



NOVACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Necesito poco y lo poco que necesito lo necesito poco

Francisco de Asís

Julio 2016



I.- A QUE NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE NOVACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO

El artículo 1.156 del Código Civil -CC, en adelante-, prevé la novación como una de las causas de extinción de las obligaciones.

Por lo que se refiere a la fianza, el artículo 1851 del Código Civil, establece que la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Por lo anterior, parecería que la novación es un modo de extinción de obligación que se realiza mediante la creación de una nueva obligación sustitutiva.

Sin embargo, **hay que distinguir dos clases de novación: la modificativa y la extintiva.**

La novación modificativa afecta únicamente a los elementos de la obligación que hayan quedado alterados, pero la obligación sigue siendo la misma.

La novación extintiva determina una nueva obligación, quedando extinguida la primitiva a la que sustituye.

La novación de los contratos se presume que es modificativa, pues éstos nacen para ser cumplidos (artículo 1256 del Código Civil).

Para que la novación tenga carácter extintivo es preciso que así se declare terminantemente, o que la

antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles (artículo 1204 del Código Civil).

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en su artículo 4, apartados 2 y 3, especifica cuáles son los supuestos y requisito de la novación modificativa del préstamo hipotecario concedido por un banco, caja de ahorro, cooperativa de crédito o establecimientos financieros de crédito.

Establece que la novación del préstamo hipotecario será modificativa cuando se refiera a ampliación o reducción del capital, a la alteración del plazo, a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la modificación del método o sistema de amortización, y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo (por ejemplo, la cláusula de intereses moratorios, la de vencimiento anticipado, o cantidad a abonar por reembolso anticipado), y por lo tanto, no supondrá una alteración o pérdida de rango de la hipoteca en estos casos, **excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación.**

Es decir, cuando no hay aumento de la responsabilidad, y cuando el plazo no se amplía al ser mayor el capital prestado, o por un aumento de

responsabilidad de la hipoteca, la primera hipoteca mantiene su rango en tales casos.

Dicho de otra forma, la primera hipoteca mantiene su privilegio en la ejecución, sobre cualquier carga posterior inscrita.

En todos los supuestos, se hará constar en el Registro de la Propiedad, mediante **nota al margen de la hipoteca** objeto de novación modificativa.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la Dirección General del Registro y del Notariado, recogen en sus resoluciones, como novación modificativa, sin pérdida de rango del préstamo hipotecario, los casos de la **ampliación del plazo, la rebaja en los tipos de interés o la reforma de las formas de pago** (SSTS 29 de abril de 1947, 26 de enero de 1961, 5 de marzo de 1978, 29 de enero de 1982, 23 de julio de 1991 y 10 de junio de 2003, entre otras, y Resolución de 14 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

La novación modificativa **puede ser tanto de las condiciones del contrato u objetiva, como subjetiva**, por cambio del acreedor, y pacto entre el prestamista y otra entidad de crédito, que se hace cargo de pagar a la entidad primitiva el importe pendiente del préstamo, los intereses devengados y las comisiones exigibles. Es lo que se

denomina **subrogación activa de la novación**, aunque realmente es una transmisión activa de la obligación¹.

En ocasiones también se denomina subrogación al pacto entre los prestatarios para hacerse cargo de la parte pendiente de amortización que le correspondería pagar al otro. Esta modalidad de delegación en el pago no afecta al prestamista si no da su consentimiento, ni a la garantía hipotecaria, y la homologación de acuerdo en un Convenio Regulador o pacto liquidatorio, queda sometido al control judicial².

¹ En cuanto a la transmisión de la deuda, la doctrina distingue entre :

Expromisión: Consiste en un pacto o acuerdo entre acreedor y un tercero, nuevo deudor, que se sitúa como sujeto pasivo de la relación obligatoria liberando de la obligación correspondiente al deudor primitivo. Presupone por principio el consentimiento del acreedor, siendo intrascendente el conocimiento del deudor primitivo. (art. 1205 CC)

Delegación: El cambio del deudor tiene lugar a consecuencia de un acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo deudor, que se coloca en la posición de sujeto pasivo de la relación obligatoria, liberando de la misma al deudor originario. Requiere de forma inexcusable, el consentimiento del acreedor, si bien éste no puede prestarse de forma expresa o tácita, etc.

² La Audiencia Provincial de Barcelona, en su **Sentencia 317/2016, de 5 de mayo**, dictada en recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que aprobó la propuesta de convenio regulador en un divorcio de mutuo acuerdo, el control judicial de los acuerdos debe llevarse a cabo, aunque se hubieren conseguido a través de una mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y pese a que la misma establece en su artículo 23, que dichos pactos son vinculantes, y que contra los acuerdos sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona desestima la apelación frente a la no homologación judicial del acuerdo en Convenio Regulador relativo a que uno de los cónyuges, al que se le atribuyó el pleno dominio de la vivienda, asumía pagar íntegramente las cuotas del préstamo hipotecario que se devengarán a partir de dicha fecha, quedando el otro prestatario liberado de la obligación de pago de dicho préstamo.

No se homologó porque alentaba la falsa creencia de que el esposo quedaba liberado de la obligación de pago del préstamo hipotecario, cuando era evidente que el pacto no producía dicho efecto, pues que para que el citado negocio jurídico lo produjera necesitaba de la aceptación del prestamista, según establece el artículo

Este acuerdo de que un miembro de la pareja se hace cargo del pago de la hipoteca **sería inejecutable judicialmente**³, pues tratándose de novación subjetiva por cambio de la persona del deudor hipotecario, necesita del consentimiento de la entidad crediticia, a tenor del artículo 1205 del Código Civil.

La obligación que nace del acuerdo de asumir el pago del préstamo por un miembro de la pareja, no se trataría de un hacer personalísimo del ejecutado, como obligación contenida en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que depende de la anuencia de la entidad crediticia, por lo que habría de estarse, a tenor del apartado 1, "in fine" del artículo citado, al contenido del artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la ejecución de obligaciones de hacer no personalísimas, y en concreto a la solicitud del pertinente resarcimiento de daños y perjuicio conforme a lo previsto en el artículo 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, caso de que se hubiere homologado dicho acuerdo.

En cuanto a la suerte de la fianza tras la novación del préstamo, el Tribunal Supremo en su sentencia 77/2014, de 3 de marzo, señaló que la novación en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador

118 de la Ley Hipotecaria, debiendo además realizarse en escritura pública con consentimiento de dicho tercero.

³ Así lo señala el Auto 59/2014, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Roj: AAP B 241/2014).

sólo le sea exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos.

Y el mismo Alto Tribunal, en su sentencia de 17 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1096/2015), establece que sería de aplicación el art. 1851 CC, cuando la prórroga puede empeorar la posición del fiador en el ejercicio de su derecho a regresar contra el deudor si paga al acreedor en virtud de la fianza.

De este modo, el artículo 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la acción subrogatoria del fiador.

Para que no fuera oponible la causa prevista en el art. 1851 CC en casos en que se perjudicara por la novación modificativa el fiador, como sería la prórroga, sería necesario una renuncia expresa a ella.

Por ello, aunque en todos los contratos bancarios se suele incorporar una cláusula como la que sigue : "*La fianza se hará extensiva a cualesquiera prórrogas, renovaciones, novaciones o modificaciones que pudieran producirse respecto a las obligaciones contenidas en el presente contrato*", para la novación modificativa, la entidad crediticia siempre exige la ratificación expresa de la fianza por si acaso.



II.- SUBROGACIÓN ACTIVA EN LA OBLIGACIÓN

En el ámbito bancario, **se utiliza el término novación para hacer referencia a las modificaciones en el contrato de préstamo hipotecario, sin cambio de prestamista**, es decir, sin que se produzca una transmisión activa de la obligación. Esta novación se consigue negociando unas mejores condiciones en la misma entidad donde se tiene la hipoteca. Se denomina subrogación cuando otra entidad que se pone en el lugar de la que concedió el préstamo.

En cuanto al cambio de acreedor, prescindiendo del supuesto excepcional contemplado en el artículo 1211 Código Civil⁴, el artículo 1210 CC contempla tres supuestos de **subrogación legal activa**: 1. El pago de un acreedor a otro acreedor preferente; 2. El pago efectuado por un tercero con aprobación del deudor; y 3. El pago efectuado por tercero interesado en el cumplimiento.

Con la subrogación legal activa, conforme al artículo 1212 CC se transfiere el crédito y los derechos a él anexos, ya sea contra el deudor, contra los terceros fiadores o titulares poseedores de las hipotecas.

El procedimiento para que se produzca la subrogación legal por cambio de entidad de crédito

⁴ Artículo 1211 CC: *“El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”.*

prestamista, también se regula en la Ley 2/1994, con las siguientes fases:

1º: El prestatario solicita una oferta vinculante a otra entidad crediticia en la que le oferta como serían las nuevas condiciones del nuevo préstamo hipotecario.

2º: La nueva entidad que pretende la subrogación en el préstamo, notificará por vía notarial a la prestamista su disposición a subrogarse en el préstamo antiguo, y la requiere para que, en el plazo de siete días, expida una certificación del importe de la deuda que tiene el interesado el prestatario.

3º: Después de entregar la certificación, la entidad prestamista puede evitar la subrogación (enervarla) si, en el plazo de quince días naturales, a contar desde la notificación, comparece ante el mismo Notario y manifiesta, con carácter vinculante, su disposición a igualar o mejorar las condiciones de la oferta vinculante. Esta oferta deberá materializarse en el plazo de diez días hábiles.

4º: Si la entidad prestamista no iguala o mejora las condiciones, bastará que la que pretende subrogarse efectúe el pago al anterior de las cantidades pendientes por capital, intereses y comisiones, e incorpore a la escritura un resguardo del pago.

5º: Si la entidad prestamista no ha querido certificar el importe de la deuda, será suficiente con que la nueva entidad que pretende subrogarse la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias del error, deposite dicha suma en poder del Notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad

acreedora. El Notario lo notificará de oficio a la entidad prestamista primera, y con ello se consuma la subrogación.



III.- CONTROL JUDICIAL DE LA NOVACIÓN DEL PRESTAMO HIPOTECARIO

A efectos de negociar una novación del préstamo hipotecario, debería tenerse en cuenta el control de abusividad que se efectuaría de oficio por el Juez, o por la oposición formulada por el ejecutado, en caso de judicializar el cumplimiento de lo pactado inicialmente.

El vigente artículo 552.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-, señala que: El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a de la LEC.

Y el artículo 563.3.^a de la LEC, señala que: Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución,

bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

Y en el procedimiento hipotecario, el artículo 695.4ª de la LEC permite la oposición por el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Tal posibilidad deriva de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y de los principios constitucionales de protección efectiva de los intereses económicos de los consumidores que proclama el Art. 51.1 de la Constitución Española, mandato que debe informar, según el artículo 53.3 de la propia CE la practica judicial.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE señala que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas,

El artículo 3 del vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre -Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, TR-LGDCU en adelante, establece el concepto general de

consumidor y de usuario en los términos siguientes: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

La Ley General de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, de 13 de abril, -LCGC-, aplicable a los contratos de préstamo hipotecario entre consumidores y entidades crediticias, distingue entre condiciones generales y cláusulas abusivas.

En su Exposición de Motivos de LCGC señala que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Los contratos celebrados con condiciones generales y distinguir entre un **control de inclusión** y un **control de contenido**, exigidos con carácter general por los artículos 5 y 7 LCGC y 80, 82 y ss. TR-LGDCU.

De forma tal que para que se pueda hablar de cláusula abusiva debe tratarse, en primer lugar de una

condición general, esto es, de una cláusula predispuesta no consentida expresamente; de una condición general inserta en un contrato celebrado entre consumidor y empresario; y de una condición general que no traspase el especial control de contenido establecido por el artículo 82.1 TR-LGDCU, que dice: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

Además control de inclusión y de contenido, en contratos celebrados con consumidores un control de transparencia, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, resaltando varias sentencias del Tribunal Supremo que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁵ conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según

⁵ Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, señala que: La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Como señaló la STS, a 24 de marzo de 2015 (ROJ: STS 1279/2015), que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio... la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas

abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Por todo lo anterior, en la negociación sobre la novación, también debería tenerse en cuenta los siguientes criterios jurisprudenciales:

1.- LA NEGOCIACION INDIVIDUAL DEBE PROBARLA LA ENTIDAD:

La existencia de negociación individual debe probarse por el profesional o empresario (STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12), no deduciéndose del mero hecho de que intervenga un Notario, ni de que se usen formulismos negando que se trate de condiciones generales y afirmando su carácter negociado (SSTS núm. 244/2013, de 18 abril; 769/2014, de 12 de enero de 2015; 265/2015, de 22 de abril, y 364/2016, de 3 de junio).

Tampoco que el consumidor tenga una mayor o menor formación excluye el carácter impuesto de una condición general (STS núm. 222/2015, de 29 de abril y STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14).

2.- CONTROL DE OFICIO DE LOS TRIBUNALES:

El control de abusividad corresponde de oficio a los tribunales tan pronto el juez nacional tenga conocimiento de los aspectos de hecho y de derecho (incluso en apelación, aunque no se haya suscitado debate al respecto en la instancia, según SSTS núm. 920/1999, de 9 de noviembre; 81/2003, de 11 de febrero; 1189/2008, de 4 de diciembre; 557/2012, de 1 de octubre, y 102/2015, de 10 de marzo, entre otras).

3.- CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES PRINCIPALES DEL CONTRATO, Y DE ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES FINANCIERAS:

Aunque el artículo 4.2 de la Directiva 63/13/CEE señala que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, cuando éste se efectúa con un consumidor, la condición general para ser válida debe superar un doble control: el de inclusión (cómo se incorpora la condición al contrato y si es clara), y el control de transparencia (qué información se le facilitó al cliente, tanto previamente, como en el momento de la contratación, para determinar si era o no consciente de las consecuencias económicas y jurídicas de la inclusión de la cláusula en el contrato).

Por lo tanto, cabe efectuar judicialmente este doble control previo al control de abusividad, de las cláusulas.

Conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en el contrato de hipoteca, cabría este control sobre los elementos de naturaleza real, es decir, el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria.

Respecto de las cláusulas referidas a elementos accesorios del contrato, es decir, condiciones que su inexistencia no lo hacen ineficaz en su totalidad (por ejemplo, la cláusula de intereses de demora), si cabe un control judicial de abusividad en préstamos hipotecarios para la compra de la vivienda familiar, puesto que son contratos celebrados con consumidores, y con cláusulas predispuestas normalmente.

Así en la cláusula de intereses moratorios, aunque regulan un elemento accesorio del contrato de préstamo, por ser su finalidad indemnizatoria y disuasoria, cabe un control sobre si es o no desproporcionadamente alta, o no está asociada al incumplimiento del prestatario (SSTS 265/2015, de 22 de abril, y 364/20016, de 3 de junio).

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en el FJ 7 de la sentencia 364/2016, en la Sentencia del 265/2015, de 22 de abril, recogiendo la doctrina para los préstamos personales de la STS 265/2015, ha señalado que también para los préstamos hipotecarios debe considerarse abusivo el interés moratorio no negociado individualmente, superior

al fijado por el art. 576 LEC (esto es, dos puntos por encima del remuneratorio).

4.- EFECTOS DE LA DECLARACION DE ABUSIVIDAD:

El TJUE en Auto de fecha 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13)⁶, establece que **los jueces no deben recalcul** el interés de demora de un préstamo hipotecario cuando ese interés se considera abusivo.

Esta doctrina se reitera en el **Auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja)**, no dando lugar a una reducción conservadora del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total:

“Los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank,

⁶ Resuelve el citado Auto del TJUE de 2015 la cuestión prejudicial de interpretación planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, acerca de las consecuencias que tiene la consideración como abusivas de una cláusula de interés de demora y otra de vencimiento anticipado, en relación con la compatibilidad entre los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los artículos 7, apartado 3, y 552, apartado 1 de la LEC (en su versión dada por la Ley 1/2013), en relación con el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDLeg. 1/2007).

C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41).

*Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, **esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 33)**”.*

Es decir, solo cabe la integración cuando sea necesario para que el contrato subsista.

Así lo ha indicado el Tribunal Supremo respecto de los intereses de demora en préstamos personales: SSTS núm. 265/2015, de 22 de abril; 470/2015, de 7 de septiembre; y 469/2015, de 8 de septiembre.

Sin embargo, hay que señalar que la doctrina del Tribunal Supremo sobre los efectos de la falta de transparencia y abusividad no parece consolidada, y está

siendo incluso cuestionada por algunas Audiencias Provinciales.

Por ejemplo, la STS 364/2016, de 3 de junio (Roj: STS 2401/2016), para el préstamo hipotecario, señala que la eliminación de la cláusula abusiva de interés de demora, no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero.

Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio.

También la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo español considera nulas las cláusulas suelo, pero no permite la retroactividad, es decir, la obligación de que los bancos devuelvan a los usuarios todas las cantidades cobradas de más por esta cláusula abusiva.

La mayoría de las Audiencias Provinciales siguen este criterio, pese a que la Comisión Europea, en un informe de 13 de julio de 2015 se muestra favorable a la retroactividad total.

El sector de Audiencias Provinciales, como la Audiencia Provincial de Jaén, declaran la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, lo hacen en aplicación de

los artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril), y del artículo 1303 del Código Civil, considerando en general que no se dan las razones de afectación de la economía nacional que contempló el TS para excluirla, y para evitar el enriquecimiento injusto del banco.

De hecho, el Tribunal Supremo, suspendió en Auto 2927/2016, de 12 de abril, la resolución del recurso de casación 2367/2014, interpuesto por Unicaja frente a una nulidad de cláusula suelo con retroactividad total, confirmada por la sentencia dictada, el día 10 de julio de 2014 de la misma Audiencia Provincial de Jaén, en el rollo de apelación n.º 507/2014, hasta que se pronuncie el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las cuestiones prejudiciales formuladas sobre la compatibilidad de la irretroactividad de esta nulidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que recoge los efectos de una cláusula abusiva, al disponer que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Finalizo este trabajo amigo lector esperando le haya resultado interesante y útil. Si desea remitir cualquier

sugerencia o aportación puede remitirla a justiciahispana@gmail.com

