

La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley

PONENTE

FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Como en mi caso la prudencia constituye una obligación, centraré mi intervención en la doctrina jurisprudencial, sin tratar de reformas sobre las que haya de pronunciarse el Tribunal Supremo en un futuro.

Parafraseando, debidamente dulcificada, la célebre pregunta de Zavalita en la novela de Vargas Llosa *Conversación en la Catedral*, parece inevitable plantearse en qué momento empezó la hipoteca a tambalearse. ¿Cuándo se nos estropeó la hipoteca?

Creo que la respuesta más fácil sería situar ese momento en la crisis económica y financiera que se manifestó en 2008 y que provocó en España el estallido de la burbuja inmobiliaria, el desempleo masivo y, como consecuencia, un número de ejecuciones hipotecarias desconocido hasta entonces.

Sin embargo, una respuesta más meditada nos obligaría a remontarnos en el tiempo más allá de la manifestación de la crisis para comprobar si la regulación normativa de los préstamos hipotecarios, especialmente de los destinados a la adquisición de vivienda habitual, protegía suficientemente a los consumidores frente a las cláusulas abusivas que esos préstamos pudieran contener; y también, por qué no, si desde los diferentes sectores de la comunidad jurídica se hizo o no lo suficiente, e incluso lo necesario, para conectar debidamente la regulación de la hipoteca con las normas protectoras de los consumidores.

Lo cierto es que la tranquilidad en la que vivía la hipoteca como una garantía especialmente fuerte empezó a alterarse con algunas decisiones judiciales: todos recordamos la resolución de 17 de diciembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra sobre el

abuso de derecho de la entidad de crédito al adjudicarse el bien hipotecado por un valor inferior a su tasación, la de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011 sobre el enriquecimiento injusto del banco que luego vendía por un precio muy superior la finca hipotecada y adjudicada o la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 1 de febrero de 2012 que consideraba suficiente la adjudicación al banco para extinguir la deuda del prestatario. Estas, como otras resoluciones de Juzgados de Primera Instancia de esos mismos años, caminaban en una misma dirección: la de la llamada dación en pago, es decir, la extinción de la deuda mediante la entrega de la vivienda hipotecada.

Coincidiendo en el tiempo, el Gobierno y las Cortes dictaron algunas normas encaminadas a proteger a los deudores hipotecarios: la Ley de Economía Sostenible de 2011 con su llamada al préstamo responsable, el Real Decreto Ley de 1 de julio de 2011 elevando los porcentajes de inembargabilidad y de adjudicación de la vivienda al acreedor hipotecario o el Real Decreto Ley de 9 de marzo de 2012 con su limitación de los intereses moratorios y su Código de Buenas Prácticas.

Pero será en 2013 cuando se produzcan los cambios más profundos: de una parte, con la STJUE 14 de marzo de 2013 (caso *Aziz*), que cuestiona nuestro sistema de ejecución hipotecaria por no permitir la oposición del deudor fundada en la abusividad de las cláusulas del préstamo; y de otra, con la STS 9 de mayo de 2013 que declara nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios entonces enjuiciados.

La sentencia del TJUE, a la que todavía seguirían otras más sobre el recurso de apelación (STJUE 17 de julio de 2014) o el vencimiento anticipado, provoca directamente la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modifica la Ley Hipotecaria y, más profundamente aún, la LEC.

La sentencia del Tribunal Supremo, por su parte, pese a declarar la nulidad de las cláusulas suelo, deniega la retroactividad de sus efectos respecto de los pagos ya efectuados.

Posteriormente, las STS 16 de julio de 2014 volvería a declarar la nulidad de otras cláusulas suelo por falta de transparencia, y la de 25 de marzo de 2015 fijaría doctrina sobre la llamada retroactividad de los efectos de su declaración de nulidad: devolución de lo cobrado en exceso solo a partir del 9 de mayo de 2013, es decir, de la primera sentencia que declaró nulas unas cláusulas suelo por falta de transparencia.

Entre medias la UE dictó la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, hablando del «comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado» y llamando, en consecuencia, al préstamo responsable; y ahora mismo, el alcance de la retroactividad está muy próximo a un pronunciamiento por el TJUE en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por los Juzgados españoles, y el ATJUE 17 de marzo de 2016 acaba de cuestionar seriamente el artículo 114 LH (intereses de demora y recálculo) y el artículo 693 LEC (vencimiento anticipado por tres impagos), autorizando al juez español a suprimir los intereses de demora y a no considerar vencido el préstamo pese a los tres impagos.

También ahora mismo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia de 8 de marzo de 2016, rechaza que pueda resolverse el préstamo por cualesquiera incumplimientos del deudor, por no poder encuadrarse el préstamo en el artículo 1124 CC al carecer de obligaciones recíprocas.

El panorama, pues, tiene mucho de incierto, y algunos dirán que hasta de inquietante, pero desde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se intenta aportar seguridad jurídica, por más que la tarea no sea nada fácil porque hay que llevarla a cabo con un ojo mirando a la ley española, como era tradicional en la jurisprudencia, pero con el otro mirando al TJUE, que viene cuestionando seriamente nuestra legislación. En suma, estamos en la época del llamado «diálogo entre tribunales», que otros prefieren denominar «el siglo de la jurisprudencia» y otros, con más malevolencia, la de la elección de tribunal supremo por los jueces nacionales.

Si tuviera que elegir una palabra para definir qué predomina en las deliberaciones y consiguientes decisiones del Tribunal Supremo sobre estas materias yo elegiría la de *equilibrio*: intentar que la sentencia no se limite a resolver el caso concreto planteado por el recurso de casación sino que, sobre todo, se midan y se evalúen las consecuencias de la decisión.

Así, la STS de 2013 sobre las cláusulas suelo dio lugar a críticas muy severas desde algunos sectores por haber declarado la nulidad, pero también desde otros por haber rechazado la retroactividad.

La STS 22 de abril de 2015 sobre los intereses de demora en un préstamo personal despertó críticas por tomar como referencia los dos puntos del artículo 576 LEC, insuficientemente disuasorios para el sector bancario, pero también por seguir manteniendo el interés remuneratorio para un préstamo ya vencido.

Y las SSTS 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, bien recibidas en general por los consumidores, han sido criticadas

sin embargo por rechazar soluciones maximalistas que priven de virtualidad alguna al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Yo tengo que admitir que cualquier solución que no tenga un apoyo claro e inequívoco en la ley es discutible, pero también les diré que desde el Tribunal Supremo procuramos resolver los recursos teniendo presentes, hasta donde nos resulta posible, todas las consecuencias de nuestros pronunciamientos.

Así, en la STS 22 de abril de 2015 sobre intereses de demora en los préstamos personales a consumidores sin garantía real, el mantenimiento del interés remuneratorio, explicado en el apdo. 6 de su FJ 7.º, responde a no ofrecer un incentivo general al incumplimiento.

Por su parte la STS 13 de enero de 2015 matiza la jurisprudencia tradicional, que excluía el enriquecimiento sin causa cuando el banco adjudicatario de la finca hipotecada por la mitad de su valor la vendiera luego con una plusvalía muy significativa, y en su lugar considera que puede existir enriquecimiento injusto cuando el adjudicatario obtenga «una plusvalía muy relevante» vendiendo la finca en un «tiempo relativamente próximo», inspirándose así esta sentencia en la reforma del artículo 579 LEC por la Ley 1/2013.

Más recientemente, las SSTs 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, ambas sobre préstamos anteriores a la Ley 1/2013, resuelven sobre los intereses moratorios y las cláusulas de vencimiento anticipado.

Sobre los intereses moratorios, las sentencias se atienen a la doctrina del TJUE en sentencia 21 de enero de 2015 y auto 11 de junio de 2015 para rechazar que los artículos 1108 CC y 114.3 LH puedan ser aplicados supletoriamente y para que el artículo 114.3 LH pueda ser tomado como referencia. En consecuencia, sigue el criterio de la STS 22 de abril de 2015 sobre préstamos personales, de modo que la nulidad afecte al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

En cuanto al vencimiento anticipado, las dos sentencias confirman la nulidad de cláusulas evidentemente abusivas, pues se establecía el vencimiento total por impago de cualquier fracción de capital o intereses. Pero como la Sala era consciente de la dispersión de criterios existente en Audiencias y Juzgados acerca de si podía o no proseguir la ejecución hipotecaria, sí llama la atención sobre la necesidad de *evitar interpretaciones maximalistas* que, en realidad, puedan acabar perjudicando al deudor. En definitiva, se considera que el procedimiento de ejecución hipotecaria sigue siendo posible cuando el incumplimiento del deudor tenga «una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado».

Es innegable que el reciente ATJUE 17 de marzo de 2016, especialmente en sus apartados 40 y 41, parece excluir cualquier interés

de demora y cualquier posibilidad de vencimiento anticipado. Pero también me parece innegable que las consecuencias de someter a los deudores hipotecarios a un proceso fundado en el artículo 1124 CC, con anotación preventiva de demanda y ejecución ordinaria de la sentencia, serán, de un lado, tal vez más perjudiciales para él; y de otro, introducirán una absoluta dispersión de criterios acerca de cuántos impagos equivalen al incumplimiento. Si a todo esto añadimos la solución que da la reciente SAP Pontevedra 8 de marzo de 2016, concluirán conmigo que todo lo relativo a las ejecuciones hipotecarias fundadas en préstamos anteriores a la Ley 1/2013 está bastante en el aire, y que sobre los préstamos posteriores ya se verá.

La posición del Tribunal Supremo en este panorama es, si me permiten un símil taurino mucho menos políticamente correcto en estos tiempos que los futbolísticos, pero también mucho más gráfico, como la del torero que está solo en el ruedo, sin esconderse en la barrera ni esperar a que den los tres avisos y se devuelva el toro al corral o, incluso, a que se muera de viejo. Y dentro del ruedo no solo tiene frente a sí un toro, que sería el recurso, sino varios toros a la vez en forma de normativa nacional, normativa y jurisprudencia europea y dispersión de criterios de los jueces nacionales.

En el Tribunal Supremo estamos siempre dispuestos a afrontar nuestras responsabilidades, asumiendo las críticas que recibamos y sin adoptar posturas cómodas como sería la de dejar los recursos aparcados hasta que pase la tormenta.

De lo que sí debemos ser conscientes todos es de que la hipoteca, considerada en su integridad y por tanto incluyendo el procedimiento de ejecución hipotecaria, ha contribuido de forma decisiva al acceso a la vivienda en propiedad y ha aportado, así, un importantísimo factor de estabilidad social a España.

Por eso es importante rectificar a fondo todo lo mal hecho durante los años del *boom* inmobiliario y diseñar una hipoteca para la adquisición de vivienda habitual que combine la fortaleza de la garantía para el acreedor con la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas y frente a las consecuencias abusivas de la ejecución hipotecaria.

Personalmente creo que es la hora de estudiar cómo se combinen esos intereses contrapuestos en los países de la UE que menos problemas hayan tenido con el TJUE en estas materias; y sobre todo, es imprescindible que en el proceso de elaboración de las normas y en la supervisión de su aplicación, previa al proceso judicial, esté muy presente la protección de los consumidores, en el mismo grado, al menos, que la preocupación por la solvencia, o apariencia de solvencia, de las entidades de crédito.

En el Tribunal Supremo miramos con absoluto respeto las leyes que emanan de las Cortes, y nada nos gustaría más que poder aplicarlas sin reparos. Pero no menos respeto tenemos al Derecho de la UE y a su máximo intérprete, que es el TJUE.

Espero haberles convencido de la dificultad de nuestra tarea en los tiempos recientes, que no es menor para los que se avecinan. Por eso me atrevo, en este foro universitario alentado por ese colectivo tan relevante de la comunidad jurídica como son los registradores, a recordar que la jurisprudencia siempre se ha nutrido de la obra de los autores de la doctrina científica, y animo a que siga siendo así aunque la aceleración de los tiempos que vivimos no nos permitan el estudio reposado que todos deseáramos.

Espero que mi presencia en este acto sea tomada como una muestra más de lo que anuncié en su día al presentar al Consejo General del Poder Judicial mi petición para la presidencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo: el compromiso de una comunicación constante y respetuosa de la Sala con todos los sectores de la comunidad jurídica.