

Gobierno de las Islas Baleares
Consejería de Salud y Consumo
Dirección General de Consumo



G CONSELLERIA
O SALUT I CONSUM
I DIRECCIÓ GENERAL
B CONSUM

INFORME JURÍDICO

DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMOS O CRÉDITO HIPOTECARIO CON OMISIONES O ERRORES EN LOS PACTOS FINANCIEROS RELATIVOS AL SISTEMA DE AMORTIZACIÓN

Palma de Mallorca, a 19 de Junio 2023

Verónica Dávalos Alarcón
Abogada

Objeto del informe

Este informe jurídico aborda la denuncia de las omisiones o errores en los pactos financieros en los contratos de préstamo o crédito hipotecario relativos al sistema de amortización y la consecuencia que acarrea en los procedimientos de ejecución hipotecaria, así como su traslado en los procedimientos declarativos ordinarios en cuanto a la falta de transparencia.

El objeto de este informe consiste en observar y corregir la colisión matemático-financiera, existente en un gran número de contratos y préstamos hipotecarios de diferentes entidades bancarias suscritos en el Estado Español, con el derecho sustantivo, el derecho procesal y con el Derecho de la Unión Europea en ánimo de una mejora del sistema y en pro de la búsqueda del equilibrio entre la ciudadanía afectada y los profesionales que concedieron dichos préstamos o créditos hipotecarios.

Por estos motivos, el presente informe se estructura en tres ejes principales:

- ✓ En primer lugar, realiza un examen jurídico de la especial incidencia que conlleva esta omisión o error financiero en el título ejecutivo en los procedimientos de ejecución hipotecaria a través de la nulidad radical del despacho ejecución por infracción de los artículos 572 a 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el error en la cantidad exigible y el análisis de abusividad.
- ✓ En segundo lugar, la falta de transparencia en los contratos o préstamo hipotecario por la omisión o error en las cláusulas financieras en relación con el sistema de amortización.
- ✓ Finalmente, el choque que supone la normativa española con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* invitando a los Tribunales que planteen cuestiones prejudiciales ante el máximo intérprete del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ÍNDICE

| | |
|--|---------|
| Objeto del informe | Pág. 2 |
| 1. La especial incidencia en los procedimientos de ejecución hipotecaria de las omisiones o errores en los pactos financieros en los contratos de préstamo o crédito hipotecario relativos al sistema de amortización. | Pág. 4 |
| 1.1. De la Nulidad radical del despacho ejecución. Excepciones procesales. | Pág. 4 |
| 1.2. Nulidad radical por Infracción del Art.572.2 LEC | Pág. 12 |
| 1.3. Nulidad radical por Infracción del Artículo 573.1. y 2 LEC | Pág. 14 |
| 1.4. Nulidad radical por infracción del art. 574 LEC | Pág. 22 |
| 1.5. Nulidad Radical por infracción del artículo 575.3 LEC | Pág. 24 |
| 1.6. El error de la cantidad exigible | Pág. 26 |
| 1.7. Nulidad del sistema de amortización por abusividad | Pág. 27 |
| 2. La falta de transparencia en los contratos o préstamo hipotecario por la omisión o error en las cláusulas financieras en relación con el sistema de amortización. | Pág. 28 |
| 2.1.Nulidad por falta de transparencia de la cláusula relativa al sistema de amortización. | Pág. 28 |
| 2.2. Nulidad por abusividad de la cláusula del sistema de amortización. | Pág. 45 |
| 3. El posible choque normativo del derecho sustantivo y derecho procesal con el derecho de la unión europea. | Pág. 53 |
| 3.1. Primacía de derecho comunitario sobre el derecho nacional | Pág. 53 |
| 3.2. Dudas sobre el cumplimiento del derecho de la Unión Europea cuanto a la protección de la persona consumidora y usuaria conforme la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, <i>sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.</i> | Pág. 56 |
| Bibliografía | Pág. 58 |

1. La especial incidencia en los procedimientos de ejecución hipotecaria de las omisiones o errores en los pactos financieros en los contratos de préstamo o crédito hipotecario relativos al sistema de amortización.

1.1. De la Nulidad radical del despacho ejecución. Excepciones procesales.

Efectivamente, la omisión o error en los pactos financieros que existen en los contratos de préstamo o crédito hipotecarios de algunas entidades bancarias suponen una nulidad radical del despacho ejecución.

Si bien, ha sido debatido en momentos anteriores si se podían alegar las excepciones procesales en procedimientos de ejecución hipotecaria, considero que ya ha quedado zanjada dicha controversia, tanto por nuestra jurisprudencia menor, y mayor. Como decíamos, cierto es que en el artículo 557 de la Ley Rituaria se regulan los motivos de oposición que pueden alegarse dentro del proceso de ejecución de bienes hipotecados, pero ello se refiere exclusivamente a los motivos de fondo, no a los motivos procesales. Resultaría absurdo que si el despacho de ejecución fuese nulo, por no concurrir los presupuestos procesales, y en que por tanto concurriera una nulidad de actuaciones, la parte ejecutada no pudiera alegar y poner de manifiesto dicha circunstancia al órgano judicial.

En este sentido es ilustrativa la SAP de Murcia, Cartagena, Sec. 5.^a, 11/2019, de 15 de enero, Recurso 424/2018 (SP/AUTRJ/991492), que textualmente reza: *"A la posibilidad de oposición por defectos formales o por nulidad del despacho de la ejecución no es óbice el art. 695 LEC que se refiere sólo a motivos de fondo, lo que implica que la oposición por quebrantamientos esenciales no tiene regulación especial y, por tanto, es regulada en la parte general de la ejecución dineraria también aplicable al juicio hipotecario.*

*El art. 551.1 LEC (concordante con el art. 686 LEC) cuando establece los presupuestos de admisibilidad de la demanda, hace un relato secuencial y acumulativo exigiéndose la concurrencia de todos los requisitos procesales (...). **Por tanto la interpretación de la frase del 695 LEC " sólo se admitirá " no excluye la oposición por defectos procesales pues va referida a la oposición por motivos de fondo. Ese " sólo " limita el***

objeto del proceso (las excepciones materiales) por la parte del demandado es decir, limita los motivos de oposición de fondo que establece el artículo. De modo que no es correcto extender esa limitación (que no sólo es de alegación sino también de medios de prueba, 695.2 LEC) a los defectos procesales, pues el artículo, aunque su nominación se refiere a la " oposición a la ejecución " con carácter general su contenido se limita a regular la oposición por motivos de fondo. La interpretación contraria supone derogar para el hipotecario todos los requisitos esenciales de validez del proceso, lo que no es de recibo pues el derecho al proceso con las garantías legalmente previstas de su validez quedaría afectado".

No tiene sentido que la falta de presupuestos procesales pueda ser apreciada de oficio pero no a instancia de parte, ni tampoco cobra razón de ser, remitir a un juicio declarativo para declarar la nulidad del procedimiento hipotecario cuando los defectos pudieron ponerse de manifiesto y ser objeto de subsanación, en su caso, en el propio proceso, ya que, de entender lo contrario, la ejecución hipotecaria constituiría una zona oscura donde los vicios procesales tendrían toda impunidad.

En el Auto de la AP Barcelona, Sección 1.ª, 168/2016, de 2 de mayo (rec. 446/2015) (SP/AUTRJ/904829), se establece: "El legislador ha previsto el procedimiento de ejecución hipotecaria como un procedimiento que se caracteriza por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos en los que se puede decretar la suspensión. **Pero esta regulación no impide que se puedan oponer las causas que de forma general, en toda ejecución, contempla el art. 559 LEC, para que el ejecutado pueda denunciar la existencia de defectos procesales.** De hecho, las causas que contempla ese precepto se refieren a presupuestos del propio procedimiento, como la legitimación y la ejecutividad del título, cuya concurrencia ha de ser examinada de oficio por el Juzgado antes del despacho de ejecución, de modo que su falta comporta que no se pueda despachar la ejecución instada, según se desprende del art. 551.1 LEC".

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado ya en este sentido. Certeramente, en su Sentencia núm. 49/2016 de 14 de marzo de 2016, uno de los defectos denunciados, entre otros, consistía en no acompañar la certificación de las liquidaciones, tratándose de un préstamo a interés variable; por ello el Tribunal comienza por analizar las resoluciones judiciales que no se pronuncian sobre los motivos de oposición procesales, motivos que fueron rechazados por el Juzgado de Primera instancia al no estar en los motivos de oposición tasados en el art 695, encuadrando el TC la queja del recurrente en el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión (derecho de acceso a la jurisdicción), es decir, en el derecho a obtener una resolución sobre el fondo cuando no existen obstáculos legales para ello, citando la Sentencia N.º.- 39/2015, de 2 de marzo, expresando que en un procedimiento de ejecución hipotecaria, la negativa al examen de un incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y "apreciable de oficio" por el órgano judicial, resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista e incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, remitiéndose a los fundamentos 5 y 6 de la Sentencia N.º. 39/2015, entendiendo que la decisión judicial de no resolver la cuestión procesal planteada por los ejecutados se refiere a un óbice "apreciable de oficio" por el Juez, que afecta a la procedencia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que debería justificar... que el órgano judicial hubiera dado respuesta a la alegación de la parte de improcedencia del procedimiento especial, establecido que las alegaciones procesales debían haber sido resueltas en el seno del incidente de oposición, pese a no estar expresamente previsto por la norma.

En palabras del Tribunal Constitucional, Fundamento de Derecho 3º y 4º, a saber:

"Como puede observarse, no hay inicialmente falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas, sino una decisión consistente en no entrar en el examen de las mismas sobre la base de la concurrencia de un óbice procesal que lo imposibilita, como es el carácter tasado de los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria que el juzgado deduce del contenido del art. 695 LEC.

La queja no puede encuadrarse, por tanto, en el ámbito de la incongruencia omisiva, que se produce cuando «una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste» (SSTC 155/2012, de 16 de julio, FJ 2, y 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 4; por todas). Se refiere, más bien, al derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la cuestión objeto de debate (derecho de acceso a la jurisdicción), integrado también en el art. 24.1 CE. En relación con esta concreta vertiente del derecho fundamental, la doctrina de este Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que el derecho a la tutela judicial efectiva, «que incluye el derecho a obtener una resolución judicial de fondo cuando no existen obstáculos legales para ello» (STC 107/1993, de 22 de marzo, FJ 2), puede satisfacerse igualmente con «una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia» (STC 158/2000, de 12 de junio, FJ 5. En igual sentido, SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 33/2002, de 11 de febrero de 2002, FJ 5, y 111/2009, de 11 de mayo, FJ 2).

4. Sobre una queja similar hemos tenido ocasión de pronunciarnos en la STC 39/2015, de 2 de marzo, en la que concluíamos que, en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, la negativa judicial a examinar una cuestión relativa al incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y apreciable de oficio por el órgano judicial, «resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista, e incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva». A fin de evitar innecesarias reiteraciones, nos remitimos a sus fundamentos jurídicos 5 y 6, cuya síntesis permite subrayar que en aquel supuesto «la decisión del órgano judicial de no resolver la cuestión procesal planteada por los ejecutados se refiere a un óbice apreciable de oficio por el juez, que afecta a la procedencia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que debería justificar... que el órgano judicial hubiera dado respuesta a la alegación de la parte de improcedencia del procedimiento especial».

En el caso examinado, lo que planteó el demandante de amparo, en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria por motivos procesales, fue su falta de legitimación pasiva así como el incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución, en cuanto se pactaba un interés variable, presupuesto y requisito apreciables de oficio por el órgano judicial, lo que, como señalábamos en la citada Sentencia 39/2015 (FJ 6), era argumento suficiente para que tales cuestiones hubieran sido resueltas en el seno del incidente de oposición, a pesar de no estar previsto así expresamente por la norma.

En suma, la decisión de no entrar en el examen de la cuestiones planteadas no es conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 CE.”

(negrita propia)

Y los Fundamentos de Derecho 5 y 6 de la Sentencia del TC 39/2015, de 2 de marzo, rezan:

"5. Existiendo, pues, una respuesta judicial motivada a la excepción procesal planteada en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, la queja de amparo queda reducida a determinar si el Auto de 17 de abril de 2012, al negarse a entrar en el fondo de la cuestión planteada con arreglo a las razones que ofrece, supone una respuesta razonada y proporcionada que se funda en una causa legal o si, por el contrario, el órgano judicial ha sido excesivamente riguroso, desde el punto de vista del derecho fundamental invocado.

No está de más recordar que la decisión sobre la admisión o no de una demanda (como lo es, desde luego, la demanda ejecutiva basada en un título hipotecario, y como lo es también la demanda incidental de oposición), así como la apreciación de la concurrencia o no de los presupuestos y requisitos materiales y procesales constituyen cuestiones de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, siendo facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 3). Ahora bien, el Tribunal

Constitucional sí puede someter a control las decisiones sobre la concurrencia o no de presupuestos y requisitos procesales en «aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada por el órgano judicial de la normativa declarada aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente» y cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican» (STC 33/2002, de 11 de febrero, FJ 5. En el mismo sentido, SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 92/2008, de 21 de julio, FJ 2, y, más recientemente, 129/2014, de 21 de julio de 2014, FJ 4). Asimismo, hemos sostenido que «el derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción, y que tal derecho fundamental no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las que resulten posibles» (STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4, y las que en ella se citan). «En definitiva, y conforme a lo anteriormente expuesto, en nuestro enjuiciamiento habremos de partir de que resultan constitucionalmente legítimas desde la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, aquellas decisiones de inadmisión o de finalización anticipada del proceso, sin que se resuelva sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción.» (STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4).

6. A la luz de la doctrina anterior, la decisión del órgano judicial de no entrar a resolver la causa de nulidad del procedimiento en que se basó la oposición a la ejecución hipotecaria, remitiendo al ahora demandante y a su esposa –como coejecutados– al procedimiento declarativo correspondiente para resolver sobre la procedencia misma del procedimiento especial que se seguía contra ellos, no cumple con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de entender «excesivamente formalista y rigurosa», desde el punto de vista del derecho de

acceso a la jurisdicción, la decisión judicial que, por ejemplo, impidió al tercer acreedor hipotecario intervenir en el avalúo y la subasta del bien hipotecado (STC 6/2008, de 21 de enero, FJ 3); igualmente se otorgó el amparo por considerarse rigorista la interpretación dada a la norma procesal que condujo a tener por transcurrido el plazo de oposición a la ejecución ordinaria, como consecuencia de dar por válida, por aplicación de la norma procesal civil, la comunicación del despacho de la ejecución a un procurador que ya había cesado en su representación (STC 110/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Ese mismo exceso de formalismo concurre mutatis mutandis en el presente caso, en el que el Auto de 17 de abril de 2012 decidió no entrar a resolver sobre un óbice procesal que determinaría la procedencia misma del cauce especial de ejecución seguido. Es cierto que la STC 41/1986, de 2 de abril, que resolvió un recurso de amparo en el que el demandante se quejaba del incumplimiento de las normas que regulan el procedimiento a seguir, al haber admitido el órgano judicial una causa de oposición suspensiva no prevista en el procedimiento de ejecución que entonces regulaba el art. 131 de la Ley hipotecaria, afirmó (FJ 4) que la decisión sobre si las causas establecidas en el art. 132 de la Ley hipotecaria, antecedente del actual art. 695 LEC, «son de interpretación estricta y de carácter exhaustivo, o si, por el contrario, pueden los Tribunales paralizar o sobreseer un procedimiento hipotecario por razones diversas de las comprendidas en dicho artículo, o acogiendo a las establecidas en él, si se lleva a cabo una interpretación extensiva de las mismas», cualquiera que sea la respuesta que se estime más correcta desde el punto de vista del Derecho hipotecario, no viola «el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando éste dispone de otros procedimientos para hacer valer, en definitiva, su derecho». En el presente caso, sin embargo, la decisión del órgano judicial de no resolver la cuestión procesal planteada por los ejecutados se refiere a un óbice apreciable de oficio por el juez, que afecta a la procedencia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que debería justificar en el presente caso que el órgano judicial hubiera dado respuesta a la alegación de la parte de improcedencia del procedimiento especial.

En estas condiciones, la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir una premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión, remitiendo a la parte demandante a un proceso posterior, resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista, e incompatible con el derecho fundamental invocado. Lo que planteó el demandante de amparo en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, fue el incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y apreciable de oficio por el órgano judicial, argumento suficiente para que hubiera sido resuelto en el seno del incidente de oposición, a pesar de no estar previsto así expresamente por la norma (como, por cierto, también ha sido mantenido recientemente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia núm. 462/2014, de 24 de noviembre, fundamento de derecho sexto, relativa a una ejecución de título no judicial). La decisión de no entrar en la cuestión, remitiendo al declarativo posterior para su resolución, no es, por excesivamente formalista, conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tratándose además de una alegación de fácil comprobación por parte del órgano judicial, que debió favorecer así una respuesta más rápida y compatible con la economía procesal que la sostenida por la resolución impugnada.”

La STS nº 462/2014, de 24 de noviembre, rec. 2962/2012, estimó que cabía oponer motivos procesales en las ejecuciones hipotecarias cuando se trataba de cuestiones que debían ser controladas de oficio, y que resultaban del propio título ejecutivo o de los documentos que deben acompañarse con la demanda:

“Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión «...a los solos efectos de la ejecución...», del art. 561 LEC, o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el art. 559.1-3º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que la redacción del art. 564 LEC, y sobre todo el control de oficio

*que los arts. 549, 551 y 552 imponen al juez, llevan a concluir **que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los arts. 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda.***

1.2.- Nulidad radical por Infracción del Art.572.2 LEC

Es práctica habitual encontrarnos con las escrituras de actas de liquidación de saldo deudor que aportan las entidades bancarias en los procedimientos de ejecución hipotecaria incompletas, esto genera, sin lugar a dudas, un quiebre absoluto del art. 572.2 de la Ley Procesal así como una absoluta indefensión.

El art. 572.2 LEC establece: *"También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, **siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.***

En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación".

(negrita propia)

En el título ejecutivo (préstamo o crédito hipotecario) se pacta que la cantidad exigible en caso de ejecución sería la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor y que dicha liquidación debería llevarse a cabo en la forma convenida por las partes, tal y como prevé el art. 572.2 de la Ley Rituaria, pero observamos con el acta de liquidación de saldo deudor que no es así. Indudablemente, cuando la entidad bancaria aporta la liquidación incompleta a las actuaciones, impide a la parte ejecutada corroborar si realmente ha efectuado dicha liquidación en la forma convenida por las partes

colocando a la parte ejecutada a su vez en una absoluta indefensión, al no poder comprobar cada partida y es que la parte amortizada de cada cuota hipotecaria determina el capital pendiente de forma sucesiva. Al no aportarse una liquidación de saldo desde el inicio de la vida del préstamo, la parte ejecutada no puede verificar si la entidad bancaria ha determinado correctamente el capital pendiente en cada apunte, hasta llegar al capital por el cual pide que se despache ejecución y ver si se ha deducido debidamente la parte de amortización, y si se han calculado debidamente los intereses.

No debemos perder de vista, las Resoluciones del Banco de España en este sentido. La sección Informes Favorables Al Reclamante del Banco de España encontramos el apartado "Información sobre operaciones en situación irregular". Observamos que, en el año 2016 la Memoria del Servicio de Reclamaciones advierte que, por estar en situación irregular, los clientes no pierden esta condición y, además, que las cantidades reclamadas en situación irregular deben acreditarse de manera que el cliente pueda verificar que se ajustan a lo pactado en el contrato:

"El DCMR considera que los clientes no pierden esta condición, con independencia del estado o situación de sus operaciones crediticias, por lo que las entidades mantienen con ellos la obligación ineludible de que conozcan el detalle de su evolución. Lo contrario constituiría un impedimento a la transparencia informativa, que quebrantaría las buenas prácticas y usos financieros. En tal sentido, y en el caso de reclamaciones de deuda, las entidades deben acreditar convenientemente, como profesionales que son de su operativa, la existencia de la deuda reclamada, justificando haber reclamado oportunamente al interesado su pago, incluyendo un desglose de la deuda, lo suficientemente claro y detallado como para que pueda deducirse fácilmente qué parte de dicha posición corresponde a los distintos conceptos que la integran (deuda no vencida, deuda vencida con desglose de cuotas impagadas, intereses de demora y gastos — igualmente detallados—, etc.), de modo que el

cliente pueda verificar en cada momento la adecuación de las posiciones facilitadas a las condiciones pactadas.”

1.3.- Nulidad Radical por Infracción del Artículo 573.1. y 2 LEC

En los procedimientos de ejecución hipotecaria existen títulos ejecutivos (préstamo o crédito hipotecario con garantía hipotecaria) que están sometidos a un interés variable.

Ejemplo:

Al objeto de determinar el tipo de interés nominal anual que devengarán las cantidades dispuestas, el plazo de devolución de éstas se divide en dos fases:-----

a) En la primera fase, que comprenderá desde el día de hoy hasta el **31 de diciembre de 2004**, el tipo de interés que devengarán las disposiciones será del **4'450 %** .-----

b) Durante la segunda fase, que se iniciará al finalizar la primera y comprenderá las sucesivas anualidades de vigencia del crédito, el tipo de interés nominal anual de aplicación será variable y

determinado según el sistema establecido en el pacto siguiente.-----

Para la prosecución del procedimiento de ejecución hipotecaria, ha de acompañarse a la demanda ejecutiva, entre otros documentos, el Acta fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Este documento es elaborado por el acreedor ejecutante.

Ello es así, en tanto en el artículo 685.2 LEC se indica que, a la demanda de ejecución hipotecaria se acompañará el título revestido de los requisitos que

la Ley procesal exige para el despacho ejecución como los demás documentos que se refieren el art. 550, 573 y 574 de la Ley de Ritos.

Así las cosas, por remisión del art. 685.2 LEC al art. 573 del mismo cuerpo legal, a la demanda de ejecución de hipoteca con garantía hipotecaria de préstamo o crédito a interés variable, se debe adjuntar el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes.

Podría pensarse que esta cuestión es baladí, o que es puramente formal sin ningún contenido material, pero no es así, puesto que, normalmente, en la práctica, observamos que la parte ejecutante no ha perfeccionado dicha acta de liquidación de saldo deudor en la forma pactada por las partes, por dos motivos:

- a. Porque se ha aplicado un sistema de amortización no pactado, que no existe en la escritura.
- b. Porque en la liquidación que se acompaña en el acta de determinación de saldo se aplican unas fórmulas que no se prevén en el título ejecutivo.

El documento fehaciente constituye, en realidad, un complejo que por exigencia legal comprende una actuación fedataria consistente en un testimonio de coincidencia de la forma en que se ha practicado la liquidación con la pactada por las partes, para lo que se requiere, además, un informe técnico del propio fedatario acerca de la liquidación practicada.

En ese sentido, y como señaló en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de noviembre de 1992, sección 13, la intervención notarial en estos supuestos *"reviste de una presunción de legalidad tanto la forma como el contenido de la liquidación, al comprobar y examinar el contenido de la cuenta cuyo saldo deudor certifica"*, todo ello sin perjuicio de que *"ulteriormente en el*

juicio pueda ser destruida o desvirtuada a través de la actividad probatoria de los demandados-ejecutados”.

Efectivamente, en el extracto de partidas de cargo y abono que se acompaña a la certificación de saldo deudor que tiene como finalidad proporcionar a la parte ejecutada la información necesaria acerca de dónde resulta el saldo que se le reclama, se observa que la gran mayoría de entidades de crédito efectúan no solo un extracto parcial sino que se aplica un sistema de amortización unilateral, no pactado en la escritura de crédito o préstamo hipotecario y la liquidación que se acompaña al acta de fijación de saldo deudor se basa en unas fórmulas que no son las que rezan en el título ejecutivo.

Por tanto, la omisión del documento preceptivo de manera completa, que debía acompañar la liquidación, conlleva a que en varias ocasiones se despache erróneamente la ejecución, situación que es provocada por la actora ejecutante, porque no acompaña fielmente todos los documentos necesarios para despachar ejecución al no venir detallado el informe técnico-matemático del saldo deudor con las fórmulas matemáticas correspondientes para poder calcular, en su caso, el error en la cuantía de manera exacta.

Íntimamente relacionado con lo precedente está la nueva infracción del art. 573.1.2º LEC, consistente en no haber realizado la ejecutante la liquidación conforme a lo pactado, lo que como ya se ha expuesto, está en relación con la omisión de la falta de aportación del documento acreditativo de que la liquidación aportada se había ajustado a lo convenido en el título.

Ello es así por cuanto, en los préstamos o créditos a interés variable, el cálculo de saldo adeudado precisa la aplicación de un sistema de amortización, que implica la realización de unas operaciones matemáticas complejas, de ahí que se establezca en el art. 573.1.2º LEC que para despacharse ejecución ha de haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y además ha de acreditarse fehacientemente.

Si bien, alguna jurisprudencia menor considera que el préstamo es por su propia naturaleza contrato real, una deuda líquida desde su nacimiento, pues el prestatario desde inicio tiene conocimiento del importe de la cantidad

prestada, de los intereses retributivos y de los intereses moratorios, por lo que el cálculo de lo adecuado es de fácil obtención. Esta argumentación es correcta si sólo va referida a un préstamo de interés fijo, pues el cálculo y determinación del capital amortizado es una operación sencilla y fácil.

Ahora bien, cuando la referida argumentación pretende extenderse a préstamos de interés variable, la misma ya no es acertada, tal y como a continuación se expondrá.

En los préstamos de interés variable para liquidar el saldo es preciso realizar unas operaciones matemáticas complejas, se prevé en el art. 574 LEC, que en la demanda ejecutiva se han de expresar las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución, y que a su vez ha de ponerse en relación con el requisito establecido en el art. 573.1.2º LEC de que ha de aportarse el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. Tales previsiones legales responden al extremo expuesto, en el sentido de que, en las operaciones de préstamo a interés variable, la liquidación de saldo no es una operación sencilla, pues si así fuera no tendría ningún sentido el tener que especificar las operaciones realizadas, ni la necesidad de acreditar que las mismas se habían efectuado en la forma pactada.

En el Informe financiero sobre el sistema de *redito ad libitum* en los contratos hipotecarios presentado en Palma de Mallorca, el 20 de abril de 2023, los autores que suscriben el mismo refieren, a partir de la página 34 en adelante, diferentes ejemplos ante la situación descrita. Es decir, desde la situación creada cuando el pacto sobre el importe de amortización no aparece en el contrato, pasando por el ejemplo a su vez de escrituras sin pacto sobre el importe de la cuota de amortización. Se sabe que un contrato de crédito o préstamo hipotecario debe contener dos pactos financieros:

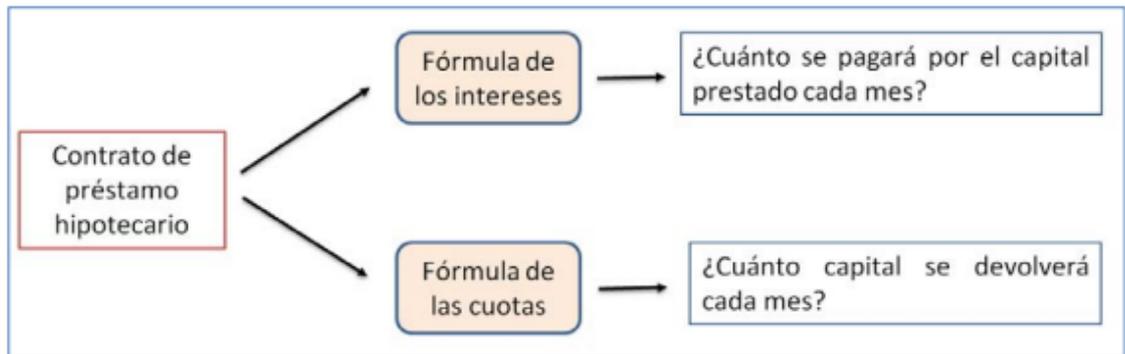


Ilustración 14: Los dos pactos financieros necesarios en todo préstamo hipotecario

En todo préstamo hipotecario de pagos mensuales tienen que constar dos acuerdos financieros (dos fórmulas):

- a) Fórmula de los intereses: Los intereses que se pagarán mensualmente
- b) Fórmula de las cuotas: La cantidad de capital que se amortizará cada mes

Pero como decimos, ocurre en varios títulos ejecutivos que no se ha pactado un importe de cuotas pero sí que a partir del segundo año del crédito o préstamo hipotecario se recoge que el prestatario ha de pagar una cuota mixta, al igual que puede haber detallada una fórmula en la escritura pero que no cuadra con el resultado de las cuotas reflejadas en el acta de liquidación de saldo deudor, al igual que nos encontramos con escrituras en las que simplemente no hay siquiera fórmula matemática. Esta situación, indudablemente acarrea la certeza de considerar que existen irregularidades que no permiten calcular la cuota hipotecaria mensual para que desde un punto de vista financiero sea correcta la liquidación aportada por la de vista financiero sea correcta la liquidación aportada por la ejecutante por diferentes motivos, siendo los más repetidos los siguientes:

- a. Por irregularidades operativas: la supuesta fórmula pactada en la escritura no es, en realidad, una fórmula. Es tan solo una amalgama de símbolos matemáticos que no permiten calcular importe alguno de la cuota mensual, puesto que no se entiende cómo hay que operar con los símbolos que aparecen en ella.

- b. Error en la cantidad al introducir como "capital inicial" en la fórmula: Consiste en que se calculan las nuevas cuotas en función del capital total o del capital de la disposición, en vez del capital pendiente.

Al aplicarla, por tanto, no resultan unas cuotas que amorticen el préstamo en el tiempo pactado. Por tanto, la fórmula no es un pacto de amortización financieramente válido.
- c. Error en la cantidad al introducir como "número total de plazos": Consiste en que se calculan las nuevas cuotas en función del número total de plazos, en vez del número pendiente de plazos.
- d. Errores en las operaciones aritméticas, siendo frecuentes los errores de naturaleza exponencial ("una cantidad elevada a n" aparece erróneamente como "una multiplicación por n"), la omisión de paréntesis necesarios para obtener el resultado correcto o la omisión de las unidades con que trabajan las fórmulas (confusión entre tantos por uno y por ciento, entre interés mensual y anual, etc.).

Cabe señalar que los casos b) y c) son fruto de una falta grave de diligencia por parte de la entidad o de una ignorancia incomprensible de los profesionales que gestionaron los contratos. En realidad, al usar el capital total o los meses totales, en vez del capital pendiente o los meses restantes, se están confundiendo las fórmulas de préstamos a interés fijo (donde se calcula el importe de la cuota una sola vez) con los préstamos a interés variable (donde se calcula el importe de la cuota en cada revisión).

Lo mismo puede decirse de los demás errores aritméticos en las fórmulas, que nos llevan a una situación jurídica, cuando menos, curiosa. Y es que poco puede explicar el profesional al consumidor sobre la carga económica del contrato si este mismo profesional ni siquiera conoce el método de cálculo de las cuotas que corresponde al contrato que está comercializando.

Al aplicar dicho amalgama de símbolos, por tanto, no resultan unas cuotas que amorticen el préstamo o crédito en el tiempo pactado. La consecuencia de la fórmula incorrecta es que, con dicha fórmula pactada, no se obtiene un método de amortización del préstamo, es decir, no se obtienen unas cuotas que cuadran el préstamo a cero. Por tanto, la fórmula no es un pacto de amortización financieramente válido.

A mayor abundamiento, y en relación con los métodos de amortización de los préstamos, ha de señalarse que los habitualmente más utilizados son el método francés y el método alemán dentro de la Unión Europea, pero existen otros como el sistema italiano o americano.

La ventaja del sistema de amortización alemán es que durante toda la vida del préstamo se amortiza la misma cantidad en todos y cada uno de los pagos estipulados, y la desventaja es que el importe total de las cuotas de amortización nunca es idéntico, por cuanto varía el importe de los intereses; por otro lado, en el método francés la ventaja es que el importe de la cuota es idéntico dentro de cada período, pero la desventaja es que en los primeros años de vida del préstamo se amortiza una parte muy inferior de capital frente al importe que se abona en concepto de intereses.

Es habitual encontrarnos situaciones en las que en la escritura de préstamo o crédito hipotecario, no se dispone de ningún documento que justifique el importe de las cuotas que aparecen en el cuadro de liquidación (extracto de partidas de cargo y abono) que recoge el acta de fijación de saldo deudor. En todo caso, se debería disponer de alguna comunicación entre el cliente y la entidad financiera donde se establecieran las cuotas para cada período de renovación, pero en la documental que se aportan en los procedimientos de ejecución hipotecaria por parte de la actora ejecutante no existe documental alguna que pueda acreditar dicho extremo. Por tanto, considero que los importes de las cuotas que aparecen en el cuadro de liquidación que recoge el acta de fijación de saldo, no emanan de ningún acuerdo de la escritura de préstamo o crédito hipotecario.

Pero es que tampoco solemos hallar que del título ejecutivo y del acta de la liquidación de saldo deudor, que se aporta en los procedimientos de ejecución hipotecaria, se pueda desprender que haya un sistema de amortización válido, normalmente ha sido impuesto por la entidad acreedora desconociendo cómo se amortiza el préstamo o crédito hipotecario que se ejecuta. Ergo, dicho sistema no fue pactado en la escritura de préstamo o crédito hipotecario pero no es solo que no se pactó, sino que además tampoco puede deducirse que las partes decidieran su aplicación por remisión a un cuadro anexo de amortización, ni tampoco por la inclusión en citadas escrituras de préstamo o crédito de las fórmulas matemáticas para su aplicación.

Por tanto, la prestataria no sabe cómo va a amortizar su préstamo ni puede calcularlo.

La naturaleza precisamente variable del préstamo o crédito hipotecario, es absolutamente necesaria la existencia de una fórmula o criterio de la variación de la cuota pactado por las partes.

La situación con que se encuentran, en consecuencia, tanto la entidad acreedora como la parte prestataria, es que si no se ha pactado una fórmula o criterio para establecer la cuota mensual, entonces no se ha pactado un sistema de amortización concreto.

Si hay algo que dicta el Banco de España es que debe haber un pacto numérico que determine el importe de las cuotas en la fase variable del préstamo o crédito hipotecario, y asimismo el Banco de España establece que no se puede imponer un sistema de amortización sin una fórmula que produzca resultados numéricos para el importe de las cuotas.

Tal como hemos expuesto, si en el título ejecutivo no constan las dos fórmulas que como mínimo debe haber en la escritura de préstamo o crédito hipotecario para considerarlas aritméticamente correctas y para poderlas calcular, me refiero a la fórmula de los intereses devengados: cuánto paga cada mes el prestatario por el capital pendiente de amortizar y la fórmula de cuotas, cuánto debe pagar cada mes el prestatario de cuota mixta (intereses más amortización) para que se devuelva el capital prestado en el tiempo pactado,

pues no cabe más que considerar que al no existir las dos fórmulas no hay o hay manera de llevar a cabo lo estipulado en el pacto de liquidación.

1.4 Nulidad radical por infracción del art. 574 LEC

En el art. 574 LEC se regula que, la parte ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución cuando, entre otros casos, la cantidad que se reclama provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable.

A pesar de la literalidad del art. 574 LEC, es habitual encontrar la defensa de la entidad acreedora que junto con la liquidación presentada no ha justificado, ni indicado todas las operaciones de cálculo realizadas para determinar el saldo deudor que reclama. Normalmente, traen a colación una fórmula que nada tiene que ver con la que consta en el título ejecutivo.

Tal proceder, sin duda, considero que responde al hecho de que sabe y conoce que la liquidación no se ha efectuado conforme a lo pactado, y que el saldo se ha determinado en base a un sistema de amortización no convenido, y por ello opta por ocultar a la parte ejecutada, y al juzgador, las operaciones matemáticas realizadas para determinar el saldo deudor que reclama.

En consecuencia, tal y como dispone el art. 574 LEC que, para seguirse el proceso de ejecución, en los supuestos de préstamos a interés variable, es preciso que se indiquen las operaciones de cálculo realizadas que arrojan como saldo la cantidad reclamada, y no especificándose las mismas, a mi juicio, el despacho de ejecución está viciado, siendo de ver en dicho sentido las resoluciones dictadas por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 248/2014, sección 17ª, 23 de julio de 2014, Auto nº234/2014, Sección 1ª, Audiencia Provincial de Valencia, 17 de Diciembre de 2014.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Auto nº 248/2014, Sección 17ª, 23 de Julio de 2014, reza:

“En la misma línea nos hemos pronunciado ya, por ejemplo, en el auto de esta Sección de fecha 7 de abril de 2011, en donde afirmábamos que:

"efectivamente, el artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "a la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución, así como los demás documentos a que se refiere el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley ", entre los que se comprende, por disponerlo así el artículo 574.1 .1º la necesidad de que "el ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de ejecución en los siguientes casos: 1º Cuando la cantidad que reclama prevenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable", como es el caso de autos, sin que en la demanda ejecutiva se haya expresado las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad reclamada ni los intereses ordinarios ni los de demora " (...) "Y el único modo de conocer el deudor hipotecario la real cantidad que debe pagar a efectos de evitar la ejecución hipotecaria (pues para ello ha de entenderse que prevé la Ley el requerimiento de pago en el artículo 686) es que se determine exactamente en la demanda, como exige la Ley, las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de ejecución al tratarse de un préstamo en que se ha pactado un interés variable, sin que en la demanda origen del procedimiento del que el presente rollo dimana se haya cumplido con dicho requisito, con lo que procede, como se ha adelantado, la desestimación del recurso de apelación. Sin que pueda admitirse la alegación de la recurrente de que "expresar las operaciones de cálculo con las que se obtiene la cantidad reclamada en las demandas de ejecución hipotecaria no es requisito preceptivo", pues queda transcrita la disposición legal que así lo prevé. Como carece de virtualidad jurídica a los efectos revocatorios pretendidos la alegación de "la licitud y perfecta admisibilidad de aportar, como se hizo en este caso, junto con la demanda aquellos documentos que contengan las operaciones o fórmulas de cálculo empleadas y los datos necesarios para su realización, de forma que la parte demandada pueda deducir sobre su base los conceptos por los que se le reclama y no crearle así indefensión", pues no se persigue con la disposición legal que el demandado haga ninguna deducción sino que conozca

con exactitud las cantidades que son objeto de ejecución por los cauces de un procedimiento especial, privilegiado desde la constitución mismo de la garantía, y con limitados motivos de oposición, lo que aconseja un mayor rigor en la interpretación de la norma, y a quien la ley exige hacer las operaciones de cálculo, con la obligación de expresarlas en la demanda, es a la demandante y no que tenga que hacer los cálculos la parte demandada, en base no a operación alguna efectuada en la demanda sino sólo a documentación aportada con ella en la que, además, aunque venga descrito como hacerlo en la escritura de constitución de hipoteca, tampoco se contiene una regla matemática para ello, y es, precisamente, la entidad crediticia la que cuenta, en principio, con medios suficientes para llevar a cabo dichas operaciones y, una vez efectuadas, reflejarlas en la demanda, como dispone la ley, sin que sea dable traspasar dicha obligación al acreditado hipotecario ejecutado.”-

La Audiencia Provincial de Valencia, Auto 234/2014, Sección 7ª, 17 de Diciembre de 2014 dice:

“Y el único modo de conocer el deudor hipotecario la real cantidad que debe pagar a efectos de evitar la ejecución hipotecaria (pues para ello ha de entenderse que prevé la Ley el requerimiento de pago en el artículo 686) es que se determine exactamente en la demanda, como exige la Ley, las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de ejecución al tratarse de un préstamo en que se ha pactado un interés variable, sin que en la demanda origen del procedimiento del que el presente rollo dimana se haya cumplido con dicho requisito, con lo que procede, como se ha adelantado, la desestimación del recurso de apelación”.

1.5 Nulidad Radical por infracción del artículo 575.3 LEC

El artículo 575.3 de la LEC señala: “...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 acompañasen los documentos que estos preceptos exigen**'.*

(negrita propia)

De las alegaciones precedentes y anudándolas con dicho precepto, no puedo más que considerar la infracción del mismo, y es que no cabe más que llegar a dicha conclusión si la liquidación que se acompaña en el acta de fijación de saldo deudor no se ajusta a lo pactado en la escritura, es incompleta, tiene errores financieros que se arrastran en todos los apuntes posteriores, no se acompañan los cálculos que dan como resultado las cantidades que constan en el acta de fijación de saldo, etc. El artículo 575.3 de la LEC impone la obligación de indicar cómo se alcanza aquel capital pendiente en una determinada fecha, no permitiendo los actos de fe, pues en caso de existir algún error, éste es arrastrado a lo largo de la vida del préstamo, y la parte prestataria, como hemos indicado, tiene derecho a poder comprobarlo. El AAP 21/2021 de Girona de 4 de febrero de 2021 sostiene que *"...no és possible la fixació del deute pendent amb la documentació aportada a les actuacions. En aquest sentit l'informe confeccionat, sotmès a contradicció a judici, posa de manifest com per conèixer les diferents quotes meritades i el deute en què ha pogut incorre la part demandada caldria conèixer el capital pendent en cada moment de fer la renovació d'interessos, en la mesura en què determina l'amortització del següent període. En aquest sentit, aquest informe sosté que és necessari conèixer el saldo pendent en cada moment amb un extracte d'amortitzacions complert del qual no es disposa, disposant alhora de totes les dades referides a bonificacions i amortitzacions anticipades (aquí, per cert, la part apel·lada fa esment a una quantitat que diu pagada i no restada del deute exigít) per tal de poder conèixer la quantitat exacta deguda i, si s'escau, l'existència de possibles errors que pugui haver hagut en el càlcul practicat."* Estimando así la valoración efectuada por el Juez de la Instancia.

Por todo lo expuesto, a mi juicio, debe dejarse sin efecto el procedimiento de ejecución hipotecaria, a la vista de la extinción de la deuda y de los múltiples errores del acta de liquidación, que invalidan el mismo

despacho de la ejecución. Dichos errores no son subsanables, puesto que nos encontramos ante errores que determinan el incumplimiento de requisitos para el despacho de ejecución, apreciables de oficio. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 30 de junio de 2021, dispone: *"...ello no excluye la exigencia establecida legalmente en el artículo 5731.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que requiere en supuestos como el que nos ocupa, que a la demanda ejecutiva se acompañe además del título ejecutivo y de los documentos a que se refiere el artículo 550 (...).Por lo que pudiendo considerarse que se deja indefensa a la parte ejecutada al admitirse en momento posterior a la demanda de ejecución, documentos que a tenor del precepto legal anteriormente referido, han de acompañarse necesariamente a la demanda ejecutiva, procede estimar el recurso de apelación planteado."*

1.6.- El error de la cantidad exigible

El hecho de no poder conocer con exactitud cómo se han calculado las cuotas hipotecarias y por tanto el principal que se reclama en el procedimiento de ejecución hipotecaria, coloca a la parte ejecutada en una absoluta indefensión.

Tal y como asevera el *"informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios"* presentado en Palma de Mallorca el 30 de abril de 2023, los importes de las cuotas hipotecarias que aparecen en la liquidación del Acta de fijación de saldo deudor no son fruto de un sistema de amortización con las condiciones pactadas en la escritura.

Y es que la entidad acreedora normalmente no es capaz de utilizar los pactos financieros de las escrituras para calcular un importe de las cuotas que permita amortizar el préstamo o crédito hipotecario en el plazo pactado.

En el Informe antedicho se nos dice que:

- a) *El importe de las cuotas no puede imponerse a voluntad de una parte si no se ha pactado en la escritura (Resoluciones Banco de España)*

b) El importe de las cuotas es indeterminado (no es un importe numéricamente concreto).

El importe indeterminado de las cuotas conlleva que la cantidad exigible es ilíquida.

Ello nos lleva a dos consecuencias:

a) La liquidación es incorrecta, porque la entidad no puede unilateralmente fijar cantidades no pactadas (criterio financiero del Banco de España).

b) La liquidación no se puede corregir, a menos que obviamente se pacten las cuotas, entre prestamista y prestatario, con un nuevo método.

Esta calificación de ilíquida se encuentra recogida expresamente en el Auto núm. 55, de fecha 23 de marzo de 2017, de la Audiencia Provincial de Toledo Rollo 198/2016.

1.7.- Nulidad del sistema de amortización por abusividad

Para una mejor comprensión, se tratará este apartado tras el análisis de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula relativa al sistema de amortización.

2. La falta de transparencia en los contratos o préstamo hipotecario por la omisión o error en las cláusulas financieras en relación con el sistema de amortización.

2.1.- Nulidad por falta de transparencia de la cláusula relativa al sistema de amortización.

Si se considerara que el pacto para la liquidación de saldo se encuentra implícito en la escritura de préstamo o crédito hipotecario, y que a mayor abundamiento dicho pacto implícito sería para la aplicación del sistema de amortización de préstamos, ha de señalarse que en tal caso resultaría que dicho convenio implícito sería nulo.

De conformidad con el artículo 60.2 c) TRLGDCU, el empresario debe facilitar a la persona consumidora y usuaria de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Siendo relevantes las obligaciones de información, entre otras cosas, sobre los bienes o servicios establecidos en esta norma y cualesquiera otra que resulten de aplicación y, además sobre el precio de los bienes o servicios, informando con respecto al precio total desglosado.

Por lo tanto, la liquidación del saldo conforme a un determinado sistema de amortización, conlleva la necesidad de una previa información de la parte prestamista sobre dicho sistema, puesto que con ello se determina la forma de fijar el precio que debe abonar la parte prestataria, y la omisión de dicha información conlleva que la aplicación del sistema de amortización, y en consecuencia la liquidación del saldo derivado de dicho sistema, sea nulo por haberse infringido los derechos de la parte prestataria como persona consumidora y usuaria, al no haber sido previamente informada sobre las condiciones jurídicas y económicas del préstamo o crédito hipotecario.

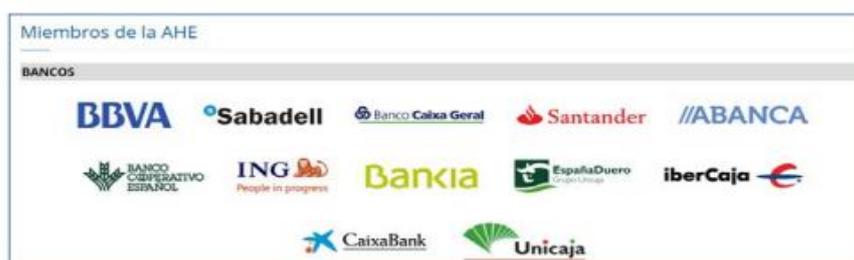
Al mismo tiempo ha de tomarse en consideración que, las cláusulas incluidas en los contratos con consumidores y usuarios, tal y como regula el

artículo 80.1.a) TRLGDCU han de reunir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, ni 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. En esta tesitura, la supuesta existencia de un pacto incluido en las cláusulas financieras del contrato, para la liquidación de saldo, no reuniría las condiciones de concreción, claridad y sencillez en la redacción, pues en primer lugar sería un pacto implícito además conllevaría la aplicación de un sistema de amortización que no habría sido objeto de información. Con lo que nuevamente nos encontraríamos ante otra vulneración de los derechos de la parte prestataria como consumidora.

En este sentido, tal y como nos ilustran los autores que han suscrito el *"Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios"* presentado ante la Direcció General de Consum Illes Balears, hasta la propia Asociación Hipotecaria Española (AHE) que integra a las principales entidades bancarias vela por la protección por la transparencia y la protección de las personas consumidoras y usuarias:

"La Asociación Hipotecaria Española (AHE), constituida en 1983, es una organización integrada por los bancos, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito que tienen una mayor presencia en el mercado hipotecario español. Los miembros de la Asociación tienen aproximadamente el 75 por 100 del mercado de préstamos hipotecarios.

También forman parte de la Asociación otras instituciones y organizaciones, distintas a las entidades de crédito, vinculadas directamente con las actividades del mercado hipotecario.



Como asociación profesional especializada, la AHE representa los intereses de sus miembros en todos los aspectos relacionados con la actividad hipotecaria, por lo que mantiene un estrecho contacto con los distintos departamentos ministeriales responsables de la elaboración de las normas que afectan a este mercado (principalmente: Ministerio de Economía y Competitividad, Ministerio de Justicia y Ministerio de Fomento), así como con el Banco de España y CNMV.

La AHE presta también una gran atención a todas las cuestiones relacionadas con la transparencia y la protección de los consumidores. En este sentido, la Asociación ha editado una "Guía hipotecaria" que puede consultarse en esta misma página y una amplia información sobre la normativa y el régimen de transparencia de los préstamos hipotecarios."

(Texto de presentación de la AHE en su página web www.ahe.es)

En el informe editado por dicha asociación, ya en el año 2001, se deja claro que la existencia de una fórmula en el contrato hipotecario no sólo es un requisito de transparencia, sino que precisamente es el primero de ellos:

"En efecto, la primera exigencia desde el punto de vista de la transparencia y defensa del consumidor es que el deudor pueda calcular y verificar autónomamente con exactitud la cuota de amortización del préstamo que le exige el prestamista, cosa que en un préstamo a interés variable necesita hacer cuando menos en el momento de estudiar posibles ofertas alternativas, en el de la contratación y cada vez que corresponda actualizar el tipo de su préstamo."

(El redondeo en los préstamos hipotecarios, 2001, publicación de la Asociación Hipotecaria Española).

(subrayado propio)

La advertencia que realiza la Asociación Hipotecaria Española es cristalina cuando exige que la parte prestataria pueda de forma autónoma calcular y verificar con exactitud la cuota de la amortización del préstamo, por tanto, si no lo hace dificulta a la parte prestataria elegir racional y correctamente entre otras ofertas.

Es importante recordar que la Dirección General de Consumo de las Islas Baleares, en fecha 25 de noviembre de 2022 realizó una serie de preguntas al Banco de España en relación a los sistemas de amortización.

La autoridad financiera respondió el 20 de diciembre de 2022. El archivo de preguntas y respuestas se puede consultar en el apartado de anexos en el siguiente enlace:

https://www.caib.es/sites/consumidor/ca/informe_financer_sobre_el_sistema_redit_ad_libitum_en_els_contractes_hipotecaris

Tal y como reflejan los autores en el "*Informe financiero sobre el sistema de rédito ad libitum en los contratos hipotecarios*", presentado en Palma de Mallorca el 20 de abril de 2023, las preguntas números 2, 3 y 4 de la referida consulta llevaban por título:

- a) Unidades de las fórmulas financieras
- b) Errores aritméticos en fórmulas financieras
- c) Errores conceptuales en fórmulas financieras

Estas preguntas (véase anexo) planteaban que los contratos a veces no especificaban las unidades con que trabajaban las fórmulas (cosa que hacía imposible que un consumidor sin conocimientos financieros las aplicase), otras veces contenían errores aritméticos y otras errores conceptuales (parámetros erróneos a introducir en las fórmulas).

El Banco de España no respondió las preguntas una por una sino que las agrupó en una sola respuesta (el subrayado es nuestro):

"Las tres preguntas pueden ser contestadas en un acto único, por referencia a la norma décima, apartado 3 de la Circular, cuando señala (i) que los documentos contractuales se redactarán de forma clara y comprensible para el cliente, (ii) que el contrato deberá reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre el cliente y la entidad, evitará el uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, explicará

adecuadamente el significado de los mismos, y (iii) que no se incluirá en el contrato ningún concepto que resulte innecesario o irrelevante para su correcta aplicación e interpretación.”

Parece de sentido común que si una fórmula no especifica correctamente las unidades con las que trabaja, no puede ser de ningún modo clara (y menos si la tiene que aplicar autónomamente una persona consumidora y usuaria sin conocimientos financieros). Por otra parte, si tiene errores aritméticos o conceptuales, no puede ser de ningún modo fiel a las estipulaciones. Y, finalmente, todos estos errores no pueden darse por subsanados usando un tecnicismo.

A respecto, cabe señalar que el Banco de España viene a ratificar los criterios de la propia banca, expresados en su documento de la Asociación Hipotecaria Española (AHE) de 2001:

a) El cliente tiene que poder calcular autónomamente el importe de la cuota mensual (esto es, las fórmulas no pueden contener ambigüedades o errores).

b) Caso que no entienda las fórmulas, tienen que ofrecérsele tablas orientativas o explicaciones para que sepa a qué se compromete económicamente.

Además, el Banco de España no sólo exige que las fórmulas estén en la escritura sino que la entidad prestamista las explique a la parte prestataria antes del contrato. Este aspecto importante lo podemos leer en la página web del Banco de España:

*"En todo caso, debes saber que tu **banco está obligado a explicarte adecuadamente los productos y servicios** que ofrece, por lo que no dudes en consultar antes de tomar una decisión. En este caso, es especialmente importante que, antes de decantarte por una opción u otra, **TE QUEDE CLARO CÓMO SE CALCULAN LAS CUOTAS, la existencia de otros posibles costes o***

penalizaciones, así como las consecuencias que tendrías que asumir ante un posible incumplimiento por tu parte."

(mayúsculas y negritas están en el texto original)

Es más, el Banco de España, en la Norma Quinta de la Circular 5/2012 de 27 de junio, tiene establecido que antes de iniciar cualquier relación contractual con un cliente, las entidades facilitarán a éste las explicaciones a que se refiere el artículo 9 de la Orden; y en particular, cuando se trate de préstamos o créditos, dichas explicaciones deberán incluir datos que permitan al cliente entender el modo de cálculo de las cuotas.

Los autores del "*Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios*" también recogen que:

La Asociación Hipotecaria Española (AHE) señala que, dada la complejidad de algunas fórmulas financieras, a efectos que el cliente sepa qué firma, se le deben facilitar unas tablas donde se aprecian los nuevos valores de las cuotas, caso de variar el tipo de interés:

"La alternativa que históricamente han tenido los consumidores de todo nivel de formación financiera y que siguen teniendo, son las tablas de doble entrada para el cálculo de cuotas. Estas tablas por disposición legal las facilitan gratuitamente las entidades de crédito." (El redondeo en los préstamos hipotecarios, página 4, 2001, publicación de la Asociación Hipotecaria Española)

Es práctica habitual que la entidad prestamista no haya aportado las tablas de cómo sería el escenario amortizando el préstamo hipotecario en un sistema francés, alemán, italiano o americano. Así, en la segunda fase del préstamo hipotecario (fase variable) la parte prestataria no puede conocer cuánto debe pagar cada mes, en tanto no hay fórmula válida ni método para calcular el importe de las cuotas.

Y normalmente, también nos encontramos que tampoco existen unos cuadros de amortización con diferentes escenarios de tipos de interés en el que se informe al cliente del riesgo que asume con cantidades ilustrativas. Así las

cosas, no cabe más que deducir que no existe un pacto expreso de sistema de amortización y por tanto, se desconoce cómo se liquidará el préstamo hipotecario, y en tanto que no hay fórmula matemática válida ni método en la escritura de préstamo o crédito hipotecario para poder calcular el importe de las cuotas, no se ha pactado a cuánto van a ascender cada mes dichas cuotas en su fase variable, y por tanto no hay un pacto numérico sobre cómo liquidar el préstamo.

Esta tesis está ratificada por el Profesor Titular de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Barcelona, Sr. D. Josep González i Calvet y la propia entidad Caixabank SA lo ratificó en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria 384/2021 Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 Mollet del Vallès.

No hay que olvidar el perjuicio que acarrea a la parte prestataria. Estas carencias de información adecuada de este contrato causan cuatro tipos de perjuicio al firmante del mismo: a) Perjuicio de riesgo b) Perjuicio de esfuerzo financiero c) Perjuicio directo de cobro de intereses d) Perjuicio de incumplimiento.

- a) El perjuicio de riesgo consiste en inducir al consumidor a infravalorar el riesgo futuro asociado a un préstamo hipotecario.
- b) El perjuicio de esfuerzo financiero consiste, en definitiva, en que el cliente no sabe realmente a qué pagos mensuales se expone. Una variación pequeña del interés, por ejemplo de 1 punto, produce una variación considerable de la cuota. El cliente no sabe esto en el momento de la firma a menos que tenga conocimientos financieros.
- c) El perjuicio directo de cobro de intereses consiste en que el prestatario, al no disponer de los datos sobre el ritmo de amortización del préstamo, no sabe si se está usando un método que desplaza más capital que otro. Es decir, no se ofrece a la prestataria información sobre los diferentes importes de los intereses globales que se derivan de aplicar un método u otro de amortización.

d) El perjuicio de incumplimiento es la situación financiera a la que debe enfrentarse el prestatario, caso de interrumpir los pagos mensuales. Por ejemplo, el método francés conlleva un riesgo en caso de impago que el método alemán no conlleva. Si se da la situación de impago, entonces haber contratado el método francés perjudica al cliente.

A mayor abundamiento, considera esta autora que al ser el sistema de amortización una condición general impuesta por la entidad bancaria, y a pesar de afectar a un elemento esencial, puede ser declarada nula por no superar el control de transparencia.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo en Pleno núm. 367/2016. De 3 de junio de 2016 con cita de la Sentencia STS núm. 464/2014, de 8 de septiembre, establece:

*»6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como **un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).***

»7. *Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de **comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada.***

(negrita propia)

Las cantidades exigidas por la entidad bancaria cuando comienza la fase variable del préstamo o crédito hipotecario, aplicando el sistema de amortización, no son exigibles por aplicación del principio de falta de transparencia en la información a favor de la persona consumidora y usuaria en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario, y entiende esta autora que ello es por los siguientes motivos:

- 1.) Al no haberse informado de su trascendencia económica para que tenga cabal conocimiento la persona consumidora y usuaria, es decir, para su comprensibilidad real, en el sentido de informarle y hacerle ver la **comparativa con el sistema de amortización francés, alemán, italiano o americano y las particularidades** de citados sistemas.
- 2.) Previo a la celebración del contrato no se han realizado tablas comparativas con el resto de sistemas de amortización, ni se le ha dado la oportunidad a la persona consumidora y usuaria a elegir entre el sistema francés y el alemán, por ejemplo.
- 3.) Normalmente, en los procedimientos ya sean declarativos o hipotecarios no consta en las actuaciones la **oferta vinculante ni el folleto informativo**, sin mostrar a la persona consumidora y usuaria los

probables escenarios, incumpliendo en este aspecto y correlativamente el artículo 5 y 3 de la Orden 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Efectivamente, resulta muy pedagógico e ilustrativo el *"Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios"* presentado en Palma de Mallorca, el 20 de abril de 2023 en este sentido, cuando sus autores nos exponen:

"Tenemos que considerar que, en un contrato hipotecario, todo lo que sea amortizar poco capital se traducirá en pagar muchos más intereses. Por tanto, pagar cuotas reducidas sólo puede ser interesante, por ejemplo, si usted piensa vender la vivienda a corto plazo.

En general, sin embargo, al prestatario le interesa amortizar cuanto antes. Todo lo que amortice anticipadamente se traducirá en pagar menos intereses, porque se tendrá una deuda menor durante el tiempo que el préstamo esté vivo.

De hecho, el método francés, que es el más utilizado en nuestro país, no es especialmente rápido por lo que se refiere a la amortización. Veamos por qué hablamos de "optimistas" y "pesimistas" a la hora de amortizar un préstamo.

Optimistas y pesimistas en la contratación hipotecaria

Cuando una familia se encuentra en dificultades económicas y, por añadidura, pasa por el calvario de sufrir una ejecución hipotecaria, se encuentra inmersa en una situación de pesadilla:

a) Por una parte, el banco presenta una "factura" llena de números donde aparecen cantidades que el cliente ni sabía que iba a deber (costas del procedimiento, demoras, comisiones de impagados, etc.).

b) Pero, por otra parte, una cosa que sí entiende es que, pongamos por caso, ha pagado 20 de los 40 años del préstamo. ¿Cómo es que no debe la mitad de capital, sino mucho más?

La pregunta b) se debe, precisamente, a haber pactado el método francés de amortización en vez del método alemán.

Hablando de manera divulgativa, existen dos sistemas (entre muchos posibles) de amortizar un préstamo:

a) El método francés: las cuotas mensuales son constantes, pero la amortización es lenta. Si el cliente deja de pagar, se enfrenta a una deuda enorme.

b) El método alemán: la amortización mensual es constante. Las cuotas son un poco más altas al principio que con el método francés. Pero si el cliente deja de pagar, se enfrenta a una deuda razonable.

Para que se entienda mejor, vamos a hacer caricatura:

a) El método francés es el de los optimistas. Creen que durante los años que dure su hipoteca no van a tener problemas económicos y, en consecuencia, no van a interrumpir el préstamo. Su optimismo hace que amorticen poco al principio, puesto que creen que siempre podrán pagar.

b) El método alemán es el de los pesimistas. Consideran que son muchos años pagando una hipoteca, que pueden pasar muchas cosas y que es mejor que, en caso de impago, no se enfrenten a una deuda demasiado grande. Su pesimismo hace que las cuotas iniciales sean un poco más altas, lo que conlleva que no puedan pedir tanto dinero prestado al banco y rebajen sus aspiraciones de adquisición de vivienda.

Visto así entendemos ahora por qué, al comercializar un préstamo "optimista" (método francés), el cliente no sabe realmente el riesgo que asume en caso de impago.

Esta opción "optimista" (método francés) perjudica al cliente: si se produce el impago, entonces debe mucho dinero. En cambio, si hubiera optado por la opción "pesimista" (método alemán) podría afrontar la situación financiera derivada del impago (podría vender la casa y recuperar parte del dinero invertido en ella).

Un ejemplo con cifras y gráficas

¿Quiere el lector un ejemplo ilustrativo sobre la diferencia entre la amortización con el método francés y el método alemán? Pongamos los números sobre la mesa. Para poder ilustrar la diferencia, tomaremos un ejemplo a tipo de interés fijo, con los siguientes datos:

a) Capital prestado: 250.000 euros

b) Amortización: 30 años (360 meses)

c) Tipo de interés aplicado: 5%.

Si realizamos las amortizaciones con el método francés y el método alemán, obtenemos unos cuadros diferentes con capitales pendientes diferentes. Si nos fijamos en el capital amortizado a medida que el tiempo transcurre, obtenemos la siguiente gráfica:

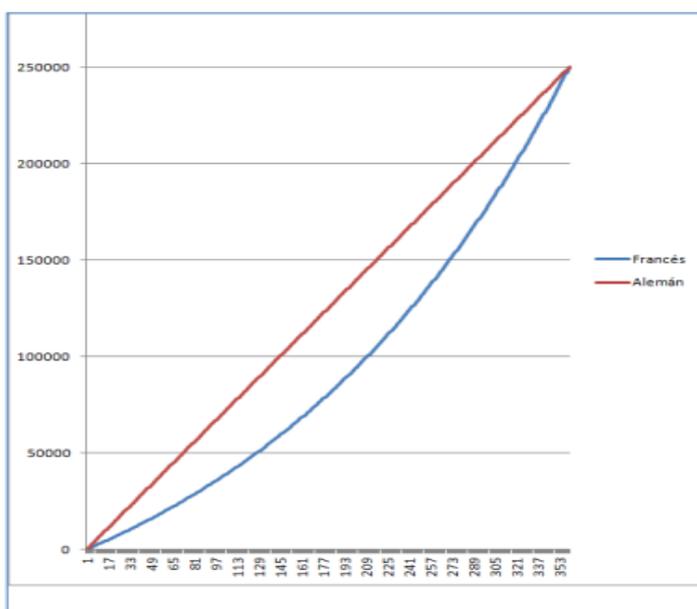


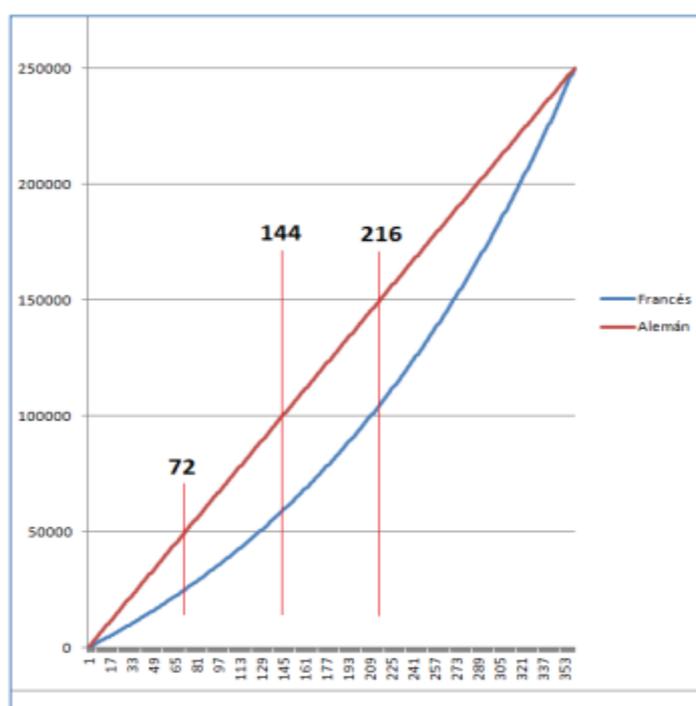
Ilustración 11: Ritmo de amortización del método alemán y el francés

Observe que en la gráfica hay dos líneas, que nos muestran la velocidad con que se amortiza e capital:

a) La línea recta (color rojo) corresponde al método alemán. Como se ve, la amortización tiene siempre el mismo ritmo, es proporcional al tiempo que se lleva pagando.

b) La línea cóncava (color azul) corresponde al método francés. Como se ve, se amortiza menos al principio.

La amortización francesa es "perezosa" comparada con la alemana, es decir, amortiza más lentamente que la devolución proporcional de capital. Inevitablemente, al final los dos métodos coinciden, puesto que ambos amortizan todo el préstamo. Pero mientras que el método alemán es regular, el método francés es más lento para amortizar y sólo devuelve capital a buen ritmo en los últimos meses del préstamo. Sobre el marco de los 30 años (360 meses), podemos observar 3 fechas clave en la gráfica de ambos métodos:



A los 72 meses (6 años, la quinta parte del tiempo del préstamo) observamos:

a) Que el método alemán ha amortizado la quinta parte del capital, es decir, 50.000 euros exactos.

b) Que el método francés, en cambio, sólo ha amortizado 25.161,73 euros, esto es, la décima parte.

A los 144 meses (12 años, las 2 quintas partes del tiempo del préstamo) observamos:

a) Que el método alemán ha amortizado las dos quintas partes del capital, es decir, 100.000 euros exactos.

b) Que el método francés, en cambio, sólo ha amortizado 59.105,34 euros, esto es, menos de la cuarta parte.

A los 216 meses (18 años, las 3 quintas partes del tiempo del préstamo) observamos:

a) Que el método alemán ha amortizado las tres quintas partes del capital, es decir, 150.000 euros exactos.

b) Que el método francés, en cambio, sólo ha amortizado 104.895,88 euros, esto es, algo menos de las dos quintas partes del capital.

Como vemos, el método alemán tiene una amortización exacta y proporcional al tiempo de vida del préstamo. Dicha concepción, por lo general, casa con lo que el cliente cree que contrata (por lo general, el cliente cree que contrata una amortización proporcional en el tiempo). Pero, en cambio, como el cliente contrata el método francés, se encuentra con la sorpresa desagradable que, a media vida del préstamo, siempre lleva amortizado mucho menos de lo que cree."

Considero que esta es la información y las tablas que se deberían dar a la parte prestataria previo a la celebración del contrato. Y la práctica habitual es que no se ha dado. Con esta falta de información, se incumplen los arts. 2.1, 8

b) y d), 13.1 d) y 17 del TRLGDCU y el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, vigentes en el momento de suscripción de los préstamos, que regulan la obligación para la entidad prestamista de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades o en su caso pueden afectar a su situación financiera y, en definitiva, sin estos datos, la persona consumidora y usuaria no es capaz de identificar qué sistema de amortización le interesa más y tampoco puede conocer su alcance económico, en sentido análogo, concurren algunas de las circunstancias expresadas por el TS para el supuesto de la cláusula suelo; (STS en pleno de 9 de mayo de 2013), a saber:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

"197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

...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. (sí su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; 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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, **el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada 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".**

...cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

*b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, **incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.***

(negrita propia)

Es decir, es la parte predisponente la que debe facilitar a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica y la carga económica del sistema de amortización del préstamo o crédito hipotecario, conforme a lo antedicho.

En definitiva, **la cláusula del sistema de amortización a juicio de esta autora no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible**, por cuanto no constan, tal y como nos referíamos precedentemente, en los procedimientos declarativos y en los de ejecución hipotecaria, que la entidad bancaria aporte información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, tampoco se informa sobre el coste comparativo con otros sistemas de amortización, no hay simulaciones ni se exhiben gráficas de escenarios diversos relacionados con los otros tipos de sistemas de amortización y el desconocimiento por parte de la consumidora y usuaria, del también llamado adherente medio, en aquel año de la firma del préstamo del sistema de amortización, es patente, en relación a su método de cálculo, y a los otros datos apuntados.

Efectivamente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016, CIP 2121/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, dice:

*"Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, **impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio...es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación** (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre)."*

2.2.- Nulidad por abusividad de la cláusula del sistema de amortización.

Tal y como nos hemos referido precedentemente, el sistema de amortización francés implica que los vencimientos que se derivan del crédito hipotecario se ordenan de manera que durante los primeros años, la parte prestataria paga en cada vencimiento una cantidad muy superior de intereses que de capital, por ese motivo queda gran parte del capital pendiente por amortizar pese a los importantes desembolsos que se han ido realizando, en tanto se han dirigido principalmente a pagar intereses. En caso de incumplimiento, la persona consumidora y usuaria, se enfrentará a un procedimiento de ejecución hipotecaria en la que se reclame la práctica totalidad del capital prestado pese a haber estado pagando durante años los términos de amortización.

A juicio de esta autora, debemos analizar el concepto de buena fe del profesional, y a los efectos que nos ocupan, no es un concepto abstracto que

acoja cualquier tipo de actuación loable por su parte, pues a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-415/11, de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, el TJUE acotó las posibilidades de interpretación de esta figura y definió al profesional de buena fe como aquél que tratando de manera leal y equitativa con la persona consumidora y usuaria, podía estimar razonablemente que dicha consumidora aceptaría igualmente la cláusula objeto de litigio en el marco de una negociación individual, esto es, con total libertad para negarse a su incorporación al contrato y optar por otra. El apartado 69 de dicha sentencia textualmente dicta:

69 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.

Y el apartado 74 de las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokkot, en el asunto c-415/11, dice:

"74. Sólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato, como indica el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante (e injustificado) [\(21\)](#) desequilibrio en detrimento del consumidor. En particular, habrá de considerarse que un desequilibrio importante es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato."

En consecuencia, el profesional de buena fe, en el concreto marco de la Directiva 93/13/CEE, no es aquél que impone un sistema de amortización sin mediar explicación alguna, sino aquél que tiene la seguridad de que ese consumidor que acepta la incorporación de una concreta cláusula a su contrato, hubiera aceptado igualmente dicha cláusula en el marco de una negociación en términos de individualidad, igualdad, con toda la información y con toda libertad; o, en sentido contrario, podemos entender por profesional que actúa de manera contraria a la buena fe aquél que impone una determinada cláusula a sabiendas de que esa persona consumidora y usuaria con quien contrata nunca hubiera aceptado su incorporación al contrato en el marco de una negociación individual, con toda la información y con toda libertad causándole un desequilibrio importante en detrimento de los derechos de la consumidora que de manera injustificada se recortan sus derechos y obligaciones, en tanto que si hubiere sido conocedora de los mismos no hubiese prestado su consentimiento en la perfección del contrato.

Desde un punto de vista financiero, los autores del *"Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios"* recogen en cuanto a la "mala fe financiera", lo siguiente:

"La Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2004 es especialmente interesante por su sección Informes Favorables Al Reclamante. En dicha sección, se encuentra el apartado "INTERPRETACIÓN UNILATERAL DE CLÁUSULAS CONTRACTUALES".

En dicho apartado se incluye el caso de una entidad que impone un sistema de amortización no pactado, lo cual es calificado inmediatamente por el Banco de España como contrario a la buena fe:

"Los reclamantes (expedientes n.º 1705/03, n.º 3715/03, n.º 4290/03 y n.º 2629/04) discrepaban con el sistema de amortización seguido por las entidades

con motivo bien de las amortizaciones anticipadas parciales que realizaban o bien con las revisiones del tipo de interés. El sistema que había que seguir no quedaba precisado en la escritura, por lo que las entidades decidieron, de forma unilateral, cuál iba a ser el procedimiento que se seguiría para el cálculo de las siguientes cuotas. El Servicio ha venido manteniendo que, cuando del contenido del contrato no se deduce qué debe hacerse ante una determinada circunstancia, las entidades de crédito deben intentar llegar a un acuerdo con sus clientes, informándoles de las posibles alternativas, pues, imponiendo — como en estos casos— unilateralmente su voluntad, vulneran los principios de buena fe y mutua confianza que deben presidir las relaciones mercantiles que les unen”

Podemos consultar las memorias anuales de reclamaciones del Banco de España y, en ellas, examinar la sección Informes Favorables Al Reclamante. En dicha sección, se encuentra el apartado "ACTUACIÓN UNILATERAL DE LA ENTIDAD”.

Deja claro el Banco de España que, aunque la entidad aplique un sistema de amortización existente, como puede ser el francés o alemán, NO SE PUEDE IMPONER UN SISTEMA QUE NO SE HAYA PACTADO EN EL CONTRATO.

En efecto, así aparece en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2006:

"4940/05 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid aplicó en el préstamo un sistema de cálculo de cuotas que, a pesar de ser correcto desde el punto de vista financiero, no venía establecido en las condiciones contractuales. Además, modificó posterior y unilateralmente, con motivo de la novación del préstamo, el criterio que hasta esa fecha venía aplicando.”

*“Decimos que hay **mala fe financiera** cuando la entidad lleva al cliente a firmar un contrato que puede ser perjudicial sin informarle adecuadamente, entre otros asuntos, sobre el riesgo que corre. Como hemos expuesto, las carencias de información llevan al prestatario a firmar sin ser plenamente*

consciente de que lo que firma y, en consecuencia, se producen dos tipos de perjuicios financieros: el de esfuerzo y el de incumplimiento.”

Del desequilibrio importante

No hay duda para los autores del *“Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios”* que la conducta financiera de mala fe acarrea consecuentemente un perjuicio para el consumidor, en tanto puede producir la quiebra, en este caso, de una economía familiar, calificándolo de sustracción de crédito.

Y pedagógicamente se nos ilustra con un ejemplo para que podamos comprender, en qué consiste el perjuicio de sustracción de crédito en el caso de una familia.

“Economía familiar Imaginemos el siguiente caso:

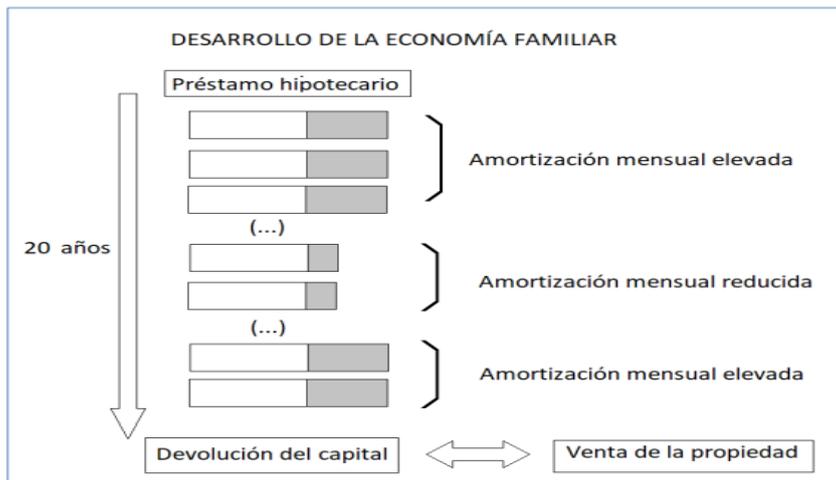
d) Una familia tiene dos fuentes de ingresos (los dos progenitores)

e) Firman un contrato hipotecario de amortización Redito Ad Libitum

f) Por una crisis económica sobrevenida, los ingresos se reducen drásticamente (uno de los dos progenitores se queda en paro)

g) Como dicho contrataron un producto financiero de importe variable (amortización flexible) pueden amortizar menos.

h) Cuando pase el bache económico, realizarán amortizaciones mayores en las cuotas mensuales Esquema financiero La parte en gris representa la parte de amortización de la cuota mensual. La parte en blanco de los rectángulos representa la parte de intereses de la cuota mensual



En este esquema hemos presentado tres etapas claras:

- a) Periodo inicial de amortización alta: la familia tiene buenos ingresos y paga cuotas mensuales elevadas, amortizando más, a fin de reducir el capital pendiente.*
- b) Periodo intermedio de amortización baja: la familia pasa por un bache económico y paga cuotas mensuales reducidas, amortizando menos, a fin de poder cumplir con el pago de la cuota.*
- c) Periodo final de amortización alta: la economía familiar se recupera y puede pagar nuevamente cuotas elevadas, recuperando un buen ritmo de amortización.*

Ésta es la manera en que funcionan los préstamos hipotecarios Redito Ad Libitum, los cuales son un producto, con diferentes matices, ya existente en el mercado hipotecario.

Debemos tener en cuenta que, con el esquema familiar expuesto, la situación financiera es la siguiente:

- a) Pago de intereses: el prestatario debe pagar los intereses mensuales del capital que deba en cada momento (capital pendiente)*
- b) Pago de amortizaciones: el prestatario siempre amortizará cierta cantidad cada mes.*
- c) Fin del Plazo: llegando al final del plazo, si la familia prevé que no podrá devolver el dinero prestado, tiene la opción de planificar la venta del inmueble sin ir a la quiebra.*

En el caso de las familias, también existe irregularidad en la percepción de los ingresos, debida a varios aspectos:

a) Por una parte, por el hecho de que, en general, por contrato las familias no perciben 12 mensualidades, sino 14. Si bien en este caso se trata de una temporalidad de menor relevancia.

b) Por otra parte, otro aspecto más relevante es que una parte importante de los trabajadores están afectados por la temporalidad de sus ingresos, determinada por los sectores en los que trabajan, principalmente turismo y agricultura, que suponen conjuntamente el 17.5% de la población ocupada.

c) Un 18% de los asalariados tienen empleos con contrato temporal, sea cuál sea el sector en que trabajen.

Si estos trabajadores han contraído préstamos hipotecarios para financiar la compra de sus viviendas, también les convendría, como anteriormente se ha visto en el caso de las empresas, acomodar sus gastos financieros a la estacionalidad de los ingresos. Si las entidades bancarias imponen su unilateralidad, están obligando a estas familias a soportar dificultades durante una parte importante del año.

Por otra parte, hay que considerar el impacto de los ciclos económicos, que se producen entre cada 8 y 14 años. En el caso de las familias, a menudo el impacto negativo del ciclo económico, la recesión, se traduce por el desempleo, periodo en que sus ingresos disminuyen. En estos casos, si las entidades imponen su rigor en la exigencia de recuperar los préstamos concedidos, estarán obligando a las familias a renunciar a necesidades básicas. Durante la vida de una hipoteca de 30 años, cabe esperar en promedio unos 3 períodos de crisis.

10.2.3 Perjuicio por sustracción de crédito

Como vemos, la flexibilidad de amortización es un recurso financiero que permite a las familias superar baches económicos. En realidad, diversos mecanismos habituales en los préstamos hipotecarios (como pactos especiales de cuotas reducidas en ciertos periodos o periodos de espera) son versiones más limitadas de esta flexibilidad de amortización.

¿Qué pasaría entonces si el banco niega este recurso a la familia e impone una amortización de manera unilateral y exige cobrar recibos elevados? Pues las consecuencias son fatales: llevan la familia a la quiebra.

Como hemos dicho, el Banco de España es muy vigilante sobre los casos en que se impone un sistema de amortización no pactado. Se produce este fenómeno que hemos denominado sustracción de crédito, o mermar el derecho a crédito que se tiene por contrato.

10.3 Sustracción de crédito en los contratos REDAL Para que quede claro, debemos decir que en los contratos REDAL, al igual que en una póliza de crédito, el prestatario ha firmado un contrato de amortización flexible (amortización que no obliga a un importe mensual concreto). Si el banco interpreta unilateralmente el contrato e impone unos importes rompe esta flexibilidad, priva del crédito al prestatario y, por tanto, realiza una sustracción de crédito. La sustracción puede llevar a la situación de impago provocado, derivada de una imposición de cuotas que no emanan de la escritura. Decimos "impago provocado" cuando no es el cliente, con su conducta financiera, quien incumple el contrato. Es la entidad que, mediante un abuso (normalmente, cobrar de más) da apariencia de legalidad a una situación de invasión de la economía familiar, y presentándola como una situación de incumplimiento de los pagos. Además, debemos ser conscientes, a raíz de lo expuesto, que las sustracción de crédito en una economía familiar supone una intrusión en ella, en un ámbito privado (que el derecho civil debe proteger) como es la autonomía de las decisiones económicas. Sin autonomía de decisión no se pueden tomar decisiones eficientes y se rompen las reglas del mercado y de la competencia.

Por tanto, si no ha sido informada la persona consumidora y usuaria en el momento de la celebración de la contratación de la libre elección del sistema de amortización del préstamo hipotecario en cualquiera de los sistemas (alemán, francés, italiano, americano, etc.), no podemos concluir que la entidad acreedora haya obrado de buena fe, produciéndose un desequilibrio importante

entre las partes, desequilibrio injustificado recortando los derechos y obligaciones de la persona consumidora y usuaria hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el prestatario habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato, y por ende, a juicio de esta autora, no cabe más que conllevar a la nulidad de la práctica y la cláusula por abusiva al haber impuesto dicho sistema de amortización.

3. El posible choque normativo del derecho sustantivo y derecho procesal con el derecho de la unión europea.

3.1. Primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional.

El principio de primacía de las normas comunitarias es una configuración jurisprudencial creada por el TJUE, para solventar el posible conflicto entre las normas de derecho imperativo de la Unión y la legislación interna de un Estado miembro.

En virtud del principio de primacía resulta obligado, en la hermenéutica de las disposiciones legales, realizar una interpretación *pro communitate* de las normas internas.

El TJUE dictó la sentencia de 15 de julio de 1964 (C-6/64), sentando el principio de primacía del derecho comunitario, estableciendo la supremacía del Derecho de la Unión sobre la legislación interna, que se vio confirmado en la sentencia de 9 de marzo de 1978 (C-106/77), resolviendo que:

"Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la

derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional".

La sentencia del TJUE, dictada por la Gran Sala, de 22 de junio de 2010, C-188/2010, en su apartado 43 recuerda:

"En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ya ha estimado que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (véanse en especial las sentencias Simmenthal, antes citada, apartados 21 y 24; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, apartado 73; de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartado 72, y de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, C-314/08, Rec. p. I-0000, apartado 81").

Y la sentencia citada del TJUE de 16 de octubre de 2009, en su apartado 52 dispone que: *"dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público".*

La sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2013, C-413/12, en su apartado 27 dispone que el artículo 7, apartados 1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE *"impone a los Estados miembros la obligación de velar porque, en sus ordenamiento jurídicos nacionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores"* y el apartado 39 de la misma sentencia dispone *"que con el fin de respetar el principio de efectividad la organización de los recursos internos y el número de instancias no deben hacer imposible o*

excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables".

El Tribunal Constitucional ha proclamado la primacía del derecho comunitario en la sentencia número 145/2012, de 2 de julio de 2012, resolviendo en el apartado 5 de sus fundamentos de derecho que:

"5. En este sentido debemos recordar (como ya lo hicieramos en ATC [228/2005](#), de 1 de junio, FJ 5) que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270), habiéndose aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93, como hemos tenido ocasión de recordar en repetidas ocasiones.

Y la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Auto de 4 de octubre de 2005 (Roj: ATS 11920/2005), analizó el efecto directo de las normas comunitarias y la primacía de las mismas sobre el ordenamiento jurídico interno, resolviendo la sentencia de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 2013 (Roj STS 1916/2013), después de hacer un estudio pormenorizado en los apartados 110 al 114 de la jurisprudencia del TJUE sobre la apreciación de oficio de la nulidad imperativa de cláusulas abusivas, en su apartado 115:

"A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión".

Exponente claro de esta jurisprudencia del TJUE en relación con los procedimientos de hipotecarios en nuestro País, son las Sentencias de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), 17 de julio de 2014 (asunto

C- 169/14), de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), de 29 de Octubre (asunto C-8/14), de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14), de 26 de marzo de 2019 (asuntos C-70/17 y C-179/17), de 03 de marzo de 2020, asunto C-125/18, y Autos de 14 de noviembre de 2013 (asuntos C-537/12 y 116/13), de 11 de Junio de 2015 (asunto C-602/13), 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), 03 de Julio de 2019 (asuntos C-92/16; C-167/16 y C-486/16), y Autos de 17 de noviembre de 2021 (asuntos C-655/20 y C-79/21) .

La reforma de la LOPJ, por la Ley 7/2015, de 21 de julio, incorpora el art. 4 bis LOPJ que dispone:

1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

Artículo 4 bis introducido por el apartado dos del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio). *Vigencia: 1 octubre 2015*

Asimismo, no se debe perder de vista el art. 280 TFUE: *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299.*

3.2. Dudas sobre el cumplimiento del derecho de la Unión Europea cuanto a la protección de la persona consumidora y usuaria conforme la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

A lo largo de este informe, me he referido tanto al análisis de la falta de transparencia en los contratos o préstamo hipotecario por la omisión o error en

las cláusulas financieras en relación con el sistema de amortización en cuanto al deber de información por parte del profesional hacia la persona consumidora y usuaria previo a la celebración del contrato, así como al control de abusividad de dicho sistema de amortización que supone el quebranto del principio de buena fe porque la cláusula no es clara ni comprensible provocando un desequilibrio existente entre las partes en claro detrimento de la persona consumidora y usuaria.

Este análisis me lleva a cuestionarme principalmente, si estamos ante un choque con el derecho de la Unión Europea y la protección a las personas consumidoras y usuarias, invitando así a los Tribunales españoles que planteen ante el máximo interprete del derecho de la Unión, el TJUE, dichas dudas.

Efectivamente, si acaso ¿tiene la consideración de cláusula no negociada individualmente en el sentido del artículo 3, apartados primero y segundo, y Anexo i) de la Directiva 93/13/CEE, la imposición, por parte de la entidad bancaria, de una cláusula (sistema de amortización francés) sin haber puesto en conocimiento a las personas consumidoras y usuarias otros sistemas de amortización de préstamo o crédito hipotecario como el sistema alemán o italiano antes de la celebración del contrato, en detrimento de sus derechos?

Y si ¿es contrario a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE y al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la imposibilidad de oponer la parte ejecutada, en un procedimiento de ejecución hipotecaria, la falta de transparencia de la imposición unilateral por la entidad acreedora de sistema de amortización del préstamo o crédito hipotecario remitiéndole a un procedimiento declarativo ordinario en el que si se anulase el sistema de amortización impuesto existiría la posibilidad de no estar en situación de mora y de no perder su vivienda familiar?

Bibliografía

1. Ricardo Enríquez Sancho: Oposición a la ejecución por motivos procesales. TC, Sala 2ª, Sentencia 39/2015, [de 2 de marzo](#). Recurso de amparo N° 4219/2012

2. María José Achón Bruñén: *Causas que pueden ocasionar la nulidad del procedimiento hipotecario: defectos en los actos de comunicación y en la publicación de la subasta*. Ed. El Derecho

<https://elderecho.com/causas-pueden-ocasionar-la-nulidad-del-procedimiento-hipotecario-defectos-los-actos-comunicacion-la-publicacion-la-subasta>

4. Pablo Izquierdo Blanco y Federico Adán Domènech " *Todo ejecución hipotecaria*" Ed. Bosch Wolter Kluwer

5. Guillem Bou Bauzà y otros " *Informe financiero sobre el sistema de redito ad libitum en los contratos hipotecarios*" Direcció General de Consum Illes Balears.

https://www.caib.es/sites/consumidor/ca/informe_financer_sobre_el_sistema_reddit_ad_libitum_en_els_contractes_hipotecaris

6. Francisco Javier Orduña Moreno y otros " *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*"

7. Eugenio Ribón Seisdedos: " *Todo lo que aún queda por reclamar en préstamos hipotecarios: 30 cláusulas abusivas*".

8. Jesús Sánchez García " *Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13*" Ed. Vlex

9. Vicente Pérez Daudí " *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*" Ed. Atelier

10. Inmaculada Barral Viñals " *Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios: ¿Qué nos aporta Europa?*" Ed. Bosch Wolters Kluwer