Centro de Estudios de Consumo

PUBLICACIONES JURÍDICAS
http://centrodeestudiosdeconsumo.com

NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE AMPLIACIÓN DE GARANTÍAS: LA PERVERSA CONEXIÓN CON EL ART. 1129 CC*

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de junio de 2023

La STS (Pleno) núm. 418/2023 de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1068) ha declarado la nulidad por falta de transparencia de la cláusula de ampliación de garantías inserta en un préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera, en virtud de la cual «[e]l Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo (…). Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras», esto es, el banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir la inmediata devolución del capital total o de la parte no amortizada con sus correspondientes intereses, demoras y gastos.

Comentario

1. Transparencia y cláusula de ampliación de garantías: prueba de cómo el protocolo ideado en el art. 14 LCCI deviene inútil

La abusividad de la cláusula multidivisa e*x* art. 82 TRLGDCU por un déficit de información sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio [por todas, las SSTS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3893); de 31 de octubre de 2018

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado "Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible", con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana.

(ECLI:ES:TS:2018:3677); de 28 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3132); de 8 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2290 y ECLI:ES:TS:2021:2291), y de 18 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:96)], viene arrastrando la nulidad de la estipulación que obliga al prestatario, en caso de que una fluctuación del valor de la divisa provoque una situación de infra-garantía, a prestar garantías adicionales so pena de dar por vencido anticipadamente el préstamo (en adelante, «cláusula de ampliación de garantías»). La ineficacia del clausulado multidivisa conlleva la recalificación del préstamo inicialmente concedido en divisa extranjera en un préstamo concertado y amortizado en euros, de tal forma que la cláusula de ampliación de garantías, prevista expresamente para el supuesto de una fuerte devaluación del euro, pierde su razón de ser y pasa a ser inoperante [STS (Pleno) de 10 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1287), Fundamento Jurídico Tercero, n. 4.5].

Esta propagación de la ineficacia no sucede en la sentencia que ahora se comenta, donde se enjuicia de forma autónoma la transparencia y abusividad de la cláusula de ampliación de garantías tras declararse válida la cláusula multidivisa por quedar probado en la instancia[1] que la entidad bancaria cumplió con los estándares informativos exigidos por la jurisprudencia [SSTS de 9 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:379); de 20 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3041) y de 10 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1839)] por medio de la entrega a los prestatarios, con antelación suficiente a la celebración del contrato, del documento denominado «s[s]olicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición», en cuyo anexo se informaba de forma concisa, clara, didáctica y comprensible que la fluctuación (apreciación o depreciación) en el cambio del yen japonés, como divisa seleccionada, incidiría directamente no solo sobre el importe de las cuotas periódicas de amortización, sino también en el importe del capital en euros prestado que se vería aumentado o disminuido[2].

[1] SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 1 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:2441).
[2] Concretamente, el anexo disponía:
«*Centrándonos en el tipo de cambio y a efectos de clarificar el riesgo de divisa asumido en su hipoteca, hemos considerado una evolución desfavorable del mismo, es decir, una apreciación de la divisa JPY frente al euro.*
Sobre esta base, el efecto de esta evolución del tipo de cambio se traducirá en un doble efecto:
1.- CUOTA: Incremento de su contravalor en euros tal y como puede Ud. comprobar en la correspondiente columna "cuota en euro".
2.- CAPITAL PENDIENTE: El efecto de esta evolución del tipo de cambio trasladado al capital pendiente de la hipoteca, por su contravalor en euros, tendría como resultado un incremento del mismo que podría llegar a superar incluso el contravalor inicial de la hipoteca (ver cuota 3 y 4 en la columna "pendiente en euros").
Es importante tener presente que el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo sólo se produce realmente, es decir se materializa, sí y sólo sí concurren una de las siguientes circunstancias:
a) Al amortizar anticipadamente su hipoteca.
b) Por cambio de divisa de su capital pendiente».

Diferente suerte ha corrido la cláusula de ampliación de garantías, la cual ha sido declarada intransparente bajo el paraguas del art. 5 Directiva 93/13. La Sala reitera [entre las más recientes, las SSTS de 30 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4242) y de 23 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1950)] que es esencial que la entidad bancaria informe al potencial cliente sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización del riesgo del tipo de cambio, entre las que se encuentra la posible insuficiencia sobrevenida de la garantía constituida como consecuencia del incremento de la deuda en euros, y que esta insuficiencia, al quedar parte de la deuda por encima del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactado, faculte al prestamista a dar por vencido anticipadamente el préstamo en caso de que no se amplíe dicha garantía (Fundamento Jurídico Séptimo, n. 12). El hecho de que la cifra máxima de la responsabilidad hipotecaria permanezca inmutable (art. 219.1 RH, en relación con los arts. 12 LH y 577.2 LEC) frente a las cuotas del préstamo y del capital pendiente de amortización, que fluctúan con la evolución de la paridad (por ejemplo) EUR/JPY, conlleva que la garantía hipotecaria deje de ser suficiente para garantizar la devolución del capital y los intereses, en los límites fijados, cuando se produzca una fuerte devaluación del euro respecto de la divisa en la que se concedió el préstamo (Fundamento Jurídico Séptimo, n. 7).

Es evidente que un consumidor medio no puede prever, sin la información adecuada, que, pese a pagar regularmente las cuotas del préstamo y preservar la integridad y valor del inmueble hipotecado, pierda la vivienda hipotecada si no puede prestar las garantías adicionales solicitadas ni pagar inmediatamente el capital pendiente de amortizar y los intereses del préstamo declarado vencido anticipadamente. Mas no creo que sea necesario determinar si la cláusula es o no transparente, y si el consumidor ha quedado o no plenamente informado sobre las condiciones en las que el banco puede exigir una ampliación de la garantía prestada inicialmente y las consecuencias que de no atender a dicho requerimiento se derivarían (ejecución de la hipoteca), pues es tónica habitual que el consumidor no se fije en este tipo de cláusulas (accesorias) a la hora de comparar las diferentes ofertas de préstamos hipotecarios existentes en el mercado.

Es más, a pesar de tratarse de una consecuencia eventual derivada del riesgo del incremento del equivalente en euros (moneda funcional) del importe de la deuda en divisas, ni siquiera los arts. 14 y 20 LCCI –sobre normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios y normas aplicable a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, respectivamente– exigen que en la información precontractual deba informarse sobre la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento del prestatario de ampliar las garantías; sí sobre el vencimiento anticipado como consecuencia del incumplimiento del pago de las cuotas preestablecidas.

2. Abusividad y cláusula de ampliación de garantías: la perversa conexión que hace el Tribunal Supremo con el art. 1129 CC

La Sala pone de manifiesto que la facultad que la cláusula controvertida otorga al prestamista de exigir al prestatario la ampliación de la garantía y, en caso de no ampliarla, dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca, no tiene por causa la disminución del valor de la garantía o la desaparición de ésta (arts. 1129.3º del CC, 117 de la LH, 219.2 RH y art. 9 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril) ni el retraso en el pago de las cuotas de la hipoteca que provoque un incremento de los intereses adeudados que supere los límites de la responsabilidad hipotecaria (arts. 114 y 115 de la Ley Hipotecaria); sino que, por el contrario, responde a una insuficiencia sobrevenida de la hipoteca constituida en garantía del préstamo por el aumento del contravalor en euros del capital pendiente de amortizar causado por la fluctuación de la divisa (Fundamento Jurídico Séptimo, n.4). *Constituye, por tanto, una cláusula que prevé una facultad del profesional que ha concedido un préstamo hipotecario no contemplada por las normas de Derecho interno* (Fundamento Jurídico Séptimo, n.6). De ahí que tampoco pueda entenderse que se esté en el caso del art. 1129.2.º CC, el cual no legitima *per se* el pacto o compromiso de ampliación si este es abusivo (Fundamento Jurídico Séptimo, n.5). Así pues, la Sala parece prejuzgar el carácter abusivo de la cláusula litigiosa por el mero hecho apartarse de lo prescrito por el art. 1129 CC, el cual prevé el vencimiento anticipado cuando se perjudique la garantía respecto del crédito; si bien, posteriormente y (creo) en aras de evitar vincular directamente la abusividad de la cláusula con el desplazamiento de la regla dispositiva contenida en el art. 1129 CC, declara que la cláusula «genera un desequilibrio importante pues la facultad de activarlo se vincula a un incumplimiento de una obligación [prestar garantías adicionales como consecuencia de una situación de infragarantía] que puede carecer de gravedad, tanto cuantitativa como temporalmente» (Fundamento Jurídico Séptimo, n. 30).

El art. 1129 CC no es una norma imperativa[3] y, por tanto, permite a las partes contratantes establecer, al amparo de la autonomía de la voluntad, otras causas de vencimiento anticipado por hechos completamente distintos a los previstos por la norma. En el ámbito de la contratación con consumidores, la cuestión de si puede derogarse libremente normas de Derecho dispositivo, mediante condiciones generales, se torna espinosa. Sobre la base de que el procedimiento de adhesión a las condiciones generales se realiza sin consentimiento de la parte *débil*, la doctrina mayoritaria[4] erige el derecho dispositivo

[3] STS de 12 diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6858).

[4] DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XIV, fasc. 2, 1961, págs. 295-342; ALFARO AGUILA-REAL, J.: «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 4/1998, págs. 66-67; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Condiciones generales abusivas en los préstamos

como elemento del control de contenido, de forma que, si la cláusula en cuestión se aparta del equilibrio establecido por alguna norma dispositiva, deberá reputarse nula por abusiva. Sin embargo, «el pacto contrario a una norma dispositiva no es sin más una cláusula contraria a la buena fe ni una cláusula que cause un desequilibrio importante de derechos y deberes de las partes. Legítimamente no puede decirse siquiera que el apartamiento del derecho dispositivo deba ser valorado al menos como una presunción de que la cláusula en cuestión sea abusiva, ni, mucho menos, que se produce un desequilibrio "importante" de derechos y obligaciones por el mero hecho de que la cláusula se aparta del equilibrio establecido por la norma dispositiva»[5].

La instauración de una regla contractual, mediante el uso de condiciones generales, que derogue la norma legal dispositiva no hace sin más abusiva la cláusula, siendo prueba de ello el célebre pacto de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada[6] –cuya abusividad, en palabras del Alto Tribunal, «*[p]uede provenir de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita*»[7]– y la renuncia al beneficio de excusión, orden y división hecha por el fiador consumidor[8]. Para que una cláusula se repute abusiva no basta con que desplace la regla legal dispositiva, pues precisamente el fundamento de dicha norma es *el defecto de pacto en contrario*, sino que es necesario que la cláusula cause, en perjuicio del consumidor, un *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes.

En efecto, que la obligación de ampliación de la garantía surja en caso de que una devaluación del euro respecto de la divisa en la que se concedió el préstamo provoque que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un diez por ciento (10%) del límite actual del préstamo, no implica que estemos ante una cláusula abusiva *per se*.

hipotecarios», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27/2013, págs. 223-252; MARÍN LÓPEZ, M. J.: «La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5/2013, págs. 35-43.

[5] CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 3.ª ed., Cizur Menor, 2021; págs. 883-884.

[6] STS de 28 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:768).

[7] Por todas, las SSTS de 12 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:336) y 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:500).

[8] SSTS de 27 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:164), de 12 de febrero, y 820/2021 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4376), de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3946).