime la oposición, el recurso de apelación no suspende el curso de la ejecución, pero cuando sea estimatorio de la oposición, el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas, según lo dispuesto en el artículo 561.3 LEC.

Contra el Auto dictado por la Audiencia resolviendo la apelación no cabe interponer recurso extraordinario de casación por impedirlo el artículo 477 LEC, que permite casación solo para sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en segunda instancia, y en este caso, como he señalado, la resolución adoptará la forma de Auto.

Por último, cabe indicar que el incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo tiene carácter *sumario*, es decir, los medios que tienen las partes para defenderse son limitados, y con la particularidad de que el Auto que resuelve la oposición carece de efecto de cosa juzgada, lo que se deduce del contenido del artículo 561.1 LEC cuando hace mención “*a los solos efectos de la ejecución*”, y de lo recogido en el artículo 447.4 LEC, que contempla los supuestos en los que se niega tales efectos.

Por tanto, dicho pronunciamiento no tiene efectos ni preclusivos ni prejudiciales en un proceso declarativo posterior, pudiendo así las partes instar con posterioridad un proceso declarativo de carácter plenario para tratar sobre la relación jurídica material existente entre ellos.

13. Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en los casos de oposición a la ejecución.

La LEC (Capítulo IV, Título III, Libro III), establece una norma de cierre a la posible defensa del ejecutado frente a una ejecución ilícita. La ley determina unos motivos de oposición tasados y diferentes en función tanto de la naturaleza del título como del tipo de oposición, ya sea de fondo o procesal. Esta limitación corresponde a la naturaleza restrictiva de la ejecución en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, de tal manera que el ejecutado tiene un plazo de diez días para oponerse a la ejecución, fundada únicamente en las causas tasadas que la Ley prevé, y en lo que a nuestro interés se refiere, causas previstas para los títulos no judiciales.

La limitación que prescribe la Ley en cuanto a las causas de oposición es recompensada de alguna forma con lo indicado en el artículo 564 LEC, que otorga al

ejecutado la posibilidad de acudir a un proceso declarativo independiente de la ejecución forzosa.

Según esta norma las causas que no pueden oponerse a la ejecución y que afectan a la existencia y contenido de la relación jurídica material, pueden hacerse valer en el proceso correspondiente.

En el nuevo proceso, el ejecutado podrá hacer valer aquellas causas de oposición que hayan acontecido con posterioridad al momento procesal en que debieran haber sido alegadas, así como aquellas causas que vuelvan ilícita la ejecución que se ha despachado.

La posibilidad de acudir a un proceso posterior se concibe como un medio de defensa jurídica del ejecutado, como se infiere de la literalidad del citado artículo 564 LEC, al establecer que *“Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda”*.

No obstante, y atendiendo a la letra de la norma, se concluye que para que el ejecutado pueda ejercitar su defensa en un juicio posterior deben cumplirse determinadas exigencias, tales como que la alegación se ciña a hechos o actos *"distintos"* de los que prescribe la ley como motivo de oposición a la ejecución.

Dichos hechos se deducen por exclusión de los previstos como causa de oposición para los títulos no judiciales del artículo 557 LEC, pero además, también pueden invocarse por el ejecutado las causas contempladas en dicho artículo 557 LEC, siempre que dichos motivos hayan ocurrido con posterioridad a la preclusión del momento procesal para que el ejecutado pueda formular alegaciones. La Ley sin embargo, no establece en qué momento precluye la facultad de invocar estos hechos o actos, lo que en opinión de CORDÓN MORENO⁹², *“...podrá hacerse valer la eficacia de los producidos antes de que la ejecución se inicie, una vez despachada esta, e incluso después de haber concluido”*. Eso supone que tales actos o hechos deben producirse en un momento posterior a las posibilidades de alegación en juicio o producción de un título ejecutivo extrajudicial.

La Ley exige que estos hechos o actos sean jurídicamente relevantes, por lo que puede debatirse respecto de todos los hechos o actos jurídicos que afecten a los derechos de la parte ejecutante y a las obligaciones del ejecutado.

⁹² El proceso de, Ob. cit., p. 172.

En consecuencia, conviene aclarar que la finalidad de esta norma no consiste en un nuevo motivo de oposición, sino la posibilidad de acudir en determinados supuestos al juicio declarativo correspondiente alegando hechos nuevos que no fueron alegados anteriormente y sobre los que no ha habido un pronunciamiento judicial.

En este sentido, el ejecutado no podrá instar el proceso declarativo alegando motivos de oposición que ya fueron desestimados en el juicio ejecutivo, o cuando pudiendo haberlos opuesto, no lo hizo.

Una vez incoado el juicio declarativo, habrá que tener en cuenta determinadas salvedades, tales como, que en este nuevo proceso judicial no es posible pedir la declaración de nulidad de ningún acto procesal derivado del proceso ejecutivo, dado que las posibles nulidades que se produjeran serán resueltas en el proceso de ejecución del que traen causa. Asimismo, no podrá pedirse que se realicen declaraciones propias del proceso ejecutivo, como por ejemplo, que el título carece de fuerza ejecutiva y por ello no debió dictarse Auto despachando ejecución.

Con carácter general, el proceso declarativo será promovido durante la sustanciación del juicio ejecutivo, si bien, y sin perjuicio de lo expuesto, nada obsta al ejecutado para que pueda iniciar el proceso declarativo con anterioridad a la tramitación del proceso ejecutivo, si tiene la certeza de que este se llevará a término por el ejecutante, pudiendo fundamentar aquel en cualquiera de los motivos de oposición a la ejecución⁹³.

Finalmente cabe preguntarse cuáles son las consecuencias derivadas de un pronunciamiento positivo en el juicio declarativo, en la consideración señalada de que existen dos posibles momentos en los que se puede incoar este nuevo procedimiento, es decir, con anterioridad al inicio del proceso ejecutivo, o bien, cuando este ya se ha iniciado.

Pues bien, si existe un pronunciamiento favorable derivado del proceso declarativo, instado con antelación al juicio ejecutivo, la correspondiente resolución será comunicada al tribunal competente, al objeto que sea denegado el despacho de ejecución por el juez.

En cambio, en el supuesto de que se haya dictado Auto despachando ejecución, esto es, que esté en curso el proceso ejecutivo, y se dicte sentencia favorable en el proceso declarativo, podrá el ejecutado, siempre que no haya precluido el plazo procesal, fundamentarlo como motivo de oposición a la ejecución.

⁹³ Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el deudor de un título extrajudicial considere que su derecho de crédito se ha extinguido, y pretenda del Juez una declaración de inexistencia del mismo.

14. Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones.

Una de las cuestiones que mayores dudas ha presentado en el proceso ejecutivo de títulos extrajudiciales, es la referida al concepto de “*cantidad líquida*”, ya que dada su indeterminación por no conceptuarse legalmente el término, ha ocasionado que sobre el mismo se pronuncie la doctrina⁹⁴ y la jurisprudencia⁹⁵.

En el caso que nos ocupa, el contrato de préstamo instrumentado en póliza intervenida por fedatario público, por su propia naturaleza jurídica, tiene establecida, desde el momento de su perfección, la cantidad adeudada por el prestatario y su concreta determinación cuantitativa. Así, el deudor está obligado a devolver igual cantidad que la recibida, según se desprende de los artículos 1.740 y 1.753 del CC y 312 del CCO, lo que supone que exista desde el inicio una obligación líquida, ya que su importe está determinado desde ese momento⁹⁶.

El carácter líquido de la obligación, no desaparece por el simple hecho de pactarse pagos periódicos de amortización ni por el abono de intereses, ya que la previsión contractual de establecer cuotas periódicas fijas en concepto de principal e intereses conlleva que la deuda sea líquida en todo momento y por lo tanto, quede determinada de manera exacta.

Si trasladamos la cuestión de la liquidez a la vigente LEC, se observa, que el término de cantidad líquida no viene definido o concretado en la misma, tal y como se desprende del artículo 520.1 LEC, cuando establece que para poder despachar ejecución basta que la cantidad sea “*determinada*”, no utilizando el concepto de

⁹⁴ MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, El proceso....., Ob. cit., p. 582: “*cantidad líquida será aquella que se concrete en dinero conforme a dichas pautas, ya se obtengan "prima facie" del propio título, ya se consiga mediante la realización de simples operaciones matemáticas o aritméticas*”.

⁹⁵ Véase el AAP de León, Sección 2ª, de 30 de abril de 1996, al señalar que “*No hay un concepto legal de ella, y sólo en parte jurisprudencial. Alguna sentencia (STS 30 marzo 1988) dice que para que el crédito sea líquido hay que añadirle el devengo de los intereses, pero no define la liquidez. Para el diccionario de la Academia de la Lengua Española «líquido es el saldo de cuantía cierta que resulta de la comparación del cargo con la data», y «liquidar es hacer el ajuste formal de una cuenta, saldar, pagar enteramente una cuenta», y etimológicamente «liquidus» significa claro, cierto. Como se ve, tal vez, el significado etimológico es el que da más luz al repetido concepto, asociando a él las ideas de certeza y de claridad, que, por otra parte, se desprenden del lenguaje habitual*”.

⁹⁶ Así lo entiende la AP de Madrid, Sección 9ª, cuando en su Auto de 19 de enero de 2007, establece (Fundamento de Derecho Tercero), que “*el art.572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente alude a dos tipos de títulos de ejecución, como son aquellos en los que la liquidez de la deuda aparece o se deduce del propio título de ejecución y aquellos otros títulos en los que se exige una actividad posterior para que la cantidad adeudada pueda entenderse líquida, como es la liquidación llevada a cabo por la entidad acreedora, y en segundo lugar que se proceda a la notificación del saldo deudor, si bien este segundo supuesto solo debe entenderse referido a los contratos mercantiles que implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes que es lo único que justifica la liquidación y certificación del saldo deudor. Dentro de los primeros supuestos en que la cantidad se deduce del título, se encuentra el contrato de préstamo, en el cual, una vez entregado el capital, la cantidad debida y reclamable es siempre líquida y determinada desde el principio sin necesidad de una liquidación posterior, siendo aplicable al contrato de préstamo lo establecido en el art.572.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no exige la previa notificación del saldo deudor...*”.

liquidez; y del artículo 572.1, al disponer que se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título.

Dicho vacío legal ocasiona que en la práctica procesal los asuntos que surgen en cuanto al concepto de liquidez de la deuda tengan que resolverse aplicando valoraciones que la jurisprudencia⁹⁷ ha manifestado sobre el término.

En particular, y centrados en el saldo de cuenta, la ejecución dineraria solo puede instarse cuando la cantidad se ha liquidado, como previene el artículo 572.2 LEC, lo que permite que en los casos de pólizas de préstamo intervenidas por fedatario público, pueda despacharse ejecución por la cantidad resultante del saldo de operaciones derivadas de la póliza.

No obstante, establece dicho artículo 572.2, que para que pueda despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de las mencionadas pólizas, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- que exista un pacto entre la entidad bancaria y el cliente, recogido en la propia póliza, en el que se establezca que si se despachara ejecución, ésta se llevará a cabo por la cantidad resultado de la liquidación practicada unilateralmente por la entidad acreedora.

- que en la póliza se recoja la forma en la que se practicará dicha liquidación, y

- que con carácter previo al despacho de ejecución, el acreedor acredite la previa notificación al deudor de la liquidación realizada, así como al fiador si lo hubiera.

Por otra parte, y en relación a los *documentos* que deben acompañar a la demanda ejecutiva en estos supuestos de ejecución por importe de saldo de cuenta, el artículo 573 LEC establece que aquéllos comprenderán:

⁹⁷ AAP de Madrid, Sección 12ª, de 14 de junio de 2010, Fundamento de Derecho primero: "...tras la entrada en vigor de la LEC 2000, no es posible apreciar el concepto de cantidad líquida si no aparece claramente determinada en el título, impidiendo que se pueda eludir esta carencia mediante operaciones aritméticas, aún de las más simples"; SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 21 de febrero de 2007, Fundamento de Derecho tercero: "El préstamo no se integra en este tipo de contratos porque una vez perfeccionado por la entrega del capital la cantidad debida y reclamable es siempre líquida per se y determinada desde el principio, de forma que lo adeudado se desprende del título mismo y ello mediante la realización de una elemental operación aritmética"; y AAP de Madrid, Sección 13ª, de 19 de enero de 2007, Fundamento de Derecho segundo: "...cabe entender líquida la cantidad que se reclama a efectos de despachar ejecución, al tratarse de suma determinada en el propio título al tratarse de suma determinada en el propio título al amparo de los artículos 571 y 572-1º de la LEC, sin necesidad, en consecuencia, de que el título se acompañe de los documentos que se mencionan en los artículos 573 y 574 de la misma Ley...".

- El documento que exprese la cantidad derivada de la liquidación practicada por el ejecutante, junto con el extracto de las partidas de cargo y abono, así como los intereses fijados para la realización de la ejecución.
- El documento fehaciente acreditativo de haberse practicado la liquidación en la forma convenida por las partes en la póliza de préstamo mercantil⁹⁸.
- El documento que acredite haberse practicado la notificación⁹⁹ de la cantidad adeudada, resultante de la liquidación, tanto al deudor y al fiador, si lo hubiere.

⁹⁸ A ello se refirió el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 2 de marzo de 2012, al recoger (Fundamento de Derecho segundo) que *"En el presente procedimiento el título aportado por la actora hoy apelada es un título que lleva aparejada ejecución al tratarse de una póliza de crédito mercantil firmada por las partes e intervenida por Notario acompañándose a la misma las correspondientes certificaciones y documentos fehacientes a los que alude el párrafo art. 572 de la L.E.C, acreditativos del saldo deudor, póliza en cuya pacto décimo segundo (folio 31) se pacta expresamente que será cantidad exigible la especificada en la certificación expedida por el Banco en que se acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada, liquidación resultante que constituye la cantidad reclamada en la presente causa, al estar verificada la misma conforme dispone dicho precepto de acuerdo con las estipulaciones convenidas entre las partes y que además concuerda con el extracto acompañado a la demanda ejecutiva en este caso de los últimos movimientos hasta la fecha de liquidación (...) de manera que impugnada la liquidez alcanzada de esta forma a los ejecutados correspondía al ejecutado probar que la liquidación practicada era errónea, sin que lo hayan ni siquiera intentado mientras que la mercantil ejecutante ante la alegación o reparo del ejecutado de que el extracto no estaba completo ha despejado cualquier duda con la aportación del extracto del resto de movimientos anteriores (...) que demuestran que resultaba correcta la cantidad exigible especificada en la certificación, por lo que ha de desestimarse el recurso"*.

⁹⁹ El requisito de la notificación previa al ejecutado de la cantidad adeudada al ejecutante y por tanto de su fundamentación y acreditación en la demanda, se deberá cumplir siempre que en el título ejecutivo no se dilucide la cantidad a abonar, que no esté determinada y el supuesto sea encuadrado en el párrafo segundo del artículo 572.2 LEC. En este sentido se pronuncia la AP de Madrid, Sección 21ª, en su Auto de 29 de enero de 2013, señalando (Fundamento de Derecho segundo) que *"...El precepto -el artículo 572.2 de la Ley Procesal -, no se refiere a todos los contratos que se formalicen en escrituras públicas o en pólizas intervenidas por corredor de comercio (artículo 517.2. 4ª y 5ª) sino sólo a aquéllos en que la cantidad adeudada no resulte del título y que, por esa razón, precisan unas operaciones para determinar el saldo resultante, operaciones a las que también alude el artículo 573.1.1ª cuando se refiere al extracto de las partidas de cargo y abono, de tal forma que cuando del título ejecutivo se desprenda la cantidad adeudada, como en el contrato de préstamo que contemplamos, estaremos ante un título líquido al que se aplica el número 1 del artículo 572 y no su número 2. En consecuencia, si un contrato de préstamo no se haya comprendido en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la demanda ejecutiva no es preciso acompañar los documentos a que se refiere el artículo 573 de la misma ley procesal"*. En el mismo sentido, se pronunció la AP de Córdoba, Sección 3ª, en su Auto de 28 de octubre de 2003, al contemplar (Fundamento de Derecho segundo), que *"...esta Sala viene manteniendo desde antiguo el criterio de que no hay por qué exigir aquella notificación en aquellos supuestos en los que la liquidación de la deuda no se determina realmente por el acreedor ejecutante, sino que esta resulta de una fijación previa concretada ya en el propio título a base de determinarse en el mismo tanto el número de cuotas a pagar, como el importe de cada una de ellas, y, por tanto, basta una simple suma de las no satisfechas para su concreción, que es lo que sucede en el caso de autos - sesenta cuotas, a razón de trescientos veintidós con 95 euros -, siendo suficientemente conocido por ambas partes cuales son las impagadas, estando especificadas en el escrito inicial del procedimiento"*.

Finalmente, y en cuanto a la clase de notificación que ha de practicarse en ejecuciones de importes por saldo de cuenta, nada dice al respecto la LEC, limitándose la misma a indicar, superficialmente, que el acreedor deberá acreditar que ha efectuado¹⁰⁰ la correspondiente notificación al ejecutado.

En ese sentido, cabe señalar que la forma de notificación más frecuente, especialmente cuando se trata de pólizas de préstamo, es la realizada mediante telegrama o carta, con acuse de recibo, remitido al domicilio del deudor que figure en la póliza, o incluso por burofax.

En los casos en los que el ejecutante acredita que envió el telegrama o burofax, pero no pudo ser entregado, bien porque no fue recogido o porque no se encontró al ejecutado en el domicilio, la jurisprudencia tampoco es unánime, pero constante es la que señala que en los supuestos en que intentada la preceptiva notificación ésta deviene imposible, por cambio de domicilio del notificado, ausencia indefinida u otra circunstancia análoga, ha de entenderse cumplido¹⁰¹ el requisito de notificación del saldo, siempre que se haya desplegado la diligencia normal exigible para llevarla a cabo, atendiendo al artículo 572.2 LEC *in fine*.

Aun así, hay que indicar que si bien la notificación previa de la cantidad adeudada por el deudor ha constituido siempre una obligación "*sine qua non*" desde la LEC de 1881 y mantenida por la actual, ésta, en cambio, guarda silencio respecto de la obligación del acreedor de acreditar la "*recepción*" de la notificación, estableciéndose tan solo en los artículos 572 y 573.1.3 LEC, la prueba de la notificación y la aportación del documento que la constante.

En esos casos, el problema se presenta cuando el acreedor cumple dicha exigencia intentando la notificación en el domicilio designado por deudor, y, en su caso, el fiador, y no es recibida por éstos, bien porque hayan cambiado de domicilio y no se haya notificado al acreedor, bien porque no se haya recogido en la oficina de correos la carta o burofax en cuestión, asunto éste que ha sido resuelto por la jurisprudencia a favor del acreedor al considerarse que éste ha cumplido correctamente con sus obligaciones¹⁰².

¹⁰⁰ La AP de Barcelona, Sección 17ª, en su Auto de 3 de febrero de 2011, se pronunció (Fundamento de derecho segundo) al respecto, indicando que la "*...la notificación no tiene que ser fehaciente pudiéndose practicar por medio de telegrama, fax o burofax, siempre que quede de manifiesto que se ha dirigido al domicilio del deudor consignado en la póliza y que el acreedor ha procedido a su comunicación*".

¹⁰¹ En este sentido se han pronunciado; SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de octubre de 2002, Autos de la AP de Barcelona, Sección 1ª, de 18 de enero de 2007, y Sección 14ª, de 26 de febrero de 2007.

¹⁰² Al respecto se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, en su Auto de 25 de febrero de 2003, al recoger (Fundamento de Derecho primero) que "*En estos casos no puede cargarse al acreedor con mayores obligaciones pues entonces se dejaría a la voluntad de una de las partes (la deudora) la ejecución y con ello el cumplimiento del contrato en la parte relativa a la*

Como supuesto especial o particular, y que a nuestro juicio se presenta en la descrita problemática sobre la notificación previa de la cantidad adeudada, se encuentra aquel en el que los prestatarios son cónyuges, para lo que basta en la actual práctica procesal con la simple notificación a uno de ellos para entenderse cumplido¹⁰³ el trámite exigido por la LEC.

15. Ejecución en caso de intereses variables.

Además de la firma de pólizas de préstamo a interés fijo, lo más habitual es que el cliente y la entidad de crédito suscriban contratos de préstamo a interés variable, y caso de producirse la ejecución de la póliza por incumplimiento por el deudor de las obligaciones pactadas en la misma, al proceso de ejecución le será de aplicación el contenido del artículo 574 LEC, que establece una serie de requisitos para que pueda despacharse ejecución.

En primer lugar, en el escrito de demanda, el ejecutante expresará las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que se pide el despacho de la ejecución, ya que, al haberse pactado un interés variable es necesario¹⁰⁴ conocer con absoluta precisión la variabilidad que haya podido experimentar el índice de referencia aplicable al préstamo.

La existencia de estos cálculos en la demanda, determinará que se despache o no ejecución, si bien, establece el artículo 575.2 LEC, que *“sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva”*, y a lo que añade el artículo 575.3 LEC, que *“no se despachará ejecución si la demanda no expresa los cálculos”*.

Dichos cálculos se traducen, en definitiva, en aquellos que sean necesarios para conocer con toda exactitud la cantidad líquida debida, entre la que se incluye, lógicamente, la partida correspondiente a intereses.

ejecutividad del título suscrito entre ambas, pues bastaría con que el deudor nunca recogiera la notificación para así impedir al acreedor exigir vía ejecutiva el cumplimiento de la obligación de pago”.

¹⁰³ Así lo ha expresado la SAP de Granada, Sección 4ª, de 14 de mayo de 2002, al recoger (Fundamento de Derecho segundo) que *“...en cuanto al defecto formal de la carencia de notificación, que habiéndose hecho el mismo al cónyuge, que era también prestatario (folios 58 y 107, confesión judicial, posición sexta), ha de entenderse cumplido el requisito, como dijo esta Sala en su sentencia de 9 de Octubre de 2.001, en la que se afirmaba que “la Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que, por la presunción de convivencia del art. 69 del código civil, ha de presumirse que llegó a conocimiento de su cónyuge, y así lo dice el TS ST 17 Abril 2000”.*

¹⁰⁴ En el mismo sentido se pronunció CORDÓN MORENO, El proceso.....Ob. cit., p. 198: *“Las operaciones de cálculo vienen exigidas porque para determinar la cantidad debida en el momento de presentarse la demanda ejecutiva es necesario tener en cuenta las variaciones experimentadas por el índice de referencia al que se vinculó el interés del contrato...”. Y continúa diciendo “...resulta necesario fijar la cantidad líquida de la deuda en euros, lo cual no tiene por qué resultar difícil, ya que...los índices de referencia a que se vinculan los tipos de interés...aparecen publicados oficialmente”.*

En segundo lugar, la demanda irá acompañada de aquellos documentos que acrediten haberse practicado la liquidación en la forma pactada en el título, debiendo prestar especial atención, a que dicha liquidación sea fehaciente.

Nada dice, en cambio, el artículo 574 LEC, o al menos no de una forma clara y directa, sobre la necesidad de que con la demanda deba acompañarse el documento¹⁰⁵ que determine el tipo de interés, constituyendo dicho documento, en nuestra opinión, el requisito indispensable sin el cual no puede fijarse la cantidad que se pretenda reclamar.

Sobre lo anterior, tampoco arroja luz el párrafo segundo del propio artículo 574, ya que se limita a determinar los documentos que se han de acompañar a la demanda cuando estemos en los supuestos contemplados en el mismo, remitiendo para ello a lo preceptuado en el artículo 573.1.2º y 3º y los apartados 2 y 3 del artículo 573 LEC.

Por otra parte, hay que destacar que el contenido del artículo 573.1.2º LEC, cuya letra (*“El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo”*), ha sido interpretada por la doctrina (MONTERO AROCA y FLORS MATÍES¹⁰⁶), que ha considerado que *documento fehaciente* puede tratarse bien del documento intervenido por Notario o fedatario público, en virtud del cual se acredita que el ejecutante ha realizado la liquidación según lo pactado por las partes, aplicándose a los intereses variables lo previsto para la liquidación¹⁰⁷ del saldo de cuenta, o bien, de un documento fehaciente que acredite cuál es el tipo o los tipos de intereses que ha devengado la operación contractual, esto es, la certificación del Banco de España, que se trata de un documento público y fehaciente.

A los requisitos anteriores, se suma el relativo a la obligación del acreedor de notificar al ejecutado la cantidad exigible, teniendo que acompañar a la demanda, necesariamente, el documento que acredita dicha notificación al deudor.

Finalmente, conviene indicar que la consecuencia del incumplimiento de dichos requisitos, será que el tribunal deniegue el despacho de la ejecución, en aplicación del contenido del artículo 575.3 LEC.

¹⁰⁵ Que pudiera ser la copia de la póliza.

¹⁰⁶ "El proceso de ejecución". Valencia. 2001. pág. 378 y ss.

¹⁰⁷ En cuanto a la citada liquidez de la deuda derivada de una póliza de préstamo a interés variable, se ha pronunciado la AP de Granada, Sección 4ª, en su sentencia de 14 de mayo de 2002 estableciendo (Fundamento de Derecho segundo), que *“...cuando nos encontramos ante préstamos de interés variable, no hay una liquidez per se como en los préstamos a interés fijo (Auto de esta Sala de 28 de Noviembre de 2.001), y más aun después de la entrada en vigor de la LEC, en la que en su artículo 574 impone la obligación de expresar en la demanda las operaciones de cálculo que arrojan el saldo reclamado, pero no lo es menos que al haber aportado el actor la liquidación de la cuenta y certificado del saldo, todos ellos intervenidos por Corredor de Comercio, ha de presumirse por ello la liquidez, y debe ser en tal caso el demandado el que manifieste y acredite que dicha liquidación no se ha practicado conforme a lo pactado...”*.

16. Intereses de la mora procesal.

Previamente a entrar en la valoración del concepto de *intereses de la mora procesal*, es preciso hacer referencia a la diferencia existente entre aquellos y los *intereses moratorios*.

Los primeros, esto es, los denominados *intereses de la mora procesal*, se corresponden con aquellos que se derivan legalmente de las resoluciones judiciales en las que se condena al deudor al pago de una concreta cantidad, y que se van devengando, ininterrumpidamente, hasta que la resolución judicial adopte firmeza.

No obstante lo anterior, si bien el devengo a favor del acreedor se origina desde la fecha en la que la sentencia fue dictada en primera instancia hasta que sea totalmente satisfecha la deuda, no puede obviarse, en cambio, que en el supuesto de revocación parcial, el tribunal resolverá conforme a su prudente arbitrio, por lo que en este último caso no se lleva a cabo un cálculo tan riguroso de los intereses de la mora procesal.

Por su parte, los *intereses moratorios*, responden a aquellos que deberá pagar el deudor por haberse retrasado en el cumplimiento de sus obligaciones y que, a falta de pacto, será el interés legal¹⁰⁸.

Efectuada dicha aclaración, y centrándome ya en los *intereses de la mora procesal*, cabe señalar que la LEC mantiene una noción limitada de intereses procesales, restringida a aquellos que se devengan desde que fue dictada la sentencia¹⁰⁹ de primera instancia que condene al pago de una cantidad de dinero líquida, conforme al artículo 576 de la LEC.

¹⁰⁸ La descrita diferencia entre intereses de la mora procesal e intereses moratorios, fue formulada, en los siguientes términos, por el TSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), Sección 1ª, en su sentencia de 29 septiembre de 2005, al recoger (Fundamento de Derecho segundo) que “*Se deben distinguir dos tipos de intereses: a) los ya vencidos en el momento de presentar la demanda que normalmente son intereses moratorios derivados de la conducta del deudor de incumplimiento por este de lo pactado o lo dispuesto legal o convencionalmente y atienden a la indemnización de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento (...) y que en definitiva es parte del principal reclamado que está formado por una parte líquida (la cantidad principal que se reclama) y otra ilíquida (los intereses remuneratorios o moratorios); b) de otro lado los intereses de la mora procesal (art. 576 de la LECiv 1/2000 anteriormente art. 921.4 de la LECiv de 1881) que es el que devengan «ope legis» los títulos judiciales (sentencias o autos) y asimilados en los que se condena al pago de una cantidad de dinero determinada, la cual devengará hasta que la resolución sea efectivamente cumplida*”.

¹⁰⁹ FERRER GUTIERREZ, A., Ley de Enjuiciamiento Civil comentada (coord. Martínez-Pardo, J.M), Volumen II, Sepin, Madrid, 2000, p. 1266: “*los intereses de la mora procesal se devengan de manera automática desde que la sentencia determine la liquidez de la cantidad objeto de pago, se devengarán desde la sentencia y tendrán la cuantía del interés legal del dinero incrementado en dos puntos*”.

La finalidad a la que obedecen los intereses por mora procesal no es otra que indemnizar al acreedor, a la vez que advertir¹¹⁰ al deudor que caso de no cumplir con las obligaciones pactadas en el título, deberá asumir el pago de los mismos, por lo que verá incrementada la deuda de forma ininterrumpida hasta que se complete el total pago.

Respecto a la referencia que debe servir para el cálculo de los intereses de la mora procesal, la ley fija un interés igual al legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes o disposición especial de la ley, tratamiento éste que al aplicarse por imperativo legal¹¹¹ no hace necesario que se produzca la previa y expresa reclamación por el ejecutante.

17. Casos en que procede el requerimiento de pago. Lugar de requerimiento.

El requerimiento de pago en el proceso de ejecución, se concreta en la orden que el tribunal dirige al ejecutado para que abone las cantidades a las que viene obligado como consecuencia de la demanda ejecutiva contra él despachada, bajo apercibimiento de que si no paga en el acto, se procederá al embargo de bienes de su propiedad en cantidad suficiente para cubrir la cantidad por la que fue despachada la ejecución y las costas de ésta, al amparo del artículo 581 LEC.

Atendiendo a la naturaleza del título, la LEC contempla la necesidad o no de requerir al ejecutado como acto previo al embargo de sus bienes, y así, si el despacho de la ejecución se fundamenta en resoluciones de naturaleza judicial o asimilada, no será necesario practicar este requerimiento, tal y como se desprende del artículo 580 LEC.

En cambio, si el despacho de ejecución lo es con fundamento en cualquiera de los restantes títulos del artículo 517 LEC, el trámite de requerir al ejecutado deviene necesario¹¹², lo que ocasiona que, en el caso de la póliza de préstamo mercantil intervenida por fedatario público, será necesario requerir de pago al deudor antes de interponer el escrito de demanda.

Para que el requerimiento de pago se efectúe correctamente, el artículo 581 LEC contempla dos presupuestos:

¹¹⁰ Así, también lo entiende el TS, Sala 1ª, cuando en su sentencia de 18 de junio de 2004, manifestó que *“la finalidad a que responden los intereses procesales, de aminorar los efectos del retraso en el pago efectivo, sancionando el abuso de los recursos y corrigiendo la pérdida o devaluación del poder adquisitivo”*.

¹¹¹ En ese sentido se ha pronunciado el TC en su sentencia nº 227, de 10 de diciembre de 1985, señalando que la obligación de pago de los intereses procesales es legal, por lo que ni siquiera es preciso que se contenga la imposición de los mismos en el fallo de la sentencia a ejecutar.

¹¹² DE LA SERNA BOSCH, J., Cuestiones acerca del despacho de la ejecución dineraria, BLED, nº 224, 2002, pp. 3 y 4.

El primero de ellos, resulta del apartado 1 de dicho artículo, que como regla general, establece la necesidad de practicar el requerimiento de pago al deudor cuando la ejecución para la entrega de cantidades determinadas se funde en título ejecutivo distinto de los relacionados en el artículo 580 LEC, esto es, resoluciones judiciales o arbitrales, transacciones o convenios aprobados judicialmente, requerimiento que habrá de realizarse como requisito previo y necesario al embargo de bienes del deudor, en medida suficiente¹¹³ para hacer frente a la cantidad por la que fue despachada la ejecución y las costas de ésta.

El segundo de los presupuestos, se encuentra en el apartado 2 del citado artículo 581, que establece como excepción a la regla general, la no necesidad de practicar dicho requerimiento judicial de pago cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado de Acta notarial¹¹⁴ que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación.

No obstante lo anterior, hay que puntualizar, según se deduce de la práctica procesal, que la aportación del Acta notarial junto con la demanda ejecutiva será una cuestión a valorar por parte del tribunal, que podrá acordar su práctica judicial cuando como consecuencia del requerimiento notarial se infiera algún defecto que pueda incidir en el derecho de defensa del ejecutado, sobre todo en lo referente a la identidad o domicilio de la persona requerida, pero también en lo relativo al contenido del requerimiento.

En cuanto al momento procesal para practicar el requerimiento de pago, solo puede efectuarse una vez despachada ejecución, ya que hasta ese momento no se abre la fase de requerimiento de pago.

Respecto a los sujetos a los que debe practicarse el requerimiento de pago, o al menos intentarse, será al ejecutado, así lo entiendo, a tenor de lo establecido en el artículo 582 LEC cuando trata del lugar de requerimiento de pago, ya que solo hace referencia al ejecutado y no a un tercero afectado por la ejecución.

Por otra parte, y en relación al *contenido* del requerimiento de pago, en virtud de lo dispuesto en el artículo 581 LEC, aquel deberá contener el importe de la cantidad reclamada en concepto de principal, así como de los intereses devengados, en su caso, hasta la fecha de la demanda, contenido éste que no solo debe trasladarse al

¹¹³ ALMENAR BELENGUER, M., La ejecución dineraria: Disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo, EDJ, 2000, p. 2 y ss.

¹¹⁴ MARES ROGER, F., El requerimiento de pago en el proceso de ejecución civil, DLL, 2001, Tomo 7, p. 3: "se concibe más que razonable el hecho de que no sea necesario practicar el requerimiento de pago judicial, siempre que se acredite fehacientemente que ha tenido lugar con carácter previo a la presentación de la demanda judicial, exigiendo dicho precepto que se adjunte acta notarial acreditativa del mismo, además del transcurso de diez días. De la estricta referencia que hace la propia ley del documento, idóneo para acreditar el requerimiento previo y extrajudicial, se concluye la imposibilidad que dicho requerimiento pueda ser acreditado por cualquier otro medio que no sea el acta judicial, por más que pueda dejar perfecta constancia o acreditación de su práctica".

ejecutado en el momento de la práctica del requerimiento, sino que debe constar en el propio Auto por el que se despacha ejecución.

Aun así, el artículo 575 LEC detalla con más precisión dicha cantidad por la que se despacha ejecución, aludiendo al principal de la deuda reclamada, intereses ordinarios y moratorios vencidos, más una cantidad adicional para atender los intereses que puedan devengarse durante la ejecución y las costas¹¹⁵ de ésta, que no podrá superar el 30% de la que se reclame en la demanda ejecutiva, si bien la mencionada cantidad podrá ser superior si se justifica debidamente.

Respecto a la *finalidad* del requerimiento de pago, cabe señalar que no es tanto garantizar los derechos del ejecutado durante el proceso de ejecución, necesidad que se ve cumplida con la notificación del Auto despachando la misma, o por el hecho de poder formular oposición, sino más bien para favorecer un cumplimiento voluntario a través del pago de la cantidad reclamada, y que si tiene lugar en los términos del artículo 583 LEC comporta la terminación de la ejecución, para lo que el Secretario judicial dictará Decreto dando por terminada la ejecución, conforme al artículo 583 de la LEC.

Por otro lado, y en lo relativo a quién efectúa el requerimiento de pago al ejecutado en un proceso de ejecución de título no judicial, se realizará por la Comisión del Juzgado en el domicilio que figure en el título ejecutivo, excluyendo la modalidad de comunicación mediante correo certificado, telegrama o medio técnico semejante, no quedando excluida la comunicación edictal si resultase infructuosa la modalidad de entrega, conforme se desprende de los artículos 161 y 164 LEC.

Finalmente, si ejercitados dichos actos de comunicación, no pudiese efectuarse el requerimiento por no encontrarse el ejecutado en el domicilio que conste en el título ejecutivo, dicha circunstancia no supondrá un obstáculo para que pueda practicarse el embargo si el ejecutante lo solicita, sin perjuicio de pueda llevarse un nuevo requerimiento de pago conforme a las previsiones establecidas en el artículo 582.2 LEC.

18. Pago por el ejecutado.

Una vez que se ha practicado el requerimiento de pago al ejecutado de conformidad con lo establecido en los artículos 581 y 582 LEC, pueden producirse las siguientes actitudes por parte de aquel:

a- que el ejecutado atienda el requerimiento de pago en todos sus extremos, o lo que es lo mismo, responda en el acto pagando la totalidad de las cantidades reclamadas por los diferentes conceptos.

¹¹⁵ MONTEBLANCO MONTESINOS, S., La ejecución de títulos no judiciales: el requerimiento de pago, DJED, nº 1742, 2003, p. 1.

El citado pago por el ejecutado conlleva (artículo 583 LEC), que se ponga la suma de dinero a disposición del ejecutante, se dé al ejecutado justificante del pago realizado y, en su caso, se dé por terminada la ejecución, en el bien entendido que serán de cuenta del ejecutado todas las costas causadas en la ejecución, salvo que justifique que, por causa a él no imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución.

b- que la actitud del ejecutado consista en no pagar ni consignar, lo que conllevará que se embarguen de forma inmediata bienes de aquél en cantidad suficiente para responder de la cantidad por la que se haya despachado la ejecución y las costas de ésta, así como la adopción de medidas de aseguramiento.

c- que se produzca consignación, ya que el ejecutado puede consignar la cantidad reclamada con carácter previo al embargo o una vez practicado éste, situándonos por tanto ante la denominada “*consignación judicial en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado*”, lo que supone la suspensión del embargo, si bien, el destino de la consignación quedará en suspenso hasta que se formule o no oposición por parte del ejecutado, de conformidad con el contenido de los artículos 585 y 586 LEC.

d- que el ejecutado pague parcialmente, actitud ésta que no recoge expresamente la LEC, si bien, caso de que el ejecutado la lleve a efecto, la suma recibida se pondrá a disposición del ejecutante, continuándose la ejecución por la cantidad restante y procediéndose al inmediato embargo de bienes del deudor, en cantidad suficiente para cubrir la que resulte de descontar la realmente satisfecha, siendo de su cuenta la costas de la ejecución, a tenor de lo prevenido en el artículo 583.2 LEC.

Finalmente, hay que matizar que la ejecución no finalizará hasta que el ejecutado haya abonado la total cantidad adeudada, que deberá ir acompañada de los intereses y costas, como se infiere del artículo 583.3, al disponer que una vez que sean satisfechos los intereses y las costas, en los supuestos que se hayan devengado, el Secretario judicial dictará Decreto dando por terminada la ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO-RICO HENNING, F., Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 mayo y 7 julio de 2008 sobre el RD 45/2007 de 19 enero por el que se modifica el Reglamento Notarial (II), BCID, nº 52, diciembre de 2008.
- ACHÓN BRUÑÉN, M.J., La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles, Valencia, 2002.
- ADAN DOMENECH, F., La ejecución hipotecaria, Bosch, Barcelona, 2009.
- AGRAMUNT HERRÁEZ, I., Las pólizas como títulos ejecutivos. Algunas reflexiones sobre el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Diferencias entre las pólizas de crédito y las de préstamos, RGD, nº 603, 1994.
- AGUILERA ANEGÓN, G., El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997.
- Aspectos registrales y fiscales de la presentación telemática, RADNT, nº 16, 2008.
- AGUILERA-BARCHET, B., Historia de la letra de cambio en España, Tecnos, Madrid, 1998.
- AGUILERA IZQUIERDO, R. La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social, REDT, nº 131, 2006.
- A.L. LÓPEZ ROA, Origen, efectos y gestión de las crisis bancarias. Círculo de Empresarios, Boletín nº 21, tercer trimestre, 1983.
- ALBADALEJO GARCIA, M., Derecho Civil I, introducción y parte general, Vol. I, Bosch, 1989.
- La naturaleza real o no del contrato de préstamo, RDPR, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid. 1997.
- ALBERTO GHERSI, C., Contratos civiles y comerciales, partes general y especial, figuras contractuales modernas, Tomo I, 2ª edición, Astrea, 1992.
- ALBIEZ DOHRMANN, K., Breve estudio de la Ley alemana de sociedades de profesionales liberales (<<Gesetz zur Schaffung von Partnergesellschaften und zur Änderung anderer Gesetz>>), de 25 de julio de 1994, RS, nº 10, 1998.
- La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, RDP, nº 8, 2002.
- ALMENAR BELENGUER, La ejecución, los procesos hipotecarios y aspectos registrales en la nueva ley de enjuiciamiento civil, EDJ, 2000.
- La ejecución dineraria: Disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes: requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo, EDJ, 2000.
- ALONSO GARCIA, R., Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de funcionamiento de la Unión Europea, Civitas, 2012.
- ALONSO LEDESMA, C., Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción, en Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones, Vol. II, AAVV, Madrid, Civitas, 1994.
- ALONSO MOREDA, N., Las asimetrías del derecho hipotecario español al descubierto. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera), de 14 de marzo de 2013, RAUE, nº 5, 2013.
- ALONSO SANCHEZ, B., Derecho concursal y fianza, PJ, nº 31, 1993.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., Las cláusulas abusivas, AC, 2005.
- ÁLVAREZ GONZALEZ, S., Condiciones generales en la contratación internacional, La Ley, 1992.

- ÁLVAREZ LOPEZ, C., Testamento de las personas con discapacidad, BDBD, 2006.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.P., Novedades en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, ACM, nº 7, 2011.
- La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo, ACM, nº 10, 2012.
- ÁLVAREZ RENDUELES, J.R., El tratamiento de las crisis bancarias en España, en crisis bancarias, soluciones comparadas, AEB, Madrid, 1984.
- ÁLVAREZ SUAREZ, U., Personas físicas y colectivas en el derecho romano, Madrid, 1977.
- ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M., Síntesis histórica de la normativa jurídico española sobre la banca privada, RDBB, nº 57, CDBB, Madrid, 1995.
- ALVENTOSA DEL RIO, J., La fianza: ámbito de responsabilidad, Comares, 1988.
- AMESTI MENDIZABAL, C., El banco agente en los contratos de crédito sindicado. Consideraciones sobre la naturaleza de la relación que establece el banco agente en dichos contratos, RDBB, nº 45, CDBB, Madrid, 1992.
- ANDERSON, M., El contrato de alimentos: consideraciones en torno a la convivencia de las partes, en “Familia, Matrimonio y Divorcio en los Albores del Siglo XXI”. PONENCIA EXPUESTA EN EL CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA. Ponencias y Comunicaciones. Madrid 27-29 de junio de 2005.
- ANGUITA RÍOS, R.M., Claves en la adaptación y evolución de la hipoteca inmobiliaria, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 7 y 8, 2005.
- ANTORANZ GONZALEZ, J.A., El principio de contradicción, y la inaudita parte en las medidas cautelares, RGD, 2003.
- AÑOVEROS TRIAS DE BES, X., Constitución y expansión de las Cajas de Ahorros, RDBB; nº 43, 1991.
- ARCENEGUI RODRIGO. J.A., La supervisión interna y el gobierno: el caso de las Cajas de Ahorros, Obra Social y Cultural de CajaSur, 2005.
- ARMENDARIZ VICENTE, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Valladolid, 2012.
- ARRANZ NOTARIO, L., Parlamento, sistema de partidos y crisis de gobierno en etapa final de la Restauración, REP, nº 93, 1996.
- ARRIBAS HERNANDEZ, A., ¿Es posible la acumulación inicial de solicitudes de concurso voluntario? en su caso ¿en qué supuestos?, BMED, 2008.
- ARRIBAS HERNANDEZ, A. (autor), SOLER PASCUAL, L.A., El acreedor de una sociedad en virtud de un crédito afianzado solidariamente por otra del mismo grupo, habiendo sido ambas sociedades declaradas en concurso ¿puede votar en virtud de dicho crédito en ambos concursos o sólo en uno de ellos? Si sólo puede votar en uno, ¿en cuál de ellos y qué efecto tiene en el cómputo del quórum del otro concurso?, BMED, 2009.
- ARROM LOSCOS, R., Comentario al artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Acción Ejecutiva. Títulos Ejecutivos, PGT, Aranzadi, 2001.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., Las competencias autonómicas de supervisión de las entidades de crédito, RAP, nº 178, 2009.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, edición nº 4, La Ley, Madrid, 2010.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, Tecnos, 2006.

- AURIOLES MARTÍN, A., Créditos sindicados con interés variable, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
- Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito, RGD, nº 606, 1995.
- AZORÍN RONCERO, J., La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y consumidores. Operaciones bancarias, RGD, 1985, nº 490.
- BACARIA, J., Los bancos centrales nacionales en el sistema europeo de bancos centrales, Universidad Autónoma de Barcelona, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 1998.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., ¿Debe ser vinculante la jurisprudencia del Tribunal Supremo?, RDJ, nº 56.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Las condiciones generales de los contratos y la autonomía de la voluntad, Barcelona, Bosch, 1999.
- La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas, RACC, nº 2, 2000.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., La inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la STS de 16 de diciembre de 2009 sobre cláusulas abusivas en las hipotecas, DLL, nº 7469, 2010.
- Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009, DLL, nº 7507, 2010.
- BARO CASALS, A., La Quiebra. Legislación y Jurisprudencia sistematizadas, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.
- BARONA VILAR, S., Acciones de cesación, retracción y declarativa, GTA, 2000.
- BELUCHE RINCÓN, I., Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato, DLL, nº 7182, 2009.
- BELLO PAREDES, S.A., La actividad pública en materia de consumo, DJED, nº 2012, 2005.
- BENDITO CAÑIZARES, M.T., La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación, RCDI, nº 657, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario a la Sentencia de 8 abril 1994, CCJC, nº 36, 1994.
- Números rojos, ACM, 1996, Vol. II.
 - Registro de condiciones generales de la contratación, ACM, nº 4, 2002.
 - Reglamento del notariado, ACM, nº 21, 2006.
 - El texto refundido sobre legislación de consumo, ACM, nº 18, 2007.
 - La potestad sancionadora de las administraciones públicas y la defensa de los consumidores, ACM, nº 13, 2008.
 - Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, GT, 2009, 2171.
 - Comentario al artículo 158 del Código Civil, Grandes Tratados, 2009.
- BERDÚN CHÉLIZ, P., El fomento de la producción nacional a través del gasto público en la España de La Restauración, Hacienda Pública Española, nº 159, 2001.
- BERGES LOBERA, A., y GARCIA MORA, A. (coaut.) Las Cajas de Ahorros: retos de futuro, Fundación alternativas, Madrid, 2007.
- BERMEJO, J., Aspectos jurídicos de la protección del consumidor, RAP, nº 87, 1978.
- BERMÚDEZ REQUENA, J.M., La oposición por pluspetición a la ejecución del contrato bancario de descuento, AJA, nº 789, 2009.

- BERROCAL LANZAROT, A.I., La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del tribunal de justicia de la unión europea, sala primera, de 14 de marzo de 2013, RAD, nº 2, 2013.
- BIONDI, B., *Il diritto romano. Storia di Roma*. Instituto di studio Romani, 1957.
- BLANQUER, R., La inscripción de la sociedad anónima constituida bajo condición suspensiva. ¿Es posible, pendiente la condición?, Madrid, Tecnos, 1976.
- BOIX SERRANO, R., curso de derecho bancario, EDERSA, 1986.
- Los créditos documentarios, EDERSA, 1986.
- BONACHERA VILLEGAS, R., El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva, DLL, nº 7558, 2011.
- BONET NAVARRO, J., Comentario al artículo 539. Proceso Civil Práctico, Madrid, 2005.
- BOSCH CAPDEVILLA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A., Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, RCDI, 2005.
- BOTANA GARCÍA, G., Protección de los consumidores y comercio electrónico, RCE, nº 18, 2001.
- BOURGOIGNIE, T., Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor, *Estudios sobre consumo*, nº 24, 1992.
- BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil, TECNOS, Madrid, 1983.
- BUENO CAMPOS y DE LA TORRE PRADOS, Evolución y perspectiva de la Banca Española, Estudios y Monografías (Economía y Empresa), Civitas, Abril, 2001.
- BURCKHARDT LÖBER Y MANFRED VON SCHILLER, Las nuevas condiciones generales de la Banca alemana, RDBB, nº 50, 1993.
- BUSTO LAGO, J.M., ALVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., Reclamaciones de Consumo: Clausulas Abusivas, GT, 2008.
- Clausulas Abusivas: Acciones Judiciales Colectivas, Grandes Tratados, 2008.
- Cauces Procesales para enjuiciar las reclamaciones de consumo, GT, septiembre de 2008.
- El control abstracto de las condiciones generales de los contratos, AJA, nº 360.
- CABA TENA, A., Problemática planteada por la modificación legal a las entidades de crédito, ahorro y financiación, AJA, nº 102, 1993.
- CABAÑAS GARCIA, J.C., El control de la nulidad de las cláusulas abusivas en los Contratos de Seguros por los Tribunales Civiles, RRCCS, nº 9, 2005.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles, Civitas, Madrid, 1990.
- Condiciones generales en la contratación financiera, RCDI, nº 651, 1999.
- CALVILLO ARBIZU, D., Las infracciones procesales del juzgador y el contenido del principio de legalidad, BLED, nº 188, 2001.
- CALVO MEIJIDE, A.A., La clasificación, expresa y tácita de los documentos y su trascendencia procesal. Comentario a la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, BLED, 2000.
- CALVO VÉRGEZ, J., Líneas de actuación acometidas por el Banco Central Europeo destinadas a garantizar la estabilidad financiera en la zona euro, QFA, RDM, nº 10, 2012.
- La última gran etapa en la reforma de nuestro sistema financiero: sociedad gestora de activos (“banco malo”) versus “banco puente”, RAD, nº 7, 2012.

- CAMACHO DE LOS RIOS, J., Ingreso de las cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda en la cuenta especial establecida por la Ley 57/1968, CCJC, Madrid, nº 46, 1998.
- CÁMARA RUBIO, I., Ilícitud del interés de demora desproporcionado en las pólizas de préstamo personal, D.A.TSJ, 2004.
- CAMPAYO RODRIGUEZ, C., El Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla; análisis de su gestión económico-financiera, Universidad de Sevilla, 1985.
- CAMPOMARES CAMINO, M., La tutela judicial efectiva de los derechos de los acreedores comunes frente a situaciones de insolvencia, BACM, nº 42, 2002.
- CANO RICO, J.R., Mediación, fe pública mercantil y Derecho bursátil, Tecnos, 1982, p. 101.
- Manual práctico de contratación mercantil, Tomo II, Tecnos, 1985.
- CAÑETE QUESADA, A., La emisión de un pagaré en blanco en garantía del cumplimiento de un contrato de préstamo mercantil, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 16, 2005.
- CAÑIZARES LASO, A., Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, Tecnos, 2006.
- CARAMES BALO, R. y GARCIA MARIN, J (prólogo), MULET TROBAT, B. (coordinador), Globalització i Ciències Socials, Limits i Dilemes, Grup de Recerca de Sociologia de la Cultura i Modernitat de la UIB, Publicación Palma, Universidad de Islas Baleares, 2003.
- CARASA Y COLS, P., Poder político, poder económico y parlamentarismo en Castilla durante la Restauración, REP, nº 93, 1996.
- CARBÓ VALVERDE, PALOMARES BAUTISTA Y RAMÍREZ GONZÁLEZ, La regulación de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: consideraciones electorales, RHPE, nº 171, 2004.
- CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriedad y contrato de garantía, La Ley, 1991.
- Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDL 1/2007), Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, ACM, nº 5, 2008.
 - Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010, CCJC, nº 86, Madrid, 2011.
- CARRASCO PERERA, A., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.A., ¿Acciones de clase en el proceso civil?, ACM, nº 3, 2001.
- CARRERAS DEL RINCON, J., La estructura del proceso de ejecución y los títulos ejecutivos. Comentario a la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BLED, nº 219, 2002.
- CARRETERO GONZALEZ, C., Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionados con la carga de la prueba, RDBB, nº 91, 2003.
- CASADO RODRÍGUEZ, E., Guía práctica para la aplicación de las Tasas Judiciales adaptada al Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero.
- CASILDA BEJAR, R., Guía de la banca y el consumidor, Alianza, 1989.
- El nacimiento y la evolución de los primeros bancos en España, RBE, números 234 y 235, Madrid, junio-julio, 1991.
 - Sistema Financiero Español, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
 - La Banca española, análisis y evolución, Pirámide, Madrid, 1997.
- CASTAÑEDA FERNÁNDEZ, J., Estudios de historia económica, Banco de España, nº 51, 2007.
- CASTELLANO RAMÍREZ, M^a J., La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, DJED, mayo, 1998.

- Organización Territorial del Estado y Defensa de la Competencia, Comentario a la STC 208/1999 de 11 noviembre 1999, DJED, nº 1211, de 28 de junio de 2000.
- CASTILLA CUBILLAS, M., Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes, RAD, nº 5, 2010.
- Sobre la abusividad de las cláusulas de «suelo» hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España, RAD, nº 1, 2011.
- Recapitalización de entidades de crédito, infracapitalización de promotoras inmobiliarias y abuso de la personalidad jurídica, RDM, nº 283, 2012.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., El Juicio Ejecutivo basado en Pólizas Bancarias, 1999.
- La estructura general de la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, AJA, nº. 544, Pamplona, 2002.
- Los procesos de escasa cuantía en el ámbito de la Unión Europea, BDBD, 2007.
- CASTRESANA, A., El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana, Universidad de Salamanca, 1982.
- CASTRO BALAGUER, R., La banca francesa en la España del siglo XX, Banco de España, Estudios de historia económica, nº 61, 2012.
- CAVANILLAS MUGICA, S., La protección del consumidor y la sociedad de la información, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, 1999.
- CESPEDES LORENTE, J., Grupos estratégicos y sistema bancario español, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1996.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M.C., Anteproyecto de Ley sobre Derecho Privado internacional de sociedades, asociaciones y personas jurídicas (Referentenentwurf <<Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen>>), de 7 de enero de 2008, RS, nº 30.
- Promulgación en Alemania de la Ley para la modernización de la normativa sobre el balance (*Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts-Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz-BilMoG*), RS, nº 33, 2009.
- CILVETI GUBIA, M.B., Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000. Diferencias del leasing y del léase-back o retroleasing con el contrato de préstamo simple o mutuo, CCJC, nº 55, 2001.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas, Bosch, 2008.
- CONLLEDO LANTERO, F., Las reformas legislativas que la Unión Económica y Monetaria exige para nuestro sistema financiero, Publicación, Noticias de la Unión Europea, nº 175, Editorial CISS, SA, Valencia. 1999.
- CORDERO GARCÍA, J.A., Notas al desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006, de medidas de prevención del fraude fiscal, QFA, nº 17, 2009.
- CORDERO LOBATO, E., Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias, RAD, nº 2, 2013.
- CORDÓN MORENO, La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, AC, 1999.
- El proceso de Ejecución, Navarra. 2002.
- CORNELL, T.J., Los orígenes de Roma, Crítica, (traducción castellana de Teófilo de Lozoya), Barcelona, 1999.
- CORNELL, T., y MATTHEWS, Roma, legado de un imperio, Volumen I, Del Prado, 1992.

- CORREA y GIRON, Economía financiera contemporánea, Volumen II, 2004.
- CREMADES, B., Régimen jurídico general en préstamos sindicados en pesetas, Instituto de Empresa-Banco de Vizcaya, Madrid, 1981.
- CUERVO GARCIA, A., La crisis bancaria en España, 1977-1985, Ariel, Barcelona, 1988.
- La banca española ante su futuro: consideraciones generales, en la obra La banca española de los noventa, Colegio de Economistas, Madrid, 1990.
 - Los grupos empresariales bancarios, RPEE, nº 49, 1991.
- CUESTA RUTE, J.M^a. (Director), Contratos mercantiles, Tomo II, Bosch.
- CUÑAT EDO y BALLARIN HERNANDEZ (Directores), estudios sobre jurisprudencia bancaria, 2^a Edición, Aranzadi, 2002.
- DEANE, MARJORIE, Bancos Centrales, Escuela de Finanzas Aplicadas, 1996.
- DE AYALA MARTINEZ, C., Rentas Producción y consumo en España en la Baja Edad Media, Universidad de Zaragoza, 2001.
- DE CASTRO, F., Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, ADC, 1982.
- Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes, Cuadernos Civitas, segunda edición, 1985.
- DE JUAN, A., La supervisión de las entidades de crédito y ahorro en España. Ponencia presentada en el Seminario “crisis bancarias, soluciones comparadas”. UIMP, Santander, 1983.
- DE LA ROCHA GARCIA, E., La ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Comares, Granada, 2001.
- DE LA ROSA DÍAZ, P., Aspectos del préstamo con interés en Derecho Romano, Pombo, Vol. 1, 2006.
- DE LA SERNA BOSCH, J., Cuestiones acerca del despacho de la ejecución dineraria, BLED, nº 224, 2002.
- DE LA SERNA Y VIÑAS, R., DE PASQUAL-MARZO & VILASECA, y TINTORÉ ESPUNY, A., TOGAS.BIZ, El acceso a la propiedad a través del leasing inmobiliario, publicación de 27 de junio de 2002, nº 19.
- DÍAZ ALABART, S., Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dirigida por Rodrigo Bercovitz y Javier Salas, Madrid, Civitas SA, 1992.
- DÍAZ BARCO Y VELÁSQUEZ MARTÍN, El Juicio Ejecutivo derivado de operaciones bancarias, 2002.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda, RAC, nº 14, 2005.
- Intereses moratorios pretendidamente abusivos en contratos bancarios de préstamo. Especial referencia a la STJUE de 14 de junio de 2012, ACM, nº 4, 2012.
 - La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional, ACM, nº 1, 2013.
- DÍAZ MORENO, A., Cláusulas abusivas en contratos bancarios, DN, nº 237, 2010.
- DÍAZ RUIZ, E., Cláusulas abusivas de los contratos bancarios por aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, RDBB, 2006.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., Sobre la especialización judicial y los Juzgados de lo Mercantil, RDJ, nº 6, 2003.
- DOMINGO MONFORTE, J., Innovaciones financieras. Crisis de confianza, AJA, nº 845, 2012.

- DOMÍNGUEZ ROMERO; J., La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor, ¿fin de una controversia?, RDP, 2011.
- El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés, RDP, nº 29, 2012.
- DORAL y MARTÍNEZ PARDO, J, Nuevas orientaciones sobre la obligación del pago de intereses, ADC, 1980.
- ELVIRA MARTINEZ, P.L., El reconocimiento de los créditos avalados por terceros en la Ley Concursal AJA, nº 687, 2005-2006.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., La denominada "Constitución Europea" y las nuevas fuentes del Derecho Comunitario, RATC, nº 9, 2004.
- ESPIAU ESPIAU, S., La resolución unilateral del contrato: estudio jurisprudencial, ACM, Vol. I., 1998.
- ESPINAR VICENTE, J.V., El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ámbito comunitario, RDBB, nº 82, 2001.
- ESTOA PEREZ, A., Ayudas de Estado y crisis actual: Orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español, REDE, nº 34, 2010.
- FÁBREGA RUIZ, C., Aproximación a la regulación jurídica de los actos personalísimos del incapaz en el derecho español, RGD, nº 1, 2002.
- FAJARDO FERNÁNDEZ; J., Comentario a la sentencia de 9 de mayo de 2011, CCJC, 2012, p. 2 y ss.
- FAJARDO LÓPEZ, L., La calificación registral de contratos de adhesión y el vencimiento anticipado como causa de la ejecución hipotecaria: Comentario a la RRDGRN de 17 y 29 de abril, y 10 y 11 de julio de 2000, RDP, nº 7, 2001.
- FAUVARQUE-COSSON: Revue trimestrelle de droit civil. «Faut-il un Code civil européen?» Juillet-Septembre, nº 3, 2002.
- FELICES ZUBIRI, E., Comentario al artículo 539, Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Dikynson, 2000.
- FENOY PICÓN, N., Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la disposición adicional 1ª 9ª LGDCU, RCDI, nº 668, 2001.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., La ejecución Forzosa, 4ª Edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ. J., Las fundaciones y las entidades de crédito: las Cajas de Ahorro, Aranzadi Civil-Mercantil nº 12, 2000.
- FERNÁNDEZ DE LA BUELGA, L. El sistema financiero español ante el mercado único, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DE SOTO BLASS, M.L., Las reformas en materia inmobiliaria introducidas por la Ley 36/2006, de medidas para la prevención del fraude fiscal, BCID, nº 36, 2005.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades, RAP, vol. III, 1983.
- FERNANDEZ GONZALEZ, M.B., Principios jurídicos que informan. La protección civil de los menores, ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2005.
- FERNANDEZ HIDALGO. M.C., Los Pósitos Municipales y su documentación, Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas, Madrid, 1989.
- FERNÁNDEZ LIESA, C.R., El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas, Madrid, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Dykinson, 2008.

- FERNANDEZ MARTOS, Manual práctico sobre la capacidad y representación de todas las personas jurídicas, Dykinson, 2000.
- FERNANDEZ MARTOS y BERMUDEZ CAÑETE, Normas y Formularios sobre contratación bancaria, Saetabis.
- FERNANDEZ SEIJO. J.M., La audacia del Derecho, RDA, nº 2, 2013.
- FERRE, J., Los créditos con fianza de persona cercana al deudor, ADC, nº 11, 2007.
- FERRER GUTIERREZ, A., Ley de Enjuiciamiento Civil comentada (coord. Martínez-Pardo, J.M), Volumen II, Sepin, Madrid, 2000.
- FLORES RODRIGUEZ, J., Los nuevos contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, reventa e intercambio de alojamiento, conforme al Real Decreto Ley 8/2012, de 16 marzo, BCID, 2012.
- FONTESTAD PORTALÉS, L., Conceptos básicos de derecho procesal civil, Madrid, 2012.
- FORMENTÍN ZAYAS, Y., La unificación de criterios sobre la utilización de la firma digital en los contratos electrónicos, BDBD, 2007.
- FRANCH SAGUER, M., Competencias de las Comunidades Autónomas sobre la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorro, RVAP, nº 12, 1985.
- Intervención administrativa sobre Bancos y Cajas de Ahorros, Monografías, 1992.
- GALIANA MORENO, J.M., El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht, Civitas, REDT, nº 58, 1993.
- GÁLVEZ PASCUAL, J., La protección de consumidores y usuarios en la contratación de permuta financiera o swap, ACM, nº 9, 2013.
- GARCÍA ABURUZA, M.P., Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?, RAD, nº 6, 2009.
- Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula Rebus Sic Stantibus, RAD, nº 6, 2012.
- GARCÍA AMIGO, M., Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Tecnos, 1965.
- Condiciones generales de los contratos, Madrid, RDPR, 1969.
- Ley alemana occidental sobre condiciones generales, RDP, mayo de 1978.
- GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A., Contratación bancaria y consumo, RDBB, 30, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. J., La reforma del régimen del fondo de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, RDBB, nº 55, 1994.
- GARCIA DE PABLOS, J.F., Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, RDA, nº 5, 2013.
- La prohibición del abuso en el procedimiento de ejecución hipotecaria español, AJA, nº 862, 2013.
- GARCÍA GIL, F.J., Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y 962), ACM, nº 13, 2000.
- GARCÍA MEDINA, J., Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 10, 2006.
- GARCÍA RUBIO, F., Fiscalidad Inmobiliaria Local, JTA, nº 15, 2004.
- GARCÍA SOLÉ, F., El proceso de transformación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (ECAOL) en establecimientos financieros de crédito, RS, nº 6, 1996.
- GARCÍA VALVERDE, R., Los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: del patronato al sistema actual de representaciones, RDBB, nº 43, 1991.

- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, M., en la publicación: ¿Se puede subsanar la ausencia de informe del experto independiente en los acuerdos de refinanciación alcanzados al amparo de la disposición adicional cuarta de la LC, cuando no se disponía del mismo en el momento de la firma y formalización del acuerdo?, BMED, febrero de 2010.
- en la obra ¿Son competentes los juzgados de lo mercantil para conocer de los recursos contra la calificación efectuada por los registradores de bienes muebles? Foro Abierto, (Autor de dicha obra: ARRIBAS HERNANDEZ, A.), BMED, nº 35, 2011.
- GARCÍAS LÓPEZ, A., Una historia de la banca española, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- GARRIGUES, J., Contratos bancarios, Madrid, 1975, 2ª edición.
- Contratos bancarios, Madrid, 1975, y curso de Derecho Mercantil, Madrid, 1980.
 - Curso de Derecho mercantil, Edición 7ª, tomo I, Madrid, 1982.
- GIL PEREZ. M.D., TORRES HIDALGO, M., MONTERO FERNANDEZ, F.J., y RAMIREZ MORENO, N., Pósitos, Cillas y Tercias, Catálogo de Antiguas Edificaciones para almacenamiento de granos, Junta de Andalucía, Dirección General de Arquitectura y Vivienda, Sevilla, 1991.
- GIMENO SENDRA, V., Proceso Civil Práctico, Tomo III, Madrid, 2002.
- GIMENO TUSET, J.J., operaciones bancarias, Instituto Bancario, Madrid, 1972.
- GIRON TENA, J., Las sociedades irregulares, ADC, Vol. IV, 1951.
- GOMEZ BLANES, P., El principio de accesoriedad de la fianza, TGLC, 2008.
- GÓMEZ GARZÁS, J., Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona, Ponencia impartida en el seno de las "Jornadas Nacionales sobre Protección Jurídica contra la violencia de género" celebradas en la universidad de A Coruña los días 19 y 20 de julio de 2005 bajo la dirección del Prof. Dr. Pérez Cruz Martín, coordinadas por el Prof. Dr. Busto Lago, BDBD, 2005.
- GOMEZ SANCHEZ, J., La ejecución civil (Aspectos teóricos y prácticos del Libro III de la ley de Enjuiciamiento Civil), Dykinson, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ CABRERA, I., La liberalización de los servicios en el mercado interior y su incidencia en la actividad de las agencias de viajes, ACM, nº 4, 2010.
- GONZALEZ CANO, M.I., Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario, RCEA, nº 3, 2004.
- GONZALEZ CUETO, La acción de cesación en la legislación española. Disposiciones nacionales y, en particular, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, RATC, nº 15, 2003.
- GONZALEZ DEL CAMPILLO Y CRUZ, E.L., Fianza: Novación, RDP, nº 1, 1998.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Acuerdos y contratos prematrimoniales (I), BDF, nº 81, julio de 2008.
- GONZALEZ IBÁN, R., El Banco Central Europeo y la política monetaria común: el banco que gobernará Europa, Pirámide, Madrid, 1999.
- GONZALEZ NAVARRO, B.A., Préstamos y créditos en el concurso, RAD, nº 10, 2011..
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario a la sentencia de 16 diciembre 2009, CCJC, nº 84, 2010.
- Comentario a la sentencia de 17 de junio de 2010, CCJC, nº 86, 2011.
- GONZALO LÓPEZ, V., Sociedad irregular y personalidad jurídica, DJED, nº 485, 1996.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Validez e inscribibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en el préstamo hipotecario, RCDI, nº 694, 2006.
- GUAL y VIVES, Ensayos sobre el sector bancario español, Fedea, 1991.
- GUASP DELGADO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 1943-1947.
- GUTIERREZ MASSON, L., Andar y desandar en el derecho romano, Publicación: Centro Universitario Francisco de Vitoria, Madrid, 2000.
- GUZMAN COSP, J., y otros, aspectos jurídicos de las operaciones bancarias, Editorial HISPANO EUROPA SA, Barcelona, 1981.
- GUERRA SESMA, D., Socialismo y cuestión nacional en la España de la Restauración, REP, nº 137, Nueva Época, 2007.
- GUERRERO LEBRÓN, M.J., La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios, DN, nº 121, 2000.
- GUILARTE GUTIERREZ, V., El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación (crónica de lo incomprensible), ADC, nº 3, 2001.
- GUILLEN CATALÁN, R., El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores, Centro de Estudios, 2010.
- GUILLEN FERRER, M.J., La Sucursal Bancaria: concepto y régimen jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GUINOT RODRIGUEZ, E., La Baja Edad Media en los siglos XIV-XV, economía y sociedad, Síntesis, Madrid, 2003, nº 9.
- HIDALGO ROMERO, R., Sobre la estructura de gobierno de los sistemas institucionales de protección (SIP), RAD, nº 11, 2011.
- Hacia la desaparición de las Cajas de Ahorros: la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial, RAD, nº 6, 2012.
- HUALDE MANSO, T., Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago desde la perspectiva de sus usuarios, ACM, nº 5, 2010.
- Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria, RAD, nº 2, 2013.
- HUERTA VIESCA, M.I., Crisis económica, crisis bancaria, inseguridad y cajas de seguridad, DLL, nº 7106, 2009, Año XXX.
- IBÁÑEZ GARCIA, I., Aplicación del principio de efectividad: en la tutela jurisdiccional y en las obligaciones formales, QFA, nº 5, 2003.
- IGLESIAS, J., Roma, claves históricas, Universidad Complutense de Madrid, seminario de Derecho Romano, 1985.
- INFANTE RUIZ, F.J., Validez y límites de la fianza general, RDP, nº 6, 2001.
- Incumplimiento por los Estados miembros de la incorporación a sus derechos internos de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores: Informe sobre la jurisprudencia del TJCE más reciente (Las Sentencias de 24 enero 2002 y 7 mayo 2002), RDP, nº 9, 2002.
- La fianza general, RDP, nº 24, 2010.
- ÑIGO FUSTER, A., Nulidad y Usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de Represión de la Usura, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 16, 2003.
- ISCAR DE HOYOS, J., Adecuación de la cláusula de sumisión a arbitraje privado a la legislación protectora de los derechos del consumidor Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, nº 4, 2004.

- IZQUIERDO BENITO, R. (coordinador), RUIZ GOMEZ, F., LOP OTÍN, M.J., e IGUAL LUIS, D.(autores), Castilla-La Mancha Medieval, Manifesta, Ciudad Real, 2002.
- JIMENEZ DE PARGA, R., Condicionamientos Históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación. Estudios de Derecho Mercantil en honor del Prof. Rodrigo Urías, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- JIMENEZ SANCHEZ, G. (coord.), Tratado de Derecho Mercantil, Marcial Pons, Tomo XXXIX, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.
- JOAN SARDÁ Y LLUC BELTRÁN, El problema de la banca catalana, Institut d'Investigations Economiques, Barcelona, 1933.
- JORDANO BAREA, J.B., Derecho Civil y Derecho Mercantil, Ariel, 1964.
- JUAN-RAMÓN Y JUAN-ANTONIO ANDINO, Sobre la posibilidad de inscribir una escritura de compraventa de un inmueble sito en España, otorgada ante un notario extranjero, *Togas.biz*, publicación de 10 de marzo de 2006.
- LABORDA VALLE, E., Doctrina jurisprudencial y desarrollo legislativo de la ordenación del comercio minorista y la competencia desleal (I y II), *DJED*, nº 514, 1997.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA), (Derecho de Familia, elementos de Derecho Civil, IV, Bosch, 1984.
- LAFONT NICUESA, L., Comentario a la STSJ del País Vasco número 354/2007 de 17 de mayo de 2007: la inspección de las Cajas de Ahorro por las comunidades autónomas y el Banco de España, *RVAP*, nº 82, 2008.
- LAFUENTE TORRALBA, A.J., La oposición a la ejecución, Civitas, Madrid, 2009.
- LANGLE RUBIO, E., Manual de Derecho Mercantil Español, Tomo III, BOSCH, Barcelona 1959.
- Manual de Derecho Mercantil español, Tomo II, Bosch, 1959, p. 311. /319
- LARROSA AMANTE, M.A., Las cláusulas no incorporadas y nulas, *DJED*, nº 2179, octubre, 2005.
- ¿Es necesario un nuevo proceso específico para la protección de los intereses individuales de los consumidores?, *RJED*, nº 5, marzo de 2006.
- Principales novedades en el ámbito de la protección del consumidor. El RD Legislativo 1/2007 de 16 noviembre, *RJED*, nº 3, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., La deuda de intereses, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1996.
- LASDERO QUESADA, M.A., El siglo XV en Castilla: fuentes de renta y política fiscal, Ariel Barcelona, 1982.
- LISO, BALAGUER y SOLER, El sistema financiero europeo, panoramas y tendencias, Colección de Estudios e Informes, La Caixa, nº 6, 1996.
- LOPEZ ANTON, F., Créditos a interés variable, su régimen jurídico, Montecorvo, 1985.
- LOPEZ ESTRADA y LOPEZ GARCIA-BERDOY, Las siete partidas, antología/Alfonso X El Sabio, Madrid, Castalia, 1992.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., Un Sistema Financiero...¿ético?, *AJA*, nº 784, 2009.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J.L., El CGPJ: pasado, presente y futuro del órgano de gobierno de la administración de justicia”, *BDBD*, 2008.
- LORENTE HERNANDEZ, D., organización bancaria, Instituto Bancario, Madrid, 1973.
- LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVARRÍA, Elementos de Derecho Civil II; Volumen III, Bosch.

- LLEDÓ YAGÜE, F., Familia, Cuaderno IV, Patria potestad, filiación y adopción, Dykinson.
- LLOBET PORTELLA, J.M., La Taula de Canvi de Cervera y su entorno socio-económico, Lleida, 1985.
- MABRILLA RIVERA, V., Circular 2/2009 del Banco de España, de 18 de diciembre, sobre sociedades y servicios de tasación homologados, RS, nº 35, 2010.
- MAGRO SERVET, V., La eficacia en el proceso civil de la anotación preventiva de demanda. Respuesta de los tribunales, RJED, nº 4, 2005.
- Casuística sobre las costas procesales, RJED, nº 4, 2005.
 - Domicilio de las personas jurídicas a efectos del fuero de competencia territorial. Reclamación de daños a la aseguradora con domicilio social en lugar diferente a aquél en el que se han producido los daños, RJED, nº 4, 2007.
 - Calificación jurídica de la cesión gratuita de un inmueble de padre a hijo por razón de matrimonio y consecuencias posesorias de la ruptura matrimonial en relación al inmueble. Foro Abierto, RJED, nº 1, 2008.
 - La valoración de la vivienda familiar en la liquidación de gananciales, BDF, nº 38.
 - Análisis de esta posibilidad que ha sido recogida en la reforma de la LEC de medidas de fomento del alquiler que permite ahora expresamente la acumulación contra el avalista o fiador. Acumulación de acciones en el desahucio incluyendo reclamación de rentas contra persona física o jurídica y contra el fiador solidario, BCID, 2010.
 - ¿Es posible que las entidades bancarias anuden a una póliza de préstamo hipotecaria una póliza de seguro sobre el inmueble de forma preceptiva e inseparable al contrato?, RJED, nº 3, 2011.
- MAIRATA LAVIÑA y GUZMAN COSP, Operaciones bancarias y su tratamiento legal, Hispano Europa SA, 1989.
- MARCO COS, J.M, Título ejecutivo y artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Publicación Aranzadi Civil-Mercantil, Vol. II, parte Estudio, Pamplona. 1998.
- MARES ROGER, F., El requerimiento de pago en el proceso de ejecución civil, DLL, 2001, Tomo 7.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y del proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación (Comentario a la STS de 30-12-1998), Madrid, CCJC, 1999, nº 50.
- MARÍN LÓPEZ, M.J., Interpretación y prueba del «acuerdo previo, concertado en exclusiva», entre prestamista y proveedor, artículo 15.1.b de la Ley de Crédito al Consumo: doctrina de las Audiencias Provinciales, ACM, nº 18, 2008.
- MARIMÓN DURÁ, La declaración de nulidad de la cláusula de redondeo en préstamos hipotecarios con consumidores, RDM, 2011.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., El empresario social como sujeto de Derecho en el Ordenamiento Jurídico español, RDM, enero-junio 1994.
- MARTIN, J.L., Economía y sociedad en los reinos hispánicos de la Baja Edad Media, El Albir, Barcelona, 1983, Volumen I.
- MARTIN, J.L., Economía y sociedad en los reinos hispánicos de la Baja Edad Media, El Albir, Barcelona, 1983, Volumen II.
- MARTIN ACEÑA, P., La España de la Restauración. Expansión y Consolidación Institucional de las Cajas de Ahorros (1880-1923), en siglo y medio de ahorro en España, CECA, 93-119, Madrid, 2003.

- La Banque de France, la BRI et la création du service des Études de la Banque d'Espagne au début des années 1930, Banco de España, documentos ocasionales, nº 602, 2006.
- MARTÍN BERNAL, J.M., Abogados y procuradores en y ante la Unión Europea, AJA, nº 739, 2007.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R., La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato, ACM, nº 6, 2001.
- MARTÍN CONTRERAS, La tasación de costas y la liquidación de intereses y sus impugnaciones en los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social. Legislación, doctrina, jurisprudencia y casos prácticos, Comares, 2001.
- MARTIN GRANIZO, M., La incapacitación y figuras afines, Colex, 1987.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., Panorama general de las crisis bancarias, Civitas, REDA, nº 59, 1988.
- Derecho Administrativo Económico, II, Ed. La Ley, Madrid, 1991.
- MARTIN RETORTILLO, C., El comodato en nuestros días, ADC, 1953.
- MARTIN RODRIGUEZ, M.A., La unificación civil y mercantil en la contratación privada, Ed. Universitaria Ramón Areces, Universidad de Alcalá, 2007.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, F., La póliza, título ejecutivo, RGD, 1984.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., Comentario a la sentencia de 1 de julio de 2010, CCJC, nº 86, 2011.
- MARTINEZ PASTOR, M. La póliza de crédito, ejecución y oposición, Colegio de Abogados de Cartagena, 1992.
- MATEOS FERRES, M., Nulidad de cláusula suelo, comentario a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, AD, nº 5, 2013.
- MATIA PORTILLA, F.J., Estudios sobre el Tratado de Lisboa, Granada: Comares, 2009.
- MATILLA ALEGRE, R., Las sociedades irregulares y la ley de reforma de la legislación mercantil, Revista ICADE, nº 31, 1994.
- MELÉNDEZ HUELIN, O., Basilea II en España: transposición de las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, Noticias de la Unión Europea, nº 296, 2009.
- MENENDEZ PIDAL, R., Historia de España, siglos XIII al XV, la población, la economía, la sociedad, Espasa, Tomo XII, 1996.
- Historia de España, Espasa, Madrid, 1998, Tomo XII.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley español, RES, nº 117.
- MONSALVO ANTÓN, J.M., La Baja Edad Media en los siglos XIV-XV, Síntesis, Madrid, 2000, nº 10.
- MONSERRAT VALERO, A., Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RAD, nº 6, 2011.
- MONTEBLANCO MONTESINOS, S., La ejecución de títulos no judiciales: el requerimiento de pago, DJED, nº 1742, 2003.
- MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, El proceso de Ejecución. Ley 1/2000, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MONTSERRAT QUINTANA, A., Conceptos jurídicos indeterminados en el código civil, RJED, nº 2.
- MORENO CATENA, V.M., La oposición a la ejecución forzosa de títulos extrajudiciales, EDJ, nº 53, 2004.

- MORENO-TORRES HERRERA, M.L., Los plazos de ejercicio de los derechos del consumidor ante la falta de conformidad con el contrato en la Directiva 1999/44/CE, y su transposición a los ordenamientos: un caso de "desarmonización", DLL, nº 5655, 2002.
- MOXICA ROMÁN, J., El pagaré como medio de ejecución de una póliza bancaria no intervenida por corredor colegiado de comercio, Publicación Aranzadi Civil-Mercantil, Vol. I, Pamplona. 1996.
- MOYA MEDINA, S., Vivienda familiar: problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales I, BDBD, 2006.
- MUERZA ESPARZA, J.J., El sistema arbitral de consumo, AJA, nº 751, 2008.
- MUÑOZ CUESTA, F., Pago de grandes cantidades de dinero a directivos de entidad bancaria: ¿delito societario, apropiación indebida o mero funcionamiento del mundo empresarial?, RJ, nº 29, 2006.
- Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación, RAD, nº 1, 2010.
- MUÑOZ DE DIOS, G., El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas, RDP, Madrid, 1981.
- MURILLAS ESCUDERO., J.M., distinción de la compraventa civil y mercantil en la Jurisprudencia, ACM, vol. II parte Estudio, Pamplona, 1999.
- NAVARRO COLOMÉ, C., Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor, RAD, nº 6, 2012.
- NAVAS MARQUEZ, J.A, en su trabajo ¿Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?, AJA, nº 868, 2013.
- NAVAS NAVARRO, S., Comentario a la sentencia de 11 de Diciembre de 2009, CCJC, nº 84, 2010.
- NEVADO CALERO. J.G, El Pósito de Espiel y Villaviciosa en la Época Moderna, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1997.
- NIETO CAROL, U., NIETO CAROL, U., La liquidez de los contratos bancarios. El artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Diario La Ley, 1993.
- Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales de los contratos crediticios, Actualidad Civil, 2, 1993.
- NIEVA FENOLL, J., El «Auto-modelo»: Un nuevo concepto para el derecho procesal y un nuevo instrumento para la protección del consumidor, ley alemana de 16 de agosto de 2005 para la introducción del procedimiento especial para la protección de inversores de capital, Publicación: Diario La Ley, nº 6445, 2006, Doctrina, Las Rozas, 2006.
- NUÑEZ-LAGOS MORENO, F., Tramitación y resolución de expedientes sancionadores a entidades de crédito y ahorro, Banco de España, Centro de Formación, 1974.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., Nulidad por su carácter abusivo de la cláusula de redondeo al alza, RDP, nº 8, 2002.
- OLIVENCIA BRUGGUER, L.M., crisis financiera y ayudas públicas, RAD, nº 5, 2010.
- ORDÁS ALONSO, M. La deuda de intereses en las pólizas de crédito bancario, Comares, 1999.
- El descubierto en cuenta corriente y la protección del usuario de servicios bancarios, ACM, nº 9, 2007.
 - La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, ACM, nº 9 y 10, 2009.

- A propósito de la conveniencia de una reforma de la legislación reguladora de los contratos de financiación, ACM, nº 16, 2009.
- ORIA DE RUEDA Y ELÍA, G.A., De la intervención notarial en las pólizas, de la firma electrónica y sobre la naturaleza de los juicios vertidos en las escrituras públicas, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 7/2003 - 8/2003.
- Poder Judicial, nº 83, 2006 parte Comentarios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 2006.
- ORIOLE LLEBOT MAJO, J., El mercado interior del crédito en el ámbito de la CEE, RDBB, nº 38, 1990.
- OROZCO PARDO, G., Protección de consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios. Aranzadi Civil, nº 10, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil, Navarra, 2007.
- PAGADOR LÓPEZ, J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PALACIOS BAÑUELOS, L., Sociedad y economía andaluzas en el siglo XIX, CECA, Madrid 1977.
- PALENZUELA DOMINGUEZ, N., Los mercaderes burgaleses en Sevilla a fines de la Edad Media, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, 2003.
- PALOMAR OLMEDA, A., El fuero jurisdiccional en las reestructuraciones bancarias, RAD, nº 7.
- PANIAGUA ZURERA, M., y MIRANDA SERRANO, L.M., en la obra Derecho (privado) de los consumidores (coordinada por Miranda Serrano, L.M., y Pagador López, J.), Marcial Pons, 2012.
- PARDO GATO, J.R., Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, Dijusa, 2004.
- PARRA LUCÁN, M.A., El leasing en la jurisprudencia, Aranzadi Civil-Mercantil vol. II, 1994.
- La función de garantía del leasing financiero mobiliario, Aranzadi Civil-Mercantil, nº 18, 2005.
- PELLICER, M., Los mercados financieros organizados en España, Servicio de Estudios del Banco de España, Estudios Económicos, nº 50, 1992.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia (en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresarios) tras la entrada en vigor del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, DN, nº 209, 2008.
- PERDICE HUETOS, A.B., Fianza y concurso, EDM, Civitas, 2005.
- PÉREZ BENITEZ, J.J., El perjuicio patrimonial y la posibilidad de rescisión independiente de las garantías en el concurso, BMED, 2012.
- PÉREZ CONESA, C., Improcedencia del cobro de comisión por cancelación ante la extinción de contrato concertado con entidad bancaria. Interpretación de los contratos. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, ACM, nº 1, 2013.
- PEREZ DE CASTRO, N., El menor emancipado, Tecnos, 1988.
- PÉREZ ROJAS, J., Comentarios sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el crédito hipotecario y su ejecución, BLED, 2000.
- PÉREZ UREÑA, A., La cesión gratuita de un inmueble a familiares para uso de vivienda familiar, BCID, nº 44, 2008.
- Problemas que suscita la cesión gratuita de un inmueble a un hijo para su uso como vivienda familiar. La reciente doctrina del Tribunal Supremo, BCID, 2009.

- El desistimiento en los recursos: ¿debe darse traslado a la parte recurrida? ¿Deben imponerse las costas?, Praxis judicial, RJED, 2010, nº 2.
- Las costas en la ejecución civil: cuestiones prácticas que se suscitan a la luz de la práctica judicial, RJED, nº 2, 2011.
- PEREZ UREÑA, A., MAGRO SERVET, V. (autor), Reclamación de una entidad bancaria contra avalista de póliza de crédito con garantía personal hipotecaria: ¿cabe la dualidad de reclamaciones por la vía ejecutiva y la hipotecaria?, RJED, 2011.
- PINO ABAD, M., La Sociedad de capital no inscrita, la sociedad en formación y la sociedad irregular, Marcial Pons, 1999.
- PIPAÓN PULIDO, J.G., Acciones en materia de prácticas desleales y códigos de conducta en relación con los consumidores y usuarios, AJA nº 799, 2010.
- PIZARRO MAQUEDA, M.J., Pronunciamiento del TJUE sobre la normativa española en materia de ejecución hipotecaria, RDA, nº 1, 2013.
- PLAZA HIDALGO, I., y CUESTA GONZÁLEZ, M., Las entidades de depósito en Andalucía: caracterización y posición de mercado, BEA, nº 19, 1995.
- POLO, E., La protección del consumidor en el Derecho privado, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.
- PONT MESTRES, M., Un tema todavía cuestionable: El devengo del IVA en los contratos de permuta de solar por locales, QFA, nº 11, 2005.
- PRADOS ARRARTE, J., Bancos y política monetaria, Guadiana, Madrid, 1975.
- PRENDES CARRIL, P., Preferencia y Prelación de Créditos (I Parte), RAC, nº 6, Pamplona. 2000.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., Las cajas de ahorro francesas cambian su estatuto jurídico, RAP, nº 155, 2001.
- PRIETO FERNANDEZ-LAYOS, J.M., Eficacia del poder notarial para pleitos presentado después de solicitar el otorgamiento de representación apud acta, BDF, nº 125, 2012.
- PUEBLA POVEDANO, A., La incapacidad y la incapacitación, Tesina.
- PUIG BRUTAU, J., Compendio de Derecho Civil, Volumen II, Bosch, 1987.
- PUIG MATEU, J. y PIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, RAD, nº 5, 2013.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., Principios y criterios legales de la interpretación del contrato, ACM, nº 21, 2010.
- REBOLLEDO VARELA, A.L., Efectos de la sentencia, GT, 2000.
- Legitimación pasiva, GT, 2000.
- REGLERO CAMPOS, Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología, ACM, 1999, Vol. I.
- Prescripción, GTA, 2000.
- REMÓN PEÑALVER Y GARCÍA PAREDES, La anulación del laudo. El marco general y algunos problemas (II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje - El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid), BDBD, 2007.
- REPRESA POLO, M.P., La relación entre deudor cedido –cesionario: las excepciones oponibles, ACM, nº 4, 2010.
- REVELL, J., El tamaño de los bancos españoles: fusiones bancarias, un proceso continuo, en la obra La banca española de los noventa, Economistas Libros, 1990.
- REVILLA GONZÁLEZ, J.A., Comentario a la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, BLED, nº 121, 2000.

- REY REGUILLO, F., y MORENO LUZÓN, J., *Semblanza de la élite parlamentaria en la crisis de la Restauración*, REP, nº 93, 1996.
- REYES LÓPEZ, M.J., *A propósito de la inclusión de cláusulas dejadas al arbitrio de una sola de las partes contratantes en las condiciones generales de la contratación. Licitud de una cláusula impuesta por un Banco en un contrato de apertura de cuenta corriente, que le facultaba para declarar el vencimiento anticipado del crédito en el momento que apreciase que las circunstancias económicas habían variado en detrimento de la solvencia del contratante*, RGD, nº 562, 1991.
- *Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza*, ADC, Tomo XLIX, fascículo IV, 1996.
 - *Comentario a la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con los consumidores y servicios de intermediación*, NUE, nº 312, 2011.
- REZZONICO, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, 1987.
- RIVERA FERNANDEZ, M., *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios. Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999*, RDP, nº 4, 2000.
- *La calificación de los créditos garantizados con fianza en el concurso de acreedores ¿Por qué se quiere corregir la letra de la Ley?*, RDP, nº 22, 2009.
- RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Aranzadi, 1995.
- *Crédito, consumo y comercio electrónico*, 2002.
- RIVERO ISERN, E., *La protección del usuario de los servicios públicos*, RAP, 1978.
- RIVES-LANGE y CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*.
- ROBLES GARZON, J.A., *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Madrid, 2012.
- ROCA SASTRE, SATRE MUNCUNILL y BERNÁ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, 9ª Edición, Tomo VII; Bosch, 2009.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., *Comentario al auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que extingue deudas concursales de personas físicas*, RAD, nº 1, 2011.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *La contratación bancaria y la protección de los consumidores. El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España*, en *Contratos bancarios*, dirigida por Rafael García Villaverde, Madrid, Civitas, 1992.
- RODRIGUEZ CAMPOS, S., *Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica*, REDA, nº 142, 2009.
- RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, CDR, 2006.
- RODRIGUEZ RUIZ-MALO, E., *El Registro de Condiciones Generales de la Contratación*, BLED, nº 126, abril de 2000.
- ROMERO COLOMA, A.A., *La autotutela en el ordenamiento jurídico español*, AJA, nº 855, 2013.
- ROMERO GARCÍA-MORA, G., *Retracto de créditos litigiosos. Caracterización del crédito retraíble*, RAD, nº 4, Pamplona. 2010.
- ROSTOVTEFF, M., *Roma, de los orígenes a la última crisis*, Eudeba, 1984.
- RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza, en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, 2002.
- RUBIO TORRANO, E., *préstamo hipotecario: nulidad de la cláusula de subrogación*, ACM, nº 11, 2000.

- Derecho comunitario, legislación interna y cláusulas abusivas, ACM, nº 6, 2012.
- RUIZ GALLARDON, I., Los menores ante el Derecho, responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad, Universidad Complutense de Madrid, 2005.
- RUIZ-JARABO FERRÁN, F., El Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Hacienda Pública Española, nº 110 – 111, 1988.
- RUIZ JIMENEZ, J., Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2005.
- RUIZ MARTIN, F., La Banca Española hasta 1782, en la obra colectiva El Banco de España, una historia económica, Madrid, 1970.
- RUIZ VELEZ-FRIAS y ROBLES POMPA, Los bancos y sus operaciones, 3ª edición, Tecniban.
- SABATER BAYLE, E., Préstamo con intereses, usura y cláusulas de estabilización, Aranzadi, 1986.
- Los contratos usurarios en la reciente Jurisprudencia, ACM, Vol. I, 1994.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P., Sentencia de 22 de diciembre de 2009, CCJC, nº 85, 2011.
- SALA ARQUER, J.M., Fusiones de Cajas de Ahorros y crisis financieras: los poderes de supervisión de los organismos reguladores, Cívitas, REDA, nº 149, 2011.
- SALAS CARCELLER, A., La preferencia de créditos derivados de contrato de "Leasing" y de contrato de préstamo, RJ, nº 30, 2003.
- SALINAS VERDEGUER, Morosidad de transmitente del inmueble y afectación al derecho de voto del adquirente. Foro abierto, Boletín de Propiedad Horizontal y Derechos Reales, de 1 de marzo de 2010.
- SAMANES ARA, C., Las partes en el proceso, La Ley, 1ª edición, abril, 2000.
- SAN JULIAN PUIG, V., El objeto del contrato, Aranzadi, 1996.
- SANCHEZ ALBORNOZ, N., España hace un siglo: una economía dual, Madrid, Alianza, 1977.
- La formación del sistema bancario español, 1856-1868, Jalones en la modernización de España, Barcelona, Ariel.
- SANCHEZ ANDRES, A., El control de las condiciones generales en Derecho Comparado: Panorama legislativo, RDM, nº 157/1958, Madrid, 1989.
- SANCHEZ ASIAÍN, J.A., Reflexiones sobre la banca, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1987.
- SANCHEZ CALERO, F., Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal, en crisis bancarias, soluciones comparadas. AEB, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., El buen gobierno de las cajas de ahorro, AJA, nº 601, 2003.
- SANCHEZ MANZANO, J.D., Comentarios acerca de la amplitud del hecho imponible del Impuesto sobre sucesiones y donaciones (modalidad donaciones) y su potencial repercusión en hipótesis ordinarias en la práctica del tráfico jurídico, QFA, nº 21, 2012.
- SANCHEZ MIGUEL, M.C., Bancos privados: Falta de cumplimiento de las circulares e instrucciones del Banco de España, RDBB, nº 22, abril-junio, 1986.
- La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional, RDBB, nº 38, 1990.
- Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de los clientes, RDBB, nº 41, 1991.

- Pólizas de préstamo. Especial referencia a la liquidez. Cumplimiento por la jurisprudencia menor de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992, RDBB, nº 54, 1994.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Las Cajas de Ahorros ante la intervención de las Administraciones públicas: una evaluación general, RDBB, nº 43, 1991.
- SANTOS, V., El contrato bancario, concepto funcional, Universidad de Bilbao, Facultad de Ciencia Económicas y Empresariales, Bilbao, 1972.
- SANTOS BRIZ, J., Los contratos civiles, nuevas perspectivas, Comares, 1992.
- SANZ VIOLA, A.M., El régimen de las acciones colectivas establecidas en la Ley de condiciones generales de la contratación (RCL 1998, 960) tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), AC, nº 15, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A., Las normas de 2011-2012, de disciplina bancaria, y los empleados de entidades de crédito, Aranzadi Social nº 2.
- SERRA RODRIGUEZ, A., Cláusulas abusivas en la contratación, Aranzadi, 2ª Edición, 2002.
- SERRANO ESPINOSA, G.M., Acerca de la ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 Y RCL 2001, 1892): novedades en la ejecución dineraria y en la hipotecaria, RJ, nº 9, 2003.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., El leasing inmobiliario, BCID, nº 1, abril 2004.
- SILGUERO ESTAGNAN, J., Las acciones colectivas de grupo, ACM, nº 22, 2003.
- SOLER PASCUAL, L.A., ¿Qué cláusulas ligadas a un incumplimiento previo del cliente podrían considerarse como no abusivas en préstamos para la adquisición de vivienda?, BCID, 2007.
- Principales efectos y consecuencias del concurso de persona natural no comerciante. Foro abierto, BMED, 2009.
- Problemática del leasing inmobiliario, BCID, 2009.
- ¿Son abusivas algunas cláusulas suelo que se contienen en algunas hipotecas?, BCID, nº 85, 2011.
- ¿Es causa de resolución de la compraventa de vivienda la falta de acceso al crédito por el comprador, cuando el contrato se ha perfeccionado y el comprador ha entregado incluso cantidades a cuenta? Foro abierto, BCID, nº 79, 2011.
- Cuestiones sobre la competencia para la suspensión de procedimientos de ejecución hipotecaria a raíz de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. Foro abierto, RIED, nº 5, 2013.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J., Proceso Civil. Manuel Práctico de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Navarra, 2012.
- SOTO VAZQUEZ, R., Quiebras y concurso de acreedores, Madrid, Comares, 1994.
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, J.M., Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil, RDP, nº 79, 1981.
- TAPIA HERMIDA, A., Consideraciones procesales y sustantivas en torno a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, RDBB, nº 51, 1993.
- Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, RDBB, nº 57, 1995.
- TEDDE DE LORCA, P., La banca privada española durante la restauración, Servicios de Estudios del Banco de España, Madrid, 1974.
- El sector financiero y el fracaso de la Revolución Industrial (1814-1913), Información Comercial Española, 623, 1985.

- TITOS MARTINEZ, M., La Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, 1891-1978: aportación al estudio de la historia económica de Andalucía, Granada, Caja General de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, 1979.
- Economía y finanzas en la España liberal. La época fundacional de las cajas de Ahorros 1833-1874, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 2003.
 - Cien años en la General, en 1892-1992, La General 100 años, Granada, Caja General de Ahorros de Granada, Catálogo-libro de la exposición conmemorativa de su I Centenario.
- TITTA, A., (s/a): Le Case di Risparmio nel Mondo. Origini e sviluppo, Malfasi Editore, Milano..
- TOBAJAS GÁLVEZ, O., El Registro de condiciones generales de la contratación, AC, nº 31, 2002.
- TOMILLO URBINA, La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico, ECL, Civitas, 2011.
- TORSTEN EHMCKE, El coste de la justicia en Alemania, CDJ, 2001.
- TORTELLA CASARES, G., La evolución del sistema bancario español de 1856 a 1868, en ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX, Servicio de Estudios del Banco de España, Madrid, 1970.
- Archivo de bancos de los siglos XIX y XX, Actas del Primer Congreso sobre archivos económicos de Entidades Privadas, Madrid, Banco de España. 1983.
 - Para comprender la crisis, GADIR, 2009.
- TORRERO MAÑAS, A. banca y crisis económica, en ICE, febrero, 1981.
- UREÑA PEREZ, A.A., ¿Es aplicable el límite de la tercera parte de la cuantía del proceso en las costas de ejecución? Cuestiones prácticas, RJED, nº 2, 2013.
- URIA, R., Derecho Mercantil, Madrid, 1975.
- Curso de Derecho Mercantil, Edición 22ª, Madrid, 1995.
- URÍA, R., MENENDEZ, A., Y VERGEZ, M., Compraventa Internacional, Estudios y Comentarios Legislativos, Civitas, 2007.
- VALENCIA MIRÓN, A.J., Comentario a los artículos 23 y 31 de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.
- VALENZUELA GARACH, J., Las nuevas actividades bancarias de las entidades de crédito, RDBB, nº 78, 2000.
- VALLEJO POUSADA, R., La Hacienda española durante la Restauración: ¿quietismo fiscal?, Hacienda Pública Española, Monografías, 1999.
- VAÑÓ VAÑÓ, M.J., En torno a la pretendida crisis de la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros, RGD, nº 672, 2000.
- VAZQUEZ GARCIA, R., El consumidor y los bancos, tensiones y relaciones contractuales, en la obra Curso sobre el nuevo derecho del consumidor, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., Consideraciones sobre la incidencia de la Ley del Consumidor en los contratos bancarios, RDBB, nº 17, 1985.
- VIDORRETA RUIZ, Ejecución de sentencias civiles en Francia y en España, ACM, 2003.
- VILATA MENADAS, S., La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, D.A.TSJ, El Derecho, nº 471, 2005.
- VILARROIG MOYA, R., Régimen fiscal de los swaps de tipo de interés y de divisas, EDF, 2002.
- VILLAGRAN y DE VILLOTA, A., El mérito de durar: 150 años en vida del Monte, Sevilla, 1992.

YÁÑEZ VIVERO, F., Algunos pronunciamientos judiciales recientes sobre la tutela de la discapacidad encomendada a las personas jurídicas, Ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho de familia, junio de 2005.

ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
CAPITULO I. EL SECTOR FINANCIERO	13
1. Origen del sector financiero	13
2. Evolución de la actividad financiera en la Baja Edad Media.....	16
3. Fases en el desarrollo histórico del sector financiero.....	20
4. Los primeros Bancos y Montes de Piedad desde la instauración borbónica hasta la Restauración	21
5. El sector financiero en la Restauración.....	23
6. La entidad financiera en España en el siglo XX	26
7. Concepto actual de entidad financiera y de depósito.....	29
8. Breve alusión a la ordenación de las entidades de crédito en España con anterioridad a 2007.....	33
9. Reordenación y organigrama de las entidades de crédito en España con posterioridad a 2007.....	35
10. La entidad financiera en los países miembros de la Comunidad Económica Europea (1986-2010).....	39
11. La entidad financiera en Europa. Panorama y tendencias.....	46
12. La reordenación estratégica de las entidades financieras europeas	49
13. La entidad financiera en el Derecho alemán y francés	52
CAPITULO II. EL CONSUMIDOR BANCARIO	59
1. El consumidor y usuario. Antecedentes	59
2. El concepto de consumidor y usuario bancario	64
3. Transformación del consumidor bancario a partir de los años sesenta.....	66
4. El consumidor bancario a principios del siglo XXI.....	70
5. La repercusión de la Constitución y Estatutos de Autonomía en la tutela de los derechos del consumidor bancario	80
6. La relación contractual entre el consumidor bancario y la entidad de crédito en el marco normativo actual. La evolución normativa más reciente.....	84

7. Eficacia del Real Decreto Legislativo 1/2007 LGCU sobre los contratos bancarios	89
8. Noción de consumidor bancario de crédito en sentido objetivo y subjetivo.....	94
9. Medidas de protección del consumidor bancario en los países miembros de la CEE. Evolución y perspectivas, y en especial, en Alemania y Francia	97
CAPITULO III. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO	107
A. ANTECEDENTE HISTÓRICO	107
1. Derecho romano	107
2. Derecho histórico patrio	109
2.1. Fuero Real	109
2.2. El Espéculo	110
2.3. Código de las Siete Partidas	111
2.4. Ley de Azcárate, de 23 de julio 1908	112
B. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO EN EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL	116
1. Concepto de contrato de préstamo	116
1.1. Introducción.....	116
1.2. Concepto.....	117
2. Naturaleza jurídica	121
3. Clasificación del contrato de préstamo	125
4. Contrato de préstamo con interés	127
CAPITULO IV. LA PÓLIZA DE PRÉSTAMO	131
A. ASPECTO DOCUMENTAL.....	131
1. La póliza de préstamo. Concepto	131
2. Diferencia entre póliza intervenida por Notario y documento público	135
3. La forma y requisitos para la correcta intervención de la póliza de préstamo	144
3.1. La póliza desdoblada, y sus excepciones en cuanto a la forma y requisitos de intervención por Notario.....	152
4. Efectos que conlleva la intervención de la póliza de préstamo.....	155
B. ASPECTO JURÍDICO-SUSTANTIVO	157
1. Las condiciones particulares de la póliza de préstamo	157
2. Concepto de condiciones generales de la contratación	159
3. Requisitos de incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo .	164
3.1. Requisitos de incorporación de condiciones generales en las cláusulas modificativas de la póliza de préstamo intervenida por Notario	167
4. Posibilidades de aceptación ante fedatario público, de las condiciones generales incorporadas a la póliza de préstamo y a sus cláusulas adicionales	169
5. Transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales.....	173

C. NO INCORPORACIÓN Y NULIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	176
1. No incorporación de condiciones generales a la póliza de préstamo.....	176
2. Nulidad de las condiciones generales de la contratación.....	178
3. Régimen aplicable.....	180
4. La resolución judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales.....	183
5. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad de la cláusula impuesta e incorporada en las condiciones generales de la póliza de préstamo.....	185
6. La acción de nulidad.....	188
7. La acción de cesación.....	190
8. La acción de retractación.....	193
9. La acción declarativa.....	196
10. Prescripción.....	198
11. Publicidad de las sentencias.....	200
12. Inscripción en el Registro de condiciones generales de la contratación.....	202
13. Régimen sancionador.....	204

CAPITULO V. LA CLÁUSULA ABUSIVA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO. LA MÁS DESTACADA JURISPRUDENCIA ENTRE 2010 Y 2013..... 207

1. Introducción.....	207
2. La cláusula abusiva. Concepto.....	213
3. Criterios o elementos de juicio para poder apreciar el carácter abusivo de una condición general incorporada en el contrato de préstamo.....	216
4. La carga de la prueba.....	222
5. La evolución normativa y jurisprudencial del término “transparencia” en las condiciones generales incorporadas al contrato de préstamo.....	230
5.1. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial.....	235
6. Principales consideraciones, argumentos y conclusiones sobre la STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, relativa a la cláusula suelo.....	239
A. Introducción.....	239
B. La cláusula suelo como condición esencial del contrato.....	244
C. La valoración de la información dada por el predisponente y recibida por el adherente en la sentencia.....	248

CAPITULO VI. LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL CONTRATO DE PRESTAMO..... 253

1. La parte prestataria.....	253
1.1. Generalidades.....	253
1.2. La persona física como parte prestataria.....	255
1.3. La persona jurídica como parte prestataria.....	256
1.4. Los entes asociativos sin personalidad jurídica como prestatarios.....	257

2. La discutida capacidad de obrar de los prestatarios menores de edad	261
2.1. El menor de edad no emancipado mayor de 16 años, como titular en la póliza de préstamo con interés intervenida por Notario. Cuestión conflictiva	261
I. Planteamiento del problema	261
II. Delimitación de los conceptos	262
III. Capacidad del menor de edad no emancipado mayor de dieciséis años para ser titular de una póliza de préstamo	264
A) Opiniones en contra.....	264
B). Argumentos favorables a la posibilidad de que dicho menor pueda ser titular de una póliza de préstamo	267
IV. Pronunciamientos judiciales recientes que resultan de interés	272
V. Conclusiones	283
2.2. El menor de edad emancipado como titular de una póliza de préstamo.....	283
2.3. El menor de edad que contrae matrimonio con cónyuge mayor de edad, como titular de una póliza de préstamo	288
3. El declarado incapaz por sentencia judicial firme como titular en la póliza de préstamo	290
4. La parte prestamista	295
5. El fiador. Su responsabilidad solidaria o mancomunada	295
5.1. Generalidades	295
5.2. Forma y cuantía de las obligaciones de garantía asumidas por el fiador	298
5.3. Plazo y extensión de las obligaciones del fiador	299
5.4. Renuncia a determinados derechos que el Código Civil confiere a los fiadores	300
5.5. El derecho del fiador a solicitar a la entidad de crédito información sobre el estado en el que se encuentra el préstamo	302
5.6. La adhesión o voto favorable de la entidad de crédito a un convenio concursal del deudor principal, de los fiadores o de quienes hubiesen constituido derechos reales de garantía.....	304
5.7. La declaración de concurso de la parte prestataria o de los fiadores.....	304
5.8. La fianza mancomunada.....	305
6. Obligaciones de la parte prestamista en el contrato de préstamo.....	306
7. Obligaciones de la parte prestataria en el contrato de préstamo.	312

CAPÍTULO VII. EL PROCESO EJECUTIVO DE PÓLIZAS DE PRÉSTAMO EN EL ÁMBITO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA..... 319

1. El proceso ejecutivo. Concepto	319
2. Principios generales.....	321
3. La póliza de préstamo como título ejecutivo. El artículo 517 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero	324
4. Partes y sujetos en la ejecución forzosa	328
5. Representación y defensa	331
5.A. Costas y gastos de la ejecución.....	331
6. Competencia objetiva y territorial. Posible indefensión en el ejecutado	336

7. Examen de oficio de la competencia territorial.....	340
8. La demanda ejecutiva.....	342
9. Despacho de la ejecución.....	347
10. Auto por el que se despacha ejecución. Contenido y notificación.....	349
11. Medidas inmediatas tras el Auto de despacho de la ejecución	352
12. Oposición a la ejecución	357
A. Introducción.....	357
B. Concepto de oposición a la ejecución.....	358
C. Oposición a la ejecución por defectos procesales.....	359
C.1. Efectos de la oposición por motivos procesales	362
C.2. El procedimiento de oposición fundada en defectos procesales.....	362
D. Oposición a la ejecución por motivos de fondo, y en particular, el relativo a que el título contenga cláusulas abusivas, a tenor de las SSTJUE de 14 de marzo y 30 de mayo de 2013.....	364
E. Efectos que conlleva la interposición de oposición por motivos de fondo....	377
F. El Auto que resuelve el incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo. Efectos y recursos.....	379
13. Defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en los casos de oposición a la ejecución	380
14. Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones	383
15. Ejecución en caso de intereses variables.....	387
16. Intereses de la mora procesal	389
17. Casos en que procede el requerimiento de pago. Lugar de requerimiento	390
18. Pago por el ejecutado	392
BIBLIOGRAFÍA.....	395

