

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE ENERO DE 2015 (595/2015)**

**Demanda declarativa contra Juicio Hipotecario
sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria:
Nulidad del título del préstamo hipotecario
y Nulidad de actuaciones del procedimiento judicial
sumario planteadas en juicio declarativo**

Comentario a cargo de:
Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ENERO DE 2015

RoJ: STS 595/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:595**

ID CENDOJ: 28079110012015100087

PONENTE: Excmo. Sr. Don Francisco Javier Arroyo Fiestas

Asunto: La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 resuelve sobre diversas cuestiones relacionadas con la nulidad de una escritura de préstamo hipotecario y del procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria entablado para su ejecución, pudiendo extraerse de la misma las siguientes conclusiones: a) no puede tacharse de parcial la determinación que las partes hacen en función de los intereses medios que rijan en tiempo determinado en cierto sector del mercado (Asociación Hipotecaria Española) si no se acredita que los tipos suministrados por la entidad de que se trate han provocado un alza artificial de dicho tipo de interés medio; b) para declarar la abusividad de una concreta cláusula del

préstamo hipotecario (ej. tipo mínimo de interés moratorio, un determinado interés sustitutivo) y ordenar la rectificación del saldo liquido exigible, ha de probarse que dicha cláusula ha sido objeto de aplicación efectiva; c) la circunstancia de ser los intereses variables y estar garantizados por una responsabilidad hipotecaria con el carácter de hipoteca de máximo no impide la utilización del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH (hoy el procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC) si la obligación principal garantizada se trata de un préstamo hipotecario; d) para que la falta de notificación o requerimiento de pago a uno de los deudores en un procedimiento judicial sumario provoque la nulidad de actuaciones es preciso que se acredite no sólo su falta sino también que la misma generó la indefensión del mismo; e) la Directiva CEE 13/1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados por consumidores sólo es aplicable a las escrituras de préstamo o crédito hipotecario otorgadas después de su entrada en vigor.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Motivos de casación que afectan a la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario. 5.2. Motivos de casación que afectan a la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. 6. Análisis crítico: principales controversias suscitadas: 6.1. El plazo de duración del préstamo hipotecario. 6.2. Los tipos de interés de referencia e intereses moratorios pactados: 6.2.1. La determinación del tipo de interés de referencia. 6.2.2. el redondeo del tipo de interés de referencia. 6.2.3. El interés moratorio pactado. 6.3. Aplicabilidad de la Directiva CEE 13/1993. 6.4. El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el préstamo con intereses remuneratorios variables. 6.5. El requerimiento de pago en el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria. 7. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Esta sentencia plenaria resuelve en casación, como la sentencia de 12 de enero de enero de 2015 que se comenta en este mismo tomo, cuestiones dimanantes de la demanda de juicio declarativo de menor cuantía, interpuesta por prestatarios particulares, contra la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (hoy CAIXABANK SA), en la que se solicitaba la declaración de nulidad de la escritura de préstamo y de constitución de hipoteca de fecha 9 de abril de

1990, y la nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria nº 454/94 del Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Arganda del Rey.

En la demanda declarativa que provoca esta sentencia, la parte recurrente solicitaba la declaración de nulidad de la escritura de préstamo y de constitución de hipoteca por motivo de contener las siguientes cláusulas:

- a) La cláusula relativa al plazo de amortización del préstamo hipotecario que se fija en un plazo superior a veinte años, por entender que las Cajas no podían conceder préstamos hipotecarios en los que el plazo de duración excediese de esos veinte años, según disponía el artículo 37 del Estatuto de Cajas de las Cajas Generales de Ahorro Popular de 14 de marzo de 1933.
- b) La cláusula de intereses ordinarios que referenciaba el tipo de interés al *“índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española”*, por considerar que la misma deja la fijación del tipo de interés al arbitrio de la Caja acreedora ya que su propio interés contribuye a determinar dicha media.
- c) La cláusula de intereses moratorios según la cual *“En caso de demora, esto es, si no se satisficieran los intereses o la cuota pactada correspondiente a un determinado período, el primer día del período siguiente, las sumas adeudadas devengarán, día a día, intereses de demora al tipo del interés nominal, incrementado en dos puntos porcentuales. Tales sumas también se liquidarán día a día. No obstante, a efectos obligacionales, el tipo de interés a aplicar en concepto de demora no podrá ser inferior al que la CAJA acreedora tenga establecido para los descubiertos en cuenta. En este ámbito y de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del Código de Comercio, los intereses nominales sobre los que recaiga la demora se entenderán capitalizados”*, porque, igualmente, se considera que la fijación del tipo de interés moratorio mínimo se deja al arbitrio de la Caja acreedora al referenciarlo a un tipo de interés propio.

Por otra parte, también se solicitaba en la demanda la nulidad de actuaciones del propio procedimiento de ejecución hipotecaria seguido con arreglo a los trámites del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por las siguientes causas:

- a) Que al ser el interés pactado variable, la hipoteca había de considerarse como de “máximo”, por lo que no procedía la ejecución conforme al procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dado que debería haberse seguido el procedimiento que para ese tipo de hipotecas regula el artículo 153 de dicha Ley.
- b) Que no tuvo lugar en el procedimiento el preceptivo requerimiento de pago a los deudores y que los edictos no mencionaban al tercer deudor hipotecario surgido por una venta.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Arganda del Rey dando lugar a los autos números 258/1996, en cuyo procedimiento se dictó sentencia de fecha 16 de diciembre de 1997 en la que se desestimaba la demanda al no aceptarse la abusividad de las cláusulas del préstamo hipotecario que se pretendían por la parte recurrente, y al entender el juzgado que no concurría infracción procesal generadora de indefensión.

No explicita la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 que se comenta, a la hora de señalar los motivos de la demanda, cuáles fueron las razones o argumentos en que se basó el juzgado de instancia para llevar a cabo dicha desestimación, por lo que habremos de entender que fueron las mismas que aquellas en las que se basa la propia sentencia de casación.

3. Soluciones dadas en apelación

Contra la sentencia que resuelve la demanda la parte prestataria demandante interpuso recurso de apelación fundándose en los mismos motivos que en la propia demanda, siguiéndose los trámites ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Duodécima) con el número de recurso de apelación núm. 127/1998, en el que recayó sentencia de fecha 31 de julio de 2002 que desestimó la apelación y confirmó la sentencia apelada al entender que los deudores hipotecarios fueron requeridos de pago extrajudicialmente (mediante Notario), se personaron y tuvieron conocimiento de las subastas practicadas y gozaron de información suficiente y bastante de los tipos de interés y de su variación.

No consta tampoco en la sentencia del Tribunal Supremo que se comenta las razones o argumentos de la Audiencia Provincial de Madrid para el rechazo de los demás motivos de la apelación, por lo que habremos de entender que fueron las mismas que aquellas en las que se basa la propia sentencia de casación.

4. Los motivos de casación alegados

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la parte prestataria interpuso recurso de casación basándose fundamentalmente en los mismos motivos de la demanda y de la apelación antes expuestos y que se dan aquí por reproducidos. Se añaden en el recurso otros nuevos motivos que son rechazados por la Sala Civil, sin llegar a entrar a analizar el fondo jurídico de cada uno de ellos, bien simplemente por no haberse alegado en la demanda, bien por la defectuosa técnica casacional utilizada en el recurso al defender tales motivos con argumentos confusos, heterogéneos e inconexos. Por tanto, al existir falta de

pronunciamiento por parte del Pleno sobre las cuestiones jurídicas que se ventilaban en tales motivos se prescinde en este comentario de su examen.

En cuanto a la argumentación jurídica de los recurrentes respecto de los motivos de casación admitidos a trámite por el Tribunal Supremo, por razones de claridad expositiva, dado que se trata de múltiples supuestos concretos, se exponen a la vez que la decisión de la Sala en relación con cada uno de ellos.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Motivos de casación que afectan a la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario*

Respecto de los motivos casacionales en los que se solicita la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, contiene los siguientes pronunciamientos:

a) En cuanto a la alegación de que la Caja no podía conceder préstamos hipotecarios en los que el plazo de duración excediese de veinte años, por imposición del artículo 37 del Estatuto de Cajas de las Cajas Generales de Ahorro Popular de 14 de marzo de 1933; el Tribunal Supremo lo rechaza porque las Cajas de Ahorro fueron equiparadas a los Bancos en cuanto al plazo de duración de los préstamos hipotecarios en virtud del Real Decreto 2290/1977 de 2 de agosto, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la escritura de hipoteca objeto del recurso.

b) Respecto a la alegación del recurrente de que la revisión del tipo de interés remuneratorio infringe el artículo 1256 del Código Civil, al implicar el señalamiento como tipo de referencia el “*índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española*” una determinación unilateral del interés por parte del prestamista; es rechazada porque no consta acreditado en el procedimiento que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de dicho tipo de interés medio.

Relacionado con los intereses remuneratorios también se aduce, como motivo de casación, la existencia de un pacto de redondeo del tipo de intereses sustitutivo, motivo que es rechazado por la Sala, primero, porque no se alegó en la demanda y, en cualquier caso, porque no consta acreditado que tuviera lugar su aplicación en defecto del tipo de referencia principal, no pudiendo valorarse de forma abstracta al no tratarse de una acción colectiva de cesación.

c) En relación con la alegación del recurrente de que el pacto de tipo de interés de demora a efectos obligacionales no pueda ser inferior al que la entidad

acreedora tenga establecido “para los descubiertos en cuenta corriente”, infringe el artículo 1256 del Código Civil, al implicar una determinación unilateral por parte de ésta del interés moratorio mínimo; también es rechazado por la Sala porque no se acredita que esta cláusula haya sido objeto de aplicación efectiva, por lo que no puede entenderse que los intereses se liquidaran por una cantidad superior al nominal más dos puntos que es el pactado como normal.

Reitera el Tribunal Supremo a este respecto que el control de abusividad no puede ser abstracto o en sí mismo considerado, sino que debe ser concretado en relación con las cláusulas que fueran objeto de aplicación de acuerdo con los hechos discutidos en el recurso, al no tratarse de una acción colectiva de cesación.

d) Por último el Tribunal Supremo tampoco admite, con carácter general, la alegación de abusividad de las cláusulas discutidas por parte del recurrente, el cual invoca la aplicación de la Directiva CEE 13/1993 de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, porque esa norma es de fecha posterior al contrato de préstamo hipotecario objeto del recurso cuya escritura de constitución está fechada el día 9 de abril de 1990.

5.2. Motivos de casación que afectan a la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria

Respecto de los motivos casacionales en los que se solicita la nulidad de actuaciones del procedimiento de ejecución judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, contiene los siguientes pronunciamientos:

a) En cuanto a la alegación de la parte recurrente de haberse inaplicado los artículos 12 y 153 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 131, regla 2ª de la Ley Hipotecaria, ya que al ser el interés variable, la hipoteca ha de considerarse como de “máximo”, por lo que no procedería la ejecución conforme al procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que debería haberse seguido el procedimiento del art. 153 de la misma Ley; se rechaza también por parte del Tribunal Supremo. La razón de la desestimación se fundamenta en que, de acuerdo con las reglas 3ª y 4ª del artículo 131 de la citada Ley Hipotecaria en la redacción introducida por la Ley 19/1986 de 14 de mayo, no obstante tratarse de una hipoteca de máximo, era posible utilizar el procedimiento de ejecución judicial sumario, aunque los intereses fueran variables, si la obligación principal garantizada era un préstamo hipotecario.

b) Por último, se denuncia por el recurrente la infracción del artículo 131, reglas 3ª números 3º y 4º, 4ª, 5ª y 7ª, de la Ley Hipotecaria, porque se afirma que no se produjo requerimiento de pago a los deudores hipotecarios y porque los

edictos no mencionaban al tercer deudor hipotecario existente. Igualmente se rechaza este motivo por la Sala por entender que sí se realizó efectivamente el requerimiento de pago, el cual se efectuó a través de vía notarial, como se recoge como hecho probado en la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida.

Añade el Tribunal Supremo que el hecho de no figurar uno de los deudores en los edictos de la subasta, no puede provocar la nulidad de lo actuado, dado que al estar personados todos los deudores, incluido ese tercero, en el procedimiento, todos tuvieron o pudieron tener cumplido conocimiento de las fechas de las subastas (arts. 238 y 240 LOPJ), por lo que sus posibilidades de defensa no fueron mermadas y se debe concluir que no concurrió indefensión alguna (art. 24 de la CE).

6. Análisis crítico: principales controversias suscitadas

6.1. *El plazo de duración del préstamo hipotecario*

En cuanto al motivo casacional consistente en que la Caja acreedora no podía conceder préstamos hipotecarios en los que el plazo de amortización excediese de veinte años, poco más hay que argumentar respecto de lo que dice el Tribunal Supremo, ya que, efectivamente, el artículo 20 del Real Decreto 2290/1977 de 2 de agosto, por el que se regulan los órganos de gobierno y las funciones de las Cajas de Ahorros, señaló que “*a partir de la entrada en vigor de la presente disposición las Cajas de Ahorros podrán realizar las mismas operaciones que las autorizadas a la Banca privada, sin otras limitaciones que las vigentes para esta última en el marco de la Ley dos/mil novecientos sesenta y dos, de catorce de abril, sobre bases de ordenación del crédito y de la Banca*”, lo que implicaba la supresión de las limitaciones que en la concesión de préstamos afectaban a las Cajas de Ahorro en relación con las facultades de los Bancos, entre ellas, el referido plazo de amortización de los mismos.

El citado Real Decreto se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de septiembre de 1977, es decir, con bastante antelación al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario objeto del recurso, por lo que la legalidad de la cláusula que recoge la duración del préstamo no ofrece duda.

6.2. *Los tipos de interés de referencia e interés moratorio pactados*

6.2.1. La determinación objetiva del tipo de interés de referencia

Hasta la reforma de la Ley de Defensa de los Consumidores de 1984, operada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, la

defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios incorporadas a las escrituras de hipoteca mediante minutas elaboradas por las entidades crediticias e impuestas a los prestatarios, fue asumida en exclusiva por los registradores de la propiedad que denegaban el acceso al registro de todas aquellas estipulaciones que, en el ejercicio de su función calificadora o de control de la legalidad, consideraban “no válidas o no ajustadas al ordenamiento jurídico”.

Es por ello que durante ese periodo, en el cual se firmó la escritura de constitución de hipoteca objeto del recurso, la doctrina principal acerca de la materia estaba constituida por las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado dictadas en los recursos interpuestos contra la calificación registral negativa, la cual, en materia de determinación de los tipos de interés de referencia de los préstamos hipotecarios a interés variable, exigía, como requisito de inscripción, la objetividad en el mecanismo previsto para la determinación de los intereses remuneratorios, ya que, en otro caso, el cumplimiento de la obligación quedaría al arbitrio del acreedor (a lo que se oponía el art. 1256 del Código Civil y el art. 10 de la Ley de Defensa de Consumidores de 1984) que podría variar el tipo de interés libremente o influir de forma decisiva en su determinación. Además, hoy en día se infringiría también Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en lo tocante a la vinculación del contrato a la voluntad del empresario, desequilibrio prestacional entre las partes y condiciones abusivas del crédito en general (arts. 85 y ss LGDCU de 2007).

Así la DGRN en distintas resoluciones rechazó la admisión e inscripción como tipo de interés de referencia “el preferencial del propio Banco acreedor” (res. 7 de septiembre de 1988), “los preferenciales de un número reducido de entidades de crédito (3 o 4 Bancos o Cajas)” entre las que se encontraba la entidad prestamista u otra perteneciente a su grupo (res. 26 de diciembre de 1990), “el tipo de interés que para depósitos por importe y periodo de interés similares se oferte al Banco unos días antes de la fecha en que debiera comenzar a regir el nuevo periodo de interés” (res. 21 de octubre de 1998 y 8 de febrero de 2001) o del que fije unilateralmente el banco acreedor transcurrido el período inicial de interés fijo (res. 31 de enero de 2013 respecto de un banco holandés).

Sin embargo sí consideró inscribible la cláusula según la cual, la fijación de los intereses variables garantizados se hace en función “del promedio de tipos preferenciales de un grupo de seis entidades de crédito”, entre las que no se encontraba la entidad prestamista (res. 13 de enero y 13 de noviembre de 1990 y 14 de enero de 1991), por entender que ni la confluencia de intereses, ni la pertenencia a asociaciones profesionales o agrupaciones para la satisfacción de intereses comunes (como pudiera ser, en su momento, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Asociación Española de Banca o la Asociación Hipotecaria Española), menoscaba la independencia económica y

la autonomía de intereses de cada una de ellas, ni, por consiguiente, infringe el artículo 1256 del Código Civil.

Este criterio de objetividad fue recogido posteriormente en la Circular del Banco de España de 5 de diciembre de 1988 que señaló que “*Los tipos publicados o practicados por la propia entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular*”, y más concretamente en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, cuyo artículo 6-2 señaló que “*En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo*”.

Por ello considero que debe estimarse admisible, con base en ese principio de determinación y objetividad, que el tipo referencia que se pacte sea el que rija en un tiempo determinado en cierto sector del mercado del que formen parte la entidad acreedora, como ocurre en este caso con el “*índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española*”, aunque no se excluya del mismo a aquélla, ya que la pertenencia a ese sector de una pluralidad de entidades de crédito hace que se diluya el tipo medio comunicado por una concreta de ellas.

Por tanto, Sólo podría considerarse que hay una falta de objetividad en la fijación del tipo de interés de referencia, en la época en que se otorgó la escritura de préstamo hipotecario, si, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, se probara que los tipos suministrados por la concreta entidad prestamista de que se trate han provocado un alza artificial de dicho tipo de interés medio, o bien que dicho índice está condicionado en virtud de la existencia de acuerdos o prácticas colusorias con otras entidades.

Todo ello sin perjuicio de que, hoy en día, tratándose de contratos en que sea aplicable la legislación de protección de consumidores, sólo serán admisibles los tipos de interés de referencia oficiales que se establecen en el artículo 27 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2889/2011 de 28 de octubre sobre transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios.

6.2.2. El redondeo del tipo de interés de referencia

Respecto a la cuestión de que el tipo de interés de referencia sustitutivo pactado contiene un redondeo que el recurrente considera abusivo, se ha de

señalar que no se concreta en la sentencia la causa específica en virtud de la cual la parte prestataria alega dicha abusividad, es decir, si la misma es debida a que el redondeo es solamente al alza, en cuyo caso, en la fecha de la escritura de préstamo hipotecario, no sería admisible el pacto por ir en contra de los citados artículos 1256 del Código Civil y 10 de la Ley de Defensa de Consumidores de 1984, o si es debida a la cuantía del redondeo (p.e. a la mitad de punto), en cuyo caso, en esa época, sí sería admisible.

Efectivamente ya por los años noventa existía un convencimiento en la práctica registral, ratificada por la DGRN, que tanto el pacto de oscilación de los intereses variables, como el de redondeo de los mismos, sólo al alza, constituía una convención objetivamente contraria “*al justo equilibrio entre los derecho y obligaciones de las partes*” del artículo 10 de la Ley de Defensa de Consumidores de 1984, y por eso era rechazada su inscripción registral. Pero no ocurría así con el pacto del redondeo ya que no existía norma legal alguna que lo prohibiera o limitara su cuantía.

Fue la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la que sancionó la legalidad de la técnica del redondeo del tipo de interés remuneratorio (tipo de referencia más diferencial) y dispuso las condiciones de su utilización al señalar en su anexo II que “*si se pactara el redondeo del tipo de interés, se indicarán, en fracciones de punto, los múltiplos a los que se efectuará (por ejemplo, redondeo al más cercano octavo de punto)*”, pero sin precisar la máxima cuantía permitida ni sancionar el redondeo únicamente al alza.

Posteriormente la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en su disposición adicional 12^a dispuso que: “*En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto*”, con lo que se restringía la cuantía del redondeo (antes ya limitado al cuarto de punto), pero se seguía sin sancionar la ilegalidad del pacto de “redondeo al alza”.

Esa sanción llegó, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, con las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010 que declararon su abusividad y nulidad, salvo acreditación de haber sido negociada individualmente, fundándose en el antes citado artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores, ya que los supuestos eran de su tiempo de vigencia. El Tribunal Supremo consideró este pacto de redondeo sólo al alza como un exceso que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación alguna para el prestatario.

Finalmente con la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios de 31 de diciembre de 2006, se calificaron de abusivas en su artículo 7 bis las “*estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*”, artículo que ha pasado casi literalmente al número 5 del artículo 87 de la LGDCU de 2007.

Pero la razón de la desestimación por la Sala, en el supuesto que se comenta, no se ha basado en estas consideraciones sino simplemente porque no consta acreditado en el juicio declarativo que tuviera realmente lugar la aplicación del tipo de interés de referencia sustitutivo –con su redondeo– en defecto del tipo de referencia principal pactado, y por no poder valorarse de forma abstracta la abusividad al no tener la acción procesal ejercitada la consideración de una acción colectiva de cesación.

Argumentos esos que no puede sino considerarse acertados y que vienen ratificados por la actual redacción del artículo 695-1-4^a de la LEC que admite como causa de oposición a la ejecución hipotecaria el carácter abusivo de una cláusula contractual pero sólo si “*constituye el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible*”, es decir, si ha sido efectivamente aplicada. No entiendo trasladables a este supuesto los criterios del TJUE respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado, en el sentido de considerar irrelevante, para declarar la abusividad de la cláusula y el sobreseimiento de la ejecución, que el banco haya hecho uso de tal facultad una vez producidos el número mínimo de plazos impagos pactados o haya esperado más tiempo porque, en todo caso, la facultad de vencimiento anticipado se ha ejercitado y ha constituido el fundamento de la ejecución.

6.2.3. El interés moratorio pactado

Igual cuestión se plantea en relación con la alegación del recurrente de que el pacto de tipo de interés de demora a efectos obligacionales es abusivo al señalar que éste, fijado en el interés ordinario más dos puntos, “*no puede ser inferior al que la entidad acreedora tenga establecido para los descubiertos en cuenta corriente*”, porque con ello infringe el artículo 1256 del Código Civil, al implicar una determinación unilateral por parte de la Caja del interés moratorio mínimo. Indudablemente esto es así ya que, como se ha indicado en el apartado 6.2.1, desde el año 1988 la DGRN venía exigiendo, como requisito de inscripción y validez, la objetividad en el mecanismo previsto para la determinación de los intereses remuneratorio y/o moratorio, sin que tal determinación pudiera quedar al arbitrio del acreedor.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también desestima este motivo casacional simplemente porque no consta acreditado en autos que esta cláusula haya sido objeto de aplicación efectiva, por lo que no puede entenderse que los intereses se liquidaran por una cantidad superior al nominal más dos puntos que

es el pactado como normal. Entendimiento que es totalmente correcto pues si la cifra resultante de la aplicación de esas variables fue durante todo el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el retraso en el pago (mora) superior al tipo establecido por la entidad prestamista para los descubiertos en cuenta corriente, éste nunca se habría aplicado.

Reitera, por lo demás, el Tribunal Supremo su doctrina acerca de que al no haberse ejercitado una acción colectiva de cesación sino una acción individual de nulidad, el control de abusividad que deben ejercer los tribunales no puede ser abstracto sino que debe ser concretado en relación con las cláusulas que fueran objeto de aplicación, de acuerdo con los hechos discutidos en la demanda y en los recursos; respecto de lo cual me remito a lo expuesto en el anterior apartado 6.2.2.

6.3. Aplicabilidad de la Directiva CEE 13/1993

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es uno de los textos legales comunitarios que más cuestiones prejudiciales han originado en los últimos años, sobre todo en materia de hipotecas, por lo que la determinación de a qué escrituras de préstamo hipotecario es aplicable es crucial en materia de seguridad jurídica.

En este sentido dado que el acta de adhesión de España a las Comunidades Europeas es anterior (12 de junio de 1985) a la aprobación de dicha Directiva, debemos entender que la misma es aplicable en España desde su propia fecha y no desde su primera transposición llevada a cabo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 7 de abril. A esta conclusión se llega en virtud de la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario Europeo y del hecho que la interpretación que el TJUE haga de las normas de la Unión *ex* artículo 9 F del Tratado de Lisboa, en este caso sobre abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, se traslada a la legislación nacional, cuyas disposiciones vigentes –incluso anteriores a las sentencias– deberán interpretarse por los tribunales y autoridades nacionales en el sentido que resulte de esa jurisprudencia comunitaria o no aplicarse cuando fueren incompatibles con ella.

Como en este supuesto la escritura de préstamo hipotecario se otorgó el día 9 de abril del año 1990, es decir, con anterioridad a la aprobación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el Tribunal Supremo correctamente inadmite la alegación genérica de abusividad de las cláusulas discutidas por parte del recurrente, porque tal Directiva 13/93 CEE no es aplicable al contrato.

6.4. El procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y el préstamo con intereses remuneratorios variables

Según se ha indicado anteriormente la parte recurrente alega que como los intereses remuneratorios pactados son variables, la hipoteca que los garan-

tiza debe considerarse como de “máximo”, por lo que, en su entendimiento, no procedería la ejecución conforme al procedimiento regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ya que debería haberse seguido el procedimiento recogido en el artículo 153 de la misma Ley.

Es cierto que es doctrina reiterada de la DGRN (cfr. resoluciones 3 de diciembre de 1998, de 8 de febrero de 2001 y de 18 de febrero de 2008) que la garantía por intereses sujetos a variación constituye una hipoteca de seguridad o de máximo, lo cual exige, en primer lugar, la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real de hipoteca, opera a todos los efectos legales, favorables y adversos, y tanto en las relaciones entre acreedor y deudor hipotecarios, como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada. Exigencia que, como señala reiteradamente la DGRN, no puede ser confundida con los límites que por anualidades establece el artículo 114 de la LH, que sólo operan cuando exista perjuicio para tercero.

En segundo lugar, esa especial naturaleza plantea la cuestión de si podrá acudir para el cobro de dichos intereses variables (sean ordinarios o moratorios) al mismo procedimiento de ejecución que el préstamo principal garantizado, que al encontrarnos ante una hipoteca ordinaria o de tráfico, podía ser, en el ámbito temporal aplicable en este supuesto, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o si, por el contrario, debe acudir al procedimiento de ejecución ordinario o al juicio declarativo.

A estos efectos, debe quedar claro que la responsabilidad hipotecaria que garantiza los intereses variables no puede considerarse como una hipoteca diferenciada de la hipoteca que garantiza el capital del préstamo o las demás obligaciones accesorias o complementarias, por lo que el régimen de su ejecución debe ser unitario. Es decir, que la hipoteca ordinaria o de tráfico es única, aunque se constituya como cobertura de distintas obligaciones garantizadas y aun cuando éstas sean de distinta naturaleza y diferente régimen jurídico (así, las obligaciones por intereses moratorios o por costas de la obligación son obligaciones futuras y las obligaciones por intereses remuneratorios variables son obligaciones indeterminadas, etc), siempre que éstas tengan una conexión causal entre sí o una dependencia recíproca (en este caso su accesoriedad o complementariedad con la obligación principal), se encuentren determinadas en sus aspectos definidores y la hipoteca quede vinculada a las obligaciones en su nacimiento, vigencia y exigibilidad.

Pero es que, además, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria relativo a las hipotecas de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, siempre ha permitido utilizar la acción hipotecaria ejecutiva del artículo 131 de la LH para lograr el cobro del saldo líquido de la cuenta. Lo único que exige, como especial, es que a la demanda ejecutiva se acompañe, aparte de los que sean proce-

dentes, aquellos documentos que acrediten el importe líquido de la cantidad adeudada ya resulte éste del sistema de doble libreta, ya de una certificación de la entidad acreedora de las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas.

Y, por su parte, el artículo 131 regla tercera apartado cuarto, ya desde la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1986 de 30 de abril, de reforma procesal de los procedimientos de ejecución hipotecaria, expresamente permite reclamar simultáneamente en una sola demanda el capital del préstamo, los intereses remuneratorios variables y las demás obligaciones accesorias y complementarias de la principal, si bien deberá acompañarse a la demanda ejecutiva respecto de ese tipo de intereses “*el documento o documentos que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable, permita determinar dicho tipo con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética, si el tipo de los intereses reclamados no viniese determinado en la certificación registral o en la copia autorizada a que alude el último párrafo del número segundo de esta regla*”.

Por ello pienso que la parte recurrente ha incurrido en un error de concepto en la formulación de este motivo casacional y que, en realidad, cuando habla de que procede la ejecución de los intereses variables por el procedimiento ejecutivo del artículo 153 de la LH, procedimiento especial que nunca ha existido, lo que está queriendo decir es que, para poder acudir al procedimiento ejecutivo del artículo 131 de la LH, debe exigirse la aportación de los documentos que acrediten cuál es el saldo líquido exigible por tal concepto, lo que debería haberse pactado en la escritura de constitución.

Ahora bien, si ésta fuera su intención, también debería rechazarse el recurso porque como señala la DGRN en resolución de 16 de febrero de 1990, para la fijación de los intereses variables al tiempo de la ejecución por la vía del procedimiento judicial sumario, no es imprescindible que en la escritura de hipoteca se precise el documento adecuado a tal efecto, pues en última instancia siempre será de aplicación lo dispuesto en la citada regla 3ª apartado 4º del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Además, no puede confundirse entre el saldo resultante de la liquidación de una cuenta corriente de crédito (art. 573 LEC), y el saldo resultante que arroje la operación de cálculo de los intereses variables (art. 574 LEC), ya que mientras en el primer caso se exige la existencia de una cuenta corriente de la que certificar, de acuerdo con el sistema contable establecido, en el segundo caso se trata de una simple operación aritmética que no precisa de una cuenta instrumental que le sirva de soporte.

6.5. El requerimiento de pago en el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 de la Ley Hipotecaria

Disponía el antiguo artículo 131 regla 3ª-3º de la Ley hipotecaria que “*Ter-
cero. Acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipa-*

ción, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiere acreditado al acreedor la adquisición del inmueble. El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido, y si no se encontrare a nadie en ella, al portero, o al vecino más próximo que fuere habido”.

Por su parte, la regla 2ª de dicho artículo al hablar de los requisitos de la demanda no señala contra quien debe dirigirse la misma, y la regla 4ª que si en la demanda no se hubiere acreditado la practica del requerimiento notarial, el juez debía ordena “*que se practiquen los requerimientos, cuando no se haya presentado acta notarial que los acredite, en los domicilios y de la manera que se determine en el presente artículo. En este caso, el requerimiento se acreditará en los autos en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula*”. De la lectura de las citadas reglas surgían tres cuestiones a los efectos que ahora nos interesan: ¿quién debe ser demandado?, ¿quiénes son los destinatarios del requerimiento de pago? Y ¿qué efectos genera la falta de dicho requerimiento?

En cuanto a la primera cuestión, ante el silencio de la Ley Hipotecaria, el problema que se planteaba era si cuando la persona del propietario de la finca hipoteca en el momento de la ejecución no coincidía con la del deudor o deudores (hipotecante de deuda ajena o tercer poseedor no subrogado en la deuda) era necesario demandar a ambos o, en caso contrario, a cuál de ellos debía demandarse. Aunque la doctrina se encontraba dividida, predominaba el criterio de considerar que la demanda sólo debía ser dirigida contra el propietario de la finca dado que la acción hipotecaria es una acción real que recae directamente sobre la misma y, además, así lo impone el principio de legitimación registral, bastando con que al deudor se le requiriera de pago en los términos que luego veremos. Hoy en día, respecto del procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario parece que la cuestión está resuelta ya que el artículo 685-1 de la vigente LEC señala que “*La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes*”.

Respecto a la cuestión de si el requerimiento de pago se debía dirigir sólo contra el deudor y el tercer poseedor (respecto cuya problemática no se puede entrar en este comentario) como decía el artículo 131 de la LH, o también contra el hipotecante no deudor, en mi opinión parece claro, a pesar de la literalidad de la citada regla 3ª que no le cita, que se le debe también practicar el requerimiento de pago en todo caso, pudiéndose considerarle comprendido dentro del concepto del tercer poseedor ya que no existe razón jurídica alguna para requerir de pago a un tipo de propietario y al otro no. Hoy en día, respecto del procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario la cuestión se encuentra resuelta ya que el artículo 686 de la vigente LEC señala que “*En el*

auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro”.

En cuanto a la importancia del requisito del requerimiento de pago y su realización en el domicilio que conste a estos efectos en el registro de la propiedad (en la actualidad también en el domicilio real que resulte de las averiguaciones efectuadas por el Juzgado –art. 686-3 LEC–), se ha considerado tradicionalmente que se trata de un trámite esencial e inexcusable del procedimiento de ejecución (cfr. STS de 7 de diciembre de 1987, 8 de junio de 1994 y 5 de mayo de 2005, y RDGRN de 29 de diciembre de 1998 y otras muchas para la ejecución directa de los arts. 682 de la LEC), por lo que su falta respecto de cualquiera de los deudores, del hipotecante no deudor o del tercer poseedor si los hubiere, y cualquiera que sea la relación de mancomunidad o solidaridad que mantengan respecto al crédito, determina la nulidad de las actuaciones. Sin embargo la jurisprudencia más moderna ha matizado este efecto, exigiendo, en determinados supuestos, además de la irregularidad procesal, la concurrencia de la indefensión material del destinatario omitido, para poder declarar tal nulidad del procedimiento (STS de 25 de junio de 1997 y 7 de abril de 1997), si se acredita que ha existido un conocimiento extraprocesal de la existencia del mismo por parte del no requerido que le permita una adecuada defensa de sus derechos.

Por último, recordar que el requerimiento de pago admite dos modalidades, ambas igualmente válidas si se cumplen sus respectivas formalidades legales, la notarial, anterior a la presentación de la demanda ejecutiva, y la judicial, en defecto de la primera, dentro del proceso y por sus propios trámites (notificación por cédula y, en caso de imposibilidad, por edictos).

Pues bien, en el presente supuesto consta probado en el procedimiento que el requerimiento de pago a todos los deudores tuvo lugar efectivamente por la modalidad de acta notarial, y si bien a un tercer deudor, que al parecer tiene también la condición de deudor por subrogación, no se le notificó la ejecución como prescribía la regla 5ª del artículo 131 de la LH, si bien, dicho señor se personó a tiempo en el procedimiento, igual que el resto de los deudores, por lo que no puede concluirse que existiera indefensión del mismo y, en buena lógica, como falla la Sala, no procede la nulidad de la ejecución.

7. Bibliografía utilizada

- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: *Las cláusulas de la hipoteca*. Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de España, Madrid 2006.
- CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel: *Tratado de los derechos de garantía*. Editorial Thomson Aranzadi, 2ª edición, Pamplona 2008.

- DÍAZ FRAILE, Juan María: *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*, ed. Colegio de Registradores de España, Madrid 2000.
- DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Aranzadi, 6.ª edición.
- MONTERO AROCA, Juan: *Tratado de ejecuciones hipotecarias*. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2009.
- ROCA SASTRE, Ramón y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Tomos VII, VIII y IX, Editorial Bosch, Barcelona 2009 (9.ª edición).
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel; *la calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios: consecuencias de las recientes decisiones judiciales*, en el libro colectivo *El Crédito al Consumo una Palanca para la Recuperación*, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid 2014.