



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y
CLÁUSULAS ABUSIVAS A LA LUZ DE LA
RECIENTE JURISPRUDENCIA EUROPEA
Y ESPAÑOLA**

Presentado por: Gonzalo Tamayo Gil

Tutelado por: Germán de Castro Vítóres

Presentado el 4 de Junio de 2018

ABSTRACT

Este trabajo está basado en las cláusulas abusivas a la luz de las diferentes sentencias que se han ido generando en los últimos años. Estas cláusulas abusivas originan un desequilibrio contractual en la contratación de consumidores. El mismo desequilibrio contractual hace necesario que se controle el contenido de las condiciones generales de contratación. Las cláusulas si se consideran abusivas tendrán como consecuencia una nulidad parcial del contrato. Si estas afectasen a elementos esenciales del contrato se producirá una nulidad total del mismo.

This work is based on abusive clauses in light of the different sentences that they have generated. These abusive clauses cause contractual imbalance in the contracting of consumers. The same contractual imbalance makes it necessary to control the content of the general contracting conditions. The clauses if they are considered abusive will result in a partial nullity of the contract. If these affect essential elements of the contract, the contract will be annulled in its entirety.

Keywords: Contract, sentences, contracting of consumers, content control, abusive clause

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
PRIMERA PARTE	7
1-CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	7
1.1-Desarrollo y conceptos.....	7
1.2-Elementos de la definición de cláusula abusiva	10
1.2.1-Cláusulas no negociadas individualmente	11
1.2.2-Prácticas no consentidas expresamente	11
1.2.3-Buena fe	11
1.2.4-Principio justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes	12
2-CONTROL DE CONTENIDO	13
2.1- Breve explicación del control de incorporación y desarrollo del control de contenido.	13
2.2-Niveles del control de contenido.....	15
2.3-¿Qué contenidos se controlan? ¿Se controla el precio?	17
2.3-Transparencia, incorporación y contenido	19
3-LA NULIDAD	20
3.1-La nulidad parcial.	21
3.2-La nulidad total.....	23
SEGUNDA PARTE:	24
1-CASO AZIZ (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11).....	24
1.1-Desarrollo.....	24
1.2-El procedimiento de ejecución hipotecaria y el derecho comunitario	25
1.3-La interpretación de las expresiones “desequilibrio importante” y “en contra de las exigencias de la buena fe”	26
1.4-Valoraciones de la Sentencia	27
TERCERA PARTE	30
1-VENCIMIENTO ANTICIPADO	30
1.1-Concepto y planteamiento	30
1.2-Desarrollo.....	31
1.2-Problemas.....	34
1.3-Sentencias sobre cláusulas de vencimiento anticipado	36

1.4-Tipos cláusulas de vencimiento anticipado	39
1.4.1-Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones del deudor.....	39
1.4.2-Cláusula de vencimiento anticipado a voluntad del deudor (amortización anticipada).....	42
2-INTERESES MORATORIOS.....	43
2.1- Desarrollo y diversas opiniones	43
2.2-Conclusiones sobre estos intereses.....	48
2.3-Sentencia del Tribunal Supremo (STS 265/2015, de 22 de abril).....	50
3-CLÁUSULAS SUELO	53
3.1-Concepto	53
3.2-Desarrollo y evolución jurisprudencial	54
3.3-Sentencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2013).....	56
 CUARTA PARTE	 62
1-HIPOTECAS MULTIDIVISA	62
1.1-Concepto y desarrollo.....	62
1.2-Sentencia del Tribunal Supremo (STS del 15 de noviembre de 2017)	64
2- CLÁUSULA DE GASTOS.....	65
 CONCLUSIONES.....	 70
 BIBLIOGRAFÍA.....	 71

INTRODUCCIÓN

En este trabajo voy a hablar sobre un tema muy candente en nuestra sociedad como son las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo. Este hecho ha ocurrido muy frecuentemente en los últimos años cuando por ejemplo un consumidor firmaba un préstamo cuyo contrato contenía cláusulas que desvirtuaban la igualdad entre las partes generando un desequilibrio contractual. Añadido a esto hablaré de las causas y hechos de este tema acompañado de las sentencias más importantes que han marcado “un antes y un después”.

La primera parte consta del concepto de *cláusulas abusivas* añadiendo diferentes definiciones de varias fuentes y destacando a su vez los elementos más importantes de estas. A continuación hablamos sobre el *control de contenido* como control de legalidad de las cláusulas. Y por último tratamos sobre las consecuencias de que una cláusula sea considerada abusiva, la cual sería *nula* parcial o totalmente (concepto de nulidad parcial).

En la segunda parte nos centramos en el caso *Aziz*, explicando los hechos así como todo el desarrollo de la consiguiente sentencia, que es fundamental en esta temática jurisprudencial europea y española de cláusulas abusivas

En lo que concierne a la tercera parte, relatamos lo concerniente al tratamiento doctrinal y jurisprudencial de diferentes cláusulas. Comenzamos por las cláusulas de vencimiento anticipado haciendo un desarrollo de su contenido, así como de sus tipos y examinamos jurisprudencia al respecto. A continuación es el turno de los intereses moratorios predispuestos, explicando su concepto y contexto y además aportando comentarios sobre la jurisprudencia relacionada. Después nos centramos en el contenido de las cláusulas suelo explicando el concepto y explicando el contexto así como alguna sentencia de gran relevancia en el tema. Por último haremos una aproximación breve sobre lo que son las hipotecas multidivisa y su relevancia en la actualidad, así como respecto a las cláusulas de gastos a partir de la STS del 23 de diciembre de 2015.

Trataremos de mostrar la desigualdad contractual que han supuesto en los últimos tiempos diferentes cláusulas en contratos, y la preocupación y el papel fundamental de la diferente jurisprudencia surgida en estos años, con vistas a reducir los excesos y abusos contractuales.

Por último mencionar que nos estamos moviendo en el ámbito de la asimetría contractual, la protección del contratante débil, y en concreto, del consumidor. Que, aun dentro de la temática de préstamos y créditos, sólo podemos analizar una mínima parte de las cuestiones, ciñéndonos a algunas cláusulas controvertidas, y a alguna reciente jurisprudencia. Es importante aclarar esto para justificar el contenido del TFG.

PRIMERA PARTE

CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONTROL DE CONTENIDO Y NULIDAD

En esta primera parte del trabajo haré referencia a las condiciones generales de la contratación junto con las cláusulas no negociadas, para llegar hasta las cláusulas abusivas tratando el control de contenido de las mismas, y mencionando a su vez el control de incorporación. Por último trataré la nulidad parcial y total de las cláusulas abusivas.

1-CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

1.1-Desarrollo y conceptos

Para empezar conviene distinguir las Condiciones Generales de la Contratación de las Cláusulas abusivas, para lo cual acudimos a la *Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación (LCGC)*¹.

Hablando sobre condiciones generales de la contratación cabe decir que cada vez es más habitual que el contenido del contrato haya sido redactado previamente por uno de los contratantes, en una pluralidad de contratos del mismo tipo, y que ese contratante lo celebre con consumidores o con otros profesionales.

Las Condiciones Generales de Contratación, en el artículo 1.1 de la LCGC se definen como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. La finalidad de esta definición es delimitar su ámbito de aplicación objetivo, establecer a qué cláusulas contractuales se les aplicará el régimen jurídico especial contenido en la LCGC.

DE CASTRO las definió como un “conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y

¹ (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC).

obligaciones) de los contratos sobre un determinado tipo de prestaciones que se propone celebrar².

ALFARO distingue y explica las tres notas del concepto: cláusulas contractuales, predisuestas e impuestas. Conviene hacer un breve análisis de las notas de predisposición e imposición de las Condiciones Generales de Contratación:

- Por predisposición debe entenderse la redacción previa a la fase de negociación y celebración del contrato al que van a quedar incorporadas. Las cláusulas contractuales recogidas en las Condiciones Generales estarán ya preparadas cuando las partes hablan de celebrar el contrato y negocian los elementos esenciales. El predisponente las ha preparado con el fin de ser utilizadas en varios contratos futuros. No importa la forma en la que se utilicen las condiciones generales y lo extensas que sean.³
- La imposición: Las condiciones generales se incorporan al contrato por imposición de una de las partes sobre la otra. La incorporación se produce por iniciativa exclusiva del predisponente y ante estas cláusulas el adherente sólo puede aceptarlas o rechazarlas sin negociar ni debatir nada. Se ha dicho que esto rompe la igualdad entre ambas partes, que impide la máxima expresión del principio de autonomía de voluntad⁴.
- La generalidad: Las condiciones generales son creadas para estar en una pluralidad de contratos.

Por otra parte MARTÍNEZ DE AGUIRRE diferencia las condiciones generales de contratación de las cláusulas no negociadas individualmente. La diferencia consiste en que las condiciones generales de contratación son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Es decir, estas últimas supondrían un concepto más genérico mientras que las condiciones generales de contratación algo más específico⁵.

Serían requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la predisposición y la imposición; a estos se añade otro

² Cita tomada de O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 219

³ ALFARO ÁGUILA-REAL, en "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en CÁMARA LAPUENTE (Dir), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, pp. 111- 116

⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento", en ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 116-128.

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, 2014, 4ªed., p. 432

requisito para caracterizar las condiciones generales: que las cláusulas predisuestas estén destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La LCGC en la Exposición de Motivos, párrafo 5 expone que *“Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”*.

Por otra parte, respecto a las cláusulas abusivas cabe decir pueden provocar un desequilibrio entre las partes contratantes contrario a la buena fe, debido a que precisamente estas han sido pensadas y formuladas por una de las partes, no han sido negociadas individualmente entre ambas partes ni han sido consentidas expresamente, provocando de esta forma un desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre el consumidor y usuario.

Una de las definiciones la encontramos también en la Directiva 93/13/CEE⁶, prevista para contratos entre profesionales y consumidores.

Esta directiva dispone que *“si las cláusulas no negociadas son contrarias a la buena fe y generan un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores serán consideradas abusivas”*.

Además en su artículo 3.2 considera que *“una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido, en particular en los contratos de adhesión”*.

Por otra parte, en su artículo 4.2 establece que *“la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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 parte, siempre que dicha cláusula se redacte de forma clara y comprensible”*.

Estas definiciones de la Directiva se traducen o trasladan, hoy, al artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDU)⁷: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del*

⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Artículos 80 y ss (en adelante, TRLGDCU).

consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

El TRLGDCU, explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, establece un régimen específico regulador de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, que se caracteriza por añadir a las reglas sobre control de inclusión y las relativas a la interpretación, un conjunto relativamente amplio de reglas relativas al control de contenido, que giran en torno al concepto de cláusulas abusivas.

Por su parte LASARTE⁸, aparte del hecho de que la cláusula abusiva requiera la predisposición y la falta de negociación individual, se pregunta si puede seguirse afirmando que el carácter abusivo de una determinada cláusula nace de la falta de equidad contractual, como ocurría en el texto originario de la LCU, ante lo cual dice que la respuesta más segura, a su entender es afirmativa.

Afirma que el “desequilibrio” en el contenido contractual al que alude el precepto, simboliza que el hecho de predisponer unilateralmente el profesional el contenido del contrato, tiene por objeto ahorrarse costes, pudiendo permitirle “abusar” de su posición de supremacía económica y de su capacidad de iniciativa contractual, por lo que sus obligaciones son disminuidas frente al incremento de sus facultades, mientras que el consumidor se encontraría en la posición contraria. Por eso el ordenamiento jurídico tiene que tomar medidas para equilibrar la situación.

Por otra parte el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que *“el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional. Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato”*⁹. Se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

1.2-Elementos de la definición de cláusula abusiva

Estas definiciones nos permiten tener una idea del concepto de cláusulas abusivas, a continuación vamos a analizar un poco los elementos que conforman el concepto.

⁸ LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Dykinson, S.L. 8ª ed, pp. 80-81

⁹ STJUE 26 de octubre de 2006, asunto nº 168/05, caso *Mostaza Claro*.

1.2.1-Cláusulas no negociadas individualmente

Como ya hemos afirmado anteriormente, las condiciones generales de la contratación, son un tipo concreto, de cláusulas no negociadas individualmente.

1.2.2-Prácticas no consentidas expresamente

Esta parte de la definición es un concepto que introduce la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Dice que el consumidor no puede quedar vinculado por el mero hecho de conocer dichas prácticas o consentirlas tácitamente.

1.2.3-Buena fe

En esta parte, utilizamos el punto de vista de AVILÉS GARCIA quien establece una clasificación en tres grupos distintos de los sentidos que de la buena fe pueden extraerse de los textos legales positivos:

- el primero, como la ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho
- el segundo, como la confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente (apariencia jurídica).
- en último lugar como la honradez en el trato a la que deben atenerse las partes en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos.

AVILÉS GARCÍA concluye que “la buena fe (objetivamente considerada), es una conducta, la actitud adoptada por la persona dentro de la relación jurídica o dentro del tráfico jurídico; una conducta que revela la posición moral de la persona respecto a una situación”¹⁰.

Este autor insiste en la necesidad de alejarse de la definición dogmática y general para hacerla aplicable al caso concreto.

Por fortuna cabe decir que nuestro sistema comunitario cuenta con un Tribunal superior que garantiza la correcta interpretación de dichas nociones jurídicas, y la ha entendido como la razonabilidad de la cláusula en una negociación individual.

¹⁰ AVILÉS GARCÍA, J; “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; núm. 648, Septiembre - Octubre 1998, p. 1553

Es decir, tal como lo interpretamos nosotros, no cabría por abusiva aquella cláusula que, atendidas las circunstancias, quepa pensar que ningún cliente razonable aceptaría en una negociación individual.

1.2.4-Principio *justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes*

Por último analizamos este último elemento.

Cabe decir que parte de la doctrina considera que la previsión legal de la LGDCU según la cual se entendía por cláusulas abusivas “*las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios*”¹¹ implicaba la necesidad de concurrencia de ambas circunstancias individualizadas y claramente diferenciadas. Otra parte de la doctrina entendía lo contrario.

QUIÑONERO CERVANTES afirmó que de la definición del Legislador surgía un elemento esencial, “*basta con que el perjuicio se pueda apreciar aunque sea mínimo para que el juez tenga facultad moderadora*”¹².

Esta afirmación hoy no valdría, supondría grandes problemas tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE¹³ en el caso *Calderón*¹⁴ que establece la no integración del contrato debiendo restar este incompleto.

En nuestra opinión, para resolver dicha discusión es donde entraría en juego la nueva definición de cláusulas abusivas y la expresión de nuestro Legislador “*causen un desequilibrio importante*” que deberá ser interpretado conforme a lo establecido por el Legislador y el Alto Tribunal Comunitario, que es la misma que la contenida en la Directiva 93/13/CEE.

Podemos observar como El Tribunal Comunitario tras observar que se produce un desequilibrio importante de las contraprestaciones examina el principio de la buena fe, quedando subordinado al desequilibrio importante¹⁵.

¹¹ Artículo 10.3 de la LGDCU

¹² QUIÑONERO CERVANTES, Enrique; “Las cláusulas abusivas”; En HERRERA CAMPOS, Ramón (editor), *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*; Granada, 2000, p.1490

¹³ Consideramos importante recordar que nuestro Tribunal comunitario, conforme a las vicisitudes de la Unión y la sucesión de tratados ha visto su nombre modificado. En este trabajo mencionaremos sentencias de este tribunal y serán citadas en adelante como STJUE, STJCEE y STJCE.

¹⁴ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto n° 618/10, caso *Calderón* (también conocido por caso *Banco Español de Crédito*).

¹⁵ Siendo un ejemplo de ello la STJUE 14 de marzo de 2013, asunto n° 415/11, caso *Aziž*

Hay desequilibrio, no cuando los derechos y obligaciones de las partes son distintos, sino cuando se separan de manera importante del derecho dispositivo (reglas jurídicas que se aplicarían si no existieran cláusulas predispuestas, lo que remite a la ley), y en perjuicio del consumidor.

Ese equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio.

Una parte de la doctrina entiende que el equilibrio jurídico es también económico, por tanto podemos poner de manifiesto la sutileza de los límites del control de contenido y la necesidad de afinar los criterios para distinguir en las condiciones generales o cláusulas predispuestas, lo controlable de lo exento de control.

En definitiva para determinar ese desequilibrio importante deben tenerse en cuenta las normas aplicables en derecho nacional dispositivo, cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Así el juez nacional podrá valorar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional.

Por tanto podríamos concluir diciendo, que una cláusula es abusiva cuando establece un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los derechos y obligaciones de las partes, en comparación con el derecho dispositivo, separación del derecho dispositivo que ha de ser injustificada, es decir ha de obedecer a motivos distintos del exclusivo interés del profesional.

2-CONTROL DE CONTENIDO

2.1- Breve explicación del control de incorporación y desarrollo del control de contenido.

Partimos de la idea de condiciones generales y de cláusulas no negociadas.

Previamente vamos a tratar brevemente el control de incorporación de las condiciones generales del contrato.

O'CALLAGHAN lo define afirmando que son los requisitos mínimos que deben de cumplir la condición o condiciones generales de los contratos para su existencia. Estos requisitos se encuentran en el artículo 5 de la LCGC como artículo principal, aunque el artículo 7 hace referencia a condiciones generales que no quedarán incorporadas al contrato.

Para que la condición general de contratación pase este control de incorporación, MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala y distingue dos condiciones esenciales: la cognoscibilidad y la comprensibilidad. La primera exige que estas condiciones generales puedan ser conocidas y sopesadas por el adherente antes de contratar. Por su parte la condición de la comprensibilidad implica el ajuste de las condiciones generales a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, tal y como dice el artículo 5.5 LCGC: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. La transparencia es la comprensión que no da lugar a dudas. La claridad implica que la cláusula sea fácil de comprender por el adherente mediante un lenguaje asequible para una persona de normal entendimiento. La concreción exige hablar de una cosa concreta sin hacer mención a otros asuntos distintos. La sencillez implica no dar lugar a ambigüedad.

Por su parte la LCGC, establece como consecuencia para el caso de que las condiciones generales contravengan las reglas legales que les son aplicables: la no incorporación al contrato, cuando no se cumplen los requisitos de inclusión (art. 5 y 7 LCGC.). Conforme al art. 9.1 LCGC, *“la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”*.¹⁶

En definitiva lo que tiene de especial el control de inclusión son los requisitos, sin referencia alguna al contenido mismo de las cláusulas.

Es importante reseñar que nuestro Derecho establece normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores (arts.80 y 82 TRLGDCU), por lo que no existe un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos, sino sólo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor¹⁷.

Para definir el control de contenido hacemos referencia a MIQUEL, quien define el control de contenido de condiciones generales y cláusulas predisuestas como un control de legalidad de éstas en el cual se cerciora su validez en relación con unas normas específicas más exigentes a las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales¹⁸.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de...*, cit ,p. 427-430

¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de...*, cit p.427

¹⁸ MIQUEL dice que el resultado negativo de este control otorga a la cláusula no negociada la calificación de cláusula abusiva.

MIQUEL afirma que si a partir de este control se deduce que una condición general o una cláusula predispuesta son contrarias a estas normas específicas, dicha cláusula pasará a considerarse abusiva.

En definitiva la finalidad que ostenta el control de contenido es evitar un desequilibrio importante entre las partes y proteger a la parte débil^{19 20}

El motivo de que se controle el contenido es el riesgo de abuso de una parte más fuerte en el contrato (normalmente el empresario) hacia una parte más débil (consumidor).

De esta forma MIQUEL insiste en que las partes no se encuentran realmente en posición de igualdad, no ostentan libertad debido a que una parte con mayor poder puede redactar el contrato como quiera sin importar lo que diga la otra parte.

Este control de contenido en nuestro ordenamiento trata de proteger al consumidor en definitiva, considerado en una situación de “poder contractual” más débil que el empresario.

2.2-Niveles del control de contenido

Explica Martínez de Aguirre que se articula legalmente en tres niveles de mayor a menor abstracción:

- El primer nivel consiste en la formulación de los principios generales del artículo 80.1.c del TRLGDCU: *“los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas”*. Con respecto a la buena fe afirmamos que esta se trata de la predisposición de obrar de buena manera por parte de las personas como un tipo de conducta basado en reglas objetivas que tipifican el buen hacer en el comercio o en las relaciones de la sociedad. Y con el justo equilibrio de derechos y obligaciones entre ambas partes se pretende privar al empresario con el fin de que no ejerza una situación autoritaria con respecto al consumidor. De esta forma en este

¹⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M, “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, “Comentario Artículo 82, Concepto de cláusulas abusivas”, en CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios...*, cit., p.713.

²⁰ Lo que se trata es de proteger a un consumidor considerado en una situación de “poder contractual” más débil que el empresario. Es una nueva concepción que choca con la teoría clásica que decía que las partes eran libres y se encontraban en pie de igualdad, y que era impensable que el Estado interviniera en lo que se suponía que era un contrato entre dos partes sin intervenciones externas. Ya que no hay una igualdad entre ambas partes, mediante una intervención habrá que conseguirla.

nivel podemos decir que las cláusulas abusivas no son compatibles con la Buena Fe y el justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes.

- El segundo nivel es más concreto. Se basa en el artículo 82.1 del TRLGDCU sobre la definición de cláusulas abusivas ya mencionada anteriormente.
- Este último nivel consiste en una enumeración de qué cláusulas se consideran abusivas mediante una lista que aparece recogida en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. Se trata del nivel más concreto, ya que nos enumera una lista de cláusulas que en todo caso se considerarán abusivas.

Este control de contenido de las cláusulas no negociadas que aparece en el artículo 82 TRLGDCU es un control de validez general aplicable a todos los contratos entre empresarios y consumidores.

Se encuentran ordenadas en seis grandes campos:

1. Cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
2. Cláusulas que limiten los derechos del consumidor y usuario.
3. Cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
4. Cláusulas que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
5. Cláusulas que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.
6. Cláusulas que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Por su parte el mencionado artículo 82.3 TRLGDCU, dice: “El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

Cabe decir a su vez que para calificar una cláusula como abusiva habrá que fijarse en la expresión literal de la cláusula, así como en la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, a las demás cláusulas del contrato²¹.

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil II...*, cit p 434-435

Podemos decir por tanto, que las cláusulas abusivas se definen por los sujetos, por el procedimiento contractual (predisposición) y por el contraste de su contenido con los parámetros normativos contenidos en los art. 82 y 85 a 90 (TRLGDU).

El contenido medular del contrato no se puede confundir con el del control de las condiciones generales y cláusulas predispuestas. A ese contenido medular o elementos esenciales del contrato es hacia donde los consumidores deben dirigir su atención y elegir entre los competidores.

MIQUEL considera que es inviable encontrar en la ley un control de contenido referido a los elementos esenciales del contrato²². Veamos:

1.3. ¿Qué contenidos se controlan? ¿Se controla el precio?

Para empezar, cabe decir que antes de la aprobación de la Directiva europea 93/13/ CEE parecía claro que salvo casos muy especiales no se producía un control del precio ni había incertidumbre de si debía controlarse. Había alguna excepción, como la Ley de Usura de 23 de julio de 1908. La usura es el cobro excesivo de interés al conceder un préstamo.

El artículo 4.2 de la Directiva europea 93/13/CEE, ha generado algunas resoluciones judiciales contradictorias. Este artículo dice: “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”.

La doctrina europea entendía que la Directiva 13/93 dejaba margen a los Estados miembros para establecer un control más estricto, más favorable al consumidor y que incluyera el precio. La Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 dice: “en el ordenamiento jurídico español, como señala el TS, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.

²² MIQUEL GONZÁLEZ, J.M, “Función económica..”, “Comentario art 82”, en CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios...*, cit., p.722

El TJUE “interpretó” que eso es lo que había hecho el legislador español, pero sin tener por qué entrar a valorar el contenido del ordenamiento español.

La Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, parece que definitivamente aclaró que en el derecho español no cabe un control judicial respecto a las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, salvo las que no estén redactadas con transparencia. El TS concluye: “a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio”. Al objeto principal del contrato se refiere el artículo 1261 del Código Civil, que menciona elementos sin los cuales el contrato no puede existir: consentimiento, objeto y causa. Hay que entender que el precio y contraprestación son objeto principal del contrato.

Como hemos visto, existió durante un tiempo una contradicción entre la STS de 9 de mayo de 2013 y la anterior jurisprudencia del TJUE de 3 de junio de 2010. La STS de 9 de mayo de 2013 trata de dar solución definitiva a este problema.

La doctrina se planteó si el silencio del TRLCV supone una autorización para el control judicial de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y la relación precio/ bien o servicio. Teniendo en cuenta esto, habría que interpretar si este silencio es un error involuntario de transposición o una voluntad del legislador español de excluir el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE. La ya mencionada STS de 9 de mayo de 2013 dice que debe entenderse en España vigente el contenido del artículo 4.2 de la Directiva: la no inclusión expresa de la regla no significa que no se acoja.

Siempre que las cláusulas se redacten de forma clara y comprensible la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se podrá referir a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución. Según deja claro la STS de 9 de mayo de 2013 se debe de entender vigente en España el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/ CEE. Por otro lado no someter a control de contenido las cláusulas que regulan el precio del contrato es una interpretación de la ley acorde a la Constitución Española, como dice ALFARO²³. Lo contrario sería inconstitucional por dos razones: por atentar contra el artículo 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa y en el marco de la economía de mercado; y contra el artículo 117 de la Constitución que dispone que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la Ley, y un juez que controle los precios no es un

²³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “El proceso...”, en ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentarios...*, cit., p. 131.

juez sometido a la ley porque ésta no tiene ningún criterio predeterminado que nos permita calificar un precio como abusivo a diferencia de las cláusulas abusivas, donde la ley sí da criterios al juez. El mercado es en principio (salvo que la ley disponga claramente otra cosa) el único que puede decidir los precios y no el juez.

Por lo tanto, concluimos que en el derecho español en principio y con carácter general no se controla el precio.

2.3-Transparencia, incorporación y contenido

En este apartado relativo a la transparencia, afirmamos que su primer objetivo en el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores, sería que el consumidor conozca suficientemente el contenido del contrato.

La consigna sería que cualquier consumidor que firme un contrato, entienda la redacción del mismo, disponiendo del contenido exactamente en el mismo contrato. Que conozca todas las condiciones del contrato cuando lo firma, y cuando esté firmado no contenga cláusulas ocultas que previamente se hubieran debido conocer. Una vez cumplidas estas premisas el consumidor decidiría sobre la conveniencia o no contratar. De esta forma el empresario debe ser claro cuando celebra el contrato, mientras a su vez el consumidor tiene el derecho de poder comprender el contenido del mismo. A todo esto se refiere el artículo 80 TRLGDCU en su apartado 1 en las letras a y b, referidos a la transparencia:

1. En la letra a del mismo, exige en primer lugar concreción, claridad y sencillez de las cláusulas no negociadas individualmente en su redacción con posibilidad de comprensión directa. Estos tres requisitos manifiestan un concepto más amplio, la transparencia.
2. En la letra b del apartado 1 del artículo 80 TRLGDCU exige que las cláusulas no negociadas individualmente deben de ser accesibles y legibles, permitiendo al consumidor tener un conocimiento previo en la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Esto se refiere al control de incorporación.

Con el fin de ejemplificar los anteriores requisitos (claridad, concreción y sencillez y de accesibilidad y legibilidad), mencionamos la **STS de 5 de julio de 1997** la cual resalta los requisitos del artículo 80.1 apartados a y b y declara nula una cláusula por “ser una letra tan diminuta y un texto tan breve que la compradora difícilmente pueda leerlo y comprenderlo”.

Por otra parte en relación a la versión moderna de transparencia, en caso de que el consumidor desconociese el contenido del mismo, no sería lógico que lo firmase, y además es importante que éste conozca con claridad a qué se está obligando o lo que está firmando.

En relación a esto utilizamos la opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA la cual afirma que *“la transparencia resulta especialmente importante para las condiciones generales que sirven a la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato, en particular, del objeto”*.

Por último siguiendo con este planteamiento moderno, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, cuando se trata de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, el control de transparencia, según el Tribunal Supremo, implica que la información suministrada debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar dicha cláusula en la economía del contrato.

De esta forma concluimos la parte de control de contenido.

3-LA NULIDAD

Dentro del desarrollo que hemos llevado a cabo sobre las cláusulas abusivas, vamos a tratar su nulidad con motivo de la abusividad de las mismas.

Cuando una cláusula es declarada abusiva tendrá una consecuencia inmediata: la nulidad. A ello se refiere el artículo 8.1 LCGC al decir: *“Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*. Sin embargo, hay una tendencia a buscar una conservación del negocio jurídico y de protección del consumidor, sin perjuicio de que la cláusula declarada abusiva sea nula de pleno derecho.

Se pretende de esta forma una conservación del negocio jurídico para beneficiar al consumidor y evitar el beneficio del predisponente. La razón de esto se basa en que una eliminación total del negocio jurídico beneficiaría al predisponente, pudiendo éste buscar incorporar cláusulas abusivas a su favor y en caso que sean declaradas abusivas, quedaría todo el contrato sin efectos. El predisponente no tendría nada que perder y mucho que ganar en caso que las cláusulas no fueran declaradas nulas.

Se da preferencia a la nulidad parcial sobre la nulidad total.

La nulidad parcial consiste en que una cláusula abusiva se tiene por no puesta subsistiendo el contrato en el resto de cláusulas no declaradas abusivas mientras que la nulidad total afecta al todo el contrato. La nulidad total sería una “solución final” para el caso de que el contrato no pueda subsistir sin estas cláusulas declaradas nulas.

De esta forma existen dos opciones cuando una o varias cláusulas del contrato se declaran nulas: si el contrato puede subsistir sin esas cláusulas se buscará que siga existiendo en beneficio del consumidor, pero si no puede existir sin esas cláusulas será un supuesto de nulidad total.

3.1-La nulidad parcial.

La nulidad de pleno derecho tiene como efecto que la cláusula abusiva se tiene por no puesta. Esta nulidad se encuentra recogida en el artículo 83 TRLGDCU, el cual comienza diciendo *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”* lo cual quiere decir que se trata de una nulidad que viene impuesta directamente por la ley y que se trata de cláusulas que no requieren una declaración judicial de nulidad para que estas cláusulas abusivas sean ineficaces.

La nulidad parcial es aquella que no provoca la nulidad de todo el contrato, sino solamente la nulidad de esas cláusulas declaradas abusivas. Una cosa es una nulidad de pleno derecho que afecta a la cláusula abusiva que es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, que afectaría a la cláusula; y otra cosa es el contrato, el cual sólo se vería afectado por una nulidad parcial como consecuencia de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas. El legislador español ha preferido la nulidad parcial. Es decir, por regla general una cláusula abusiva se tiene por no puesta no debiendo afectar a la totalidad del contrato²⁴.

A continuación haremos un breve análisis del artículo 83.2 TRLGDCU, artículo que ha tenido una curiosa evolución. La redacción original del artículo 83 TRLGDCU decía:

1. *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*
2. *“La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.”*

De esta forma, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y ostentará de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes,

²⁴ SERRA RODRÍGUEZ, A, “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo” *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2153, Abril de 2013, p. 17.

cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solamente podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada.

Mientras que la redacción actual, vigente desde 29/3/2014 es mucho más reducida que la versión anterior: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*. Se trata de una reforma que quita flexibilidad al juez y evita de este modo cualquier posibilidad de integración del contrato, ya que le priva de sus facultades de integrar el contrato y de moderar los derechos y obligaciones de las partes, entre otras.

Esta STJUE del 14 de junio de 2012 se pronuncia sobre una cuestión prejudicial remitida por la Audiencia Provincial de Barcelona en el marco de un procedimiento monitorio en el que una entidad bancaria reclamaba a un cliente una deuda derivada de un contrato de crédito al consumo.

El TJUE interpretó el artículo 83 TRLGDCU en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/ CEE, ya que entendía que el derecho interno español no se encontraba lo suficientemente adaptado a este artículo de la Directiva al dar al juez la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en el contrato, para integrar la parte afectada en el contrato mediante lo dicho en el artículo 1258 CC y el principio de la buena fe objetiva (83.2 TRLGDCU). El artículo 6.1 de la Directiva dice literalmente: *“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”*.

Y también, como dice MARTÍNEZ ESPÍN, consideraba el TJUE que podría poner en peligro el objetivo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/ CEE pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el

juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

El objetivo se basa en anular la parte del contrato nula y poder integrar el resto del contrato, no anular todo el contrato, ya que es precisamente esto último lo que beneficia al acreedor.

3.2-La nulidad total

El legislador opta por la nulidad parcial, de esta forma protegiendo al consumidor (pues se entiende que a éste le sigue interesando mantener el contrato, pero purgado de las cláusulas abusivas). Este hecho no impide la existencia y la posibilidad de la nulidad parcial.

El contrato será declarado nulo por entero cuando el juez considere que al eliminar una cláusula abusiva el contrato no se puede sostener.

En este caso el consumidor tendría derecho a una indemnización, debido a la frustración de sus expectativas.

SEGUNDA PARTE

CASO AZIZ

En esta segunda parte, me centro en la Sentencia del TJUE sobre el Caso Aziz, hablando sobre su relevancia y el desarrollo de la misma en primer lugar. Seguidamente trato el procedimiento de ejecución hipotecaria, así como la interpretación de “desequilibrio importante” y “las exigencias de buena fe”, por parte del TJUE. Por último expongo una valoración final de dicha sentencia.

1-CASO AZIZ (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11)

Ha sido importante, y ha supuesto un impacto de relevancia la **STJUE de 14 de marzo de 2013**, caso *Aziz*, en relación con las cláusulas abusivas.

Esta sentencia tuvo un gran impacto en España. Tuvo también una gran repercusión en medios de comunicación, lo que distorsionó mucho la información, ya que los comentarios provenían de personas ajenas al mundo del Derecho, llegando a declararse que se había echado abajo la legislación hipotecaria española.

Conviene saber con mayor exactitud la verdadera realidad del caso y sus consecuencias.

1.1-Desarrollo

El supuesto de partida del caso Aziz consistió en la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad bancaria para devolver en 33 anualidades (396 mensualidades).

El problema comienza cuando, al final del primer año, el deudor prestatario incumple su obligación y en consecuencia la entidad bancaria ejecuta la hipoteca, siendo adjudicada la vivienda a la misma entidad por el 50% de su valor, al resultar la subasta desierta.

A raíz de estos hechos, el Sr. Aziz inicia un proceso declarativo ante el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona. Pretende que se declare la nulidad de la cláusula de intereses moratorios por abusiva y se declare nula la ejecución.

El juzgado de lo mercantil presentó la cuestión prejudicial al TJUE.

En esta Sentencia el Alto Tribunal Comunitario resuelve esta cuestión prejudicial, en la que se cuestiona la conformidad al derecho comunitario, en concreto a la Directiva 93/13/CEE, del procedimiento de ejecución hipotecaria, y partiendo del carácter abusivo de las cláusulas

de vencimiento anticipado por impago de una cuota, de intereses moratorios del 18,75% anuales y de liquidación por la propia entidad de crédito de la cuantía impagada.

El Tribunal, admite a trámite todas las cuestiones y resuelve sobre el fondo en dos puntos que en primer lugar resumimos brevemente:

- El primer punto que argumenta el TJUE, es que un procedimiento como el de ejecución hipotecaria español, que no permite la alegación y declaración de la abusividad de una cláusula, además de adoptar todas las medidas que el Tribunal considere oportunas para la efectividad de dicha declaración, es contrario a la Directiva 93/13/CEE.
- El segundo punto sobre el que resuelve el TJUE se refiere a la abusividad de las cláusulas implicadas, declarando que incumbe al juez nacional, conforme a los criterios establecidos por el Derecho europeo, calificar la cláusula concreta como abusiva o no; por lo que tan sólo falla concretando el significado y la interpretación que corresponde a los términos jurídicos “desequilibrio importante” y “las exigencias de la buena fe”.

1.2-El procedimiento de ejecución hipotecaria y el derecho comunitario

El TJUE en relación con este aspecto, reitera que el juez nacional debe poder apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula: *“El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso (monitorio), aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”*²⁵.

Seguidamente el TJUE expone que el ordenamiento jurídico interno-procesal no puede hacer *“imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión”* y de esta forma concluye que en el procedimiento ejecutivo *“la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada; tal supuesto debe considerarse residual”*. Y además es muy importante tener en cuenta que el hecho de que en el procedimiento declarativo no está permitido que se *“adopten medidas*

²⁵ Cuestión declarada también respecto al ordenamiento procesal español en STJUE 14 de junio de 2012, asunto n° 618/10, caso *Calderón*

*cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, **puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva***”.

De esta forma, concluye declarando que “*la nulidad del procedimiento de ejecución sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula*”.

1.3-La interpretación de las expresiones “desequilibrio importante” y “en contra de las exigencias de la buena fe”

En esta cuestión el TJUE reitera que el análisis del carácter abusivo de las estipulaciones predispuestas en cada caso concreto corresponde a los órganos nacionales.

En lo relativo al “*desequilibrio importante*” entiende que el tribunal deberá valorar “si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”.

Por lo que respecta “*en contra de las exigencias de la buena fe*” debe entender que al causarse un desequilibrio “*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*”.

Veamos la doctrina que formula el TJUE al proyectar estas nociones en relación a las cláusulas impugnadas:

- Respecto de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de una cuota, entiende que su enjuiciamiento como abusiva o no, “*depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*”.
- En relación con la cláusula de intereses de demora entiende que deberán analizarse “*las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo y el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos*”.

- Por último en lo que respecta a la cláusula de liquidación unilateral por el prestamista de la deuda impagada que afirma que será abusiva si el tribunal nacional considera que “*dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa*”.

1.4-Valoraciones de la Sentencia

En relación a esta Sentencia del Caso Aziz, consideramos oportuno exponer diferentes puntos de vista²⁶.

Vamos a fijarnos primero, un instante, en lo relativo a la apreciación de oficio, del carácter abusivo de cláusulas no negociadas. Esta cuestión no siempre se contempló de la misma manera, ha habido una evolución.

PASQUAU LIAÑO consideraba tiempo atrás²⁷, que los dos asuntos de la apreciación de oficio por el Juez del carácter abusivo de una cláusula, y lo que concierne a la función calificadora del Registrador a efectos de denegar su inscripción en el Registro inmobiliario, debían afrontarse y resolverse de la misma forma.

En ambas cuestiones, manifiesta PASQUAU serias reservas. Por lo que respecta a la apreciación de oficio por el juez, debido a las exigencias del principio de contradicción y audiencia de parte, y en el segundo caso (actividad del registrador), de la constatación de que la calificación de una cláusula como abusiva en muchos casos revista un grado de complejidad valorativa que “no cabe ni funcional ni conceptualmente en los estrechos márgenes de la calificación registral”²⁸.

A partir sobre todo del año 2000, a raíz de sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE, se ha ido formando un potente *corpus* jurisprudencial favorable a la apreciación de oficio del carácter abusivo por el Juez.

²⁶ Seguimos parte de las explicaciones de DE CASTRO, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 746, págs 2837 a 2839 y allí, más doctrina.

²⁷ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. por BERCOVITZ, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, págs. 779 y sigs. y pág. 871.

²⁸ Aunque PASQUAU LIAÑO había aceptado, junto con otros autores, que el Registrador también denegaría la inscripción cuando la cláusula resultara «objetivamente abusiva» por su cotejo con la lista legal, aunque no existiera Sentencia inscrita en el Registro *ad hoc*. «En los demás casos, difícilmente puede entrar a calificar sin invadir funciones jurisdiccionales».

Eso sí, el Juez que se proponga entrar de oficio a examinar estas cosas sin que se le haya solicitado, debe informar a las partes o en su caso al demandante de lo que se propone revisar, para que pueda alegar cuanto tenga por conveniente.

Y en este sentido, es muy interesante ver cómo la jurisprudencia del TJUE, ha ido indicando que el principio de efectividad de la tutela del consumidor impone que se hagan en los distintos ordenamientos los retoques necesarios en la esfera procesal, para que el Juez pueda siempre entrar a hacer estas valoraciones sin que esté cerrado el cauce para la alegación y discusión correspondiente.

Por lo que respecta a la posible negativa por el Registrador de la Propiedad a inscribir una cláusula que juzgue abusiva, hay varios datos a considerar. Es cierto lo que apuntaba PASQUAU acerca de la complejidad valorativa, y que en ocasiones el Registrador no va a tener todos los elementos para ver la nulidad y actuar en consecuencia.

El Registrador no es Juez. Y es posible que accedan al Registro cláusulas que después se revelen abusivas. La actividad del Registrador quedaría como a expensas de lo que se haya declarado por Sentencia judicial.

Ahora bien, también es cierto (y en esto insiste MIQUEL), que el acto nulo no debe producir efecto, y el Registrador es un funcionario suficientemente preparado para valorar prudentemente, en muchas ocasiones, esta circunstancia.

Por su parte ALFARO defiende esta sentencia del caso Aziz, afirmando e insistiendo que las normas de protección de los consumidores, y el respeto a los principios que rigen los procesos civiles tienen que ser coherentes entre sí. Estos últimos principios no pueden ser despreciados sin grave merma de la protección de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 CE y el respeto a la libertad y dignidad de los individuos (art. 10 CE).

Hace notar PÉREZ BENÍTEZ²⁹ que la sentencia no dice cuál es la consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, tampoco cuáles serían las consecuencias que el juez nacional debe deducir de la declaración de abusividad: se plantea si ello puede llegar a suponer que el prestamista no pueda resolver en ningún caso el contrato, sea cual fuere el incumplimiento del deudor, y por tanto tenga que esperar veinte o treinta años, la duración pactada, sin recibir la contraprestación de la otra parte.

²⁹ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., “Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial”, *elderecho.com*, 6 de abril de 2017, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-incertidumbre-judicial_11_1074430003.html

A su vez opina que la incertidumbre resulta agobiante, y esa falta de certeza puede cernirse sobre las consecuencias de la nulidad de otras cláusulas de frecuente utilización en la contratación de préstamos por los consumidores. No parece fácil ofrecer soluciones al problema en cuestión.

Será necesario, y en ello está dedicada la doctrina en los últimos años, ir concretando de forma equilibrada las consecuencias prácticas de estos planteamientos.

Esto es lo que explica, desde un planteamiento un tanto pesimista y crítico con el derecho europeo, PÉREZ BENÍTEZ. Convertida, explica este autor, la Directiva 93/13 en una norma cuasi penal, de efectos expansivos, capaz de regular todos los aspectos de las cláusulas abusivas sin necesidad de contar con las soluciones de los ordenamientos nacionales, cualquier intento del legislador español de regular la materia probablemente volverá las cosas a la casilla de salida. Se dictarán leyes que regulen las condiciones de acceso al procedimiento de ejecución hipotecaria, se establecerán modelos de contratos de uso voluntario, se fijarán soluciones de derecho interno para determinar las consecuencias de la abusividad de las cláusulas sobre intereses de demora, de los remuneratorios, sobre su fórmula de cálculo, o sobre distribución de los gastos derivados del contrato, o de las garantías.

Para PÉREZ BENÍTEZ estas soluciones originarán diversos pleitos, y se formularán cuestiones prejudiciales, y el TS fijará doctrina, que será nuevamente cuestionada ante el TJUE. De esta forma concluye que no cree que la solución esté en el Derecho español, ni en las resoluciones de nuestros jueces. Urge actualizar y aclarar la Directiva, y corresponde al Tribunal de Luxemburgo ofrecer criterios seguros de interpretación. Entre otras cosas, según este autor, para que no resulte más conveniente incumplir un contrato abusivo que cumplirlo puntualmente.

TERCERA PARTE

VENCIMIENTO ANTICIPADO, INTERESES MORATORIOS Y CLÁUSULAS SUELO

En esta tercera parte, haré referencia a tres cláusulas contractuales. En primer lugar desarrollo las cláusulas de vencimiento anticipado, tratando su concepto, tipos, problemas, así como diferentes sentencias sobre las mismas. Seguidamente, hablo sobre los intereses moratorios, sobre conclusiones de diferentes autores, así como una STS de 2015 sobre el tema. Por último me centro en el desarrollo de las cláusulas suelo, su concepto, y además tratando su evolución jurisprudencial, así como la sentencia del TS de 2013.

1-VENCIMIENTO ANTICIPADO

1.1-Concepto y planteamiento

Definimos, con carácter general, las cláusulas de vencimiento anticipado como aquellas que permiten el vencimiento de la totalidad del crédito antes del plazo contractualmente previsto, al concurrir alguna de las circunstancias pactadas en el contrato.

Así, el prestamista podría solicitar al prestatario el total del préstamo y el prestatario deberá devolver la cuantía total del préstamo antes de que se produzca el plazo fijado en el contrato.

Según el CC resulta habitual que se incorpore en los negocios jurídicos una estipulación que disponga un plazo de cumplimiento de las obligaciones contractuales³⁰. El mejor ejemplo de esto tiene lugar en la contratación bancaria, donde el contrato de préstamo es el más habitual.

Acorde con el sentido de la libertad de pacto del CC, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, da por sentado en su redacción, que por pacto el acreedor pueda exigir el pago de la totalidad de la deuda por la falta de pago de alguno de los plazos.

Hubo una sentencia, aislada y criticada por el Tribunal Supremo antes de la LEC del 2000 ya que las cantidades que se reclaman no están vencidas en instarse la ejecución y la ley sólo

³⁰ Artículo 1125 del CC: *Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue*

prevé la pérdida del beneficio del plazo para cuando el deudor resulte insolvente y la deuda no esté suficientemente garantizada (artículo 1129 CC)³¹.

Pero con carácter general, partiendo del art. 1129 CC³², se ha entendido, que las partes son libres de pactar. En caso de que se den ciertas circunstancias, incumplimientos o indicios de futuro incumplimiento, disminución de las garantías..., que se consideren un peligro para el acreedor, éste puede hacer efectivo el vencimiento anticipado (que la obligación de devolver el dinero prestado, intereses..., venza anticipadamente). De esta forma el deudor pierde el beneficio del plazo.

Cabe replantarse esta cuestión a la luz de las nociones de control de contenido y cláusula abusiva. Esto es lo que ha venido pasando.

Precisamente, cuando recientemente se ha planteado afinar más en la protección de los deudores hipotecarios, la reforma legal del año 2013, establece también para ciertos casos el límite de tres cuotas.

Por otra parte lo que se deduce o parece deducirse de la sentencia europea del caso AZIZ, es que es preciso examinar con un poco más de detalle (cuando se trata de contratación estandarizada con consumidores), si una cláusula de vencimiento anticipado y sus consecuencias, tal y como se han previsto en un determinado contrato predispuesto, son o no abusivas.

El problema es que no es sencillo juzgar cuándo una cláusula de este tipo es o no abusiva, no hay criterios claros, o al menos hasta hace poco no los había, porque el tema se solucionaba de modo simple: libertad contractual.

1.2-Desarrollo

Sobre las cláusulas de vencimiento anticipado, existe, pues, problemática especialmente en los últimos años. Su regulación dispositiva o supletoria es muy incompleta. Está recogida en el art. 1129 CC que como ya hemos apuntado dice que el deudor pierde el derecho a utilizar

³¹ STS 27 de marzo de 1999 (Cendoj Roj. STS 2155/1999)

³² Art 1129 CC: Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

- 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.
- 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.
- 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras

el plazo cuando resulte insolvente (salvo que garantice la deuda), cuando no otorgue las garantías que hubiera prometido o cuando las hubiera disminuido, o éstas desaparecieran.

Según explica ALFARO, parece ser que el Código piensa en créditos que se pagan de una sola vez, al término del plazo, ya que la regulación que contiene supone que el acreedor debe esperar, siempre y cuando no se hayan modificado las condiciones de solvencia del deudor o se hayan deteriorado las garantías.

Expuesto esto hay que plantearse que sucedería cuando el deudor se obliga a realizar pagos parciales mientras dura el préstamo (préstamos bancarios con garantía hipotecaria). Ante esto ALFARO³³ considera que se podría pensar, en primer término que el banco sólo puede ejecutar su garantía por la parte impagada y debería esperar por el resto de los plazos a que fueran venciendo. Sin embargo esto parece contrario a lo que habían pactado las partes, las cuales en un contrato así, pactarían sobre la base de que, cuando el deudor deja de pagar varios vencimientos parciales, habría indicios claros de que seguirá dejando de pagar en el futuro. Entonces deberíamos aplicar el art. 1124 CC³⁴ y permitir al acreedor resolver el contrato, exigir la devolución de la totalidad del capital prestado y los intereses y ejecutar la garantía cuando el deudor haya dejado de cumplir con una parte significativa de sus obligaciones. A conservar estos resultados de modo diáfano y directo, respondería el pacto de vencimiento anticipado.

Ahora bien, decir que los pactos que prevén el vencimiento anticipado por impago de varias cuotas son válidos, (en un contrato negociado) no significa que lo sean cuando se incluyen como una condición general.

Antes de la crisis hipotecaria, la cláusula típica incluía el derecho del banco a dar por vencido el préstamo en su totalidad y a ejecutar la garantía en el procedimiento de ejecución hipotecaria ante cualquier incumplimiento del deudor. Por ello, tal cláusula se muestra como abusiva, tanto si la comparamos con el contenido del art. 1129 CC como si lo hacemos con el art. 1124 CC que serían las dos regulaciones dispositivas o supletorias que tendrían que

³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «El Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», Blog *Derecho Mercantil*, *Almacén del Derecho*, 10 de febrero de 2017.

³⁴ Art 1124 CC: “la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

servirnos como patrón de comparación del reparto equilibrado de los derechos y obligaciones entre las partes.

Por ello como hace notar ALFARO, a partir de un cierto momento, los jueces empezaron a declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado sistemáticamente cuando se incluían en condiciones generales y el adherente era un consumidor. Esto ocasionó un gran impacto sobre los procedimientos de ejecución hipotecaria ya que además, el carácter abusivo debía apreciarse de oficio, incluso en el seno de un procedimiento ejecutivo. Además a esto hay que añadir la prohibición de la reducción conservadora de la validez, por lo que el juez según alguna interpretación, tendría que tener por no puesta la cláusula de vencimiento anticipado y entender que el prestamista no va a poder en ningún caso dar por vencido anticipadamente el crédito con base en esa cláusula.

Los problemas se van entrelazando.

Teniendo en cuenta que el acreedor necesita un título ejecutivo para ejecutar la garantía hipotecaria y éste es el contrato de préstamo, en caso de que la cláusula de vencimiento anticipado sea nula y se tenga por no puesta, el prestamista carece de título que le permita acceder a la ejecución. Los jueces, por lo tanto deberían desestimar la demanda de ejecución por defectos en el título ejecutivo.

Ante este panorama, el Supremo a través de una sentencia de 2015 consideró que los jueces deberían proceder a la ejecución cuando el ejecutante no esté basando su ejecución en la cláusula abusiva, sino que lo hubiera hecho tras haber incumplido el deudor sus obligaciones de pago de manera grave, continuada y significativa.

ALFARO³⁵ entiende que el legislador no ayuda especialmente al respecto. En la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, se limita a declarar (es un paso, pero probablemente insuficiente), la validez de los pactos (no de las cláusulas predispuestas e impuestas) que previeran el vencimiento anticipado en el caso de impago de 3 mensualidades.

ALFARO opina como MIQUEL, indicando que si la declaración de nulidad de la cláusula genera una laguna en el contrato (como se produce en el vencimiento anticipado y en el caso de la cláusula de intereses moratorios) habría que cubrir la laguna recurriendo al Derecho supletorio, esto es, a la regla legal que habría sido aplicable a falta de pacto.

³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «El Supremo plantea una cuestión prejudicial... », Blog *Derecho Mercantil, Almacén del Derecho*, 10 de febrero de 2017

Teniendo en cuenta esto resulta hoy evidente que la cláusula que prevé el vencimiento anticipado por el incumplimiento de cualquier obligación por el deudor o por el impago de una sola cuota sería nula. Si la cláusula prevé el vencimiento anticipado por el impago de dos cuotas, también sea nula. ALFARO afirma que también podría ser nula, una cláusula de vencimiento anticipado que, aun ajustándose a la literalidad del art. 693.2 LEC, previera el vencimiento anticipado de un crédito de larguísima duración por el impago de tres cuotas.

Esta apreciación parece ajustada a la doctrina del TJUE.

Si tratamos de resolver esta cuestión aplicando el art. 1124 CC, ha de tratarse de un incumplimiento grave que justifique la resolución: y es preciso concretar esto.

Sobre el número de cuotas impagadas que configura un incumplimiento grave, parece claro que no puede determinarse recurriendo a una cifra concreta de cuotas, sino al examen de la duración del contrato y de cuánto representan esas cuotas respecto al total capital prestado; y también, si son cuotas sucesivas o el deudor se ha limitado, simplemente, a retrasarse en algunos pagos.

En definitiva, decir que, lógicamente si no se puede desprender del texto del documento contractual (que se presenta como título ejecutivo) cuándo puede y cuándo no puede ejecutar el prestamista su garantía, tenemos un grave problema que sólo puede resolverse reformándose el procedimiento de ejecución hipotecaria.

MIQUEL, al plantearse si procede la ejecución cuando es nula la cláusula del título ejecutivo en que se fundamenta tal ejecución por el todo pendiente de vencer, afirma que no procede la ejecución por deudas no vencidas. En el procedimiento ejecutivo no se puede decidir un vencimiento que no conste en el título ejecutivo. El acreedor dispone de título para una ejecución por las cuotas impagadas, pero no por las no vencidas. Si la cláusula de vencimiento anticipado es nula, esas cantidades no vencidas, no se deben y ejecutar por ellas lo consideraría una barbaridad.

Entonces, aunque la doctrina del TS en la STS 2015 trata de evitar que entre en juego una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, también permite el vencimiento y la ejecución cuando se hace valer conexas a un incumplimiento “importante”. Esto en realidad, entienden ALFARO y MIQUEL.

1.2-Problemas

Teniendo en cuenta el anterior desarrollo vamos abordar con más detalle los problemas que rodean a estas cláusulas.

Creo oportuno reseñar que las cláusulas de vencimiento anticipado, tal como lo enfoca la doctrina que hemos consultado, plantean dos cuestiones fundamentales:

- si dicha cláusula no está inscrita pero consta en la escritura o en el contrato, en qué medida va a ser efectiva
- si estas cláusulas pueden incorporar diferente causa de la de impago de algún plazo.

En lo referente al primer punto, es evidente que la cláusula debe constar inscrita para su eficacia frente a terceros, aunque podrían surgir dudas frente al deudor en lo relativo a su vinculación por su incorporación en el contrato.

Esto se reafirma por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)³⁶, que estableció la necesidad de su inscripción para dotar a la cláusula de eficacia ejecutiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

En lo que concierne al siguiente punto sobre la eventual incorporación de diferente causa de la de impago de alguna cuota, debemos atender a la doctrina de la DGRN que permite su inscripción en el Registro de la Propiedad. No todo lo que consta inscrito en el asiento debe ser necesariamente objeto de calificación registral, pero sí en la medida que tengan eficacia registral³⁷ y su examen de abusividad se hará atendiendo a la noción de cláusulas abusivas de los artículos 85 a 90 del TRLGDCU.

Existen una serie de supuestos de vencimiento anticipado previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 1129 del CC) establece que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo en tres casos:

- 1) *Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda*
- 2) *Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido*
- 3) *Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.*

Además, cómo sabemos, hay posibilidad de pactar el vencimiento anticipado de la obligación contraída por el consumidor con la entidad financiera como consecuencia del préstamo

³⁶ RRDGRN 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011, 8 de junio de 2011 y 16 de agosto de 2011.

³⁷ SAP Tarragona 1 de abril de 2011 (Cendoj Roj. SAP T 575/2011) que anula la RDGRN 24 de julio de 2008

garantizado mediante hipoteca. Esto se fundamenta en el principio de autonomía privada del artículo 1255 del CC.

Hagamos algunas referencias a la jurisprudencia recaída sobre este tema.

1.3-Sentencias sobre cláusulas de vencimiento anticipado

La *STS, Sala 1ª, de 4 de junio de 2008*, resolvió un recurso relativo a una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo por el que se pidió su nulidad argumentando que dicha estipulación era contraria a las leyes y desvirtúa la esencia de la garantía real convenida y la perdurabilidad del crédito hipotecario, amparándose en Sentencias anteriores que habían declarado nulas este tipo de cláusulas, en la legislación hipotecaria y en los artículos 1125 y 1129 del Código Civil.

La Sentencia resolvió que a pesar de que la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, no puede obviarse que se trataba de casos en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista.

El TS sostuvo que existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (consagrado en el artículo 1255 del Código Civil), cuando concurra justa causa para ello. Lo que quiere decir que se requiere una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo.

En relación con este punto, considero importante afirmar que a partir de la entrada en vigor de la vigente LEC 2000, abundó un punto de vista común relativo a admitir la posibilidad de atribuir al acreedor la facultad de exigir el pago del total adeudado por incumplimiento de alguno de los plazos, atendida la naturaleza de norma dispositiva de los preceptos que prevén el vencimiento anticipado de la obligación (arts. 1125, 1127, 1129 del CC).

Volviendo a la anterior sentencia de 2008, la misma afirma que *“lo hasta ahora expuesto no impide que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario, como así ocurrió en el caso de la Sentencia de 2 de noviembre de 2000.”*

La jurisprudencia del TS, en definitiva, ha aceptado la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado, admitiendo su validez, y sin embargo incluyendo también límites.

A nivel europeo, la **STJUE 26 enero 2017** aclara cómo deben actuar los jueces para garantizar a los consumidores el nivel de protección que les otorga el Derecho de la Unión (el sistema de protección que establece la Directiva 93/13). Establece el criterio al que debe acudir el juez para considerar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado. Por otra parte aclara que la nulidad por su carácter abusivo no depende de si la entidad financiera ha hecho efectiva la cláusula en la práctica.

Esta sentencia deja claro que no se puede apreciar un vencimiento anticipado por incumplimiento cuando la cláusula que lo dispone por impago de un plazo es abusiva, afirmando que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial (como la de las SSTS 23 diciembre 2015 y de 18 febrero 2016) de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el art. 693.2 LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”.

Para ZUNZUNEGUI³⁸ esta sentencia afecta a cuestiones sustantivas de gran calado, estableciendo la misma un criterio que el juez nacional debe utilizar para decidir si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva. Según el criterio, el juez:

- Debe examinar si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual,
- si esa facultad está prevista para casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo,
- si la facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y

³⁸ ZUNZUNEGUI, F; “El TJUE establece el criterio a seguir por los jueces para declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado”, *noticias jurídicas*, 26 de enero de 2017, <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11590-el-tjue-establece-el-criterio-a-seguir-por-los-jueces-para-declarar-abusiva-la-clausula-de-vencimiento-anticipado/>

- si el Derecho nacional prevé medios adecuados que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Por otra parte, otra cuestión que aclara el TJUE es que el juez que conoce del procedimiento de ejecución puede apreciar la nulidad no detectada de una determinada cláusula, aunque el contrato en conjunto hubiera sido objeto de examen en un proceso declarativo anterior en el que haya recaído sentencia firme.

La sentencia del TJUE concluye asimismo que es contraria al derecho comunitario una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado, que prohíba al juez nacional que ha constatado su carácter abusivo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando el profesional no la ha aplicado.

Aunque el banco no haya hecho uso de la misma, la cláusula que prevé el vencimiento anticipado del crédito hipotecario por el impago de una cualquiera de las cuotas debidas, debe ser declarada nula por resultar abusiva.

Para BALLUGUERA el TS, pese a esa última sentencia parece no percatarse de que la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota, presente en muchos préstamos hipotecarios de amortización gradual o por plazos existentes en España, no se puede integrar con una facultad *legal* resolutoria, cosa que en España es inexistente pero que, en caso que existiera, incidiría en la prohibición de integración existente en nuestro Derecho. Defiende que sólo la renegociación del contrato permitiría arreglar los efectos de la falta de esa cláusula en las hipotecas.

BALLUGUERA en relación a esto afirma que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota ha sido declarada nula por abusiva por la STS 23 diciembre 2015 y que no es posible integrar, en beneficio del predisponente, una cláusula nula por abusiva de vencimiento anticipado por impago de una cuota y además que la competencia para declarar ambas cuestiones corresponde al tribunal nacional en exclusiva.

En definitiva, para BALLUGUERA, esto no es algo novedoso pues estas materias empezaron a ser abordadas en el Derecho español e incluidas en la Constitución de 1978, sin embargo los tribunales, con poca rapidez vienen sentando la jurisprudencia adecuada a aquel Derecho y cuando un juez o tribunal no lo hace viene siendo corregido por un tribunal superior, como corresponde a nuestro Estado de Derecho, que además es social y democrático.

1.4-Tipos cláusulas de vencimiento anticipado

Antes de centrarnos en los tipos o causas que originan estas cláusulas de vencimiento anticipado, para examinar su carácter abusivo o no, es necesario cerciorarse si la cláusula de vencimiento es abusiva de por sí, o si se debe valorar la aplicación que de la misma cláusula se haga en cada supuesto sometido a examen mediante la interpretación del juez.

Los tribunales consideran que se debe distinguir una cláusula abusiva en sí, del uso de la misma en el caso concreto, que puede o no ser abusivo, ya que la nulidad de la estipulación en sí misma por abusiva (lista “negra”), sólo podrá concluirse en aquellos casos que contravengan una norma imperativa.

De esta forma la consideración de si la entidad bancaria ha hecho o un uso abusivo o ha podido hacer un uso abusivo en la cláusula en sí, es cosa de la valoración del tribunal.

Ahora ya si abordamos los distintos tipos de cláusulas de vencimiento anticipado según diferentes causas.

1.4.1-Cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones del deudor

El TS ha considerado que cabe este tipo de cláusula debido al incumplimiento del deudor, si ese incumplimiento de una obligación es de especial relevancia, ya que si no resultaría desproporcional. Es, pues, patente la necesidad de examinar cada caso en concreto con el fin de determinar la relevancia de la obligación cuyo incumplimiento determina el vencimiento anticipado del préstamo o crédito³⁹.

Creo oportuno mencionar las dos interpretaciones, sucesivas, diferentes e incluso contrapuestas, que nuestro TS ha ofrecido en esta materia.

- La primera opinión declaraba la nulidad de dichas cláusulas por abusivas *“cuando cause un desequilibrio injusto en los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto quede en manos de la entidad prestamista la unilateral determinación de lo que constituye incumplimiento a efectos de resolución del contrato”*⁴⁰.
- La segunda opinión, que es la que se ha impuesto a lo largo del siglo XXI, juzga su licitud cuando la cláusula de vencimiento anticipado *“se apoye en una causa justa y objetiva (verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial), siempre que esta aparezca*

³⁹ STS 16 de diciembre de 2009 (Cendoj Roj. STS 8466/2009).

⁴⁰ STS 27 de marzo de 1999 (Cendoj Roj. STS 2155/1999).

expresamente en el contrato, goce de la necesaria concreción, sea conforme con la naturaleza del contrato y tenga entidad suficiente como para fundamentar tan graves consecuencias”.

Esta opinión ha sido acogida por la DGRN que ha juzgado la validez y la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado de manera casuística.

A- Por incumplimiento genérico

Esta cláusula ha sido declarada no inscribible por abusiva por la DGRN⁴¹.

Parece ser que se deja a juicio de una de las partes determinar cuándo hay un incumplimiento del contrato, dejando al arbitrio de la entidad financiera la valoración de la gravedad del incumplimiento, que el TJUE exige para la validez de dicha cláusula y que reserva a la actividad jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado.

Se considera que, así planteada, esta cláusula entra en colisión con el sistema del art. 1124 CC, conforme al cual, los Tribunales declararán la resolución del contrato si consideran de suficiente entidad el incumplimiento.

B- Por impago de una de las cuotas

Aquí me parece oportuno recordar lo que entendió el TJUE en la sentencia del caso *Aziz*, en la que consideró que el juez nacional ha de interpretar su abusividad comprobando que el incumplimiento es esencial y grave en relación a la duración y cuantía del préstamo, y que el consumidor puede remediarlo⁴².

En nuestra opinión, el TJUE aboga por la abusividad de dicha cláusula conforme a estos criterios, por la falta de gravedad del incumplimiento, y por la imposibilidad en que se encuentra el deudor de remediar la aplicación implacable del mecanismo.⁴³

En este punto nos encontramos con la problemática de la integración legal del contrato que contiene cláusulas abusivas. En la Ley 1/2013 se ha previsto la posibilidad de incorporar una cláusula de vencimiento anticipado ante el incumplimiento mínimo del pago de tres cuotas⁴⁴.

C- Por impago de una prima del seguro

⁴¹ RDGRN 26 de octubre de 1987

⁴² STJUE 14 de marzo de 2013, asunto nº 415/11, caso *Aziz*

⁴³ Acogido por el Juzgado de lo Mercantil en el caso *Aziz* – SJM Barcelona 2 de mayo de 2013 (Cendoj Roj. SJM B 1/2013).

⁴⁴ Artículo 7.13 de la Ley 1/2013 de modificación del artículo 693 de la LEC

Esta cláusula tuvo acceso al Registro de la Propiedad por reiterada doctrina de la DGRN⁴⁵. Se entendía razonable la cláusula de vencimiento anticipado si no se aseguraba la finca durante todo el periodo de tiempo de duración de la hipoteca sobre la base de la importancia que tiene el seguro en la conservación de la garantía.

Este punto de vista fue compartido al principio por el Tribunal Supremo pero fue declarada abusiva con posterioridad⁴⁶.

Volviendo una vez más a la STJUE caso *Aziç* recalco la importancia de valorar la gravedad del incumplimiento.

D- Por denegación de la inscripción de la escritura pública de inscripción de la hipoteca

El TS ha considerado abusiva esta cláusula, afirmando que “*es de la entidad bancaria la carga de comprobar el Registro antes de suscribir el préstamo*”.

E- Por muerte del deudor

Esta cláusula es común en las hipotecas inversas o en garantía de cuenta corriente dado que la muerte supondrá el cierre de la cuenta corriente. Pocas veces se establece en los contratos de créditos o préstamos garantizados con hipoteca.

El vencimiento que se deriva de dicha cláusula lo consideramos como un término final resolutorio del contrato, dado que la muerte de una persona seguro que llegará, momento en el que se devengara la amortización⁴⁷.

F- Por embargo de bienes del deudor o su insolvencia

De esta cláusula cabe decir que su eventual declaración de abusiva tiene por fin evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional (predisponente) para ejercitar la facultad resolutoria contractual⁴⁸.

Con esta cláusula quedaría al arbitrio del profesional la facultad de resolución del contrato, incluida como cláusula abusiva en los artículos 85 y 87 del TRLGDCU.

G- Por arrendar la finca o cualquier otra forma de disposición del uso de la finca

⁴⁵ RRDGRN 22 de julio de 1996 y 22 de marzo de 2001

⁴⁶ La STS 12 de diciembre de 2008 (Cendoj Roj. STS 6858/2008) la permite, mientras la STS 16 de diciembre de 2009 (Cendoj Roj. STS 8466/2009) la declaró abusiva.

⁴⁷ RDGRN 4 de noviembre de 2010

⁴⁸ STS 16 de diciembre de 2009 (Cendoj Roj. STS 8466/2009)

Esta cláusula entiendo que ha sido considerada válida en caso de que el arriendo fuera para uso de vivienda, debido a que la Ley de Arrendamientos Urbanos⁴⁹ en su artículo 13 establecía la protección del arrendatario, que no podía ser removido de su vivienda sin incumplir el contrato por un periodo de 5 años.

Con la Ley 4/2013 se modificó el artículo 13 de la LAU, permitiendo actuar el principio de purga en todo caso, aquel arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca será respetado, como sucede con los derechos reales sobre la finca inscritos con anterioridad a la inscripción de la hipoteca.

Esta modificación consideramos que conlleva la abusividad de dichas cláusulas de vencimiento anticipado dado que no supondría perjuicio alguno al acreedor hipotecario. Ha sido declarada válida la cláusula que establece el vencimiento anticipado en caso de producirse arriendos gravosos o dañosos. Entendiéndose por tales los que supone una minoración del valor de la finca en las perspectiva de la realización forzosa⁵⁰. Salvo estos dos eventuales contratos de arrendamiento que podrían perjudicar al acreedor hipotecario⁵¹, otra cláusula que limite el poder de disposición sobre la finca del deudor por el acreedor ha sido declarada como cláusula abusiva.

Estas cláusulas son contrarias al artículo 86.7 del CC por establecer la renuncia o limitación a los derechos del consumidor y al 88.1 del CC por imponer al consumidor una garantía desproporcionada, así como por limitar la posesión del bien que en la hipoteca se mantiene en manos del deudor (hipotecado).

1.4.2-Cláusula de vencimiento anticipado a voluntad del deudor (amortización anticipada)

Antes de nada me parece importante apuntar que se produce una amortización anticipada también cuando el deudor, antes de llegado el plazo paga la deuda. Ahora bien, es preciso diferenciar el caso que hasta ahora hemos trabajado, es el acreedor el que declara el vencimiento anticipado.

⁴⁹ Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU)

⁵⁰ STS 16 de diciembre de 2009 (Cendoj Roj. STS 8466/2009)

⁵¹ Tras la Ley 4/2013 tan solo la cláusula de vencimiento anticipado por arriendo gravoso o dañoso perjudica al arrendador hipotecario.

CALVO GONZÁLEZ VALLINAS, propugna la denegación de inscripción de esta cláusula por ser una cláusula personal, aunque con dudas, pues podría comportar efectos para terceros⁵².

De esta forma, mediante la denegación de esta inscripción se puede justificar la falta de reciprocidad de las cláusulas de vencimiento anticipado previstas en la mayoría de contratos de créditos o préstamos hipotecarios.

2-INTERESES MORATORIOS

2.1- Desarrollo y diversas opiniones

De forma general, podemos decir que la prestación de intereses es una “*prestación pecuniaria accesoria que se ejecuta en proporción al tiempo de cumplimiento y a la cantidad de la prestación pecuniaria principal*”⁵³.

La diferencia entre el interés remuneratorio y el interés moratorio estriba, en que el primero responde a la productividad o retribución del capital, mientras que los moratorios cumplen una función indemnizatoria para compensar al acreedor que no ha podido disponer del capital y no se ha beneficiado con sus frutos⁵⁴.

Consideramos oportuno decir que los intereses de demora pueden ser legales o convencionales.

En lo que respecta a los legales, es importante citar el artículo 1.108 del CC⁵⁵, de aplicación general, que prevé la cuantía de interés de demora en defecto de pacto.

Para un caso concreto, encontramos la limitación del artículo 114 de la LH, de aplicación especial, el cual limita los intereses de demora en los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual.

⁵² CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R; “*Las cláusulas de la hipoteca*”; Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2006. p. 99

⁵³ O´ CALLAGHAN, X., “*Compendio ...*”, cit, p.115

⁵⁴ FERNANDO VILLALBA, M^a. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2015, n^o 178, p. 84

⁵⁵ Art. 108 CC: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”

Es importante reseñar que los intereses moratorios no forman parte de los elementos esenciales de un contrato de préstamo y su control es idéntico al de cualquier otra cláusula predispuesta, que pueda resultar abusiva. Constituyen una indemnización de daños y perjuicios, calculada de forma anticipada. ALFARO⁵⁶, después de sucesivos estudios sobre este asunto, llega a afirmar en 2015 que procede la declaración de los intereses moratorios como abusivos, cuando sean superiores a los legales y procede su eliminación completa del contrato, no su reducción a niveles aceptables (“reducción conservadora de la validez”). La reducción conservadora de la validez ha sido declarada incompatible con la Directiva 13/93.⁵⁷

Por su parte BALLUGUERA sostiene que un interés moratorio por encima del remuneratorio, en contextos como el crédito hipotecario, no debiera considerarse aceptable.

Por su parte la eliminación de la cláusula predispuesta genera una laguna debido a que si el banco ha sufrido daños y perjuicios como consecuencia de la mora del prestatario, tiene derecho a ser indemnizado. Sin embargo como en el contrato ya no hay previsión alguna de la cuantía de esta indemnización al haberse eliminado la cláusula, parece que deberá aplicarse el art. 1108 CC y entender que el banco tiene derecho al interés legal del dinero .A su vez el art. 316 Código de Comercio dispone: “Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal”.

En relación a la cantidad sobre la que hay que calcular estos intereses, cabe decir que en principio, habría que “cerrar la cuenta” y fijar la cantidad debida el día en el que se debió devolver, lo que equivale a sumar el capital y los intereses remuneratorios correspondientes. Parece que el banco no debería incluir en esa liquidación los intereses devengados y no pagados antes del cierre de la cuenta. A su vez en relación con esto el art. 317 del Código de Comercio dice: “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los

⁵⁶ En este posicionamiento de Alfaro, que puede parecer radical, convergen, a mi modo de ver, varias consideraciones :

- Por un lado, alguna doctrina alemana, que apunta que en las cláusulas indemnizatorias predispuestas con consumidores, el empresario, para tener la seguridad de que la cláusula será juzgada abusiva, debe orientarse al “típico daño promedio”.

- Por otra parte, entender que si una cláusula de alcance superior puede juzgarse que tiene un valor conminatorio, incentivador, en caso de cláusulas predispuestas, que acaso el adherente ni siquiera va a leer, poco podrán estas estipulaciones desplegar esa función.

- Y finalmente lo que quiere decir ALFARO es que si al empresario le interesara poner un interés mayor, habrá de informar y negociar esa cláusula.

⁵⁷ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia de Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios », Blog *Derecho Mercantil*, *Almacén del Derecho*, 18 de mayo de 2015.

contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos”.

Para ALFARO la solución más lógica sería que a partir de que “se cierra la cuenta”, la cantidad resultante devengue el interés moratorio. Esta afirmación sería la más conforme con el contrato de préstamo, para proteger a los consumidores y con la función del pacto de intereses moratorios. Se razonaría este esquema así: al establecer un interés moratorio mayor que el remuneratorio, el prestamista pretende incentivar el cumplimiento del deudor. Sin embargo, si el interés moratorio es inferior al interés remuneratorio, el deudor tiene incentivos, para no cumplir. En relación con esto conviene tener en cuenta que el prestamista tiene siempre en su mano no declarar vencido anticipadamente el contrato y seguir devengando a su favor el interés remuneratorio si es mayor. En caso de que el prestamista decida declararlo vencido y reclamar el pago, tendrá derecho al interés remuneratorio durante la vigencia del contrato y al interés legal (moratorio) mientras transcurra desde el vencimiento anticipado hasta cobrar efectivamente con las salvedades que suponga la aplicación de los intereses de mora procesal.

ALFARO considera que esta solución es ajustada, pues entiende que permitir que el interés moratorio tenga una función de incentivo al deudor para que cumpla, es contrario al Derecho de las cláusulas predispuestas (sin contar con el consumidor), ya que estas no pueden incentivar ningún comportamiento del deudor-consumidor.

A su vez, considera que la regulación contractual predispuesta debe sustituirse in totum por la norma legal supletoria, por el art. 1108 CC – 316 C de c y, por tanto, por el interés legal.

El Juez tiene que sustituir la cláusula nula con el derecho supletorio siempre que se den dos circunstancias:

- Exista una laguna en el contrato, es decir, que el contrato (anulada la cláusula abusiva) carezca de una regulación para una cuestión que debería estar regulada según el plan de las partes.
- La regulación supletoria sea equilibrada.

En lo que concierne al interés remuneratorio podemos decir que forma parte de los elementos esenciales del contrato y, de esta forma está sometido exclusivamente al control de transparencia. El interés remuneratorio pactado, por otra parte, no puede utilizarse, ni para determinar si unos intereses moratorios son abusivos, ni para cubrir la laguna contractual que resulta de su declaración de nulidad por abusivos.

De esta manera teniendo en cuenta todo esto, tanto ALFARO como BALLUGUERA, entienden, que los intereses moratorios superiores al interés legal del dinero e incluidos en una cláusula predispuesta son abusivos y nulos y el banco tiene derecho exclusivamente al interés legal del dinero por aplicación del art. 1108 CC.

MARTÍNEZ ESPÍN considera, por su parte, que todo interés moratorio (como cláusula indemnizatoria), tiene que ser superior al ordinariamente pactado con carácter remuneratorio, pues ahí estriba la aceptable finalidad disuasoria o coercitiva, ya que lo contrario estimularía los incumplimientos de los prestatarios.

Por su parte, para MIQUEL el art 1108 CC se refiere al pacto sobre la indemnización de daños y perjuicios por la mora. Afirma que contempla dos pactos en verdad. Uno referido a la indemnización, y el otro sobre los intereses convenidos para este caso. De esta forma cabe decir que salvo pacto en contrario, en una deuda de dinero no hay más indemnización que los intereses, los convenidos para el supuesto de mora o los legales.

Sobre las consecuencias de la nulidad dice que hay que distinguir si la nulidad de la cláusula provoca una laguna en el contrato o no. En un caso de mora, la cláusula es nula, la mora existe y requiere la aplicación de la norma, el art. 1108 CC. Una cosa es integrar la cláusula y otra integrar el contrato. La cláusula no se puede tocar, es nula y se tiene por no puesta. Es como si no existiera.

MIQUEL afirma que cuando no existe pacto sobre la mora, se aplica el art 1108 CC. En lo que concierne a los intereses remuneratorios se deben por el disfrute del capital por el plazo pactado, pero si vence anticipadamente ese plazo, sólo se deberían aplicar los moratorios.

A su vez dice que si los moratorios son menores que los remuneratorios por el efecto de la nulidad, que se impute a sí mismo el predisponente no haber pactado unos intereses no abusivos.

Profundizando más aún sobre este tema cabe decir que el pacto de interés moratorio implica una cláusula penal entendida en sentido amplio, como una figura jurídica que incluiría en sí tanto la versión de puro pacto de fijación anticipada de la indemnización, como la versión que consideramos entre nosotros propiamente penal o compulsiva, que permite un *plus* coercitivo para impulsar al cumplimiento⁵⁸.

⁵⁸ En esta parte seguimos las explicaciones de DE CASTRO VÍTORES. G, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 746, págs 2846-2851.

Cuando en la cantidad impuesta resalta el elemento coercitivo sobre aquella parte que cabe encuadrar más o menos generosamente en la porción indemnizatoria, la cláusula habría de anularse por abusiva.

Para valorar lo indemnizatorio y lo compulsivo, y el alcance e interpretación de esto último, hay que atender a diferentes elementos como: la naturaleza de la relación que une a acreedor y deudor, el ámbito del tráfico económico en que se sitúa su operación, la posición respectiva de cada uno en cuanto a riesgos y garantías, y también, la verdadera utilidad práctica que tiene la penalización, y si está equilibrado el balance entre la justificada ventaja que quiere asegurarse el prestamista, y el sacrificio que se ha exigido y que a partir del momento del incumplimiento va a exigirse al deudor a través de la aplicación del interés moratorio.

Según DE CASTRO VÍTORES hay que ver si la presencia de unos intereses moratorios que vayan más allá de lo indemnizatorio, contribuye de modo adecuado a que el acreedor tenga más posibilidades de cobrar lo que le es debido, más allá de colocar al deudor como prisionero del tiempo y víctima de un incremento exponencial innecesario de la cantidad a liquidar.

En definitiva, el análisis del equilibrio contractual conforme a la buena fe, nos obliga a una reflexión de toda la circunstancia, como impone la Directiva 13/93; lo que implica que las soluciones no puedan ser las mismas para los diferentes tipos y situaciones de préstamo.

En cualquier caso, tanto si se admite sólo como pacto indemnizatorio, como si se acepta que incluya una moderada compulsión, es esencial para valorar la cláusula predispuesta de intereses moratorios, delimitar el espacio en que desempeña adecuadamente su cometido indemnizatorio.

Según BASOZÁBAL habría que partir de una tríada en que se sitúa lo que denomina la “*franja indemnizatoria*” (interés legal, contractual y de mercado)⁵⁹.

Para un caso concreto, en la Ley 1/2013, aparece un tope de tres veces el interés legal del dinero. De esta forma la Ley marca el tope máximo indicativo de hasta dónde se puede llegar en no importa qué circunstancia⁶⁰.

DE CASTRO VÍTORES recordando la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-518-10), destaca el hecho de que “anulada por abusiva una cláusula penal, una cláusula de interés

⁵⁹ BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 91 y 101

⁶⁰ Coincide con esta interpretación ALFARO, post citado de 30 de noviembre de 2013, con referencia a la STJUE de 21 de marzo de 2013

moratorio, lo que procede es prescindir de ella, no aplicarla, y entonces, se sustituirá por la indemnización ordinaria”.

Aquí llegamos a la cuestión a resolver sobre la indemnización a fijar por el Juez, prescindiendo de la cláusula. Hoy por hoy sería el interés legal. Respuesta que sería consecuente con la jurisprudencia europea.

Atendiendo a estas afirmaciones no debería sostenerse que el límite de las tres veces (o dos veces y media, en su caso) del interés legal, pueda entrar en este espacio que hemos denominado indemnizatorio, y por tanto no puede ser utilizado a estos efectos por el Juez.

De esta forma consideramos que las cláusulas que establezcan un interés por encima de tres veces el legal, del 114. III LH, son abusivas (incluso pueden serlo antes de llegar a tal límite), y no simplemente ilegales, como apunta MARÍN LOPEZ, el cual afirma que entre el 12% y el 19% se abriría un espacio en que el interés no es abusivo sino excesivo, y se operaría con la reducción al *plafond* legal. La propuesta de este último autor se apoya en el análisis de qué tipo de cláusulas vienen considerando abusivas los Tribunales, y en sostener que el exceso del límite legal no comporta aún indemnización desproporcionada ni abuso manifiesto.

2.2-Conclusiones sobre estos intereses

Tras este desarrollo sobre estos intereses concluimos afirmando que estos intereses moratorios tienen carácter de indemnización y pena, y sirven para compeler al deudor a pagar a su tiempo, indemnizando a su vez al acreedor de los daños derivados del retraso.

Como ya hemos afirmado los intereses moratorios no son ni forman parte del objeto principal del contrato, no son precio, tampoco remuneración por el uso de un dinero ajeno, sino indemnización, aunque para establecer este concepto, su obligatoriedad, y para su fijación según contrato, se tenga en cuenta que quien prestó dinero puede merecer una compensación, una remuneración, y en cualquier caso puede sufrir un perjuicio por no recibir su devolución a tiempo.

La cláusula predispuesta e impuesta de intereses moratorios en un préstamo puede ser una cláusula abusiva.

Como idea general, podríamos decir que en las relaciones con consumidores, serán válidos los intereses cuanto más reflejen una previsión razonable de la indemnización de daños por incumplimiento, y menos válidos, o abusivos, cuanto más tengan de penalidad añadida.

Por eso, es necesario examinar con detenimiento cuál sería la indemnización razonable en cada caso. A esto no estamos muy acostumbrados, pues supondría abandonar la lógica de que “esto es justo porque lo dice el contrato” y ya está. Consideramos que será justo si se aproximara a la indemnización que concedería un juez en caso de incumplimiento, sin haber cláusula alguna. Y si se aleja de este parámetro, comenzará a ser excesivo, desproporcionado, y por lo tanto, abusivo.

Esto no significa que se deba pactar siempre el interés legal en contratos con consumidores, ya que entonces, qué sentido tendría la fijación convencional de los intereses. Lo que sí cabría plantearse, como hipótesis, si para que un interés supere el legal es necesario que el pacto que lo establece sea “negociado”, y dar prueba de ello.

Pero sí significaría que analizando lo que en el momento de contratar era interés legal/contractual/ y de mercado, podemos concluir que si el interés estipulado como moratorio se aleja en exceso de estos parámetros, será abusivo.

En definitiva, podemos decir que cuando el interés estipulado excede lo indemnizatorio y su parte punitivo/penal es mayor que la indemnizatoria, parece que hay que catalogarlo abusivo. Y esto estaría por ejemplo en multiplicar por 2 el interés legal, o en demasiados puntos por encima del remuneratorio. No hay más remedio que juzgar caso por caso.⁶¹

Por otra parte en el caso de que un interés moratorio sea abusivo parece que no hay que aplicarlo, la solución en este caso de abusividad sería la nulidad, y de esta forma no aplicar. No cabría una integración reductora, o una reducción conservadora de la validez algo que ya hemos comentado con ALFARO.

Volviendo a este punto tenemos que apuntillar que no aplicar no tiene por qué suponer que no haya indemnización ya que esto no sería justo. Aunque la cláusula sea abusiva y no se aplique, se produjo un incumplimiento de contrato por parte del consumidor. Por tanto, se debería sustituir la cláusula de intereses pactada por la aplicación de la indemnización ordinaria que el Juez decretaría ante un incumplimiento, la cual sería el interés legal.

De esta forma queda patente que el interés legal parece que debe ser un punto referencial elemental a tener en cuenta en estas situaciones.

Sobre este asunto DE CASTRO VÍTORES opina que no existe en derecho español una regla de “indemnización del mayor daño” sino que se espera que sean las partes las que

⁶¹ Por eso, reglas como la del art 144 LH pueden ser indicativas, pero nunca definitivas, y por otra parte, dado todo lo que acabamos de exponer, parece que este nuevo 114 LH, establece una regla demasiado generosa con los predisponentes.

predelimiten el daño. Al eliminar como nula la previsión realizada entiende que el Juez tiene cierto margen de libertad para moverse un poco por encima del 1108 CC, pero acaso incluso también por debajo, si estima que los daños y el coste de refinanciación para el predisponente puede estar incluso por debajo del interés legal actual.

De todas formas en el caso en que nos movemos, parece evidente que las partes, al menos el acreedor, no se conformaba con el interés legal, éste no colmaba los daños por él previsibles, y quiso fijar una cuantía mayor, aunque se excedió en esta cuantía.

Por último decir que sobre la solución de poner como indemnización al interés remuneratorio afirmamos que no parece una solución correcta, o, al menos generalizable, ya que éste está pactado hasta un cierto día, no para los retrasos posteriores. Y no olvidemos que el interés remuneratorio, pactado y prefijado como precio que opera por su tiempo, tiene distinto sentido y función que el interés remuneratorio. Aún con todo, si este interés es moderado y razonable pareciéndole al juez que indemniza adecuadamente, podría ser. No se pueden dar reglas fijas, salvo sólo que no es pertinente una aplicación indiscriminada y automática del interés remuneratorio como sustitutivo del que se anula por abusivo.

2.3-Sentencia del Tribunal Supremo (STS 265/2015, de 22 de abril)

Hechos

Los hechos se basan en la contratación por parte de un consumidor con el Banco Santander de un préstamo personal por importe de 12.729,61 € en póliza intervenida por Notario el 26 de septiembre de 2007, con plazo de vencimiento el 26 de noviembre de 2012.

Se fijó para el préstamo un interés remuneratorio anual nominal del 11,80% (TAE 14,23%) y un interés moratorio del 21,80% anual nominal. El consumidor no abonó las cuotas del préstamo a partir de abril de 2008.

De esta forma el Banco Santander declaró vencido anticipadamente el préstamo el 21 de mayo de 2010, y a su vez interpuso una demanda de juicio ordinario contra el consumidor, interesando el abono de 16.473,76 € en concepto de principal más intereses remuneratorios, y de 4.942,13 € en concepto de intereses moratorios.

El demandado alegó que los intereses moratorios eran excesivos, por lo que interesaba su moderación al límite de 2,5 veces el interés legal del dinero en el momento de celebración del contrato (en 2007 el interés legal del dinero era del 5%, por lo que instaba su moderación al 12,5%).

La Audiencia Provincial (AP) declaró abusivos dichos intereses aplicando por analogía el criterio del art. 20.4 de la LCCC, que, como dice AGÜERO⁶², impide que los intereses moratorios en caso de descubiertos en cuenta, sean superiores a 2,5 veces el interés legal del dinero. Por lo tanto, siendo los intereses moratorios pactados superiores en más de cuatro veces el interés legal del dinero, los consideró abusivos expulsando del contrato dicha cláusula⁶³.

El Banco Santander interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra dicha sentencia, alegando en primer lugar que la cláusula fue negociada por lo que no le es aplicable el control de abusividad; en segundo lugar que el interés fijado no era abusivo; y por último que de ser considerado abusivo, procedería su moderación pero no su supresión.

El fallo

En lo que concierne al fallo de esta sentencia el TS sentó como doctrina jurisprudencial que han de reputarse abusivas las cláusulas relativas a intereses moratorios no negociadas individualmente, en el ámbito de préstamos personales sin garantías adicionales, que supongan un incremento de más de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

Por otra parte coincidió con la AP en considerar abusiva la cláusula que estipulaba unos intereses moratorios del 21,8% por suponer un incremento de 10 puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio fijado, casando la sentencia de apelación dejando sin efecto las consecuencias de la nulidad de la cláusula allí establecidas, acordando *“que se elimine el incremento de diez puntos porcentuales que supone dicho interés de demora, y se siga devengando el interés remuneratorio hasta el completo pago de lo adeudado”*. De esta forma, considera que el recurso de casación ha sido estimado en parte *“en tanto que esta solución es más favorable a Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial”*.

Conclusiones

Por último utilizaremos las conclusiones a esta sentencia de la mano de AGÜERO ORTIZ⁶⁴, y a su vez de ALFARO.

⁶² AGÜERO ORTIZ, I., «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos», CESCO (*on line*), 6/2015, pág 3

⁶³ Tengamos en cuenta que el STJUE de 14 de junio de 2012 [TJCE 2012, 143], asunto C-618/10, explicita: “los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma”

⁶⁴AGÜERO ORTIZ, I., “Los intereses moratorios...”, cit, pág 15.

AGÜERO ORTIZ afirma que no se comprende el motivo por el que el TS fija un criterio de abusividad muy restrictivo, si en evaluación de corrección interna no está dispuesto a admitir las consecuencias de la abusividad declarada, viéndose obligado a realizar una interpretación no justa de los intereses integrantes del préstamo, para permitir que el acreedor se vea resarcido por los daños y perjuicios sufridos.

El préstamo no podría seguir devengando interés remuneratorio pues ha sido vencido anticipadamente por el acreedor, por lo cual el préstamo no se halla en una fase de remuneración por el plazo pactado, sino en una fase de indemnización por el incumplimiento en el abono de las cuotas. Además, la *“eliminación del incremento porcentual”* sería una reducción de los intereses moratorios en la cuantía de dichos puntos porcentuales.

AGÜERO ORTIZ se pregunta si en el seno de una cuestión prejudicial, el TJUE declararía que esta sentencia es conforme al derecho de la UE y al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Por último concluye que las repercusiones que esta sentencia puede tener en el mercado de crédito pueden ser estrepitosas pues podría producirse un aumento inminente de los intereses remuneratorios de los préstamos personales, e incluso la desaparición de las tarjetas de crédito con intereses remuneratorios del 0% si se abona lo adeudado a final de mes.

Podría decirse que el mejor criterio que podría haber adoptado el TS habría sido un multiplicador sobre el interés legal del dinero, por comportar un factor de actualización objetivo, y por no estar en manos de ninguna de las partes intervinientes su determinación o modificación.

Por su parte para ALFARO⁶⁵ el Supremo se equivoca cuando alude al TJUE, ya que este último estaba refiriéndose realmente a lo que los alemanes llaman *“interpretación integradora del contrato”* la cual consiste en que el juez trata de determinar qué habrían pactado las partes en el caso concreto si hubieran previsto la laguna contractual y se hubieran comportado leal y diligentemente. Sin embargo el Supremo repasa todas las normas que establecen límites a los intereses.

Dice que se vuelve a equivocar el Supremo cuando afirma que sustituir la cláusula abusiva por unos intereses moratorios proporcionados no es contrario a la Directiva. Según ALFARO el error consiste en creer que el consumidor sigue debiendo intereses remuneratorios una vez que el contrato de préstamo se ha resuelto y se reclama, por el banco,

⁶⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, «La Sentencia de Tribunal Supremo ...», Blog *Derecho Mercantil, Almacén del Derecho*, 18 de mayo de 2015.

la devolución del capital más los intereses remuneratorios devengados hasta ese momento. A partir de ese momento, la cantidad debida debe generar intereses moratorios que, en caso de no pactarse o que la cláusula correspondiente sea nula, deben equipararse al interés legal del dinero.

Por último concluye afirmando que el Juzgado y la Audiencia no lo hicieron del todo bien. El Juzgado, porque consideró válida la cláusula de intereses moratorios y la Audiencia porque no reconoció al banco derecho alguno a ser indemnizado por los daños causados por la mora del deudor.

Consideramos oportuno acabar este apartado repitiendo nuevamente la conclusión final de ALFARO afirmando que los intereses moratorios superiores al interés legal del dinero e incluidos en una cláusula predispuesta son abusivos y nulos y el banco tiene derecho exclusivamente al interés legal del dinero por aplicación del art. 1108 CC⁶⁶.

3-CLÁUSULAS SUELO

3.1-Concepto

Antes de nada, previamente antes de centrarnos en las cláusulas suelo, cabe decir que en la actualidad, existen tres tipos de hipotecas dependiendo del tipo de interés que en ellas se establezca. Por una parte hipotecas fijas (si se paga la misma cantidad durante toda la duración del préstamo), hipotecas variables (si el interés que se va a aplicar varía en función de la evolución de los tipos de interés) e hipotecas mixtas (concurrentes los dos tipos anteriores, teniendo un tipo de interés fijo en el período inicial⁶⁷ y posteriormente un tipo de interés variable).

En España la mayoría de hipotecas, en los últimos tiempos, tienen un tipo de interés variable dependiente del Euribor. El problema era que en los contratos de préstamo hipotecario se incluían límites por debajo de los cuales los intereses no podían reducirse o límites por encima de los cuales no podían crecer aunque el Euribor se encontrase por encima, respectivamente.

⁶⁶ Recordar lo dicho anteriormente en la cita 56.

⁶⁷ UTRERA, E, 2016, “¿Hipoteca mixta? Sepa cómo elegir la mejor”, *Expansión*. Disponible en <http://www.expansion.com/ahorro/2016/02/07/56b7bb49e2704e5e558b45de.html> [Consulta 27/03/2017]. En la hipoteca mixta, el período inicial debe de ser superior a un año. Además, los expertos recomiendan que la duración de esta parte fija sea de al menos 10 años.

Las **cláusulas suelo** son aquellas que las entidades bancarias incorporan a los contratos con el fin de limitar el impacto de la bajada del tipo de interés, cuando éste se sitúa, por debajo de los baremos de las entidades u organismos independientes, generalmente el Euribor. Este tipo de cláusulas favorecen a las propias entidades bancarias y dejan en una situación de inferioridad a los consumidores, pues se trata de proteger los intereses económicos de aquellos ante la posible bajada del tipo de interés que tendría para ellas efectos perjudiciales⁶⁸.

3.2-Desarrollo y evolución jurisprudencial

Durante los últimos años las entidades bancarias españolas han incluido este tipo de cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario de manera habitual.

En otros países europeos la presencia de contratos que tuviesen incorporados estas cláusulas ha sido muy escasa, pues en sus legislaciones la inclusión de las mismas está sometida a diversos requisitos y restricciones.

Las cláusulas suelo se han incorporado a los contratos de préstamo hipotecario de dos formas distintas pero con diferentes matices: a través del suelo hipotecario o del suelo de la hipoteca, es decir, estableciendo un tipo mínimo de referencia o un tipo mínimo de interés, respectivamente. Ambas formas son similares pero tienen diferentes matices.

Lo que se conoce como suelo hipotecario, consiste en señalar un mínimo para el índice de referencia del que se trate, en nuestro caso, suele tomarse como índice de referencia el Euribor. La segunda modalidad, trata de calcular el cupo de los intereses remuneratorios finales sumando al final el margen diferencial que se había establecido con anterioridad.

Estas formas de incluir las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, son perjudiciales para el consumidor: mientras que a las entidades bancarias, les reporta ciertos beneficios, pues independientemente de la variabilidad del índice de referencia, y de la bajada que podría suponer en los pagos que los consumidores debieran hacer al mes, las entidades bancarias, siempre van a cobrar una suma de dinero mínima por encima de lo que lo harían si se tratase de un contrato sin este tipo de cláusulas.

A continuación trataremos la evolución.

⁶⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. “*Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*”. Valencia: Tirant lo Blanch tratados, 2016. págs 209 y siguientes

La cláusula suelo⁶⁹, es una cláusula que se incorpora a un contrato de préstamo hipotecario a interés variable y que pretende mitigar las oscilaciones del tipo de interés a la baja. Hace tiempo que se empezaron a plantear las primeras demandas ante los tribunales en esta materia. Las dos primeras sentencias fueron: La sentencia de Sevilla que luego fue objeto de recurso de casación y que dio lugar a la STS 9.5.2013 y la de la Audiencia Provincial de Cáceres, que declaraba la nulidad de la cláusula suelo con la restitución íntegra de las cantidades, en línea con la posición manifestada después por el TJUE en su sentencia de 21.12.2016.

El punto de referencia fundamental, fue la STS del 9.5.2013 que venía llamada a resolver, como sostenían las entidades de crédito, si la cuestionada cláusula suelo estaba fuera del control de abusividad por constituir un elemento esencial del contrato. El TS afirmó que se trataba de un elemento esencial, pero aclarando que sí debía ser objeto de un control de transparencia material, de forma que el consumidor hubiera podido comprender que dicha cláusula constituía un elemento esencial del contrato. Aquella sentencia aclaró que las entidades dieron un tratamiento secundario a la cláusula que convertía un préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo.

El fundamento del control de transparencia, que se ha ido plasmando en las diferentes sentencias del TS, respondía a un deber contractual de transparencia del predisponente respecto de la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato. El alcance de esta transparencia no quedaba reducido a un criterio de contraste interpretativo sobre la inteligencia o la claridad gramatical de la formulación empleada, sino que se ahondaba en un enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta para contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles de forma que el consumidor no sólo comprendiera gramaticalmente la cláusula sino sobre todo las consecuencias económicas y jurídicas de la misma.

La sentencia del TS de 9.5.2013 mencionaba varios criterios de transparencia o no transparencia, los cuales se completaron en la STS 8.9.2014. Primero, la creación de la apariencia de que se contrataba un préstamo a interés variable en el que las variaciones a la baja del índice de referencia repercutirían en una disminución del importe de las cuotas, y por otro lado la falta de información suficiente. La creación de una aparente contraprestación

⁶⁹ SANZ ACOSTA, L. “Alcance y contenido del control de transparencia tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 y la STS de 9 de marzo de 2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?“, CESCO (online), 3-4 julio de 2017, p.22-24

por vía del techo, cuando en realidad los techos eran inalcanzables. Su inserción entre una abrumadora cantidad de datos entre los que este tipo de cláusulas quedaban enmascaradas, pasando desapercibidas al consumidor; y la inexistencia de escenarios comparativos o de información comparativa respecto a otros productos de la entidad.

Por su parte, la STS de 24.3.2015 señaló que estas cláusulas no sólo deben redactarse de forma clara y comprensible sino que no pueden utilizarse cuando impliquen una alteración del objeto del contrato o del equilibrio que existía entre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al cliente.

Respecto al asunto de cuándo la cláusula suelo es transparente, la STS de 9.3.2017, declaró la transparencia de una cláusula suelo por comprender que en tal caso concurrían circunstancias que permitían inferir que el consumidor había comprendido su alcance.

Para determinar si una cláusula es transparente, en opinión de SANZ ACOSTA debe tomarse en consideración la información suministrada que debe ser tal que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que puede incidir en el contenido de sus obligaciones de pago y que le permita tener un conocimiento real y completo de cómo juega en la economía del contrato. Este autor considera que no se exige en absoluto la concurrencia de todos los requisitos del control de transparencia mencionados en la STS de 9.5.2013, pues en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación permita inferir que el consumidor tuvo un conocimiento real y completo de la cláusula. La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia deberá declararse caso por caso en atención a las circunstancias concurrentes.

3.3-Sentencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2013)

En 2010 se dictó la primera sentencia que obligó a anular una cláusula suelo. Se trata de la sentencia de 30 de Septiembre de 2010, del Juzgado Número 2 de lo Mercantil de Sevilla⁷⁰. Desde entonces, muchas sentencias han reiterado la nulidad de estas cláusulas suelo, siendo determinante la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013**⁷¹, que marca un punto de inflexión.

Señalaremos brevemente, los hechos que condujeron a esta resolución.

⁷⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. *op. cit.*, páginas 209 y siguientes

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013

AUSBANC CONSUMO -Asociación de usuarios de los servicios bancarios-, interpuso una demanda contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Cajamar, Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, Caja de ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra.

La interposición de esta demanda, se produjo con el fin de hacer cesar las condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, instando a que se declarasen como cláusulas abusivas, las cláusulas suelo que incluían en sus contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores. Para ello, se ejercitó por parte de AUSBANC una acción colectiva de cesación de las mismas.

El 30 de septiembre de 2010, el Juzgado de lo Mercantil N°2 de Sevilla, dictó sentencia condenatoria contra BBVA, Cajamar y Caixa Galicia por la imposición de cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo hipotecario e instaba a que en lo sucesivo no volviesen a incluir tal tipo de cláusulas en sus contratos. Contra esta sentencia, las entidades, interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla.

El 7 de octubre de 2011, se dictó sentencia estimando estos recursos, revocando la sentencia anterior y declarando que las cláusulas citadas anteriormente no eran nulas, y por tanto, estas entidades bancarias quedaron absueltas. Esta resolución se recurrió, por un lado, por parte de AUSBANC, interponiendo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y, por otro lado, por parte de Ministerio Fiscal interponiendo recurso de casación. La Sala Primera del Tribunal Supremo, admitió todos los recursos.

Los recursos fueron analizados por el Tribunal Supremo, y dictó sentencia el 9 de mayo de 2013.

En cuanto al control de oficio de la existencia de dichas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo, siguiendo la línea del TJUE⁷², determinó que no es el consumidor el que tiene que plantear el carácter abusivo de alguna de las cláusulas de sus contratos. El juez debe apreciar de oficio ese carácter de una cláusula contractual.

En principio, el Juez no puede apartarse de los hechos fundamentales que han fijado las partes para justificar lo que reclaman, ya que un proceso debe iniciarse por las partes y no de oficio, pero en este caso habría que hacer los ajustes procesales necesarios para que el juez pueda examinar, a no ser que, se trate de un caso de interés público donde se exija la intervención del juez de manera excepcional.

⁷² SSTJUE de 6 de octubre 2009 Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 32, 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618-10, apartado 42+43 y 21 de febrero de 2013, Caso Banif Plus Bank Zrt 23.

Una vez sentadas estas bases, es importante analizar si las cláusulas contractuales de estabilización de tipos de interés, son condiciones generales de la contratación. Para ello, la doctrina estableció que se deben de cumplir ciertos requisitos: Contractualidad, Predisposición, Imposición y Generalidad.

El TS considera que dichas cláusulas se refieren al objeto principal del contrato teniendo una función definitoria esencial.

Por otra parte el Tribunal Supremo, establece que para poder declarar las cláusulas suelo, como nulas, se requiere que se declare que dichas cláusulas son abusivas, pues las cláusulas suelo se entenderán como lícitas cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos⁷³.

La doctrina concluyó que, las cláusulas referidas en la citada STS de 9 de mayo de 2013, cumplían con el control de incorporación en los contratos de préstamo hipotecario pero no con el control de transparencia real pues no tenían la claridad necesaria para los consumidores.

Por su parte para poder considerar las cláusulas suelo como abusivas es necesario que: sean condiciones generales no negociadas individualmente e impuestas en la mayoría de los contratos, causen un desequilibrio en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de préstamo y, dicho desequilibrio sea perjudicial para el consumidor.

El TS calificó las cláusulas suelo objeto de la STS 241/2013 como cláusulas abusivas al considerar que se cumplían los requisitos anteriores. Ahora bien, una vez calificadas las cláusulas suelo como abusivas y por consiguiente, nulas, la doctrina matizó que su nulidad no comportaba de los contratos en los que estaban incorporadas, pues tal nulidad no suponía una imposibilidad para que el contrato subsistiera. Además, es necesario remarcar que no cabe afirmar la nulidad radical en todos los casos, sino que deber ser objeto de análisis caso por caso.

Finalmente y en base a lo anterior, el TS condenó a las entidades bancarias citadas previamente a excluir de sus contratos las cláusulas suelo y a no volver a incluirlas en más contratos de esta forma. Sin embargo, los contratos que ya se encontraban en vigor y que incluyesen este tipo de cláusulas, subsistirían en los mismos términos en los que acordaron las partes, eliminando de los mismos las cláusulas suelo. Además, respecto a la retroactividad

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 241/2013, p. 80.

de la sentencia, se declaró la irretroactividad de la misma, por lo que no tenía efectos en los hechos acontecidos anteriormente a ella.

La STS de 9 de mayo de 2013, estableció las bases sobre cómo debía realizarse el control de las cláusulas suelo, a través de un “doble control de transparencia”: con el fin de examinar la abusividad de las mismas. No obstante, el Tribunal Supremo insiste que debía realizarse el doble control de transparencia. En la práctica, los tribunales declaran que una cláusula suelo es nula cuando no supera el control de transparencia. La STS 241/2013, sentó doctrina en relación al asunto de las cláusulas suelo. Este doble control se basaría en: si la información que se facilita y en los términos en los que se facilita cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles⁷⁴.

Esta sentencia, se vio completada con un Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. En él, el Tribunal Supremo aclaró, a petición de las entidades bancarias demandadas, que en su fallo número séptimo, al declarar la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo de dichas entidades, las razones que expone, son relativas únicamente a las cláusulas analizadas en dicha sentencia.

Para concluir este apartado aportaré diferentes comentarios sobre esta sentencia de 9 de mayo de 2013.

ALFARO ÁGUILA-REAL⁷⁵ afirma, a finales del 2016, que en 2013 el TS se comportó de manera *imprudente*. Entiende ALFARO, que el TS debió limitarse a calificar en abstracto como *intransparente* una cláusula suelo como la que era objeto del pleito, sin pronunciarse sobre las consecuencias que, para cada contrato de préstamo individualmente considerado, tenía tal declaración. Después, los juzgados y las audiencias podrían valorar si la cláusula-suelo había sido introducida o no con transparencia en cada caso concreto.

ALFARO también consideró imprudente el hecho de establecer los criterios para calificar como transparente o intransparente una cláusula-suelo, siendo en su opinión demasiado rígido y estricto, aunque, afortunadamente, las Audiencias con mayor flexibilidad, hicieron un poco lo que les pareció al respecto.

⁷⁴ El Derecho.com (2015): *Doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo*. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Doctrina-jurisprudencial-clausulas-suelo_11_807430002.html

⁷⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J, « La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», Blog *Derecho Mercantil*, *Almacen del Derecho*, 21 de diciembre de 2016.

Para limitar los “daños” de su imprudencia, continúa ALFARO, el Tribunal Supremo, armado de arrogancia, se autoatribuyó la facultad de limitar los efectos de sus sentencias y estableció que los bancos condenados en el pleito que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sólo debían restituir los intereses pagados por los clientes en virtud de la cláusula-suelo a partir de dicha fecha y no los anteriores.

Por su parte, para el profesor PERTÍÑEZ VILCHEZ⁷⁶, lo verdaderamente relevante de la sentencia, admirando la valentía del TS, es que el deber de transparencia no se ha situado en un mero cumplimiento de los requisitos de incorporación o de las normas sobre transparencia bancaria (OM 1994), que en la práctica se limitaban a un simple “*firme usted aquí*” (la oferta vinculante) y a una lectura apresurada en la Notaría de las cláusulas financieras, entre las que pasaba inadvertida la cláusula suelo. Valora este autor que la sentencia declare que la información sobre las cláusulas suelo debía estar al mismo nivel que la que se aportaba en la fase precontractual respecto del diferencial, puesto que en realidad diferencial y suelo son los integrantes del interés.

También a PERTÍÑEZ, le causa un gran estupor el pronunciamiento sobre la irretroactividad de la sentencia, ya que considera que no era en absoluto necesario, por cuanto que lo que se ejercitó fue una acción de cesación, cuyo efecto es a futuro y no tiene transcendencia sobre la validez de las cláusulas en los contratos. El pronunciamiento le parece incongruente. PERTÍÑEZ VILCHEZ duda de si la irretroactividad de la nulidad está llamada a producir efectos de cosa juzgada material respecto de los préstamos hipotecarios concertados con las entidades demandadas o si no produciendo este efecto, este pronunciamiento pretende sentar Jurisprudencia sobre los efectos de la declaración de nulidad de cláusula suelo en el ejercicio de las acciones individuales.

No le convencen en absoluto ninguno de los argumentos empleados para justificar la irretroactividad de la declaración de nulidad y particularmente la referencia a perjuicios macroeconómicos.

A continuación, hablamos sobre la Sentencia que dictó el **TJUE el 21 de diciembre de 2016** sobre la retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo.

El Tribunal de Justicia consideró que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula

⁷⁶ PERTÍÑEZ VILCHEZ, F, comentario al artículo de ALFARO ÁGUILA-REAL «La Sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo», Blog *Derecho Mercantil, Almacén del Derecho*, 10 de mayo de 2013

abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

La limitación en el tiempo de los efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo priva a los consumidores españoles que celebraron un contrato de préstamo hipotecario antes de la fecha del pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo del derecho, a obtener la restitución de las cantidades que pagaron indebidamente a las entidades bancarias. De tal limitación resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas, en contra de lo que exige la Directiva.

El TJUE, finalmente concluye, que en principio una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor "Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula".

De esta forma concluimos el apartado sobre las cláusulas suelo.

CUARTA PARTE

HIPOTECAS MULTIDIVISA Y CLÁUSULA DE GASTOS

En esta última parte, hablo sobre las hipotecas multidivisa desarrollando el concepto y mencionando una sentencia del TS de 2017. Además, por último me centro en la cláusula de gastos, destacando una sentencia del TS de este año, sobre los gastos de hipoteca.

1-HIPOTECAS MULTIDIVISA

En este apartado trataremos sobre las hipotecas multidivisa.

Antes de comenzar con la definición hay que decir que este tipo de hipotecas están ocasionando un problema social tan preocupante como el provocado en su día por la comercialización de las denominadas “preferentes”. La diferencia está en el hecho de que su denuncia no ha llegado a calar del mismo modo en los medios de comunicación; sin embargo esta situación puede transformarse, pues el Tribunal Supremo se ha pronunciado por primera vez sobre estos complejos productos financieros reconociendo que estamos ante productos cuyos riesgos exceden de los que tienen los préstamos hipotecarios convencionales, y que las entidades financieras estaban obligadas a informar de dichos riesgos.

1.1-Concepto y desarrollo

La hipoteca multidivisa es un préstamo hipotecario en divisa extranjera regulado en el art. 312 Código de Comercio, con una garantía hipotecaria, a la que resulta de aplicación la normativa de protección de consumidores y la normativa bancaria en materia de préstamos. En estas hipotecas, la entidad incluye una cláusula que permite al prestatario cambiar de una moneda a otra sin necesidad de cambio (opción multidivisa), con el fin de que el prestatario evite el riesgo de los devenires de la moneda extranjera en la que inicialmente se concedía el préstamo.

El TS, a través de su Sentencia del 30 de junio de 2015, interpretó que las hipotecas multidivisa constituían instrumentos financieros.

Por su parte CAZORLA GONZÁLEZ, afirma que las hipotecas multidivisa no formaron parte de estrategias comerciales agresivas por parte de las entidades bancarias, sino que

fueron determinados colectivos profesionales los que empezaron a solicitar este tipo de productos, y esto incentivó el interés de los consumidores en estos productos⁷⁷.

La STJUE del 3/12/2015 definió a las hipotecas multidivisa como productos bancarios en los que el cambio de divisas que se produce durante la ejecución del contrato es la ejecución de una serie de obligaciones, sin incorporar un derivado financiero vinculado a divisas. Como afirma el TJUE, su finalidad es la financiación y no la inversión. De esta forma afirmamos que la diferencia entre un préstamo hipotecario en euros y un préstamo hipotecario multidivisa es el riesgo derivado de la fluctuación de la moneda. Al riesgo del tipo de interés se suma el riesgo del tipo de cambio.

El juego de las divisas extranjeras tiene que ver con la ejecución de una de las obligaciones del préstamo hipotecario. Existen cláusulas, como la que establece una comisión por realizar el cambio de divisa, que podría someterse al control de abusividad. Sin embargo la mal llamada “cláusula multidivisa”, refiriéndose a aquella que establece la divisa en que se concede el préstamo, constituye un elemento esencial del contrato y en principio parece que no puede ser sometida al control de abusividad.

Siguiendo con las definiciones, para GABEIRAS una *hipoteca multidivisa* es en apariencia un simple préstamo con garantía hipotecaria en el que concurre una diferencia esencial con los préstamos convencionales⁷⁸.

La diferencia estaría basada en el hecho de que no coincide la moneda entregada en concepto de préstamo (euros) y la moneda a la que queda inscrito el préstamo en la propia escritura, (en la mayoría de los casos yenes o francos suizos). Por esta falta de coincidencia, el hipotecado, que además tiene en el euro su moneda funcional, tendrá que pagar el contravalor en euros del importe fijado en la divisa. Sea cual sea dicho contravalor, que variará en función de la evolución que tenga el tipo de cambio euro/divisa.

Otra definición: aquellas hipotecas que se suscriben en otra moneda, para aprovechar los tipos de interés más bajos de esas monedas y la evolución de la divisa⁷⁹.

⁷⁷ CAZORLA GONZÁLEZ´SERRANO, L. “Hipotecas multidivisa: ¿son realmente productos financieros?”, CESCO (online), 3-4 julio de 2017, p. 34-35.

⁷⁸ GABEIRAS, P., “Hipotecas multidivisas, un problema tan grave como el de las preferentes”, *EL PAÍS*, 25 de Julio de 2015, https://elpais.com/elpais/2015/07/24/opinion/1437741353_797150.html

⁷⁹ MAQUEDA, A., “El Supremo declara nulas las hipotecas multidivisa que sean opacas”, *EL PAÍS*, 16 de noviembre de 2017, https://elpais.com/economia/2017/11/15/actualidad/1510776409_251659.html

Estos préstamos presentaban un riesgo muy difícil de manejar para un ciudadano corriente: si la moneda en la que estaba la hipoteca se apreciaba frente al euro, las cuotas mensuales del préstamo se elevaban porque el crédito estaba concedido en esa divisa. Y eso suponía colocar al hipotecado a merced de las fluctuaciones en el mercado de divisas.

GABEIRAS afirma en su artículo de 2015, que el problema estaba en lo que los bancos no contaban. La mayoría de los hipotecados desconocían que la fluctuación de la divisa no sólo afectaba a la cuota, también impactaba sobre el capital prestado, y de esta forma el saldo vivo en euros, que se correspondía con la cantidad entregada, se recalculaba diariamente en función de la evolución del tipo de cambio al que se hubiese indexado el préstamo.

El otro aspecto del que tampoco informaron los bancos, era que la fortaleza del euro en aquellos años, estaba muy cuestionada por los mercados financieros y que todas las entidades financieras mundiales estaban anticipando la más que probable revalorización de las divisas que servían de referencia: principalmente el yen y el franco suizo.

GABEIRAS opina que quien se hipotecó en divisas años atrás lo que estaba haciendo era una apuesta contra todo el mercado financiero mundial, la cual era un despropósito debido a la afición a personas que sin ser expertas ven comprometida la vivienda en la que residen con sus familias.

A continuación tratamos de la Sentencia del Tribunal Supremo del pasado mes de noviembre, en la que se declaran nulas las hipotecas multidivisa si hubo falta de transparencia⁸⁰.

1.2-Sentencia del Tribunal Supremo (STS del 15 de noviembre de 2017)

La sentencia aplica los criterios del fallo del TJUE del pasado 20 de septiembre donde dictaminaba que las hipotecas multidivisa son abusivas en aquellos casos en que el cliente no fue debidamente informado sobre el tipo de producto que estaba contratando y los riesgos que asumía al hacerlo. De esta forma la sentencia del TS considera que "*aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas*".

⁸⁰ SANZ, E; "El Supremo declara nulas las hipotecas multidivisa si hubo falta de transparencia", *EL CONFIDENCIAL*, 15 de noviembre de 2017, https://www.elconfidencial.com/vivienda/2017-11-15/hipotecas-multidivisa-clausulas-abusivas_1478178/

El TS afirma que *"la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera"*.

El TS dictamina que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia y, por tanto, declara *"la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros"*. Entiende el alto tribunal que *"la nulidad total supondría un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, y que la nulidad parcial es posible por el régimen contractual previsto en el préstamo hipotecario"*.

De esta forma concluimos esta breve aportación sobre las hipotecas multidivisa.

2- CLÁUSULA DE GASTOS

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, resuelve, en el Fundamento de Derecho Quinto, un recurso de Casación interpuesto por BBVA, SA. En su séptimo motivo, declara la nulidad por abusiva de la cláusula que impone al prestatario consumidor todos los costes derivados del contrato de préstamo hipotecario.

La sentencia, no declara abusiva la cláusula de gastos por su generalidad, esto es, por repercutir "todos" los gastos al consumidor, sino porque dentro de "todos" esos gastos se incluyen gastos que naturalmente corresponden al empresario.

Entiende el Tribunal, que el argumento principal al respecto es: el interesado principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario es el banco, pues gracias a ello obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial, en caso de impagos. Dicho en otras palabras, tiene el poder de quedarse con el piso si no pagas la deuda.

Para AGÜERO ORTIZ⁸¹ el TS declaró abusiva la cláusula de gastos (STS de 23/12/2015) no por falta de transparencia o su generalidad, sino por ser una estipulación contraria a la buena fe que provoca un desequilibrio relevante en la posición jurídica del consumidor, siendo difícil de considerar que la habría aceptado en el seno de una negociación

⁸¹ AGÜERO ORTIZ, A., "Nulidad de la cláusula de gastos de formalización: alcance y consecuencias", CESCO (online), 3-4 julio de 2017, pp.13

individualizada (art. 82 TRLGDCU); y, adicionalmente, por constituir un supuesto específico de los recogidos en la lista negra, de cláusulas abusivas (art. 89.3 TRLGDCU).

La sentencia no contiene pronunciamiento respecto a los efectos restitutorios. AGÜERO comprende que deberán restituirse los importes que el Derecho supletorio no asignara al consumidor-prestatario.

Respecto a los gastos notariales, opina que habría cabido una distribución equitativa del gasto, al no estar regulado en norma con rango legal quién sea el obligado al pago, por lo que trasladar todo el gasto notarial al consumidor comporta un desequilibrio para el mismo. La entidad prestamista es la que solicita la intervención del Notario y es el interesado según las normas sustantivas y fiscales.

En relación con los gastos registrales, el art. 19 bis 6ª de la Ley Hipotecaria determina que el obligado al pago es el interesado, que es el acreedor garantizado, pues el préstamo no es objeto de inscripción registral, sino sólo el derecho real de garantía (la hipoteca).

AGÜERO señala que existen grandes divergencias entre jueces y tribunales. La Audiencia Provincial de Pontevedra concluye que, si bien la cláusula es abusiva, no procede la restitución, en ocasiones por entender que tal efecto no es automático, en otras por comprender que no se puede restituir lo que se pagó a un tercero ajeno al pleito. Ambos criterios serían erróneos, pues el TJUE ha reiterado que declarada la abusividad de la cláusula, debe procederse a situar al consumidor en la posición que habría tenido de no existir aquella, y además el pagador de una deuda ajena se subroga en la posición del acreedor (art. 1158 CC), por lo que no existe impedimento a la restitución. Por otra parte algunos juzgados como los de Bilbao, Barakaldo y Zaragoza, ordenan la restitución pero con una moderación del 50% o el 70%, lo que de nuevo vulnera, en opinión de AGÜERO ORTIZ, la reiterada jurisprudencia del TJUE⁸².

Respecto a los gastos de tasación, a diferencia de los gastos anteriores, no existe una norma de Derecho supletorio que atribuya estos gastos. Ahora bien, en este caso (como en los gastos de gestoría) nos moveríamos en el ámbito de los arts. 89.4 y 5 TRLGDCU, relativos a la imposibilidad de imponer costes al consumidor por servicios accesorios no solicitados o que no puedan ser aceptados o rechazados. No existe ninguna norma que establezca que la tasación sea obligatoria para efectuar la oferta de crédito, sin embargo la Ley de Mercado Hipotecario, establece que para que un préstamo sea elegible para ser titulado, es decir, para

⁸² AGÜERO ORTIZ, A., “Nulidad de la cláusula de gastos...”, cit, pp.14-15

que las entidades de crédito lo coloquen en el mercado desprendiéndose del riesgo de impago, es necesaria una tasación previa.

Sobre los gastos de gestoría, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España reitera que dicho servicio se presta en beneficio de la entidad de crédito, con el fin de evitar el riesgo de que una vez transferido el capital al consumidor, éste no inscriba la hipoteca. Solamente será válida la transmisión de estos gastos al consumidor en el caso de que haya tenido la opción de elegir hacerlo él personalmente o a través de una gestoría, de lo contrario se trataría de una cláusula abusiva (art. 89.4 TRLGDCU).

Respecto a los gastos de cancelación AGÜERO entiende que deben ser abonados por el consumidor, porque éste es el interesado en cancelar el gravamen que pesa sobre su finca. Según el art. 1168 CC los gastos derivados de la cancelación o del pago debe abonarlos el deudor. Por otra parte los gastos de desplazamiento y de certificado de deuda cero, no se pueden trasladar al consumidor, ya que es una obligación de la entidad.

Visto lo que dice AGÜERO, observamos que, en realidad es conveniente ir examinando uno por uno los diferentes conceptos de gasto que se ocasionan al contratar y garantizar un préstamo hipotecario, para tener una idea más clara sobre el equilibrio o desequilibrio de la estipulación.

En lo que respecta al plazo del ejercicio de la acción de restitución, existen varias opciones:

- A) Que la acción sea imprescriptible: Como la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, la acción de restitución que nace de ella tiene que tener el mismo plazo de prescripción. Así lo declaró el TS en una sentencia (25/3/2013).
- B) Que la acción prescriba: Teniendo en cuenta que debe ejercitarse una acción específica de restitución (art. 1303 CC), es evidente que el plazo de prescripción de dicha acción será el previsto en el art. 1964 CC. Sin embargo dicho precepto fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 octubre, debemos acudir al régimen transitorio aplicable. De esta forma, las acciones nacidas después del 7 de octubre de 2015 prescribirán en el plazo de cinco años “desde que se pudo exigir el cumplimiento de la obligación”.

Según AGÜERO es más razonable que se tome como dies a quo (momento inicial) el día en que se realizaron los pagos indebidos. Si adoptamos este criterio deberemos atender a la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, según la cual “El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939

del Código Civil”. Así explicó que, en virtud del críptico art. 1939 CC, el plazo de prescripción será el previsto antes de la modificación (15 años) siempre con el límite inexpugnable del nuevo plazo desde su entrada en vigor⁸³.

De esta forma una acción nacida en 2003 prescribirá en 2018, una acción nacida en 2005 prescribirá en 2020, sin embargo una acción nacida en 2006, 2007, 2008, etc. prescribirán también como máximo el 7 de octubre de 2020.

En definitiva en base a esta Sentencia del Tribunal Supremo, cada parte debe asumir los gastos y costes de su inversión o negocio, lo que produce el justo equilibrio en detrimento del desequilibrio causado al comprador, con la cláusula examinada, al hacerle asumir incluso los gastos de la inversión y garantía que realizaba la entidad financiera. Estos gastos deben ser costeados por el propio acreedor financiero que está garantizando el cumplimiento de su crédito.

Concretamente, respecto a alguno de estos gastos, se ha pronunciado recientemente el TS.

A continuación hablamos sobre la reciente Sentencia del TS del 28 de febrero sobre los gastos de hipoteca.

El pasado **28 de febrero**, el **Tribunal Supremo** concretó quién y cómo se paga el impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) que se devenga como consecuencia de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria. Exonera a las entidades del impuesto de actos jurídicos documentados pero les impone parte del gasto notarial.

El Tribunal Supremo dictaminó que son los clientes quienes deben pagar el Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales (ITP) y Actos Jurídicos Documentados (AJD), en la constitución de hipotecas, de acuerdo con lo acordado por el Pleno de la Sala Primera del alto tribunal, que da la razón en este punto a los bancos. En concreto, la Sentencia del Supremo establece que por la constitución del préstamo, el pago incumbe al titular de la hipoteca, pero en cambio por el timbre de los documentos notariales, el impuesto corresponde a la matriz, que se abonará "por partes iguales" entre el prestamista y prestatario, y el correspondiente a las copias, por quien las solicite⁸⁴.

⁸³ AGÜERO ORTIZ, A., “Nulidad de la cláusula de gastos...”, cit, pp.15-16

⁸⁴ Libre Mercado (2018): *El Supremo sentencia que el cliente debe pagar los impuestos de la hipoteca, no el banco*. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2018-02-28/el-supremo-sentencia-que-el-cliente-debe-pagar-los-gastos-de-la-hipoteca-no-el-banco-1276614683/>

Este consideró que la banca no comete un abuso al cargar al cliente el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP) y el impuesto de Actos Jurídicos Documentados (AJD) asociado a la constitución de una hipoteca.

De esta forma, el Tribunal falla a favor de las entidades bancarias, dado que suele ser práctica habitual que los hipotecados paguen los impuestos relacionados con la constitución de las hipotecas, el grueso de los gastos relacionados con la suscripción de un préstamo hipotecario.

CONCLUSIONES

En este trabajo he llegado a varias conclusiones acerca de la desigualdad contractual que surge en un contrato entre las dos partes.

En los últimos tiempos, debido a fenómenos económico-sociales se han producido cambios importantes en la estructura del mercado. El incremento de poder de grandes empresas las permitió estar en una posición de superioridad respecto a los consumidores, creándose de esta manera una asimetría contractual. Otros factores que contribuyeron a esta asimetría fueron los contratos en masa y la internacionalización del mercado. A raíz de todo esto existe una parte más fuerte en el contrato, la empresa; y una parte más débil, generalmente el consumidor. De esta forma, la autonomía de la voluntad, se reduce a un sólo aspecto, a la libertad de contratar: la parte puede celebrar o no el contrato, puede contratar o no, adherirse o no a la oferta preestablecida; pero sin embargo no puede introducir ningún cambio, no ostenta libertad contractual.

Los ordenamientos jurídicos reaccionaron ante este problema. En España han surgido dos leyes sobre esto: la Ley 7/1998, de 13 de abril (LCGC), la cual se dedica a una regulación genérica de las condiciones generales de contratación; y el TRLGDCU, que es una norma extensa que desarrolla el artículo 51 de la Constitución española. En otros ordenamientos europeos también se ha producido esa reacción. Incluso en el derecho comunitario con la Directiva 93/13/ CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

El examen de la jurisprudencia sobre estas cuestiones me ha permitido darme cuenta de que, si bien la legislación puede parecer que está relativamente clara al respecto (desde la Directiva 13/93) da la impresión de que, en el concreto campo de la contratación que examino, han seguido durante largo tiempo utilizándose una estipulación predispuesta, que sin embargo era necesario someter a examen y reconsideración.

La jurisprudencia europea (Caso Aziz, y otros) junto con los tribunales españoles, han ayudado a esclarecer un tanto esta temática, intentando disminuir esas desigualdades contractuales.

Las reclamaciones de particulares y asociaciones han dado como resultado la declaración de abuso de ciertas cláusulas. A su vez los predisponentes deberán ser más cuidadosos al formular las cláusulas.

Toda esta temática va avanzando, y aún queda camino por hacer, es preciso dar respuestas nuevas con el fin de que surja una forma más leal y equitativa de contratar.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, Alicia; “Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos “, CESCO (*on line*), 6/2015.

AGÜERO ORTIZ, Alicia, “Nulidad de la cláusula de gastos de formalización: alcance y consecuencias”, CESCO (online), 3-4 julio de 2017.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (Coordinador); MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; DIEZ- PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN (directores). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Civitas. 1ª ed., Madrid, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “La Sentencia de Tribunal Supremo sobre cláusulas abusivas de intereses moratorios “, Blog *Derecho Mercantil, Almacén del Derecho*, 18 de mayo de 2015.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, Blog *Derecho Mercantil, Almacen del Derecho*, 21 de diciembre de 2016.

AVILÉS GARCÍA, Javier; “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España,” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; núm. 648, Septiembre - Octubre 1998.

BASOZÁBAL ARRUE, Xabier., “Estructura básica del préstamo de dinero”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael; “Las cláusulas de la hipoteca”: Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Colex, 2011, Madrid.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca”. Valencia: Tirant lo Blanch tratados, 2016.

CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, Luis., “Hipotecas multidivisa: ¿son realmente productos financieros?”, CESCO (online), 3-4 julio de 2017.

FERNANDO VILLALBA, Mª. DE L., “¿Pueden cobrarse intereses moratorios tras la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que los impone?”, en *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, 2015, nº178.

DE CASTRO VÍTORES, Germán: “Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas”. *En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 746, Noviembre 2014.

LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Dykinson, S.L, 8ª ed.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos (Coordinador); *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, Colex, 2014; 4ªed.

MIQUEL GONZÁLEZ, Jose María, “Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas”, en CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las Normas de protección de los consumidores*, Colex 2011, Madrid.

O’ CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de obligaciones*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2009.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. por Bercovitz, Aranzadi, Navarra, 1999-2000.

PÉREZ BENÍTEZ, JJ; “Cláusulas abusivas, vencimiento anticipado e incertidumbre judicial”, *ELDERECHO.COM*, 6 de abril de 2017, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Clausulas-abusivas-vencimiento-anticipado-incertidumbre-judicial_11_1074430003.html

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, Comentario al artículo de ALFARO ÁGUILA-REAL “La Sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo”, Blog *Derecho Mercantil, Almacén del Derecho*, 10 de mayo de 2013

QUIÑONERO CERVANTES, Enrique; “Las cláusulas abusivas”, en HERRERA CAMPOS, Ramón (editor) *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Granada, 2000.

SANZ ACOSTA, L. “Alcance y contenido del control de transparencia tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 y la STS de 9 de marzo de 2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?“, *CESCO (online)*, 3-4 julio de 2017, p.22

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, “Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo” *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2153, Abril de 2013,

ZUNZUNEGUI, F; “El TJUE establece el criterio a seguir por los jueces para declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado”, *NOTICIAS JURÍDICAS*, 26 de enero de 2017, <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11590-el-tjue-establece-el-criterio-a-seguir-por-los-jueces-para-declarar-abusiva-la-clausula-de-vencimiento-anticipado/>

El Confidencial (2017): *El Supremo declara nulas las hipotecas multidivisa si hubo falta de transparencia*. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/vivienda/2017-11-15/hipotecas-multidivisa-clausulas-abusivas_1478178/

El Derecho.com (2015): *Doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas suelo*. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Doctrina-jurisprudencial-clausulas-suelo_11_807430002.html

El País (2015): *El Supremo declara nulas las hipotecas multidivisa que sean opacas*. Disponible en: https://elpais.com/economia/2017/11/15/actualidad/1510776409_251659.html

El País (2015): *Hipotecas multidivisas, un problema tan grave como el de las preferentes*. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2015/07/24/opinion/1437741353_797150.html

Libre Mercado (2018): *El Supremo sentencia que el cliente debe pagar los impuestos de la hipoteca, no el banco*. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2018-02-28/el-supremo-sentencia-que-el-cliente-debe-pagar-los-gastos-de-la-hipoteca-no-el-banco-1276614683/>

