



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN**

GRADO EN DERECHO

Trabajo de Fin de Grado

“CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS”

Alumno: Peregrino Ebang OKUE AVOMO

Tutor: Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO

Convocatoria de Septiembre de 2014

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado versa sobre las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Son cláusulas abusivas aquellas que producen en los consumidores un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones, en contra de las exigencias de buena fe. En los préstamos hipotecarios no existe una lista cerrada de cláusulas abusivas, sino que pueden existir numerosos tipos, pues la autonomía de la voluntad de las partes admite todo tipo de cláusulas, siempre que se respeten los límites fijados por el ordenamiento.

En los préstamos hipotecarios, generalmente, muchas de las cláusulas que han sido consideradas como abusivas pueden no serlo siempre que se redacten de una manera diferente (como muchas cláusulas de vencimiento anticipado) o no sobrepasen ciertos límites (en el caso de las cláusulas sobre intereses).

Las cláusulas suelo han sido consideradas por el TS como condiciones generales de la contratación, que inciden sobre los elementos esenciales del contrato y que, aunque a priori no se puede realizar un control de abusividad sobre estos, dicho control se hace necesario cuando no se supera el control de transparencia.

Aunque la dación en pago se está “vendiendo” como la solución a los problemas de los deudores hipotecarios, esta lleva aparejada numerosos problemas que afectan a otros sectores del ordenamiento y que el legislador no puede ignorar.

Palabras clave: cláusulas abusivas, préstamos hipotecarios, cláusulas suelo, condiciones generales de la contratación, control de transparencia, control de contenido, dación en pago.

ABSTRACT

This Final Project Work versa on unfair terms in mortgage lending. Those that produce unfair terms in consumer a significant imbalance in the rights and obligations, contrary to the requirements of good faith. In mortgage lending, there is no closed list of unfair terms, but there may be many types, as the autonomy of the parts will support all kinds of clauses, provided that the limits set by the laws are respected.

In mortgage lending, generally, many of the clauses which have been considered abusive can be really

abusive if they are written in a different way (as many clauses for early termination) or do not exceed certain limits (in the case of clauses interests).

The ground clauses have been considered by the TS as general contracting conditions, which affect the essential elements of the contract and that, although a priori cannot be performed on these abusiveness control, such control is necessary when not exceeded transparency control.

Although payment in kind was being "sold" as the solution to the problems of the mortgagors, this entails several problems affecting other parts of the system and that the legislator must know.

Keywords: unfair terms, mortgage loan, ground clauses, general conditions of contract, transparency control, content control, payment in kind.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
1. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	9
1.1. Concepto de cláusulas abusivas.....	10
1.2. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas.....	13
1.3. La lista de las cláusulas abusivas.....	17
1.4. La sanción de las cláusulas abusivas: nulidad de pleno derecho.....	19
1.5. La acción de nulidad.....	21
1.6. El examen de oficio.....	22
1.7. Efectos de los autos judiciales sobre cláusulas abusivas.....	24
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.....	26
2.1. Cláusulas sobre intereses.....	28
2.1.1. <i>Intereses de demora desproporcionados.....</i>	<i>28</i>
2.1.2. <i>Intereses remuneratorios excesivos.....</i>	<i>31</i>
2.1.3. <i>Redondeo al alza del tipo de interés.....</i>	<i>33</i>
2.1.4. <i>Cláusulas suelo.....</i>	<i>34</i>
2.2. Cláusulas que imponen prohibiciones de disponer.....	34
2.2.1. <i>Prohibición de enajenar o gravar la finca hipotecada sin el consentimiento del acreedor.....</i>	<i>34</i>
2.2.2. <i>Prohibición de arrendar el bien sin consentimiento del acreedor.....</i>	<i>35</i>
2.2.3. <i>Obligación de no destinar el inmueble a una actividad profesional sin el consentimiento de la entidad financiera.....</i>	<i>37</i>
2.3. Cláusulas de vencimiento anticipado.....	38
2.3.1. <i>Por embargo de bienes al prestatario o disminución de su solvencia.....</i>	<i>38</i>
2.3.2. <i>Por declaración de concurso.....</i>	<i>39</i>
2.3.3. <i>Por fallecimiento del deudor.....</i>	<i>39</i>
2.3.4. <i>Por impago de una cuota de la hipoteca.....</i>	<i>40</i>
2.3.5. <i>Resolución anticipada del préstamo hipotecario por imposibilidad de inscribir la hipoteca en el registro.....</i>	<i>41</i>
2.3.6. <i>Por deterioro considerable o incendio del inmueble.....</i>	<i>41</i>
2.3.7. <i>Por expropiación forzosa.....</i>	<i>42</i>
2.3.8. <i>Por incumplimiento de obligaciones accesorias.....</i>	<i>43</i>
2.4. Otras cláusulas abusivas.....	43
2.4.1. <i>Sumisión expresa a los juzgados de un determinado lugar.....</i>	<i>43</i>
2.4.2. <i>Cláusula que impide la cancelación parcial de la hipoteca dividida entre varias fincas cuando se pague la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas.....</i>	<i>45</i>
2.4.3. <i>Cláusula que permite a la entidad bancaria cobrar las indemnizaciones por siniestro o expropiación del inmueble y aplicarlas al cobro de cuotas no vencidas.....</i>	<i>46</i>
2.4.4. <i>Extensión de la hipoteca a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular.....</i>	<i>47</i>
2.4.5. <i>Cláusula que permite a la entidad financiera contratar el seguro de incendio y de daños a cuenta del prestatario.....</i>	<i>47</i>
2.4.6. <i>Cláusula que obliga al comprador a asumir la cancelación de la hipoteca concertada para financiar la construcción u otros gastos que corresponden al vendedor del bien.....</i>	<i>48</i>
2.5. El control de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios por registradores y notarios.....	49

3. LAS CLÁUSULAS SUELO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013, DE 9 DE MAYO.	51
3.1. Las cláusulas suelo ante los Tribunales de Justicia.....	52
3.2. La sentencia núm. 246/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, del 30 de septiembre.	52
3.3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 7 de octubre de 2011.	54
3.4. La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.....	56
4. LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. PROBLEMAS QUE CONLLEVA.	65
4.1. Acumulación de activos inmobiliarios.	66
4.2. Posible retractación del crédito.....	67
4.3. Posibles abusos	67
4.4. Perjuicio para otros acreedores. Intromisión en las reglas de prelación de créditos.	67
4.5. Derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal.	68
4.6. Problemas fiscales que derivarían de la dación en pago.....	68
5. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/17/UE SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL.	71
6. CONCLUSIONES.....	73
7. BIBLIOGRAFÍA.....	75

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial.
BORM	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
Cc	Código Civil
Ccom.	Código de Comercio.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EPA	Encuesta de Población Activa.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
ILP	Iniciativa Legislativa Popular.
JM	Juzgado de lo Mercantil.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGT	Ley General Tributaria.
LH	Ley Hipotecaria.
LMH	Ley del Mercado Hipotecario.
LPH	Ley de Propiedad Horizontal.
MF	Ministerio Fiscal.
Pag.	Página.
pp.	Páginas.

RCGC	Registro de las Condiciones Generales de la Contratación.
RDL	Real Decreto-Ley.
RDLeg.	Real Decreto Legislativo.
RDGRN,	RRDGRN Resolución/es de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RGR	Reglamento General de Recaudación.
RH	Reglamento Hipotecario.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJ	Secretario Judicial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
STJUE, SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS, SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo, Sentencias del Tribunal Supremo.
TAE	Tasa Anual Equivalente
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
TS	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las cláusulas abusivas en un ámbito específico: el de los préstamos hipotecarios. Este tema es de gran importancia actualmente debido a que las situaciones derivadas de estos préstamos –desahucios, ejecuciones hipotecarias, cláusulas suelo- han sido unos de los temas –como una de las consecuencias de la actual crisis económica- que han tenido en los últimos años mayor repercusión mediática y social.

La imposibilidad de pagar las cuotas de los préstamos hipotecarios adquiridos en su día por parte de un número considerable de personas, que está desembocando muchas veces en desahucios, ha hecho que surjan voces que han reclamado que se examinara si algunas de las cláusulas que contienen las condiciones generales de la contratación por las que las entidades de crédito ofertan los préstamos hipotecarios son o no contrarias a las normas de protección de los consumidores, es decir, si son o no cláusulas abusivas.

En este escenario, en los últimos años han aumentado de forma considerable las demandas –tanto de consumidores para contratos concretos, como por asociaciones de consumidores en defensa de intereses colectivos- en las que se pide que se declare la nulidad de alguna que otra cláusula por considerarla abusiva. En respuesta a estas demandas se han ido sucediendo numerosas resoluciones judiciales, que en algunos casos en lugar de resolver los problemas creaban más incertidumbre, pues en numerosos casos las decisiones de los órganos jurisdiccionales no han sido uniformes, dándose casos en los que una cláusula considerada nula por abusiva por una sentencia era considerada legal por otra. Otros de los problemas que se ha plantean en la práctica ha sido sobre el alcance de la nulidad que se declare en cada caso.

Dentro de los tipos de cláusulas cuya nulidad por abusividad se suele solicitar, ha habido una que, sin duda alguna, ha sido la que ha tenido mayor repercusión, y cuyo debate sobre su consideración como nulas o no ha puesto fin el TS, aunque al mismo tiempo abría otro debate: la restitución o no de las cantidades percibidas en virtud de la misma. Se trata de las cláusulas suelo.

En este trabajo pretendemos analizar las razones por las que unas cláusulas deben entenderse como abusivas, indicando, en la medida de lo posible cómo se puede evitar que esa misma

cláusula pueda no serlo, pues muchas de las cláusulas que han sido consideradas como abusivas no lo son *per se*, sino que en ocasiones veces dependerá de en qué términos se recoja y de los demás elementos del contrato. Con el análisis de las cláusulas suelo vamos a tratar de resumir la doctrina que ha establecido el TS sobre estas en la famosa sentencia 241/2013, de 9 mayo, y que ha puesto fin, al menos de momento, al debate entre los propios órganos judiciales sobre la validez o no de las mismas. Siendo uno de los temas de moda en el ámbito hipotecario, no podemos dejar al margen la cuestión de la dación en pago, en la que analizaremos sobre todo las razones por las que es inconveniente su inclusión, de forma generalizada, en el ordenamiento jurídico.

Para abordar estos problemas veremos en un primer momento el régimen general de las cláusulas abusivas, cualquier ámbito contractual en el que estemos, pues esto ayudará a entender mejor lo que se vaya diciendo a lo largo del trabajo. Tras esta exposición general, estudiaremos las cláusulas abusivas más frecuentes en los préstamos hipotecarios y, por su importancia, centraremos mayor atención, dentro de estas (en un apartado diferente) en las cláusulas suelo. Hasta aquí el análisis de la cláusulas abusivas en sí.

Por su relación con los préstamos hipotecarios y debido al gran debate social que se ha abierto sobre su posible conveniencia o no, haremos una mención a la cuestión de la dación en pago. Asimismo, la aprobación de una nueva Directiva sobre los préstamos hipotecarios sobre “inmuebles residenciales” no puede pasar desapercibida en este trabajo, pues va a marcar el futuro de los préstamos hipotecarios, por lo que abordaremos, sin pretensión de hacer un análisis profundo de esta norma, cuáles son sus principales aportaciones en el ámbito de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Finalmente terminaremos este trabajo con unas conclusiones en las que intentaremos recoger lo más importante que hayamos extraído de todo lo estudiado.

Para la realización de este trabajo se ha partido de las disposiciones legales que regulan este ámbito específico, viendo cómo la Jurisprudencia ha ido interpretando las mismas y apoyándonos en las opiniones que ha ido vertiendo la doctrina sobre el tema.

1. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

El nacimiento de la contratación en masa supuso la modificación del esquema clásico sobre el que estaban fundamentados los principios contractuales. En efecto, el derecho de obligaciones clásico se fundamentaba en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, tal y como se consagra en el art. 1255 cc, en virtud del que las partes son libres de pactar todo lo que quieran, siempre que se respeten los límites de la ley, la moral y el orden público.

La autonomía de voluntad de las partes está anclada en la consideración de que los contratantes, a la hora de celebrar contratos, lo hacen en condiciones de igualdad, la igualdad contractual. La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política económica en el ámbito de la actividad económica¹. Es precisamente esta igualdad, a la hora de contratar y negociar las cláusulas contractuales, la que entra en crisis con la aparición de la contratación en masa. La aparición de los contratos en masa supone que cada particular no va a poder negociar individualmente las cláusulas de un contrato o las condiciones generales por las que se va a regir este, sino que es el empresario el que elabora los contratos (aunque es indiferente la autoría de los mismos, art. 1.1. LCGC) y a estos se han de “adherir” o “aceptar” las condiciones impuestas, todos los que estén interesados en contratar con él. La contratación en masa introduce así un nuevo modelo contractual basado en las condiciones generales de la contratación y en los contratos de adhesión. La contratación en masa supone lo que el profesor CARLOS LASARTE ha denominado una “desindividualización” de la contratación².

Con la aparición de la contratación en masa surge como consecuencia necesaria un nuevo sujeto jurídico, que va a ser la parte que va a celebrar contratos con el empresario adhiriéndose a los contratos predispuestos por el empresario o aceptando las condiciones fijadas previa y unilateralmente por este: los consumidores. El nacimiento de la noción de consumidores es, por tanto, efecto obligado de la contratación en masa.

¹ Así lo establece el propio Preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC.

² LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, 2010, pag. 116.

Hay que recordar que la contratación en masa nace para dar respuesta a las nuevas exigencias de un mercado que no encontraba ya respuestas en los esquemas clásicos tras la introducción de la producción industrial, así como para responder al aumento de la demanda que esta trajo consigo. Este tipo de contratación ofrece al empresario la ventaja de celebrar una pluralidad de contratos con consumidores, de características similares sin que se proceda a negociar uno a uno dichos contratos, evitando los costes que ello conlleva. Además, también da respuesta a la celeridad del mercado y ayuda a la racionalidad de la actividad empresarial.

Ahora bien, el hecho de que sea sólo una de las partes la que establece los términos contractuales lleva aparejado el riesgo de que esta estipule cláusulas cuyo principal y único objetivo sea la protección de sus propios intereses. Ya que los consumidores no negocian las cláusulas del contrato, el principal peligro o inconveniente de estas reside en la posibilidad de que se incorporen cláusulas que restrinjan sus derechos, cláusulas que les penalicen excesivamente, o que dejen la interpretación del contrato en manos del empresario, etc., cláusulas todas ellas que se conocen como **cláusulas abusivas**. En definitiva, existe el peligro de que las cargas u obligaciones derivadas de estos contratos no se establezcan de forma proporcional.

La legislación en materia de protección de los consumidores nace para dar respuesta a estas cuestiones, para remediar estos peligros. La idea latente en las leyes sobre protección de los consumidores es la de restablecer la igualdad perdida por estos, imponiendo a los empresarios una serie de obligaciones respecto a la información precontractual que deben ofrecer a los consumidores, y a los requisitos que deben reunir dicha información, así como limitaciones a las cláusulas que pueden establecerse en las contrataciones con consumidores. Pero ¿cuándo estamos ante una cláusulas abusiva? Veamos en concepto de esta noción.

1.1. Concepto de cláusulas abusivas

El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE³ define las cláusulas abusivas estableciendo que *“las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. Una definición idéntica es la que contiene el art.

³Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

82.1. TRLGDCU. De la lectura de estos preceptos se desprende que para que una cláusula pueda calificarse como abusiva deben estar presentes dos requisitos de forma cumulativa: uno de carácter formal y otro de carácter material. Veamos por separado cada uno de estos requisitos.

Requisito formal: la falta de negociación individual.

El primer requisito que debe valorarse para examinar la posible abusividad de una cláusula es si esta ha sido negociada individualmente o no. Sólo cuando la cláusula no haya sido negociada individualmente es cuando podemos hablar de cláusula abusiva. Las cláusulas a las que se refiere este precepto no son sólo las que suelen ser calificadas como condiciones generales de la contratación, aunque el Título II del TRLGDCU pueda inducirnos a equivocación en este sentido al describirse como “Condiciones generales y cláusulas abusivas” (más adelante analizaremos su relación con las cláusulas abusivas), sino que también se incluyen los contratos de adhesión, cuya diferencia radica es que mientras las primeras suelen ser incorporadas a una pluralidad de contratos, las segundas sólo se imponen a un particular.

Por su parte, no hay que confundir cláusulas abusivas con condiciones generales de la contratación. En efecto, mientras las cláusulas abusivas afectan sólo a los consumidores, las condiciones generales afectan a cualquier persona⁴. El concepto de cláusula abusiva tiene un ámbito propio, que es el de las relaciones con los consumidores.

Para el art. 3.2 de la Directiva “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. Con el propósito de erradicar las cláusulas predispuestas establece este mismo art. dos cláusulas de suma importancia:

- Por un lado, indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula (o una cláusula) hayan sido negociados individualmente no excluiría su consideración como cláusula abusiva, si la apreciación global indica que se trata de contratos de adhesión.
- Por otro lado, establece la carga de la prueba para el profesional, cuando este afirme

⁴ En este mismo sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar., “Las cláusulas abusivas”. *Actualidad Civil*, N° 17, 2005, pág. 2134.

que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente.

Requisito material: la causación de un detrimento al consumidor.

Una vez pueda acreditarse que una cláusula no ha sido negociada individualmente, será necesario un segundo requisito, un requisito material. Para poder catalogar una cláusula como abusiva esta tendrá que causar un detrimento importante al consumidor, siendo este contrario a las exigencias de buena fe. Las cláusulas abusivas se someten a los principios de buena fe y justo equilibrio, ambos conceptos jurídicos indeterminados que tienen que ir concretando en cada momento los jueces y Tribunales.

Este requisito es importante, pues hay que destacar que las cláusulas no negociadas individualmente no son por este hecho abusivas *per se*. Como bien señala la SAP de Alicante núm. 321/2011, de 12 de julio “para resultar merecedoras del carácter de “abusiva”, se exige además que tales cláusulas generen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, y continúa diciendo “la falta de negociación individual no determina el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de adhesión ya que para ello (...) se requiere que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios”. Esto significa que “el carácter abusivo de una cláusula viene determinado por su contenido y no por su naturaleza”⁵.

En el art. 3.1 de exige que el detrimento causado al consumidor sea importante, lo que da entender que no podrá alegarse un leve detrimento para exigir la nulidad de una cláusula abusiva. Lo que en cada caso haya que entenderse por “detrimento importante” dependerá del caso y de las circunstancias concretas. Para evaluar la posible abusividad de una cláusula habrá que hacerlo en el marco del contrato en el que se integra, y no de forma aislada. En este sentido establece el art. 82.1 TRLGDCU “el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando

⁵ Tal y como indica, LETE ACHIRICA, Juan, “Condiciones Generales, cláusulas abusivas y otras nociones que hay que distinguir”. *Actualidad Civil*, 2000, pág. 635.

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”. Esto es, “se atenderá al conjunto de todas las condiciones del contrato para determinar el carácter abusivo o no de la cláusula”⁶. Este detrimento deberá ser, además, como hemos indicado, contrario a la buena fe, lo que obliga a que serán los jueces y Tribunales los que irán determinando en cada momento cuándo se ha faltado o no a la buena fe, pues esta se presume .

1.2. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas

Las condiciones generales de la contratación tienen una gran importancia en el modelo contractual actual, pues mediante ellas los empresarios suelen establecer las cláusulas por las que se van a regir todos los contratos que celebre. La Directiva 93/13/CEE fue traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). La LCGC contiene una doble regulación: por un lado, regula las condiciones generales de la contratación, y por otro regula las cláusulas abusivas. Esta doble regulación ha sido bastante criticada⁷, pues la regulación conjunta de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas puede llevarnos a pensar que efectivamente coinciden la noción de cláusula abusiva y la de condición general de la contratación, cuando de sus simples nombres se aprecia que responden a dos realidades totalmente diferentes.

A pesar de esta doble regulación, la LCGC sólo menciona las cláusulas abusivas en el art. 8.2, pero para remitirse al art. 10 bis de la LGDCU⁸ que es introducido por la Disposición Adicional Primera de la misma LCGC. El hecho de que la ley por la que se traspone la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores se dedique a regular las condiciones generales de la contratación y que la normativa relativa a las cláusulas abusivas se introduzca mediante una disposición adicional ha sido recibido por cierta parte de la doctrina

⁶ REYES LÓPEZ, María José. *Manual de Derecho Privado del Consumo*. Madrid: Editorial La Ley, 2009, pag. 224.

⁷ Por ejemplo, por LETE ACHIRICA, Juan “Condiciones generales, cláusulas...”. Ob. Cit., pag. 637, y los autores que cita.

⁸ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

con perplejidad⁹, pues este quizás no era la mejor técnica legislativa, pero el Legislador, consciente de que este era el ámbito en el que más se daban las cláusulas abusivas, creyó oportuno la doble regulación.

Consciente del riesgo de que pueda producirse la confusión entre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, el Legislador dedica el preámbulo de la Exposición de Motivos de la ley a esclarecer que no deben asimilarse las cláusulas abusivas a las condiciones generales de la contratación. Indica en este sentido que “una condición general no tiene por qué ser abusiva, las condiciones generales de la contratación pueden darse tanto en las relaciones de profesionales con consumidores, como en las de los profesionales entre sí”. Recordemos que cláusula abusiva es sólo aquella que en contra de las exigencias de buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y no necesariamente debe tener el carácter de condición general de la contratación, pues también pueden darse en los contratos individuales cuando no ha mediado negociación individual. Esto no quiere decir, como bien se explica en la Exposición de Motivos de la ley, que “no puedan existir en las condiciones generales entre los profesionales abusos, pero en este caso habría que acudir a las normas generales sobre nulidad”.

Sólo cuando exista un consumidor que contrata con un profesional en los términos que se desprenden del TRLGDCU¹⁰ es cuando cabe observar la concurrencia de la lista de cláusulas abusivas que se recogen en los artículos 85 *et fine* de esta norma o en el anexo de la Directiva 93/13/CEE¹¹. Por tanto, actualmente “las condiciones generales constituyen una institución autónoma dentro del Derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico”¹².

⁹ Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier en “La pretendida vinculación de los jueces a sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de condiciones generales de la contratación”. *La Ley*, 1998, p.2.

¹⁰ El artículo 3 del TRLGDCU define a los consumidores y usuarios como aquellas personas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

¹¹ Como también observa REYES LÓPEZ, María José. *Manual de Derecho Privado del Consumo*. Ob. Cit. Pag. 223.

¹² LETE ACHIRICA, Juan, “Condiciones Generales, cláusulas abusivas y otras nociones...”. Ob. Cit., pág. 635.

Su relación con las cláusulas abusivas es de “habitualidad”. Ya que las condiciones generales son el principal instrumento de la contratación en masa, va a ser en estos donde más se aprecie el uso de cláusulas abusivas.

De las condiciones generales de la contratación, sólo remarcar aquí que el art. 1.1 LCGC establece que *“son condiciones generales de la contratación 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”*. Para que podamos hablar de la existencia de una condición general de la contratación será pues necesario que se den los siguientes elementos:

- **Contractualidad.** Debe tratarse de cláusulas contractuales. Las condiciones generales deben referirse a los términos del contrato, y no tratarse de meras ofertas contractuales, lo que significa que “ha de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato”¹³.
- **Predisposición.** Es este uno de los elementos esenciales tanto de las condiciones generales de la contratación como de las cláusulas abusivas, y que es uno de los que justifican que deba brindarse una protección reforzada a los consumidores y usuarios. Por predisposición se refiere la ley a que sea una de las partes las que establece las condiciones. Una cláusula es predispuesta cuando ha sido redactada antes de la fase de negociación o celebración del contrato.
- **Imposición.** Las condiciones han de ser de obligada aceptación por los consumidores si quieren adquirir los bienes y servicios de que se trate. No significa que se tenga que intimidar al consumidor para que firme el contrato. En este sentido, indica la SAP de Sevilla (Sección 6) núm. 455/2012, de 15 de noviembre que “el requisito de “imposición” necesario para que una cláusula contractual sea considerada una condición general de la contratación no equivale a una contratación bajo intimidación, sólo supone que la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia (...), ni que el consumidor no tenga posibilidad

¹³ Este elemento es minuciosamente analizado por BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra en “Cláusulas abusivas en la contratación bancaria”. *La Ley* 3675/2010. Pag. 2.

de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula, ni resulta excluida porque el contrato sea legible y transparente”. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada, en palabras de la SAP de Cáceres (Sección 1), de 24 de abril de 2012 la imposición implica “la exclusión del principio de autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato, por tanto, su incorporación no obedece al previo consenso de las partes sino a la voluntad de la parte predisponente”.

➤ **Generalidad.** Este es el elemento que distingue las condiciones generales de la contratación con los contratos que, sin ser negociados individualmente, no se consideran condiciones generales de la contratación (contratos de adhesión). Las condiciones generales deben tener una vocación de generalidad, es decir, se deben establecer con la intención de ser incorporadas a una pluralidad de contratos con consumidores de características similares, con independencia de que efectivamente se incorporen a una multitud de contratos, siendo suficiente con que sólo un consumidor haya celebrado un contrato con estas condiciones. Como señala la SAP de Madrid (Sección 10) de 28 de abril de 2003, “la idea de pluralidad entronca con la propia razón de ser del uso de las condiciones generales: la racionalización y el ahorro de costes de la actividad empresarial”.

En el art. 5 la Ley se recogen los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, así como el modo en que han de redactarse. El art. 7 sanciona con la no incorporación a los contratos las condiciones generales desconocidas o que no cumplan determinados requisitos de transparencia. En el art. 8 se sanciona con la nulidad las condiciones generales que contengan cláusulas abusivas, remitiéndose al concepto de cláusulas abusivas de la LGDCU. Las condiciones generales se inscriben en el RCGC (art. 11), y cabe el ejercicio de acciones colectivas de cesación (como la que ejercitó AUSBANC contra las cláusulas suelo), cuando se esté utilizando condiciones generales de la contratación con cláusulas abusivas, que persiguen que estas no se sigan usando y se prohíba su uso en el futuro, y si recayera sentencia de nulidad por abusividad, esta sentencia se debe inscribir en el RCGC (art. 22) y será publicada en el BORM o un periódico gran circulación en la provincia donde se haya dictado la sentencia (art. 21). A la acción de cesación se puede acumular la de devolución de las cantidades percibidas en virtud de las condiciones declaradas nulas (cosa que incompresiblemente no hizo AUSBANC en su demanda, y que también sirvió de justificación

al TS para declarar la no retroactividad de la sentencia, como luego veremos al hablar de las cláusulas suelo). También pueden ejercitarse acciones de retractación, cuya finalidad es que se obligue a quien ha recomendado el uso de condiciones generales declaradas nulas que se retracte y se abstenga de remendarlas en el futuro. La posibilidad de utilizar estas acciones, así como su alcance se contienen en el art. 12, siendo el art. 16 el que establece la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones, y el 17 la competencia pasiva.

Todas estas cuestiones necesitarían de un análisis mucho más profundo y extenso, pues es un tema bastante importante e interesante, pero dado que los objetivos que persigue este trabajo son otros, son limitaremos a las breves notas ya apuntadas.

1.3. La lista de las cláusulas abusivas.

El concepto general de cláusulas abusiva que se establece tanto la Directiva 93/13/CEE como el TRLGDCU (art. 82) se completa recogiendo en una lista las cláusulas que pueden entenderse como abusivas, en el caso de la Directiva, y que deben entenderse como abusivas, en el caso de la ley española.

En el caso de la lista de la Directiva estamos ante lo que la doctrina¹⁴ ha calificado como “listas grises”, es decir, cláusulas que no necesariamente son abusivas, sino que se establecen *ad exemplum*. La Directiva contiene una serie de cláusulas, enumeradas en un anexo, que tal y como indica el art. 3.3, se trata de “una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”. Al hablar la Directiva de “cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”, entendemos la calificación de esta como lista gris. No vamos a trasponer ni a analizar en este trabajo dicho listado, pues nos parece que es más idóneo analizar la contemplación de las cláusulas abusivas en la propia legislación española.

Frente a estas están las “listas negras”, que son aquellas cláusulas que necesariamente son consideradas abusivas, y que se declaran nulas *iuris et de iure*. Son las que establece la legislación española. En la trasposición de la Directiva 93/13/CEE el legislador español hizo uso de la facultad que le otorga el art. 8 de adoptar medidas más estrictas para dotar al consumidor de una mayor protección.

¹⁴ La distinción entre “listas grises” y “listas negras” la hace LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Ob. Cit. Pag. 120.

La técnica utilizada, tanto por el legislador comunitario, como por el legislador español, mezcla abstracción y casuismo¹⁵. Primero establece el legislador un marco general (el que hemos expuesto en el apartado referente al concepto de las cláusulas abusivas) que establece los requisitos para que una cláusula pueda considerarse abusiva, pero después fija unos supuestos concretos de cláusulas que se consideran abusivas (en el caso del legislador español) o que pueden considerarse abusivas (en el caso del legislador comunitario). Como observa Díez Picazo, la simple utilización de un concepto abstracto de cláusula abusiva puede tener como consecuencia ulterior grandes problemas de concretización o concreción y podrían “conducir a soluciones muy dispares, favoreciendo una extraordinaria inseguridad jurídica”¹⁶.

Ahora bien, si el objetivo e importancia de una lista negra es ofrecer mayor seguridad jurídica, evitándole al juez la necesidad de ir concretando en cada supuesto la existencia o no de cláusulas abusivas, una simple lectura del entramado de las cláusulas que establece el legislador español pone de manifiesto que más que librar al juez de esta labor interpretativa, esta deviene necesaria, debido al amplio número de conceptos jurídicos indeterminados que va introduciendo el legislador. Esto ha llevado a afirmar a parte de la doctrina que “la lista negra es en parte gris”¹⁷, pues dependerá en muchos casos de lo que entiendan jueces y Tribunales por expresiones como “plazo excesivamente largo”, “ausencia de motivos válidos”, “plazo desproporcionadamente breve”, “antelación razonable”, etc.

La lista de cláusulas abusivas introducida por la Disposición Adicional Primera de la LCGC ha quedado incorporada, tras la refundición de la normativa protectora de los consumidores llevada a cabo por el RDLeg. 1/2007¹⁸, en los artículos 85 *et fine*. A lo largo de este articulado el legislador va distinguiendo las clases de cláusulas abusivas según el ámbito al que afectan, aunque en algunos supuestos sin mucho éxito. Debido a la gran extensión del articulado que recoge la lista de las cláusulas negras, y debido a que no podemos perder de vista que el

¹⁵ Así lo pone de manifiesto CADARSO PALAU, Juan, en “La lista negra de las cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales”. *Diario La Ley*. 2000, pag. 1.

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis en *Condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 40.

¹⁷ Como sostiene CADARSO PALAU, Juan . Ob. Cit. Pag. 6.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

objetivo central de este trabajo es analizar las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, no analizaremos aquí dicho listado, pues iremos viendo cómo algunas cláusulas abusivas frecuentes son abusivas por recogerse en el listado.

Una vez establecido el concepto de las cláusulas abusivas, se hace necesario preguntarse qué pasa si, pese a las estipulaciones legales, los empresarios incluyen cláusulas abusivas en los contratos que celebran con los consumidores, cuestión que analizamos a continuación.

1.4. La sanción de las cláusulas abusivas: nulidad de pleno derecho.

El art. 83.1 TRLGDCU declara nulas de pleno derecho las cláusulas de carácter abusivo, las cuales se tendrán por no puestas. El siguiente apartado de este mismo artículo indica el alcance de esta nulidad, que no afectará a todo el contrato, si este puede subsistir sin la cláusula abusiva¹⁹. A efectos de que el contrato pueda subsistir, se le otorga al juez que declare la nulidad la facultad de integrar el contrato en los términos del art. 1258 cc, y atendiendo a las exigencias de buena fe.

La posibilidad de integración del contrato por el juez ha sido declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto nº 618/10 (caso Calderón). Considera el juez comunitario que *“si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los 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 dichos profesionales”*.

La integración o no del contrato está dando lugar a un debate doctrinal. Mientras parte de la

¹⁹ En los mismos términos se expresa el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que “los Estados Miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) 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”.

doctrina entiende que la integración del contrato es necesaria²⁰ o que la integración sí que se admitiría en caso de que se haya tratado de eludir una norma imperativa²¹, otro sector entiende que no cabe en ningún caso integrar el contrato al haberlo declarado el juez comunitario contrario a dicho ordenamiento. Antes de dicha sentencia entendía algún sector doctrinal que “la nulidad parcial del contrato y la integración de éste mediante la norma sustantiva, sea imperativa o dispositiva, en el caso de suponer la cláusula una renuncia a la Ley no permitida, se combinan con el fin de evitar una nulidad de todo el contrato en perjuicio del consumidor manteniendo de este modo con vida el negocio así rectificado”.²² Es decir, se admitía la integración sólo cuando esta favoreciera al consumidor. En nuestra opinión es esta última solución es la que mejor se adapta a la realidad y al espíritu de la normativa reguladora de las cláusulas abusivas, pues esta tiene como fin la protección de los consumidores. Una negación absoluta a la posibilidad de integrar el contrato podría dar lugar a la no subsistencia de muchos contratos cuando la nulidad recaiga sobre una cláusula que constituya uno de los elementos esenciales del contrato, o dejaría al contrato sin una cláusula que puede ser importante para las partes durante la vigencia del contrato. Así, como veremos en los préstamos hipotecarios, la declaración de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios podría tener una gran importancia en el cumplimiento de las obligaciones del deudor, pues una vez que ya no exista penalización alguna en caso de cumplimiento extemporáneo, el deudor puede verse en la tentación de retrasarse en algún momento en el pago de la correspondiente cuota del préstamo. En todo caso, ya que el TJUE ha declarado que esto no es posible, este será el criterio que deberán aplicar los jueces y Tribunales españoles.

Por su parte, respecto a si se admite o no la integración en el caso de que lo que se haya tratado de evitar sea una norma imperativa, consideramos que en este caso más que de integración del

²⁰ Así, RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda. *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores: análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*”; Madrid: Editorial Tecnos, 2013; pp. 132 a 139.

²¹ BEA BALLESTER, Jaume Joan, en “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario” *Trabajo de Fin de Grado de Derecho*, 2013. Pag. 22.

²² SERRA RODRÍGEZ, Adela; “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ” *Derecho privado de consumo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pag.345.

contrato habríamos que acudir a las reglas sobre fraude de ley (art. 6.4 cc).

Dado que la sanción de las cláusulas abusivas es la nulidad de pleno derecho, implicará que *nullum est negotium, nihil est actum*. Si seguimos la premisa romana de que *quod nullum est, nullum effectum habet*, tendremos que concluir que la nulidad se entenderá *ex tunc y no ex nunc*, es decir, desde la celebración del contrato y no desde la declaración de nulidad, lo que implica que deberán restituirse todas las prestaciones que hayan podido efectuarse en base a dicha cláusula (aunque como veremos el TS se ha pronunciado en sentido contrario en la declaración de nulidad de las cláusulas suelo). En este sentido, dice ALBALADEJO que la nulidad comporta que “el negocio jurídico carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial, y esto tiene lugar *ipso iure* y sin necesidad de ejercicio de acción alguna ni de ninguna declaración o fallo en el que se haga constar. Puede ocurrir que de hecho se establezca, o se pretenda establecer un estado de cosas a tenor del negocio nulo pudiéndose dar la necesidad de obtener una declaración de nulidad que corte la perturbación o que sirva de presupuesto para hacer cesar el estado de hecho contrario a la realidad jurídica. Es preciso ejercitar la correspondiente acción o excepción encaminada a destruir una apariencia de validez”²³. Precisamente para ello se hacen necesarios el ejercicio de la acción de nulidad, el examen de oficio y el control por notarios y registradores (que por su conexión con el préstamo hipotecario hemos preferido tratar al hablar de las cláusulas abusivas de este contrato), como veremos a continuación.

1.5. La acción de nulidad

Como hemos indicado anteriormente, las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, lo que implica que no producirán ningún efecto. Entonces, podríamos preguntarnos para qué es necesario ejercitar una acción para que se declare la nulidad de una cláusula abusiva. La razón no sería otra sino para evitar que siga produciendo efectos una situación que el ordenamiento jurídico no reconoce, y para hacer que las cosas se retrotraigan a la situación en que se encontraban. En palabras de ALBALADEJO “cuando alguien se ampara en la existencia de una apariencia de validez, es preciso ejercitar la correspondiente acción o excepción encaminada a destruir la apariencia de validez haciendo constar que la realidad ha quedado

²³ ALBALADEJO, Manuel *Derecho Civil I: Introducción y parte general* (10ª ed.). Madrid: Edisofer, S.L., 2009, pp. 779 y 780.

inmutable no obstante el negocio- nulo-”²⁴.

Estarán legitimados para ejercitar esta acción tanto los consumidores afectados a título personal, como las asociaciones de consumidores, en virtud de los art. 6.7 y 8 y 11 LEC. La acción de nulidad no prescribe ni caduca.

Ahora bien, declarada la nulidad de una cláusula por abusiva es importante saber las consecuencias que se derivan de ello. A este respecto, “todo lo construido a base del negocio nulo debe deshacerse, salvo que fuere inoponible a terceros –y- habrá de restituirse las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de aquél, juntamente con sus incrementos hasta dejar las cosas como antes de dicha ejecución”²⁵ (aunque, como hemos dicho anteriormente, el TS ha establecido lo contrario en su sentencia sobre las cláusulas suelo). Las acciones de restitución, al contrario que la acción de nulidad, caducarán o prescribirán conforme al plazo correspondiente al tipo de acción de que se trate. Como indicábamos en el inicio de este apartado, las sentencias que declaren la nulidad de cláusulas abusivas tendrán efectos *ex tunc*, desde el momento de celebración del negocio jurídico.

1.6. El examen de oficio

“¿El ámbito de protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores permite al juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios?”. Esta fue una de las cuestiones planteadas por el JM núm. 35 de Barcelona al TJUE en el caso Océano Grupo Editorial.

El control de oficio por los jueces y tribunales constituye uno de los aspectos más problemáticos que plantea la cuestión del control de las cláusulas abusivas, pues supone que un tercero ajeno a la relación jurídica va a examinar su clausulado, y su adecuación o no al ordenamiento, como si estuviera sustituyendo la autonomía de las partes, o como la declaración de voluntad de estas fuera insuficiente.

²⁴ ALBALADEJO, Manuel, ob. Cit., p. 780.

²⁵ ALBALADEJO, ob. cit., p.783.

El control de oficio parece incompatible con alguno de los principios que rigen el proceso civil, como es el de justicia rogada, según el que son las partes las que deben ejercitar las correspondientes acciones para hacer vales sus pretensiones, sin que quepa un inicio de actuaciones de oficio. También parece irreconciliable la facultad de examinar *ex officio* la posible existencia de cláusulas abusivas en los casos que se les plantean con algunos procesos concretos, como el monitorio, dadas las características del mismo, en el SJ se limita a probar que la deuda reclamada cumple los requisitos fijados, sin que pueda analizar la relación de la que trae causa. No obstante, algún autor sostiene que la “la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas procede de la prioridad que otorga el Derecho de la Unión Europea a la Protección de Consumidores y que prevalece sobre cualquier otro derecho o interés, ya sea de naturaleza procesal como sustantiva”²⁶.

El caso es que el juez comunitario mantiene que el no conceder a los órganos judiciales la facultad de poder examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas se opone a la Directiva 93/13/CEE. En palabras del TJUE en varios de sus pronunciamientos, “el control de oficio de las cláusulas abusivas constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”²⁷.

Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta del particular del riesgo, que no puede despreciarse, de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos²⁸. De esta forma, la protección que la Directiva otorga a los consumidores abarca también aquellas situaciones en las que el consumidor que ha celebrado con un profesional un contrato que contiene una cláusula abusiva no reclama que se declare el carácter abusivo esta cláusula, bien porque ignore

²⁶ MARCOS GONZÁLEZ, María, en *La apreciación de oficio de la Nulidad Contractual y de las Cláusulas Abusivas*. Cizur Menor : Thomson Reuters, Aranzadi, 2011, p 210.

²⁷ STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto 16805, *Mostaza Claro* apartado 27.

²⁸ Sentencia *Mostaza Claro*, apartado 28.

sus derechos, o bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos²⁹.

Otro tipo de control es el que realizan los registradores y notarios. Por su conexión con los préstamos hipotecarios hemos preferido tratarlo tras analizar los tipos de cláusulas abusivas que suelen encontrarse en este ámbito.

1.7. Efectos de los autos judiciales sobre cláusulas abusivas

En este punto queremos analizar cuál es el efecto de la resolución judicial recaída en un proceso judicial, cuando dicho proceso no tiene como único fin la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. Ya sabemos que el art. 222 de la LEC otorga eficacia de cosa juzgada a las sentencias firmes. Pues bien, la misma eficacia cabe hay que atribuir a las resoluciones equivalentes, ya sean las que ponen fin al proceso, como las que, de una manera definitiva, resuelvan sobre relaciones jurídico-materiales controvertidas. Como afirma Gimeno Sendra³⁰, este es el caso de los autos de sobreseimiento o de inaplicación de una cláusula abusiva cuando estamos en un proceso monitorio o de ejecución. Para determinar sus efectos vamos a diferenciar según estemos ante un auto estimatorio o ante un auto desestimatorio.

a. *Autos desestimatorios.* Esto es, los autos que consideren que las cláusulas cuya declaración de nulidad se solicitaba es encontrada conforme a derecho. Estas resoluciones, por un lado excluirán un proceso ulterior cuyo objeto sea idéntico (art. 222.1 LEC), “exclusión”; y, por otro, vincularán a un tribunal de un proceso posterior (art. 222.4 LEC), es decir, tendrán efecto “prejudicial”. Estos dos efectos, “excluyente” y “prejudicial” se extienden, a la luz del art. 400 LEC, no sólo a los motivos de impugnación que fueron alegados, sino a todos los que pudieron ser alegados. En lo que hace al alcance subjetivo, este queda circunscrito por el art. 222.3 LEC a las partes del proceso.

b. *Autos estimatorios.* Los efectos subjetivos dependerán de si estamos ante una sentencia de declaración de nulidad recaída en acciones colectivas de cesación de condiciones generales de la contratación o de si estamos ante una declaración de inaplicación de cláusulas abusivas en un proceso monitorio o de ejecución hipotecaria. En el primer caso la sentencia ha de producir

²⁹ Sentencia Mostaza Claro, apartado 29, y STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto 473/00, Cofidis, apartado 34.

³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, “Las cláusulas abusivas”. Diario La Ley, N° 8116, 2013, pag. 4.

efectos *ex tunc* y *erga omnes*, pues así lo han afirmado el TJUE³¹ como el TS³². En el segundo caso, la sentencia limitará sus efectos a las partes del proceso, lo que supone que no podrán ampliarse a otros consumidores sus efectos, debido a que no existiría identidad subjetiva. Por su parte, respecto de los límites objetivos, lo que tendrá que hacer el tribunal es “determinar las consecuencias de tal consideración”, es decir sobre si decide el sobreseimiento del proceso o la simple inaplicación de la cláusula abusiva³³.

³¹ STJUE de 26 abril 2012, asunto 472/10, caso Nemzeti Fogyasztóvédelmi contra Hungría

³² STS 216/2010, de 17 de junio, caso “Open English”

³³ Así lo establecen el art. 561.1.3 LEC, introducido por la Ley 1/2013 y el art. 815.4.II del Anteproyecto.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Una vez establecido lo que podríamos denominar como el “esqueleto” de lo que son las cláusulas abusivas, cualquiera que sea el ámbito contractual ante el que estemos, esta parte del trabajo vamos a dedicarla a las cláusulas abusivas en un ámbito concreto, el de los préstamos hipotecarios. La crisis del mercado hipotecario que se inicia en EEUU con las hipotecas *Subprime o hipotecas de riesgo*³⁴ no ha pasado desapercibida en el mercado hipotecario español, aunque casi en España no haya existido este tipo de hipotecas y ambas situaciones no sean homogéneas.

Sin ánimo de hacer un análisis económico de las causas o consecuencias de la actual crisis económica, el hecho es que uno de los sectores más afectados, si no el que más, ha sido el del mercado hipotecario, pues el gran crecimiento del crédito hipotecario para la adquisición de viviendas durante el período de crecimiento económico, el enorme peso de estas en las deudas de los hogares y, sobre todo, los problemas sociales derivados de las ejecuciones hipotecarias por impago³⁵, debido al enorme desempleo que ha dejado a numerosas familias (los datos de la EPA publicados por el INE el 9 de abril de 2014 revelaban que había 1.978.900 hogares con todos sus miembros en paro) sin medios económicos para seguir afrontando el pago de sus deudas hipotecarias, han hecho que salieran a la luz numerosas prácticas bancarias contrarias a los requerimientos legales, por tanto, abusivas; así como que surgieran dudas sobre la adecuación o no al ordenamiento jurídico de muchas de las cláusulas que habitualmente incluían las entidades de crédito en las condiciones generales de las contratación de los préstamos con garantía hipotecaria que adquirirían los consumidores.

³⁴ Son créditos hipotecarios concedidos a ciudadanos con rentas bajas o que, en general, no cumplen las normas mínimas de riesgo y, a cambio, con intereses más altos que los del mercado convencional. Según explica MEREDIZ, Ignacio en “La crisis hipotecaria. Así empezó todo”. *Revista Polémica*, núm. 92, febrero de 2008, pag. 10.

³⁵ Tal y como exponen en el El país (España) GARCÍA DELGADO, José Luis y MARTÍN RODRÍGUEZ, Manuel [en línea]: *El mercado hipotecario de las viviendas en España: crisis y reforma* , 12 de enero de 2014. [Madrid]

<http://economia.elpais.com/economia/2014/01/10/actualidad/1389353957_262951.html>

[consulta del 1 de julio de 2014].

Los mayores problemas, en este sentido, han surgido respecto a si debían tener o no un límite los intereses, tanto los remuneratorios como los moratorios; sobre la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, de redondeo al alza o de las que sin duda han sido las más polémicas, las cláusulas suelo, entre otras.

Respecto del préstamo, aunque estemos ante un préstamo mercantil por darse los elementos de mercantilidad recogidos en el art. 312 ccom.³⁶ esto no tiene mucha importancia, pues en cualquier caso hay una normativa específica aplicable a estos tipos de préstamo, a la que hay que sumar las normas de protección de los consumidores, cuando sean ellos la contraparte. El ccom. se limita a establecer los criterios de mercantilidad y para todo lo demás se remite a la regulación civil del préstamo. Por tanto, estamos ante un contrato del que sólo nacen obligaciones para una de las partes, el prestatario, y cuyas principales obligaciones son la restitución del capital y de los intereses que se hayan pactado.

Para asegurarse de que el prestatario va a cumplir con sus obligaciones, la entidad prestamista suele exigir garantías, que pueden ser personales (como el aval), pero la garantía por excelencia suele ser una garantía real: la constitución de una hipoteca; debido a que por sus características: al hipotecante ofrece la garantía sin perder la posesión de la cosa, y tampoco se ve limitado su poder de disposición sobre la cosa (aunque las entidades de crédito incluyeran este tipo de cláusulas); para el acreedor hipotecario supone una garantía segura, ya que la garantía recae sobre un inmueble y tiene mayor valor, la protección que se obtiene a través del RP, cuando existe una hipoteca el procedimiento de ejecución forzosa es muy rápido y el acreedor cobra pronto, preferencia de cobro del acreedor hipotecario frente a cualquier otro acreedor, etc.

La hipoteca se define en el art. 1876 cc. y 104 LH como “*una sujeción directa e inmediata del bien, cualquiera que sea su poseedor para el cumplimiento de la obligación garantizada*”. Es accesoria a las obligaciones fundamentales del deudor hipotecario, lo que significa que si la obligación principal es declarada nula conlleva la nulidad de la hipoteca (como veremos, por ejemplo, al

³⁶ El art. 312 del ccom. exige para que un préstamo pueda calificarse como mercantil que una de las partes sea empresario, condición que en este sentido cumple las entidades de crédito o financieras. El otro requisito es que las cosas prestadas puedan ser destinadas a actos de comercio.

hablar de los intereses remuneratorios), y que la garantía hipotecaria sólo puede ejecutarse en caso de incumplimiento de las obligaciones principales. Al añadirse una garantía hipotecaria al préstamo podemos hablar entonces de *préstamo hipotecario*..

Aunque los préstamos hipotecarios en la práctica se han ido configurando a través de las condiciones generales de la contratación que suelen redactar las entidades bancarias, hay una amplia normativa legal a la que estas condiciones se deben adecuar. Así, tenemos la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, La Orden de 7 de diciembre de 1984, del Mercado Hipotecario; La Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios; La Orden de 5 de mayo de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras en los Préstamos Hipotecarios; La Ley 36/2003, de medidas de reforma económica; La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria; Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Pasemos a ver las cláusulas abusivas que son -o eran- más utilizadas en los préstamos hipotecarios. Las dividiremos según la materia a la que afectan³⁷.

2.1. Cláusulas sobre intereses

2.1.1. Intereses de demora desproporcionados

La imposición de intereses de demora desproporcionados es una de las cláusulas más habituales en los préstamos hipotecarios, ya que el prestamista suele querer crear en el consumidor la “presión” y necesidad de cumplir puntualmente con sus obligaciones. En este

³⁷La Clasificación que hemos utilizado es la que hace ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca cuya nulidad el deudor puede oponer”. *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2014.

tipo de cláusulas, el principal problema, como también observa María José Achón³⁸, está en el hecho de que los órganos jurisdiccionales mantienen posturas distintas acerca de hasta qué porcentaje un interés se puede considerar desproporcionado. Así, Así, mientras la SAP Valencia (Sección 11) 780/2012, de 27 de diciembre, considera que un interés de demora de un préstamo de 25% no es abusivo, la SAP Castellón (Sección 3) 633/2012, de 28 de diciembre, considera que es abusivo la imposición de un interés de un 24,60 euros TAE anual fijado en un contrato de crédito al consumo; la SAP Barcelona (Sección 17) 209/2009, de 30 de marzo, considera abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que fijaba unos intereses de demora del 29%; la SAP A Coruña (Sección 4) 359/2009 de 21 de julio, califica como abusiva un interés de demora del 24% establecido en un contrato de tarjeta de crédito; en la SAP de Santa cruz de Tenerife (Sección 4) 400/2012, de 11 de octubre, un interés de demora del 18,5% anual es considerado como abusivo en un contrato de préstamo; la SAP Madrid (Sección 10) 259/2010, de 12 de mayo estima que el interés de demora de 18,75% pactado no puede calificarse como desproporcionado, etc. Po lo que hay que afirmar que el carácter abusivo o no de las cláusula de intereses de demora no depende de su porcentaje, sino que hay que apreciar todos los elementos del contrato para decidir si es o no abusiva. No se aplica un criterio de cantidad, sino de “contexto”. Esto no quiere decir que determinados porcentajes no puedan considerarse por sí abusivos por sí mismos. Imaginémos, por ejemplo, que se imponga a un consumidor unos intereses de demora del 50%. Difícilmente podríamos encontrar razones para no calificar esta cláusula de abusiva.

Al menos el legislador ha establecido un criterio al que atenerse cuando estemos ante préstamos para adquisición de vivienda, garantizados por hipotecas constituidas sobre las misma. En estos casos, los intereses moratorios no podrán superar tres veces el interés legal del dinero, pues así lo impone el nuevo artículo 104.3 LH, introducido por la Ley 1/2013³⁹, y estos intereses sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

³⁸ ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipotecas: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 8127, 2013, pag. 2.

³⁹ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Cuando estamos ante intereses de demora, no podemos analizar si superan o no el interés legal del dinero, tampoco podemos calificarlos como leoninos o usurarios (lo que excluye la aplicación de la Ley de la Usura de 23 de julio de 1908), como señalan las SSTs de 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009. Esto es así porque los intereses de demora no son intereses reales, sino una penalización o sanción al deudor que cumple extemporáneamente con sus obligaciones de pago, y que persiguen la indemnización de los perjuicios producidos por el retraso en el cumplimiento. No obstante, a este tipo de cláusulas les es aplicable el art. 85.6 TRLGDCU (de las listas de cláusulas abusivas), que establece como abusivas las cláusulas que imponen al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, pues el carácter disuasorio o sancionador de esta modalidad de cláusulas no implica una autorización en blanco para el acreedor⁴⁰.

Ahora bien, sobre el alcance o los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora vuelve a plantearse la problemática acerca de si los jueces y Tribunales pueden integrar o no el contrato o habrá que excluirse sin más dicho clausurado. Como hemos indicado en el apartado correspondiente, el TJUE impide al juez integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas, como indica en su sentencia del 14 de junio de 2012 (C-618/2010), donde declara contrario a la Dir. 93/13/CEE el art. 83.2 TRLGDCU, que permite que las cláusulas declaradas nulas puedan ser integradas por lo dispuesto en el art. 1258 cc y al principio de buena fe objetiva.

Para algunos autores⁴¹, la integración de la cláusula de intereses de demora declarada nula a *limine litis* deberá examinarse en un proceso declarativo posterior que tendrá que promover necesariamente la entidad acreedora, pues hay que tener en cuenta que una vez declarada la nulidad de las cláusulas que fijan los intereses de demora, se hace necesario completar este elemento del contrato, porque es entendible que el acreedor hipotecario quiera cobrar una indemnización por los daños causados por la demora en el pago por parte del deudor.

⁴⁰ En el mismo sentido, ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras...”. Ob. Cit. P. 1.

⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*. Tecnos. Madrid. 2013. Pág. 133.

No obstante, habrá que concluir que el contrato cuyas cláusulas de penalización hayan sido declaradas nulas por abusivas persistirá sin las mismas y sin que puede realizarse ninguna modificación por parte del juez o Tribunal, pues así lo ha indicado el TJUE.

2.1.2. Intereses remuneratorios excesivos

Cabe retener desde el principio que mientras los intereses moratorios son una sanción o penalización por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, los intereses remuneratorios son consecuencia de la productividad del dinero. Son la retribución por el préstamo que se concede y nacen del propio contrato, pues el préstamo que ofrece la entidad de crédito no es altruista. Esta diferencia es importante, y por ello, en principio, los intereses remuneratorios no pueden someterse a control judicial siempre que hayan sido redactados de forma transparente y clara, pues forman parte del precio. Esto es así porque la Directiva 93/13/CEE en su art. 4.2 impide la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y servicios, siempre que se redacten de forma comprensible, lo que faculta que el juez sí pueda realizar un control sobre el cumplimiento de la transparencia.

No obstante, la Directiva ofrece una protección mínima y es ampliable. El propio TJUE en su sentencia del 3 de junio de 2010 (Caja Ahorros y Monte de Piedad de Madrid C-484/08) fijó que “no se puede impedir a los Estados Miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Incluso esta misma sentencia va más allá al establecer que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden “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 en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”, lo que a todas luces da a entender que el juez comunitario estaba autorizando la posibilidad de control judicial sobre el objeto principal del contrato no sólo limitado a la comprobación de la observación de la transparencia, sino también del objeto principal en sí.

Siguiendo el parecer del juez comunitario, el TS en su sentencia núm. 401/2010, del 1 de julio vino a decir que una cosa es que los Estados Miembros no tengan la obligación de controlar el

carácter abusivo de las cláusulas que afectan a los elementos esenciales del contrato cuando estas sean comprensibles, y otra que ese control no sea posible en España, pues los límites del control de la Directiva son mínimos. El TS siguió esta misma línea en sus sentencias núm. 663/2010, del 4 de noviembre y núm. 75/2011, de 1 marzo. Ahora bien, el TS ha cambiado de rumbo en este tema en sentencias posteriores, como en las SSTS núm.. 406/2012, de 18 de junio y núm. 241/2013, de 9 de mayo (la famosa sentencia de las cláusulas suelo que luego comentaremos). En estas sentencias el TS sostiene que no cabe declarar abusiva una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precios y servicios, salvo que estas cláusulas no superen el test de transparencia, esto es, no hayan sido redactadas de forma clara y comprensible.

Nosotros consideramos que hay que evaluar y conjugar todos los intereses en juego. Siendo la protección a los consumidores un principio consagrado constitucionalmente (art. 51 CE) no deben ni pueden desconocerse que también la libre competencia y la libertad de empresa (art. 38 CE) son otros principios constitucionales que se ven afectados, por lo que debería arbitrase un sistema que compagine ambos aspectos. Se trata de dejar que los consumidores puedan elegir entre las ofertas existentes en el mercado la que mejor les convenga. En este sentido podríamos encontrarnos con situaciones en las que las entidades de crédito tengan casi las mismas condiciones, lo que se puede deber a sus políticas comerciales, o que estos así lo hayan pactado. Este segundo supuesto está prohibido por la Ley 15/2007⁴², por lo que las entidades podrían ser sancionadas por la CNC. El Estado debe proteger a los consumidores, pero este control no puede ser excesivo, sino que debe establecerse un marco en el que moverse y reaccionar cuando no se respeten las reglas del juego. No obstante, esto no implica que el legislador deba ser indiferente a los intereses remuneratorios que fijen los bancos, pues en muchos casos los consumidores, ante el estado de necesidad ante el que se encuentren, pueden aceptar intereses desorbitados, y es aquí donde se hacen necesarios los mecanismos para evitar estos abusos.

Para los intereses remuneratorios, contrariamente al caso de los intereses de demora, sí es aplicable la Ley de la Represión de la Usura de 23 de julio de 1908. Como ya sabemos, esta ley controla tanto el contenido del contrato, “sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio

⁴² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

económico injustificado, como la validez del consentimiento prestado”⁴³. Esta ley contiene la nulidad del contrato que contenga intereses usurarios como sanción, nulidad de la que se verán afectadas todas las garantías accesorias que deriven de dicho contrato. Esto quiere decir que la hipoteca será nula, al ser accesoria y dependiente de la obligación principal. Esta es la consecuencia de la nulidad del contrato, sin que sea admisible otra opción o una nulidad que afecte sólo al contrato y no a la garantía constituida, como indica la STS de 20 de junio de 2001 “la ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga”. En igual sentido se expresan las SSTS de 7 de mayo de 2002 y 22 de febrero de 2013.

Entonces, hay que concluir que los efectos de la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios es distinta de la aplicación de la Ley de la Usura, ya que la nulidad de una cláusula no comporta necesariamente la nulidad del contrato, mientras que la nulidad de intereses por usurarios implica la nulidad del préstamo y de su hipoteca.

2.1.3. Redondeo al alza del tipo de interés

La cláusula de redondeo al alza ha sido otra de las que han copado los periódicos en la polémica suscitada en el uso por las entidades de crédito de condiciones generales de la contratación que contenían cláusulas abusivas. Pues bien, se considera nula la cláusula que prevea el redondeo al alza del tipo de interés que se tome por referencia o cualquier otra parecida que conlleve al mismo efecto en los préstamos hipotecarios a interés variable.

La cláusula de redondeo al alza es abusiva porque produce un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, desequilibrio que se produce porque el banco se queda en una situación reforzada, puesto que va a recibir unos ingresos sin contraprestación alguna; al tiempo que la posición del consumidor-deudor se debilita al verse obligado a pagar siempre un exceso sin que dicho pago le reporte nada a cambio, lo que hace que esta cláusula encaje en una de las recogidas en la lista de cláusulas abusivas, en el art. 87.5 TRLGDCU, pues se aprecia una clara falta de reciprocidad, al obligarle al prestatario a realizar un pago sin que vaya a recibir contraprestación por el mismo. Así lo entienden las SSTS de 4 de noviembre, 1 de

⁴³ Así lo observa ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras...”. Ob. Cit. Pag. 4.

diciembre, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, que consideran que el desequilibrio causado al prestatario es contrario a la buena fe. Al tratarse de una cláusula que, faltando a las exigencias de buena fe, provoca en el consumidor un desequilibrio importante, esta encaja también en la definición de cláusula abusiva que se recoge en el art. 82.1 TRLGDCU.

Hay que tener en cuenta, como señalan las SSTs antes citadas que el redondeo en sí mismo no es abusivo, pues si se tratara de una cláusula de redondeo al intervalo más próximo, al alza o a la baja, no merecería la calificación de cláusula abusiva.

2.1.4. Cláusulas suelo.

Debido a que estas han sido, probablemente, las cláusulas que han tenido mayor repercusión mediática y al enorme debate doctrinal que ha creado la STS 241/2013 de 9 de mayo, hemos querido dedicarle un apartado concreto a este tipo de estipulaciones. Aquí sólo nos limitaremos a decir que aunque la opinión que parece haberse generalizado es que el TS consideró nulas esta modalidad de cláusulas, la realidad es que la STS las considera conformes al ordenamiento, siempre que reúnan unos determinados requisitos de transparencia, claridad, sencillez y concreción.

2.2. Cláusulas que imponen prohibiciones de disponer.

2.2.1. Prohibición de enajenar o gravar la finca hipotecada sin el consentimiento del acreedor.

El *ius disponiendi* es la facultad que integra el contenido de cualquier derecho subjetivo patrimonial de carácter disponible, por lo que podemos definir la prohibición de disponer como aquella restricción que impide al titular de unos derechos realizar actos dispositivos⁴⁴. Cuando hemos dicho que una de las ventajas que obtiene el hipotecante de la hipoteca es que es una garantía que no elimina su poder de disposición.

El pacto que impide la enajenación debe considerarse nulo, dado que es contrario a los principios de libre contratación y libre circulación de bienes. La DGRN⁴⁵ ha considerado que

⁴⁴ Como señala MARTÍN BRICEÑO, María Rosario en “Interés económico y social de las prohibiciones de disponer: su validez y eficacia jurídica”. *Actualidad Civil*, Núm. 6, 2010, pág. 626.

⁴⁵ RRDGRN de 4 de noviembre de 2010, 8 de junio de 2011, 11 de enero de 2011

esta cláusula infringe normas imperativas, tales como el art. 27 LH, que dice que las prohibiciones de disposición cuyo su origen sean contratos o actos no comprendidos en el art. 26 del mismo cuerpo legal (se trata de prohibiciones legales o que tengan su origen en alguna resolución judicial o administrativa o que han sido impuestas por el testador o donante) no podrán acceder al Registro. Por su parte, el art. 107.3 LH autoriza que puedan hipotecarse bienes ya hipotecados, aunque cuando recaiga sobre ellos el acuerdo de no volverlos a hipotecar.

Cuando estemos ante supuestos de hipoteca inversa sí que son admisibles los pactos de no poder enajenar el bien, al establecerlo así el apartado quinto de la de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007⁴⁶, que dice que “en caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”. Se circunscribe pues, como en la mayoría de las cláusulas, a que se conceda al deudor la posibilidad de sustituir la garantía por otra. Esta posición ha sido confirmada por la STS núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009.

2.2.2. Prohibición de arrendar el bien sin consentimiento del acreedor

Si relacionamos el art. 1129 cc y el 219 RH podemos llegar a pensar que esta cláusula es válida. El primero de estos preceptos establece en su tercer apartado que el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo cuando por actos propios hubiese disminuido las garantías ofrecidas, después de haber sido establecidas. El art. 219 RH, por su parte, nos dice en su segundo apartado que “el valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada”.

El TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 dijo sobre este tipo de cláusulas que:

⁴⁶ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

- Sólo se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda.
- El pacto de vencimiento anticipado (cuando esta sea la consecuencia de no respetar la prohibición) sólo va a operar cuando se trate de arrendamientos gravosos o dañosos, es decir, los que disminuyen el valor de la finca en la ejecución forzosa.
- En lo que hace a la renta, no existe una regla única para calcular su cuantía, por lo que su posible desproporción dependerá de cada caso.

El TS terminó concluyendo que la cláusula analizada era nula por no circunscribirse a los arrendamientos de vivienda.

La RDGRN del 28 de enero de 1998, tratando de fijar el régimen de este tipo de cláusulas establece que “resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos posteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada”; dicción que debemos completar acudiendo a la RDGRN de 4 de noviembre de 2010, que declara que “cuando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la LH”. Por tanto, debe rechazarse este tipo de cláusulas por ser contrarias a la posibilidad de disponer convencionalmente en acto a título oneroso que reconoce el art. 27 LH, y porque, como regla general, los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga (art. 133 LH y 175.2 RH), por lo que no afectan a la hipoteca. En este sentido se expresó la STS de 12 de diciembre de 2009.

Pero en el régimen anterior se podía admitir este tipo de cláusulas sólo cuando se tratara de arrendamientos gravosos para el acreedor por no estar sometidos al principio de purga y que podían subsistir tras la subasta⁴⁷, pero la reforma de la LAU operada por la Ley 4/2013⁴⁸, hace

⁴⁷ Como se recogía en Registradores de España [en línea] *Cláusulas no inscribibles en el Registro de la Propiedad: 5 de junio de 2013*. [Madrid]: Registradores de España <http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152> [consulta: 1 de junio 2014]

⁴⁸ Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

que estas excepciones sean inoperantes. Esto es así porque el anterior art. 13 admitía que los arrendamientos de vivienda subsistieran 5 años desde que hubieren sido concertados (aun siendo posteriores a la hipoteca) y en la actual legislación todos los arrendamientos de vivienda que hayan sido concertados después de la hipoteca se extinguen. Por tanto, será nula toda cláusula que imponga una restricción al arrendamiento de bienes, pues supone una intromisión que no puede admitirse en el derecho de propiedad (art. 33 CE).

2.2.3. Obligación de no destinar el inmueble a una actividad profesional sin el consentimiento de la entidad financiera.

La SJM núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011, consideró que si la actividad es acorde a la naturaleza del bien y no afecta al valor de la garantía, supeditar la utilización del bien hipotecado para una actividad profesional a la autorización del banco es abusivo. Debemos entender el carácter abusivo de este pacto porque supone que la entidad bancaria le impone al consumidor una garantía desproporcionada para el riesgo asumido (cláusula que se contiene en la lista de cláusulas abusivas), por lo que es abusivo en los términos del art. 88 TRLGDCU. Con esta cláusulas, además, la entidad se está atribuyendo una facultad de control sobre el destino de la vivienda. Control que no resulta acorde con el negocio jurídico celebrado, ni necesario para el cumplimiento del fin contractualmente perseguido. Esto supone una limitación a los derechos del prestatario, en cuanto propietario de la vivienda, de destinarla a usos que no afecten al valor de la garantía.

En la sentencia indicada arriba, se observa que con esta cláusula se reserva la entidad bancaria una facultad de autorización de cualquier afectación del inmueble hipotecado a una actividad profesional, sin distinguir cual sea esa actividad y la incidencia que la misma pueda tener en la conservación del valor del inmueble, el tiempo de amortización transcurrido cuando se realice un cambio del destino del inmueble, y estas omisiones atribuyen al banco una facultad absoluta de controlar el destino que haya de darse a la vivienda arrendada durante toda la vida del préstamo, sin otro condicionamiento más que la vigencia del préstamo. Esta cláusula es nula porque atribuye a la entidad bancaria una facultad de control excesiva que limita el derecho del prestatario a destinar una vivienda de su propiedad a otros usos⁴⁹.

⁴⁹ ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras...”. Ob. Cit. pag.5

2.3. Cláusulas de vencimiento anticipado.

Los préstamos hipotecarios son obligaciones a plazo. Suelen pactarse por una duración entre los 30 y 40 años. Son muchas las cláusulas sobre vencimiento anticipado que han venido fijando las entidades de crédito en las escrituras de hipoteca, de las que además se suele pactar su susceptibilidad de provocar la ejecución de la garantía hipotecaria. La doctrina tradicional entendía que el vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía sólo se daban al mismo tiempo si el deudor incumple una cláusula del préstamo o una obligación garantizada por la hipoteca con alguna responsabilidad propia⁵⁰. No obstante, en aras del principio de autonomía de la voluntad el TS ha venido admitiendo este tipo de cláusulas, exigiendo que no se opongan a normas imperativas, que no sean abusivas y que se deban a una justa causa⁵¹. Dentro de la gran variedad de cláusulas por vencimiento anticipado, podemos encontrar las siguientes.

2.3.1. *Por embargo de bienes al prestatario o disminución de su solvencia*

El art. 1129 del cc. dispone que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo “cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”. El supuesto contemplado en este precepto no puede asimilarse al caso en que se haya acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia del deudor⁵², por lo que el vencimiento anticipado “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa” debe considerarse nulo.

Como señala la STS de 16 de diciembre de 2009, esta cláusula “supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías”, y continúa diciendo la sentencia “no se trata de excluir que la entidad financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia

⁵⁰ Así se señala en Registradores de España [en línea] *Cláusulas no inscribibles en el Registro de la Propiedad: 5 de junio de 2013*. [Madrid]: Registradores de España <http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152> [consulta: 1 de junio 2014]

⁵¹ Lo que se ha concretado en que guarden una relación directa con la conservación o con las obligaciones inherentes a la finca gravada, con la hipoteca o con su ejecución.

⁵² ANCHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras...”. Ob. Cit. P. 5.

negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional–predisponente para ejercitar la facultad resolutoria contractual”. Esta posición se refuerza si tenemos en cuenta que el embargo no disminuye la preferencia de la hipoteca ni la garantía real, por lo que no afectan a la posición del acreedor hipotecario, como señala la RDGRN de 8 de junio de 2011.

Sí admite el TS en la sentencia que la cláusula de vencimiento anticipada sería válida si la razón fuera la no aportación de la garantía complementaria acordada, siempre que las causas de apreciación de la disminución de la solvencia fueran objetivizadas, es decir, no dependieran sólo de la voluntad de la entidad financiera, pues es cláusula abusiva (en los términos de la lista de las cláusulas abusivas) toda aquella que deje la interpretación del contrato a la voluntad del empresario (art. 85.3 TRLGDCU).

2.3.2. Por declaración de concurso

Esta es quizás una de las cláusulas cuyo carácter abusivo resulta bastante claro, pues el vencimiento anticipado por la declaración en concurso del prestatario es contrario al art. 61.3 de la Ley Concursal⁵³, que imperativamente establece que “se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola declaración en concurso de cualquiera de las partes”, por lo que no vamos a abundar sobre este supuesto.

Lo que sí podría plantearse es qué sucede cuando el que es declarado en concurso es el fiador del prestatario. En este caso hay que acudir al art. 1829 cc., que prevé que el acreedor pueda pedir otro que reúna las mismas cualidades, por lo que como regla general no puede conllevar el vencimiento anticipado de la obligación, a no ser que hubiera sido exigido y pactado que fuera una persona determinada, o que no se fije otro fiador, como se señala en la SAP de Tarragona (Sección 3) de 1 de abril de 2011⁵⁴.

2.3.3. Por fallecimiento del deudor

Resulta inadmisibles que pueda ser aceptado el pacto por el que un préstamo hipotecario vence anticipadamente por el fallecimiento del deudor, pues es contrario al art. 1112 cc, que garantiza

⁵³ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁵⁴ Cendoj: ROJ: SAPT 575/2011.

la transmisibilidad de los derechos y obligaciones. Es abusiva esta cláusula porque dicho pacto impide a los herederos del prestatario subrogarse en su deuda y seguir pagando la hipoteca, como señalan la RDGRN de 16 mayo 2008 y SAP de Tarragona (Sección 3), de 1 abril 2011.

2.3.4. Por impago de una cuota de la hipoteca

La reforma introducida en el art. 693 de la LEC por la Ley 1/2013 ha llevado a que actualmente sea nula de pleno derecho la cláusula por la que la entidad de crédito puede dar por vencido un préstamo hipotecario cuando el prestatario no pague sólo una de las cuotas. Anteriormente, el TS en diversas sentencias había declarado la validez de esta cláusula. En este sentido podrían citarse las SSTs 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009.

Tras la reforma citada, el nuevo artículo 693.2 LEC dispone que “podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses”. Se exige que al menos pueda acreditarse el adeudo de tres mensualidades para que pueda operar el vencimiento anticipado.

Es imprescindible que la cláusula de vencimiento anticipado conste en la escritura de hipoteca. Si esto no se hace así, aun cuando el deudor haya dejado de abonar tres meses su cuota, el acreedor no podrá solicitar el vencimiento de toda la obligación, toda vez que el art. 1129 cc no recoge entre los supuestos en que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo el impago de varias cuotas y el art. 693.3 dice que se podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo “si se hubiesen convenido”.

Algún autor⁵⁵ considera que el legislador debería haber establecido un mayor número de cuotas, dada la situación económica actual. En nuestra opinión un mayor número de cuotas impagadas para que opere el vencimiento anticipado no es recomendable, pues podría tener dos efectos negativos: por una parte, la fijación legal de un número de cuotas elevado podría

⁵⁵ ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras...”. Ob. Cit. pag. 6.

potenciar la morosidad; por otro, podría perjudicarse al deudor hipotecario ejecutado, pues cuanto mayor la cantidad adeudada, más difícil puede resultar liberar el bien en los términos que prevé el art. 693.3 LEC. Podría alegarse también que una vez pase la crisis el número de cuotas se puede volver a rebajar, pero cabe oponerse a esta posibilidad porque es contraria a la seguridad jurídica. No puede pretenderse un cambio continuado del derecho siempre que cambien las circunstancias económicas. Lo admisible es que en una coyuntura económica determinada se adopten medidas, pero que no sólo que persigan la resolución de los problemas, sino que los eviten para un momento futuro.

2.3.5. Resolución anticipada del préstamo hipotecario por imposibilidad de inscribir la hipoteca en el registro.

La STS de 12 de diciembre de 2009 rechazó este tipo de pactos al considerar que “no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir, incluso por motivos ajenos al mismo, y no tiene en cuenta que es de la entidad financiera la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo”. En efecto, debe reputarse nula la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo si no pudiera realizarse la inscripción de la hipoteca en el Registro por cualquier motivo, pues la entidad financiera debe comprobar las posibles causas que pueden ocasionar la negación de la inscripción de la hipoteca, y no pueden “cubrirse” las espaldas haciendo recaer toda la responsabilidad sobre el prestatario, pues no resulta equitativo que el prestamista no responda aun en caso de que el error derive de la actuación de sus propios agentes, lo cual es desproporcionado, y por consiguiente, abusivo⁵⁶.

2.3.6. Por deterioro considerable o incendio del inmueble.

La causa por la que debe calificarse como abusiva esta cláusula la encontramos nuevamente en el art. 1129 del cc, que en su apartado tercero concede al deudor la facultad de prestar nuevas garantías en caso de desaparición de las prestadas anteriormente. Podría admitirse, por tanto, el vencimiento anticipado si se produjeran algunas de estas contingencias siempre que se admita que el deudor pueda ofrecer nuevas garantías, y que este no las ofrezca. Pero es que ni siquiera se le suele conceder al prestatario esta facultad. Por este motivo, la SAP Tarragona (Sección 3),

⁵⁶ ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca cuya nulidad el deudor puede oponer”. Ob. Cit. P. 6

de 1 de abril de 2011 consideró abusiva la cláusula que preveía el vencimiento anticipado de toda la deuda si el inmueble se deterioraba en más de la cuarta parte.

Si la cláusula estableciera que la disminución de valor por deterioro dependerá del “juicio del prestamista” o que “será apreciada por perito vinculado a ésta”, aunque estableciera después que el vencimiento anticipado sólo operaría “si no se amplía la garantía a otros bienes”, debe considerarse abusiva por contrariar el art. 1256 del cc y 85.3 TRLGDCU (que es una concreción del art. 1256 cc), pues se estaría dejando la interpretación del contrato a la sola voluntad del empresario, y este tipo de cláusulas se consideran abusivas, y por tanto nulas. El Colegio de Registradores⁵⁷ considera que este mismo criterio será el aplicable cuando se prevea el vencimiento anticipado por no asegurar la finca en una compañía de reconocida solvencia “a juicio del acreedor”. Por todo esto debemos entender que estas cláusulas pueden admitirse siempre que se supriman las expresiones “a juicio del prestamista”, “a juicio del acreedor” y parecidas.

No obstante, será admisible el vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca, cuando dicha disminución derive del juicio de una entidad independiente y legalmente autorizada, aun cuando sea el prestamista el que solicite la nueva valoración. Para la validez de este pacto, como hemos señalado antes, será necesario que el vencimiento se condicione a la aportación de nuevas garantías.

2.3.7. Por expropiación forzosa.

Dos son las razones que han esgrimido tanto los órganos jurisdiccionales⁵⁸ como la DGRN⁵⁹ para concluir que este tipo de cláusulas son abusivas. Primero está el hecho de que, como señalábamos en el apartado anterior, no se admite al deudor la posibilidad de sustituir la garantía desaparecida por otra. El segundo motivo es que el art. 110.2 LH establece que la hipoteca se extenderá a las indemnizaciones recibidas de la expropiación del bien inmueble. A

⁵⁷ Así se señala en Registradores de España [en línea] *Cláusulas no inscribibles en el Registro de la Propiedad: 5 de junio de 2013*. [Madrid]: Registradores de España <http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152> [consulta: 1 de junio 2014]

⁵⁸ SAP Tarragona (Sección 3) de 1 de abril de 2011. Cendoj: ROJ: SAPT 575/2011.

⁵⁹ RRDGRN de 24 de marzo de 2008 y de 25 marzo de 2008.

todo esto hay que añadirle que el art. 4.2 de la Ley de Expropiación Forzosa establece como obligatoria la citación del acreedor hipotecario para que pueda hacer valer el mayor valor posible para la finca hipotecada.

2.3.8. Por incumplimiento de obligaciones accesorias.

Para terminar el análisis de las cláusulas de vencimiento anticipado más frecuentes, vamos a ver cuál es el régimen que ha establecido la Jurisprudencia para el caso de las cláusulas que prevean el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias.

Al analizar este tipo de cláusulas el TS⁶⁰ ha establecido que lo primero que hay que hacer es saber distinguir las obligaciones esenciales de las accesorias. En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha considerado desproporcionado que tenga carácter resolutorio cualquier incumplimiento, admitiendo sólo el vencimiento anticipado cuando existe una verdadera dejación de las obligaciones esenciales, pero rechazando las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias. El Fundamento Vigésimo de la STS de 16 de diciembre de 2009 establece que “de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio”. Ahora bien, la consideración de una obligación como accesorias o no habrá que efectuarse a la luz de cada caso concreto, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de la obligación garantizada y la finalidad del préstamo.

2.4. Otras cláusulas abusivas.

2.4.1. Sumisión expresa a los juzgados de un determinado lugar.

La normativa tradicional en el marco de la LEC estaba regida por el principio clásico de libre disponibilidad del fuero, que permitía que la fijación del órgano competente por razón de territorio quedara a la libre disposición de las partes. Esto implicaba que la libertad de determinación podía articularse por medio de una doble “convención”: la sumisión expresa, o

⁶⁰ SSTTS de 9 de marzo de 2001, 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009.

pactum de foro prorrogando y la sumisión tácita, en los supuestos fijados por la ley⁶¹. No obstante, la LEC impone en el art. 54.2 determinadas restricciones a la sumisión expresa. Explícitamente dice que “no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios”.

Este precepto, como apunta VIRTUDES⁶² es fruto de una previa evolución legislativa y jurisprudencial en el tema, que constituye la base sólida sobre la que se sustenta. La LEC inserta este precepto, según ORTEGO⁶³, para lograr, por un lado evitar desventajas procesales a las partes, y por otro, para evitar actuaciones en la racional distribución del trabajo entre los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, nosotros creemos que este precepto es fundamentalmente resultado de la perfección de las normas en materia de consumidores y usuarios que debía realizar el legislador para adecuar el ordenamiento interno a las normas comunitarias en materia de cláusulas abusivas. En efecto, la lista de cláusulas abusivas que se recoge de forma indicativa la Dir. 93/13/CEE recoge en su apartado q) como posible cláusula abusiva la de “suprimir y obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición”. Esta cláusula parece ser la que ha servido de punto de partida en el ordenamiento interno para calificar como abusiva la cláusula de sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores y usuarios.

⁶¹ Así lo señala CARBALLO FIDALGO, Marta en “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”. *Actualidad Civil*, Núm. 22, 2006. Pág. 2629.

⁶² OCHOA MONZÓ, Virtudes. “La sumisión expresa. Limitaciones en materia de consumidores y usuarios”. *Práctica de Tribunales*, Núm. 22, 2005, pag. 4.

⁶³ ORTEGO PEREZ, Francisco. “*La competencia territorial indisponible*”. Navarra. Arazandi, 2002. Pág. 157.

El Colegio de Registradores⁶⁴ consideró que esta cláusula debe considerarse como nula en virtud del art. 684 LEC (El art. 684.1.1 otorga la competencia al JPI del lugar en el que esté situado el bien inmueble hipotecado), pero no podemos compartir esta opinión, pues aunque la sumisión fuere a los Juzgados y Tribunales del lugar en el que la finca se halle, esta debe considerarse nula porque el contrato de préstamo con garantía hipotecaria no sólo permite el ejercicio de la acción real, sino el ejercicio de otras acciones personales que pueden derivar de la ejecución e interpretación del contrato⁶⁵. Esta posición es la admitida por la SJM núm. 9 de Madrid, en el que se acepta que es nula la cláusula por la que se fijaba como fuero el del lugar en el que se encontraba la finca.

Ahora bien, la verdadera fundamentación de la calificación de este tipo de cláusulas como abusivas⁶⁶ la encontramos en el fundamento 22 de la STJUE de 27 junio de 2000⁶⁷, que señala que “una cláusula de esta naturaleza, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse”⁶⁸.

2.4.2. Cláusula que impide la cancelación parcial de la hipoteca dividida entre varias fincas cuando se pague la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas.

En este tipo de cláusulas lo primero que debemos hacer es distinguir el crédito hipotecario dividido entre varias fincas (art. 124 LH), de la existencia de un único crédito para cuya

⁶⁴ Así se señala en Registradores de España [en línea] *Cláusulas no inscribibles en el Registro de la Propiedad: 5 de junio de 2013*. [Madrid]: Registradores de España <http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152> [consulta: 1 de junio 2014]

⁶⁵ Esta es la misma posición que mantiene ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras...”. Ob. Cit., pag. 7.

⁶⁶ Como observa LETE ACHIRICA, Javier en “Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho Comunitario”. *La ley*, 2000. Pag. 3.

⁶⁷ Sentencia Océano Grupo editorial, S.A., Salvat Editores, S.A., (C-240 a C-244)

⁶⁸ Aunque es importante resaltar que la cláusula de sumisión expresa cuestionada atribuía competencia exclusiva, en todos los litigios que nacieran del contrato, a los tribunales de la residencia del empresario, lo que ahonda aún más en la necesaria consideración como abusivas de este tipo de cláusulas.

garantía se hipotecan varias fincas. Esta última se denomina hipoteca solidaria (art. 119 y 125 LH), que podemos definir como aquella por la que quedan al mismo tiempo sujetas varias fincas, garantizando un mismo crédito, sin que se determine la cantidad o parte de gravamen por la que cada una debe responder, lo que le atribuye al acreedor la facultad de poder repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de ellas o contra una de ellas, como señala la STS núm. 66/2005, de 4 de febrero. En este caso no estaríamos ante una cláusula abusiva.

Descartada la hipoteca solidaria en los términos expresados, es abusivo este tipo de cláusula porque priva al deudor de un derecho que le viene concedido por el art. 124 LH⁶⁹. En idénticos términos indica el art. 221 RH que “distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, si alguna de ellas pasare a un tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas”.

2.4.3. Cláusula que permite a la entidad bancaria cobrar las indemnizaciones por siniestro o expropiación del inmueble y aplicarlas al cobro de cuotas no vencidas.

Si bien es cierto que art. 110.2 LH permite que la indemnización que se haga efectiva antes del vencimiento de la obligación, en caso de siniestro o expropiación, se deposite a favor del acreedor hipotecario, porque dicha indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía, esto en ningún momento debe entenderse como una autorización al acreedor para que pueda recibir el importe del crédito garantizado antes de su vencimiento, pues la indemnización sólo debe responder de la satisfacción del crédito en caso de incumplimiento.

Así lo entendió la SJM de Madrid, núm. 9, ya indicada varias veces arriba, que en sus razonamientos considera que “la previsión del art 110, no supone en modo alguno, que producido el siniestro se genere el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y resulten exigibles la totalidad del capital, sino que [...] establece una subrogación real en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real (...)” y añade “esta previsión no puede considerarse que tenga anclaje en el art 110 de la LH, sino que

⁶⁹ Así lo consideró la RDGRN de 27 de enero de 1986. Cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, “Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios”. *Diario la Ley*, 1996.

supone un paso más allá, pues permite a la entidad bancaria percibir el importe del crédito garantizado o parte del mismo antes de la fecha de vencimiento, sin que concurriese un supuesto de vencimiento anticipado de los previstos en el contrato, alterando en beneficio del predisponente la naturaleza de la garantía, pues en lugar de responder de la satisfacción del crédito en supuesto de incumplimiento, pasa a utilizarse como medio de pago del crédito”. Con ello, se priva al consumidor de oponer la compensación, retención o consignación respecto de esas cantidades, resultando igualmente abusiva la cláusula por aplicación de la regla general del art 82.1, en relación al art 85.3 y 86.4. todos ellos del TRLGDCU.

2.4.4. Extensión de la hipoteca a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular.

Dispone el art. 112 LH que “cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a (...) las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otras se hayan costeado por el nuevo dueño”. Por esto es abusiva la cláusula que fije sin más que “la hipoteca se ampliará a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular”⁷⁰, pues las cláusulas de extensión objetiva sólo son admitidas en el art. 110.1 LH por las edificaciones realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar.

2.4.5. Cláusula que permite a la entidad financiera contratar el seguro de incendio y de daños a cuenta del prestatario.

Para poder mantener el valor económico de la garantía prestada, el art. 8 LMH impone al prestatario la obligación legal de asegurar los bienes hipotecados. Pero la Jurisprudencia ha considerado que esto no implica que puedan admitirse las cláusulas por las que la entidad financiera se atribuya de manera general la facultad de contratar un seguro. Una cosa es que se establezca que una vez sea compelido el prestatario para que contrate un seguro y este no lo haga, la entidad bancaria pueda subsidiariamente contratar dicho seguro, pero si no se redacta la cláusula en estos términos, esta supone una exclusión de los derechos reconocidos al usuario en la elección del seguro a contratar, por lo que es contrario al art. 86 TRLGDCU.

Si la entidad de crédito no sólo se reserva la facultad de contratar un seguro en nombre propio, sino además la de elegir dentro del mercado cuál es el producto que contrata y con quién lo

⁷⁰ RDGRN de 21 de diciembre de 2010.

contrata, la utilización de este tipo de cláusulas es incluso más problemática si tenemos en cuenta que, generalmente, todas las entidades de crédito suelen tener compañías de seguro que ofrecen el tipo de seguro que se exige legalmente para los inmuebles hipotecados, y eso podría dar lugar al uso de la previsión no para suplir la inactividad del prestatario, sino directamente en todos los préstamos hipotecarios, generando un nivel de volumen de negocio a la entidad integrada en el mismo grupo.

2.4.6. Cláusula que obliga al comprador a asumir la cancelación de la hipoteca concertada para financiar la construcción u otros gastos que corresponden al vendedor del bien.

Esta cláusula no suele ser pactada con la entidad de crédito en la escritura de hipoteca sino con la constructora o promotora que vende el inmueble. Esto es importante porque en un proceso de ejecución hipotecaria, por ejemplo, no se podría alegar esta cláusulas, puesto que no es una cláusula en un préstamo hipotecario en los términos que hemos señalado. Hemos considerado traer a colación esta cláusula por su cercanía al tema que es objeto de este trabajo, porque es una cláusula que ha sido bastante utilizada en la práctica y porque aunque no participe ni en el contrato de préstamo ni en la constitución hipotecaria, suele ser el vendedor del inmueble el destinatario del préstamo que adquiere el prestatario, pues mayoritariamente se suelen adquirir para la compra de un inmueble.

Respecto de este tipo de cláusulas, se considera nula toda estipulación que repercuta sobre el comprador los gastos de constitución o cancelación de hipoteca concertada con el constructor o promotor o los que le repercutan los gastos que por su naturaleza correspondan al vendedor (en el supuesto de obra nueva, propiedad horizontal)⁷¹ o el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía)⁷².

⁷¹ Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca...” . Ob. Cit. SSAP de León, Sección 2.ª, de 3 de febrero de 1993; Madrid, Sección 14.ª, de 8 mayo 2002; Castellón, Sección 1.ª, de 15 de octubre de 2002; Sevilla, Sección 35.ª, de 8 de octubre de 2003; Zaragoza, Sección 2.ª, de 13 septiembre de 2005.

⁷² Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca...” Ob. Cit. SAP de Murcia, Sección 4.ª, de 28 de mayo de 2007; Sevilla, Sección 5.ª, de 19 de enero de 2005.

Hasta aquí el análisis de las distintas cláusulas abusivas que suelen incluirse en las escrituras de hipotecas. Esto no impide que puedan existir otro tipo de cláusulas, pues como sabemos, el art. 1255 cc permite a los contratantes establecer cuantas estipulaciones quieran en sus contratos, siempre que respeten los límites que este precepto fija, y los previstos en el ámbito de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

2.5. El control de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios por registradores y notarios.

A pesar de un tema de suma importancia para las cláusulas abusivas que se usan en los contratos de préstamo hipotecario, debido a los objetivos marcados en este trabajo y su propia naturaleza, nos hemos limitado a abordar sólo algunas cuestiones sobre el tema.

Tanto el TRLGDCU como la LH, en la reforma introducida por la Ley 41/2007, otorgan a los registradores y notarios la potestad de apreciar la existencia o no de cláusulas abusivas en los contratos recogidos en escrituras públicas o aquellos cuya inscripción se solicite en el registro correspondiente. El art. 84 del TRLGDCU establece que los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán los contratos o negocios jurídicos en los se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas abusivas en sentencia inscrita en el RGCGC. Por su parte el segundo párrafo del art. 12 LH establece que se harán constar en el asiento registral de la hipoteca, en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria, las cláusulas contractuales de trascendencia real cuya calificación sea positiva, lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a considerar que cabe la calificación registral negativa fundamentada en la protección del consumidor, cuando la abusividad sea clara en base al principio de legalidad⁷³. Hay que recordar también que el art. 81 TRLGDCU en su segundo apartado recoge una función informativa de los registradores de la propiedad y mercantiles en los asuntos propios de su especialidad y competencia, lo que significa que cuando se solicite la inscripción de un título que contenga cláusulas que consideren abusivas deberán ponerlo en conocimiento del consumidor.

Ahora bien, el problema de este tipo de control es determinar cuál debe ser el alcance del

⁷³ Este es el caso de MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La protección frente a las cláusulas Abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: ed. Reus, 2012, p. 160.

mismo. En este sentido ha declarado la DGRN en su resolución de 1 de octubre de 2010 que para ello hay que ponderar de forma específica los objetivos del art. 12 LH y la normativa de protección de los consumidores, a lo que habrá que añadir la posible apertura de la ejecución hipotecaria (art. 130 LH). Con todos estos elementos considera que *“dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas (...), en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente, sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial”*⁷⁴.

⁷⁴ En el mismo sentido las resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011.

3. LAS CLÁUSULAS SUELO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013, DE 9 DE MAYO.

Las conocidas popularmente como “cláusulas suelo” son limitaciones a la fluctuación a la baja que suelen experimentar los tipos de interés a los que se referencian los préstamos hipotecarios a interés variable. Es decir, para hipotecas cuyo tipo de interés de referencia (en España, por regla general el Euribor) está sometido a revisión, las cláusulas suelo actúan como un límite mínimo en caso de bajada de tipos, evitando, aunque el Euribor baje más que el suelo fijado, que las cuotas de amortización de los préstamos hipotecarios bajen.

Las cláusulas suelo han sido seguramente las que han tenido mayor impacto mediático en los últimos años. No es un hecho aislado, puesto que en España son muchos los préstamos hipotecarios que incluyen tales cláusulas. Los problemas surgieron, fundamentalmente, en los momentos en que el Euribor estuvo excesivamente bajo (por ejemplo, 0,54% en septiembre de 2013). En estos momentos las cláusulas suelo hacían que las cuotas mensuales de amortización de las hipotecas no se reduzcan como los consumidores podrían esperar, permaneciendo el tipo de interés intacto en el suelo fijado (entre el 3 y el 4,5%).

Aquí es donde se inician los conflictos judiciales entre prestatarios y prestamistas, pues los primeros consideraron un abuso que bancos y cajas hayan incluido en sus hipotecas esas cláusulas, alegando que no eran conscientes ni se les había facilitado las oportunas explicaciones sobre el alcance y las consecuencias reales de este tipo de cláusulas, y también se comenzó a advertir que las cifras de techo estaban muy alejadas del tipo pactado, mientras el suelo se acerca más a éste⁷⁵. Por su parte, los bancos defendían que sus actuaciones habían sido correctas (observaron los requisitos legales y reglamentarios exigidos), y que las cláusulas suelo, al ser un elemento esencial de la contratación en masa, reducía costes y permitía a las entidades saber con seguridad sus posibles ingresos, lo que a la postre era beneficiario para los consumidores, puesto que ofrecían a las entidades financieras la posibilidad de comercializar hipotecas en mejores condiciones.

⁷⁵ Esta problemática es analizada por MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto en “El control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *Actualidad Civil*, núm. 6, 2014, pag. 709.

La ofensiva iniciada por los clientes de las entidades de crédito, abanderada por asociaciones de consumidores y usuarios ha cosechado como gran éxito la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo (que analizaremos más adelante). Antes de esto, las cláusulas suelo tuvieron un largo peregrinaje ante los órganos judiciales, que analizamos a continuación.

3.1. Las cláusulas suelo ante los Tribunales de Justicia

La legalidad de las cláusulas suelo ha sido cuestionada numerosas veces. En ellas, unas veces se ha determinado que eran nulas por abusivas cuando no tenían como contrapartida un tipo máximo de interés (una cláusula techo) que amparase al cliente del riesgo de subida de los tipos, o había gran desproporción entre el suelo y el techo (en este sentido las SJM Sevilla 20 de septiembre de 2010, SJM León 11 de marzo de 2011, SJM Barcelona 12 de septiembre de 2011, SJM Málaga 20 de noviembre de 2011, SJM Palma de Mallorca 2 de febrero de 2012, SAP Cáceres 24 de abril de 2012, entre otras). Otras veces, los Tribunales consideraron válidas las cláusulas suelo alegando que con el patrón del desequilibrio no era posible la valoración de los límites de interés al alza y a la baja, por tratarse de un contrato unilateral, sino que habría que atender a mecanismos contractuales cuyo objetivo es reducir el posible riesgo de pérdidas (es la línea seguida por las SAP Sevilla 7 de octubre de 2011, SAP Sevilla 10 de diciembre de 2011, SJM Madrid 8 de septiembre de 2011, SJM Alicante 23 de junio de 2011, SJM Jaén 7 de febrero de 2012, entre otras).

Veamos el recorrido de las cláusulas suelo que desemboca en la STS 241/2013.

3.2. La sentencia núm. 246/2010 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, del 30 de septiembre.

La STS 241/2013 ha venido a poner fin (esperemos que definitivamente) al debate sobre la validez de las cláusulas suelo. El *iter* procesal que culmina en la STS 241/2013 se inicia con una demanda de acción colectiva de cesación entablada por la asociación de consumidores AUSBANC ante el JM núm. 2 de Sevilla (que se resolvió en sentencia 246/2010, de 30 de septiembre), contra distintas entidades financieras, en la que pedían que se declararan nulas por abusivas las “cláusulas suelo” que venían utilizando las demandadas en las condiciones generales de sus contratos de préstamo hipotecario.

Uno de los argumentos sobre los que basaron su defensa las entidades de crédito fue que las cláusulas suelo no eran condiciones generales de la contratación, sino que se trataba de

elementos esenciales del contrato. En opinión de los bancos, se trataba de condiciones producto de la negociación individual y excluidas del carácter de generalidad que contempla la ley. El órgano judicial se opuso a estos argumentos, pues entendió que la ley no distingue entre condiciones esenciales y las que no lo son, y admite que los elementos esenciales de un contrato pueden ser perfectamente condiciones generales, ya que pueden ser predispuestos, generalizados o generalizables a una pluralidad de contratos y prerredactados por quien tiene un mayor poder de negociación (como hemos visto estos son los requisitos que exige la LCGC para que las condiciones generales puedan ser consideradas como tales).

A pesar de los argumentos del Tribunal arriba indicados, a renglón seguido sostiene la sentencia que la cláusula suelo no es un elemento esencial del contrato, sino que es meramente accesorio y limitador de la cláusula que fija el tipo de interés aplicable al contrato. Este punto de vista fue corregido después tanto la SAP de Sevilla como por el TS. Esta misma opinión es sostenida por Carlos Ballugera⁷⁶, para quien la cláusula que regula y establece el tipo de interés es una condición general de la contratación, que ni forma parte de la definición del objeto principal del contrato ni es un elemento esencial del mismo. Una prueba de ello, según este autor, es que la nulidad de la cláusula no comporta la nulidad del contrato, lo que sí ocurriría si estuviéramos ante un elemento esencial del contrato.

Las posturas sostenidas tanto por la sentencia como por este autor no pueden compartirse. Siendo la principal obligación del deudor la devolución del crédito recibido mas los intereses acordados, no se puede sostener que la cláusula suelo no es un elemento esencial del contrato cuando es la que indica el precio que va a tener que pagar el prestatario por el préstamo adquirido en caso de que el Euríbor alcance determinados niveles a la baja. La diferenciación que hace este autor entre condiciones generales de la contratación y elementos esenciales del contrato no tiene ningún fundamento, como luego indicamos al comentar la sentencia de la AP, que sigue el mismo razonamiento.

Respecto a la posibilidad de hacer un control judicial sobre el contenido del contrato, la AP

⁷⁶ BALLUGERA GÓMEZ, Carlos en “Integración de las cláusulas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de integración de las cláusulas abusivas en casos concretos”. *Diario La Ley*, Núm. 8344, 2014.

admite que sí es posible, y recuerda la opinión en este sentido vertida por el TJUE (y que hasta la STS 241/2013 era mantenida en algunos pronunciamientos por nuestro TS, tal y como hemos apuntado al hablar de los intereses remuneratorios), que admitió que pueda realizarse un control sobre los elementos esenciales de un contrato, o sobre precio y contraprestación.

Termina la sentencia por declarar la nulidad de las cláusulas suelo por abusivas por falta de reciprocidad, pues se aprecia que las limitaciones al alza y a la baja no son semejantes. Esta sentencia fue recurrida por las entidades financieras ante la AP de Sevilla.

3.3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 7 de octubre de 2011.

La sentencia dictada en apelación llega a la conclusión de que las cláusulas suelo, cuya nulidad había sido acordada por la sentencia recurrida, eran legales. La AP llega a esta conclusión entre aciertos y desaciertos, y estos son los principales argumentos:

Primero. Entiende el Tribunal que la existencia de una normativa sectorial sobre los préstamos hipotecarios y la existencia de normas de transparencia y protección de los consumidores (que eran algunos de los argumentos que esgrimieron los apelantes para sostener la validez de las cláusulas suelo), no es óbice para que a los préstamos hipotecarios les sea aplicable la LCGC. No obstante, estima que la cláusula suelo no puede considerarse condición general de la contratación (en sus siguientes argumentaciones la viene a considerar un elemento esencial del contrato, y considera que como tal no puede calificarse como condición general de la contratación).

Una vez establecido esto, la sentencia se aparta de la opinión de la sentencia recurrida, con gran acierto, de que las cláusulas suelo sólo son elementos accesorios del contrato. Afirmar la AP que las cláusulas suelo constituyen los términos financieros de la operación de préstamo y son los elementos configuradores del precio del producto contratado, por lo que constituyen una parte integrante de los elementos esenciales del contrato. Al ser así, y en esto está desafortunada la sentencia, las cláusulas suelo no son condiciones generales de la contratación, ya que el consumidor tiene la posibilidad de conocerlos, reflexionar sobre ellos y decidir sobre la conveniencia o no de hacer el contrato.

Es preciso señalar que para que las cláusulas suelo puedan no ser consideradas condiciones

generales de la contratación, no nos sirve el argumento de que esto es así por versar estas sobre los elementos esenciales del contrato, sino que es necesario que se pruebe que estas fueron negociadas de forma efectiva e individual por cada una de las partes, pues sólo la falta de imposición-predisposición-generalidad excluiría su consideración como tal. No existe precepto alguno en la LCGC que indique que estas se excluyen del objeto principal del contrato. Es más, quizás el verdadero interés de las entidades financieras al usar las condiciones generales sea el poder establecer a través de ellas los elementos esenciales del contrato, para así poder ofrecer las mismas condiciones a todos sus clientes. Por tanto, no puede aceptarse la afirmación que hace este órgano judicial de que lo que diferencia las condiciones generales de los elementos esenciales del contrato es que aquellos pueden no ser tomados en consideración o desconocidos por el consumidor, toda vez que la falta de conocimiento de las condiciones generales tiene como consecuencia su no inclusión al contrato (art. 5 y 7 LCGC), tal y como indicó después la STS; y su nulidad en los términos del art. 8 LCGC en relación con el art. 82 TRLGDCU.

Segundo. Una vez establecido lo anterior, se llega a la conclusión de que las cláusulas suelo no son abusivas. El principal argumento para avalar la legalidad de estas cláusulas es que nos encontramos ante un contrato unilateral y que sólo puede hablarse de desequilibrio de los derechos de una de las partes en el contrato cuando de este nacen obligaciones para ambas partes, es decir, cuando exista reciprocidad. En palabras de la AP “cuando el TRLGDCU se refiere a reciprocidad en el contrato, está aludiendo a una reciprocidad obligacional, es decir, a aquella propia de los contratos bilaterales en los que a la obligación de una de las partes se corresponde otra obligación del otro contratante”. Esta afirmación fue rechazada por el TS (como luego veremos), pues significa en la práctica que en ningún caso podríamos hablar de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, al ser todos ellos contratos unilaterales.

En base a los argumentos anteriores, considera la AP que no cabe contraponer el límite máximo al límite mínimo como si de dos contraprestaciones contractuales recíprocas se tratase.

Una vez vistas las opiniones de estos dos órganos, pasemos a ver la decisión definitiva adoptada por el TS.

3.4. La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo.

Las afirmaciones más importantes de la sentencia del TS son las siguientes:

Las cláusulas de un contrato unilateral pueden ser abusivas.

A diferencia del criterio de la AP, el TS considera que las cláusulas de un contrato unilateral, como es el préstamo real, pueden ser abusivas. Esto es así porque a la hora de valorar la posible existencia de desequilibrio, los términos de la comparación no han de ser necesariamente las obligaciones recíprocas, sino el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, con independencia de que el empresario haya cumplido o no todas las prestaciones. Ahora bien, el TS considera que las cláusulas suelo no son abusivas ni desproporcionadas por sí, aunque exista una gran desproporción entre el suelo y el techo o, incluso, aunque no exista techo, pues la determinación de cuál sea el interés queda a la iniciativa empresarial, dentro de los límites fijados por el Legislador. Es más, estima el Tribunal que el hecho de ofrecer cláusulas suelo y techo en el mismo apartado del contrato distorsiona la información que se facilita al consumidor y le distrae, pues se le presenta el techo como aparente contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

No cabe el control de abusividad sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Los elementos esenciales del contrato como condiciones generales de la contratación.

Otra de las decisiones cuestiones más importantes de esta sentencia es que viene a cambiar la opinión que venía manteniendo el mismo TS sobre la posibilidad de someter a control de abusividad las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. En efecto, el Tribunal cambia radicalmente la posición que venía manteniendo al indicar que no cabe el control de abusividad sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. El argumento fundamental en que se basa el TS es que “como regla” no cabe control de equilibrio sobre las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, que quedan amparadas por la libertad de mercado. Esta decisión es además llamativa porque contrasta con el criterio del TJUE, que aunque ha entendido que, como admite la Directiva 93/13/CEE, los Estados miembros pueden decidir no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, también ha considerado que, no es el caso de España, que no hizo uso

de la facultad de exención prevista en la Directiva (STJUE 3 de junio de 2010 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

El cambio de rumbo de la Jurisprudencia del TS en este sentido es loable, si tenemos en cuenta que no existe un parámetro que nos indique si un precio es justo o no, sino que estos los fija, normalmente, el mercado y la libre competencia de las empresas. Un control de contenido sobre el objeto principal del contrato supone otorgar al órgano judicial la facultad de enjuiciar si son lícitas o no algunos aspectos económicos del mercado⁷⁷, lo que choca con los art. 38 y 128 CE. El motivo de esta exclusión radica en que este tipo de cláusulas determina el contenido económico del contrato, que debe fijarse por acuerdo de las partes, atendiendo a los postulados de una economía de mercado. Pero hay quien ha considerado que la afirmación del TS es cuestionable y que no es una decisión acertada, pues no hay ningún obstáculo para que el control de contenido alcance y comprenda en España la definición del objeto principal del contrato⁷⁸.

Pero antes de analizar esta cuestión, el TS había concluido, en contra del criterio de JM, y apoyando la tesis de la AP y del Banco de España⁷⁹, que las cláusulas suelo constituían un elemento esencial del contrato, pues formaban parte inseparable del precio que debe pagar el deudor. En cualquier caso, el Tribunal deja sin establecer de forma clara cuándo una cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato y cuándo no, lo que permitiría hacerlo extensivo a otro tipo de contratos, como ha señalado algún sector doctrinal⁸⁰, ya que aunque es clara la exclusión de control de las cláusulas que afectan al objeto principal del contrato, se hace necesario determinar primero qué hay que entender por principal⁸¹, pues no siempre se

⁷⁷ Como también advierte MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Núm. 133, 2014. Pág. 329.

⁷⁸ La decisión adoptada por el TS es cuestionada por BALLUGUERA GÓMEZ, Carlos. Ob. Cit., pag. 9.

⁷⁹ Puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie I. Núm. 457, de 7 de mayo de 2010, pp. 12 y ss.

⁸⁰ Así lo señala, por ejemplo, CÁMARA LAPUENTE, Sergio en “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”. *Revista Centro de Estudio de Consumo*, núm. 6, 2013, pag. 113 y ss.

⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio “El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales

puede saber con total claridad qué es principal y qué no.

También pone fin el TS a la tesis que habían mantenido el JM y la AP de Sevilla sobre la no consideración como condiciones generales de la contratación de las cláusulas suelo, argumentando para ello, como hemos visto, que forman parte del contenido esencial del contrato. Observa el TS que “una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este”, y apartándose del criterio de la sentencia de la AP indica que “no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma” ya que “el empresario al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocer, debe aceptar para contratar”, por tanto, “tal desconocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato”.

Nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia. El control de contenido.

Esta es, sin duda, la decisión central de la sentencia, y de la que se desprenden casi todas las demás. Aunque dice el Tribunal que la cláusula suelo no es abusiva de por sí, no obstante, considera que los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLGDCU, ya que no se permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El Tribunal entiende que las cláusulas suelo “no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. No se cumplen los requisitos de transparencia exigibles, toda vez que “las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”. Y continúa: “la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan

del contrato” *The Global Law Collection*, Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 109 y ss.

la comparación de ofertas....”.

Concretando, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas no son transparentes porque:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento esencial y definitorio del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo, como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No se acredita la existencia de simulaciones de escenarios diversos que tengan conexión con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste en comparación con otras modalidades de préstamo.
- e) En uno de los casos, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que distraen la atención del consumidor.

Esta es la opinión que mayoritariamente mantenía la doctrina⁸², que en este sentido precedió a la Jurisprudencia. Hacía tiempo que se venía admitiendo pacíficamente que las cláusulas sobre elementos esenciales o sobre el objeto principal del contrato, podían ser abusivas si se producía una alteración entre precio y contraprestación, y esta fuere consecuencia de un defecto de transparencia.

Las exigencias de transparencia exigidas por el TS han sido consideradas “excesivas”, puesto que pueden conducir a una universalización del carácter abusivo de las cláusulas suelo que se contengan en los contratos de préstamo hipotecario realizado por cualquier entidad

⁸² PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”. *Aranzadi*, Cizur-Menor, 2004, págs. 109 a 153; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Comentario al art. 82 TRLGDCU” en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pág. 725; PAGADOR LÓPEZ, Javier, “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, Justel, Madrid, 2011, págs. 1411 a 1413.

financiera⁸³.

Sobre la declaración de nulidad por falta de transparencia, algún autor⁸⁴ ha considerado que en lugar de concluir el Tribunal que la falta de transparencia es determinante para considerar la cláusula abusiva, este tenía otras opciones. Así, pudo haber optado por la conclusión de que la falta de transparencia determinaba la no inclusión en los contratos de las cláusulas, o que debido a la oscuridad de la cláusula esta debía interpretarse a favor de los consumidores.

Una vez indicado que las cláusulas suelo no cumplían con la transparencia exigida, el Tribunal analiza si se produce un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, es decir, un **control de contenido**. Aunque la misma sentencia sostiene que las cláusulas suelo constituyen un elemento esencial del contrato, y que sobre estos no cabe un control de contenido por disponerlo así el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, este control sí cabe cuando no se supera el control de transparencia. Se ha considerado incluso paradójico que el Tribunal realice un control de contenido cuando ya ha concluido la falta de transparencia de las cláusulas suelo⁸⁵, pero este control de contenido es necesario para determinar si la cláusula es o no abusiva, pues la falta de transparencia no implica sin más que la cláusula sea abusiva, sino que es necesario verificar si además se produce un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE).

La mayor dificultad que se puede encontrar al tratar de saber si ha habido un “desequilibrio importante en perjuicio del consumidor contrario a la buena fe”, es que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, y no existe un criterio concreto que nos indique cuándo se producen⁸⁶. Al final concluye el Tribunal que las cláusulas suelo deben considerarse nulas

⁸³ Opinión que también mantiene PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”. *Diario La Ley*, Núm. 8154, 2013, pa. 2.

⁸⁴ CORDERO, Encarna. “Cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley*, Núm. 8098, 2013, pag. 5.

⁸⁵ Así lo entiende LLAMAS POMBO, Eugenio en “Nulidad sin nulidad”. *Práctica de Derecho de Daños*, Núm. 115, 2013, pag. 1.

⁸⁶ En esta misma línea MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. Ob. Cit. Pág. 339.

porque estas benefician exclusivamente al prestamista, lo que produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe. Y esto es así por el hecho de que no se informa al prestatario de una manera clara y comprensible sobre este extremo. La cláusula suelo es abusiva porque, al eliminar la claridad y comprensión necesarias de la misma, convierte en fijo a la baja un interés en apariencia variable al alza, si que se le haya dado al consumidor la posibilidad de entenderlo. El TS sostuvo que el desequilibrio procedía de la deficiente información y, así, de la defectuosa conformación de la voluntad del consumidor.

El tipo de control realizado por el TS ha merecido distintas calificaciones. Así, algunos han considerado que se trata de un control de transparencia⁸⁷, mientras otros prefieren decir que se trata de una variable al control de inclusión del art. 5 de la Directiva 93/13/CEE⁸⁸.

Nulidad de la cláusula y no del contrato. No integración del contrato.

El TS también se refiere a un tema que ya hemos abordado en este trabajo. Considera que la abusividad por falta de transparencia no determina la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo no transparente, sin que pueda admitirse la posibilidad -se indica expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito). Esta cuestión, aunque mayoritariamente aceptada, tiene detractores. Hay quienes, apartándose del parecer mayoritario y con fundamento en el art. 83 TRLGDCU, admiten la integración cuando la cláusula de intereses sea declarada nula por abusiva⁸⁹.

La no retroactividad de la sentencia

⁸⁷ Entre otros, PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco en *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* Arazandi. Pamplona, 2004, pag. 52.

⁸⁸ Entre otros, VATTIER FUENZADILLA, Carlos en “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 630, 1995, pag. 1537 y ss; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel en “Comentario a la Disposición Adicional Primera. Art. 10 bis 1 de LGDCU” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, pag. 764.

⁸⁹ BOSCH CAPDEVILLA, Esteve y GIMÉNEZ COSTA, Ana “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005, pág. 1785.

En la que ha sido la parte más polémica de la sentencia, en consonancia con la solicitud de MF, el TS decide que la sentencia carece de eficacia retroactiva, no sólo en situaciones decididas por sentencia firme, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. Según el Tribunal esto es así porque:

- La asociación demandante ejercitó una acción de cesación, y los efectos de esta acción se proyectan exclusivamente hacia el futuro (cfr. arts. 12.2 LCGC y 53 TRLGDCU).
- La regla general, como hemos visto al hablar de la sanción de las cláusulas abusivas, es que la declaración de abusividad tiene efectos retroactivos hasta el momento de la celebración del contrato. Pero a juicio del Tribunal, es posible limitar los efectos de la retroactividad por diversas razones legalmente previstas, especialmente, por la necesidad, inherente a la seguridad jurídica, de conservar los efectos ya consumados. Según el Alto Tribunal, procede rechazar la eficacia retroactiva por: 1. la licitud de la cláusula suelo (ya que su carácter abusivo deriva de la falta de transparencia y no de la cláusula en sí), 2. porque hay razones objetivas que justifican la utilización de esta cláusula en contratos a interés variable, 3. por la habitualidad de la cláusula, 4. por el hecho de que ha sido tolerada por el mercado desde antes de 2004, y por último 5. el riesgo de trastornos graves para el orden público económico, que es quizás la única razón que puede admitirse, pues como establece la misma sentencia en el párrafo 293 k) “es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico”.

Junto estas razones, en lo que algunos autores han considerado un intento de justificar lo injustificable⁹⁰, el TS se apoya en varias leyes que poco o nada tienen que ver con la problemática real. Se acude al art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; art. 114.2 de Ley 11/1986, de 20 de marzo, Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

Esta es la cuestión de mayor interés práctico, pues implica la no devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo. Las

⁹⁰ LLAMAS POMBO, Eugeni. Ob. Cit. hace una dura crítica a la decisión adoptada por el TS.

razones que esgrime el Tribunal parecen analizar la validez de las cláusulas suelo en abstracto (licitud, habitualidad, justificación económica), pero no son suficientes para justificar su decisión de no corregir unas situaciones creadas por una entidad que faltó a los requisitos de transparencia legalmente exigidos, salvo que como dice ENCARNA CORDERO, haya querido decir el Tribunal que “no hay retroactividad porque durante muchos años ha sido muy frecuente que las entidades utilizasen cláusulas suelo no transparentes”⁹¹, lo que no puede admitirse en ningún caso. Los argumentos del TS no parecen haber convencido a algunos tribunales inferiores, que han mostrado su resistencia a cumplir sus postulados (como la SJPI nº 4 y Mercantil de Orense, de fecha 13 mayo 2013).

Quizás lo más llamativo en este caso es que el Tribunal acuda a normas de otro sector del ordenamiento para tratar de justificar su decisión, como si estuviera rellenando una laguna del ordenamiento jurídico, cuando la irretroactividad declarada supone el rechazo a la aplicación del art. 1303 cc., que admite la *restitutio in integrum* de las cantidades que se hayan percibido una vez el acuerdo original es declarado nulo.

La irretroactividad declarada por el Tribunal ha merecido críticas de todos los colores. Desde su consideración como inconstitucional⁹², pasando por quien ha señalado que se trata de una sentencia procesalmente incongruente⁹³, y por último, hay quien critica esta decisión porque los argumentos que esgrime el Tribunal para defender la irretroactividad acordada nada tienen que ver con el caso concreto, o con la teoría sobre la nulidad de los contratos⁹⁴.

No extensión de la declaración de nulidad a todas las cláusulas suelo.

Por último, el Tribunal determina que los efectos de la declaración de nulidad no se pueden hacer extensivos por dos motivos: primero, AUSBANC no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada; y, segunda, por el hecho mismo de que la nulidad se debe a deficiencias en la información y no a las cláusulas en sí mismas consideradas.

⁹¹ CORDERO, Encarna. Ob. Cit., pag. 7.

⁹² Este es el punto de vista de GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen en “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional”. Diario La Ley, Núm. 8159, 2013.

⁹³ Posición que sostiene PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco. Ob. Cit.

⁹⁴ En este sentido LLAMAS POMBO, Eugenio. Ob. Cit.

En este sentido, los efectos quedan limitados “a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”. Esto explica la posición de los bancos y cajas tras esta sentencia, que oscila entre los que han optado por inaplicar tales cláusulas aunque sin eliminarlas ni devolver las cantidades abonadas de más (señaladamente BBVA, que fue parte demandada, desde la segunda mitad de 2013), y los que todavía insisten en que fueron incorporadas lícitamente a los préstamos hipotecarios, por lo que obligan a los particulares a pleitear si quieren conseguir su eliminación y la devolución de las cantidades cobradas(entre otros, Banco Popular, Banco Pastor, CaixaBank, Cajasol o Unicaja).

4. LA DACIÓN EN PAGO COMO FORMA DE CANCELACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. PROBLEMAS QUE CONLLEVA.

La necesidad de atender a un gran número de familias y personas con deudas hipotecarias para la adquisición de su vivienda habitual, y que ahora, debido a que la crisis económica les ha dejado sin trabajo, no pueden pagar el préstamo hipotecario adquirido, viene reclamando medidas que puedan aportar soluciones a sus problemas económicos, y que puedan proteger a estos deudores hipotecarios, para garantizar que no terminen excluidos de la sociedad.

Es evidente que es un drama para las personas que no pueden hacer frente a sus pagos, o en los casos de puesta en marcha de una ejecución hipotecaria, el hecho de que además de que incrementen sus deudas, puedan también llegar a perder su vivienda habitual, esa misma que, aunque dependiente de las circunstancias económicas de cada momento (como todos los derechos de contenido económico), es configurada como un derecho en el art. 47 CE. No se trata ahora de buscar quién es el responsable de la situación económica actual, ya que esta ahora es inevitable. De lo que se trata es de buscar soluciones a un problema que ha llevado a que muchas personas hayan perdido las viviendas en las que, en algunos casos, habían invertido todos sus ahorros, y que además de quedarse en la calle, en otros muchos casos todavía siguen siendo deudores de parte de los créditos. Pero como la gente parece optar por buscar responsables, no podemos apoyar la idea mayoritaria, que opta por atribuirle la responsabilidad a los bancos. Si bien es cierto que no se puede negar que los bancos otorgaron créditos de forma indebida, lo es también que eran los compradores de viviendas los solicitaban. Por tanto, habría que atribuir la culpa de forma conjunta⁹⁵.

En este sentido una de las propuestas que han están teniendo mayor eco en la sociedad es la de la regulación de la dación en pago, concretamente para los que no puedan seguir pagando sus deudas hipotecarias. Se trataría de algo así como permutar las cantidades debidas con la vivienda hipotecada, dando por extinguida la deuda con la entidad financiera. Se trata de una cuestión que no está exenta de polémica, pues hay una serie de circunstancias (intereses económicos, efectos fiscales, normas del propio ordenamiento jurídico) que deben tenerse en

⁹⁵ La misma posición tiene SOTO GUITIÁN, José Manuel en “La dación en pago. Breve estado de la cuestión”. *Actualidad Civil*, núm. 2, 2013 pag. 139.

cuenta, y a las que de la dación en pago podría afectar. Aunque la dación aparece citada en varios arts. del cc., en ninguno de ellos podemos encontrar una definición concreta para esta figura jurídica. Siguiendo a ROMERO⁹⁶, podemos definirla como un negocio jurídico mediante el que el deudor de una relación jurídica entrega la propiedad de un bien de su patrimonio a su acreedor, quien en este caso está aceptando una prestación distinta de la pactada, dando por extinguida la obligación.

El mayor ejemplo de hasta dónde qué punto se está exigiendo la implantación de la dación en pago lo representa la ILP que fue aceptada por el Congreso de los Diputados el 12 de febrero de 2013 (la iniciativa fue firmada por 1.402.854 personas), aunque al final la Ley 1/2013 haya desechado este aspecto.

La dación en pago no es una cuestión tan sencilla como pudiera creerse. No es un acto que agota sus efectos en el simple hecho de que el banco se quede con la vivienda y el deudor se libre de sus obligaciones, sino que afecta a otros sectores del ordenamiento jurídico. En este apartado analizamos los principales escollos que con los que cuenta esta figura jurídica que ahora parece ser la solución a los problemas de los deudores hipotecarios.

4.1. Acumulación de activos inmobiliarios.

Uno de los problemas con el que nos encontraríamos con la admisión indiscriminada de la dación en pago es que las entidades financieras podrían llegar a acumular un gran número de viviendas a las que difícilmente podrían encontrar salida. Admitiendo que en algunos casos el valor de las viviendas es superior al de la deuda pendiente, no puede desconocerse que en el escenario económico actual las entidades financieras tendrían serias dificultades para colocar tanto activo inmobiliario. Y en estos casos en los que el inmueble tiene un valor superior a la deuda, la dación en pago perjudicaría al deudor, pues siendo posible que la cantidad adeudada sea notablemente inferior al valor del inmueble, este se vería obligado a entregarlo, sin derecho alguno al sobrante.

Además, la satisfacción del acreedor no es la misma si se le paga con dinero como cuando se le entrega la vivienda. Con el préstamo el acreedor persigue la devolución de una cantidad que ha

⁹⁶ Definición que aporta ROMERO FLOR, Luis María en “La dación en pago y sus consecuencias fiscales no deseables”. *Diario La Ley*, núm. 8022, 2013, pag. 2.

desembolsado mas los intereses pactados, y no la recepción de una vivienda que poco satisface sus pretensiones. Se trata de una opción no muy apetecible para la entidad financiera toda vez que sobre el inmueble pueden pesar tanto deudas con la comunidad de propietarios (art. 9.1 e) III LPH), como con la hacienda derivadas de tributos (art. 78 LGT, 194 LH, 65 RGR).

4.2. Posible retractación del crédito.

Aunque es cierto que en el momento presente, sin estar universalizada la dación en pago, el acceso a un préstamo hipotecario es tarea ardua y difícil, este escenario empeoraría con la dación en pago. En efecto, esta puede producir una retractación del crédito, lo que implicaría un freno a la concesión de préstamos hipotecarios, lo que a su vez aumentaría los tipos de interés. Es de esperar también, en este escenario, que las entidades de crédito exijan garantías adicionales. Todo esto perjudicaría el acceso de los ciudadanos al dinero y a la propia liquidez de los bancos, pues la aplicación retroactiva de la dación en pago (que es lo que se está pidiendo) afectaría negativamente a las cédulas hipotecarias (que son una de las grandes fuentes de liquidez de las entidades financieras), pudiendo convertirse en activos tóxicos, lo que en el estado actual de cosas, en el que se busca reactivar la economía, no sería nada aconsejable.

4.3. Posibles abusos

Conceder a los deudores la posibilidad de entregar el inmueble a la entidad financiera cuando no puedan seguir pagando el préstamo, supone un enorme riesgo que puede elevar la tasa de morosidad y abrir una puerta al fraude, toda vez que algunas personas podrían verse tentadas a abandonar viviendas por las que hayan perdido interés, obligando a sus acreedores a aceptarlas en pago. Reconociendo que casi todos los deudores que dejan de pagar su cuota hipotecaria son deudores de buena fe, la dación en pago puede ocasionar la adquisición poco responsable de inmuebles, puesto que si el deudor después no puede pagar el préstamo concertado para su adquisición puede entregarla en pago a su prestamista⁹⁷.

4.4. Perjuicio para otros acreedores. Intromisión en las reglas de prelación de créditos.

La dación en pago supondría que las deudas de los acreedores posteriores no podrán ser

⁹⁷ Posibilidad que también advierte ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas”. *Diario La Ley*, núm. 8031, 2013, pag. 2.

satisfechas aun cuando el valor del inmueble sea superior a lo debido. Posibilidad que sí es admitida cuando un bien hipotecado es enajenado en subasta pública, pues el art. 692 LEC permite que si hay sobrantes, una vez que son satisfechas la deuda, los intereses y las costas; los sobrantes sean utilizados para pagar a los acreedores posteriores.

Una de las principales consecuencias en este sentido es que esta medida aniquilaría la posibilidad de constituir varias hipotecas sobre un mismo inmueble. Si una de las ventajas de la hipoteca como garantía real es que admite la coexistencia de varias garantías sobre el mismo inmueble, si el deudor puede entregar el inmueble sobre el que recaen otras hipotecas, esto supone una lesión a los derechos de los acreedores posteriores, ya que se va a extinguir su garantía sin que vayan a percibir ningún importe de su crédito. En esta tesitura nadie quería ser acreedor posterior⁹⁸.

4.5. Derogación del principio de responsabilidad patrimonial universal.

La dación en pago supondría la derogación en este ámbito del histórico principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911 cc. Esta medida eliminaría la naturaleza esencial de la hipoteca, que viene a ser un refuerzo a la responsabilidad patrimonial del 1911, y no su sustituto⁹⁹. Con la hipoteca lo que adquiere el acreedor es sólo una preferencia para la realización de un bien determinado para la satisfacción de su deuda. En caso de que con lo obtenido en la realización del bien no se obtenga la totalidad de la deuda, quedaría la posibilidad de dirigirse contra cualquier bien del patrimonio del deudor. Hay quien ha considerado incluso que esto supondría una discriminación para los deudores que no lo sean de préstamos hipotecarios, pues para ellos no operaría este límite de responsabilidad¹⁰⁰.

4.6. Problemas fiscales que derivarían de la dación en pago.

Otros de los problemas que se plantean es en el ámbito fiscal, aunque toda vez que el

⁹⁸ En esta misma línea, MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y la últimas reformas legales”. *InDret*, núm. 2, 2014, pag. 12.

⁹⁹ Misma posición que mantiene MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en “La depreciación del inmueble...”. Ob. Cit. Pag. 11.

¹⁰⁰ Esta es lo que defiende ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Iniciativa legislativa popular...”. Ob. Cit. Pag. 4.

legislador se muestre a favor de la dación en pago, habría que suponer que este modificaría la normativa tributaria que no pudiera conjugarse con esta. Con la normativa actual, la dación en pago supondría la devolución de las cantidades que se hubiera deducido el deudor por adquisición de vivienda habitual con sus correspondientes intereses de demora, siempre que no haya residido en la misma durante los últimos tres años¹⁰¹.

Con la dación en pago también habría que pagar al Ayuntamiento correspondiente el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, “Plusvalía”. Se trata de un impuesto directo que grava “el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo de dominio, sobre los referidos derechos” (art. 104 RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Con la dación en pago se produce pues el hecho imponible descrito en esta norma. El sujeto pasivo sería el deudor, como transmitente. No obstante, el RDL 6/2012¹⁰² añadió un nuevo apartado 3 al art. 106 al RDLeg. 2/2004, que convierte a la entidad financiera, como adquirente, en sujeto pasivo, e impide que se puedan repercutir sobre el contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.

También se podría producir en la dación en pago una ganancia patrimonial que debería tributar como renta del ahorro en el IRFP. Dicha ganancia se calculará entre la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición, tomando como valor de transmisión el de la deuda pendiente de pago y como valor de adquisición el valor real de mercado de la vivienda. Si se pusiera de manifiesto una ganancia esta tributaría por el IRPF, pero en caso de producirse una pérdida el contribuyente sólo podrá aprovecharla, como deducción, con ganancias del mismo tipo en la declaración de los siguientes 4 años, situación que difícilmente se producirá para alguien que ha tenido que entregar su vivienda para pagar una deuda a la que ya no podía hacer frente.

Estos son sólo algunos de los problemas que plantea la dación en pago. Al margen hemos

¹⁰¹ Como apunta ROMERO FLOR, Luis María. Ob Cit. Pag. 4.

¹⁰² Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

dejado el problema que para la seguridad jurídica supondría la aplicación retroactiva de esta medida, toda vez que lo que se busca es resolver los problemas derivados de las hipotecas ya constituidas, pues una aplicación irretroactiva no resolvería los problemas que han avivado el debate sobre la necesidad de esta medida.

Estos inconvenientes que derivarían de la generalización de la dación en pago no debe llevarnos a rechazarla sin más y en todos los casos. El derecho no puede existir al margen de la sociedad, y hay un gran número de personas cuya situación de exclusión social requiere de unas medidas que puedan ayudar a mantener incluso su dignidad. En este caso cabe admitir la dación en pago en los casos ya contemplados en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, podemos admitir la dación en pago previo acuerdo del deudor hipotecario con el acreedor, para los casos de deudores que no tengan bienes y estén en circunstancias especiales. A esto parece dar respuesta el RDL 6/2012, que ha optado por aplicar esta medida a aquellos deudores hipotecarios en el umbral de exclusión (en los términos que se establecen en el art. 3.1 RDL 6/2012). En este sentido se ha acordado la paralización de los lanzamientos, se ha establecido un Código de Buenas Prácticas al que pueden unirse voluntariamente las entidades financieras acreedoras. Una vez se adhieran a este Código se verán obligados a sus previsiones, que sucesivamente son: la reestructuración de la deuda; en caso de que esta sea imposible se acudirá a la quita y dación en pago, por la que el deudor puede optar voluntariamente, y a la que estará obligado el acreedor por haberlo manifestado así al adherirse al Código de Buenas Conductas.

5. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/17/UE SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES PARA BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL.

Para terminar este trabajo hemos querido hacer una mención a la Directiva que ha sido publicada en el DOUE el 28 de febrero de este año, y que fue aprobada el 4 del mismo mes.

Esta norma comunitaria tiene su ámbito objetivo en tres tipos de contratos: aquellos que tengan como garantía bienes inmuebles, los que tengan como finalidad la adquisición o renovación de bienes inmuebles residenciales y los que se usen para la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre fincas o edificios.

Esta Directiva incide fundamentalmente en la prevención de las cláusulas abusivas y a procurar la otorgación responsable de préstamos hipotecarios, para evitar así las futuras situaciones de insolvencia que pueden terminar en el futuro con ejecuciones hipotecarias, y a la postre en embargos. Para conseguir este objetivo unas de las medidas que recoge la Directiva son:

- Para la entidad financiera, como paso previo a la concesión del crédito se deberá realizar una evaluación de la solvencia del solicitante, evaluación que no deberá basarse sólo en el valor del inmueble, sino que debe incidir más en la capacidad económica, gastos e ingresos del deudor;
- Por su parte, se prevé para el consumidor la disposición de una FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada), que contendrá información precontractual, que tendrá como objetivo velar porque antes de la celebración del contrato, se disponga del tiempo adecuado para poder comparar ofertas y entender todas las consecuencias de su decisión. Asimismo, se deberá poner a disposición del consumidor un proyecto de contrato antes de su formalización.

Se contiene también la información que deberán contener las ofertas y promociones por los que se comercialicen estos productos. Suscita aquí gran interés la exigencia de que se recoja una advertencia al consumidor de las consecuencias de que incumpla con sus obligaciones, si es que decide contratar la hipoteca.

Las ventas en las que se oferten préstamos con otros instrumentos financieros de forma conjunta, es decir, las ventas vinculadas, quedan prohibidas. Se admiten sólo en el caso de que se demuestre que son beneficiosas para el consumidor. Dentro de estas previsiones, en lo que hace a los seguros, no se prohíbe que se exija que el consumidor contrate un seguro que garantice que se reembolsará el crédito, o una póliza que asegure el valor de la garantía, pero este seguro lo deberá elegir el consumidor.

La cuestión de la dación en pago no ha pasado desapercibida para el legislador comunitario. Pues bien, se le prohíbe a los Estados Miembros que establezcan limitaciones a que prestatario y prestamista acuerden que la entrega del bien inmueble sea suficiente para dar por extinguido el préstamo. Los Estados Miembros también deberán adoptar medidas para proteger a aquellos deudores hipotecarios que sigan debiendo parte del préstamo después de la ejecución hipotecaria.

A la espera de ver los términos en que el legislador desarrolle las indicaciones de esta Directiva (los Estados Miembros disponen de un plazo de dos años para trasponer la Directiva), nos parece que la misma apunta en buena dirección, sobre todo el incidir en medidas de prevención e información precontractuales, pues lo que se pretende no es solucionar los problemas actuales, sino que no se repitan los mismos errores que han llevado a la actual situación.

6. CONCLUSIONES

1. En el modelo de contratación actual, en el que los consumidores no disponen de ninguna posibilidad de negociar los términos de los contratos con los empresarios, es necesario el control de las condiciones que imponen estos, pues el Estado no puede permanecer indiferente ante posibles abusos, no se puede abogar en este aspecto por la teoría Smithiana del “laissez faire”. La regulación de las cláusulas abusivas, con su consiguiente sanción de nulidad, tiene un papel determinante para evitar posibles abusos.

2. En la lista de las cláusulas abusivas que contiene el TRLGDCU es aconsejable que haya una mejor concreción de los supuestos contemplados, pues una lista de cláusulas abusivas en la que son los Tribunales y jueces los que tienen que ir decidiendo si se dan o no los supuestos contemplados no cumple plenamente con su función.

3. Los escándalos sobre la utilización de la cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios se vio favorecido por el auge económico que estaba viviendo el país, por eso los consumidores no tomaron todas las precauciones necesarias, e incluso muchas veces aceptaron cláusulas de las que fueron advertidas que eran posibles que fueran abusivas. Las entidades financieras, en es te escenario, faltaron a los códigos de buena conducta, e intentaron sacar el mayor partido posible en los préstamos hipotecarios que suscribían.

4. No todas las cláusulas abusivas que han sido utilizadas en los préstamos hipotecarios son nulas en todo caso, muchas dependen de los términos en que se expresen (como algunas cláusulas de vencimiento anticipado) o de que no superen ciertos límites (en el caso de cláusulas sobre intereses). Al ser así, las entidades de crédito podrán seguir utilizando estas cláusulas, corrigiendo los aspectos que han sido señalados por los órganos jurisdiccionales, como responsables de la abusividad de toda la cláusula.

5. La previsión que hizo el legislador español sobre la integración de los contratos en los que alguna cláusula haya sido declarada nula es acertada, pues toda declaración de nulidad que no lleve a la anulación del todo el contrato deja incompleto un aspecto del mismo que debe rellenarse.

6. No hay que aferrarse a la idea de que no es posible un control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato o sobre la adecuación entre precio y contraprestación. Habrá que tenerse en cuenta los casos concretos, pues a los consumidores muchas veces no les queda otra opción que aceptar los precios que imponen los empresarios, aun sabiendo que son excesivos, puesto que necesitan adquirir los bienes o servicios.

7. La dación en pago no debe generalizarse, pero tampoco puede el Estado ser indiferente a la situación de los deudores hipotecarios que no pueden hacer frente a sus deudas y cuyo sustento puede llegar a peligrar si siguen pagando la deuda hipotecaria.

8. El punto positivo de la actual situación de los deudores hipotecarios es que ayuda a ser más precavidos de cara al futuro. Es necesario que los consumidores y las entidades financieras hayan aprendido de todo esto para no volver a cometer los mismos errores en el futuro. En este sentido, más que corregir los problemas que vayan surgiendo, es necesario que las medidas incidan en la prevención de los mismos, procurando que los consumidores dispongan de toda la información necesaria antes de contratar, e impidiendo que las entidades de crédito otorguen créditos a personas que después no podrán hacer frente a su devolución.

9. En relación a lo anteriormente dicho, las medidas del futuro se deben orientar en el camino que indica la Nueva Directiva europea sobre préstamos hipotecario.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Veinte cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca cuya nulidad el deudor puede oponer”. *Práctica de Tribunales*, núm. 106, 2014.

ACHÓN BRUÑÉN, María José. “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipotecas: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 8127, 2013.

ACHÓN BRUÑÉN, María José en “Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas”. *Diario La Ley*, núm. 8031, 2013.

ALBALADEJO, Manuel *Derecho Civil I: Introducción y parte general* (10ª ed.). Madrid: Edisofer, S.L., 2009.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar., “Las cláusulas abusivas”. *Actualidad Civil*, Nº 17, 2005.

BALLUGERA GÓMEZ, Carlos en “Integración de las cláusulas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de integración de las cláusulas abusivas en casos concretos”. *Diario La Ley*, Núm. 8344, 2014.

BEA BALLESTER, Jaume Joan, en “Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario” *Trabajo de Fin de Grado de Derecho*, 2013.

BOSCH CAPDEVILLA, Esteve y GIMÉNEZ COSTA, Ana “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, 2005.

BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra en “Cláusulas abusivas en la contratación bancaria”. *La Ley* 3675/2010.

CADARSO PALAU, Juan, en “La lista negra de las cláusulas abusivas. Marginal a la Ley de Condiciones Generales”. *Diario La Ley*. 2000.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio en “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”. *Revista Centro de Estudio de Consumo*, núm. 6, 2013.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio “El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato” *The Global Law Collection*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

CARBALLO FIDALGO, Marta en “El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores”. *Actualidad Civil*, Núm. 22, 2006.

CORDERO, Encarna. “Cláusula suelo en los préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley*, Núm. 8098, 2013.

DIEZ PICAZO, Luis en *Condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*, Madrid, 1996.

El país (España) GARCÍA DELGADO, José Luis y MARTÍN RODRÍGUEZ, Manuel [en línea]: *El mercado hipotecario de las viviendas en España: crisis y reforma* , 12 de enero de 2014. [Madrid]

<http://economia.elpais.com/economia/2014/01/10/actualidad/1389353957_262951.html>

[consulta del 1 de julio de 2014].

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier en “La pretendida vinculación de los jueces a sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de condiciones generales de la contratación”. *La Ley*, 1998.

GIMENO SENDRA, Vicente, “Las cláusulas abusivas”. *Diario La Ley*, N° 8116, 2013.

LASSARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de los consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, 2010.

GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen en “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional”. *Diario La Ley*, Núm. 8159.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel en “Comentario a la Disposición Adicional Primera. Art. 10 bis 1 de LGDCU” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999.

LETE ACHIRICA, Juan, “Condiciones Generales, cláusulas abusivas y otras nociones que hay que distinguir”. *Actualidad Civil*, 2000.

LETE ACHIRICA, Javier en “Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho Comunitario”. *La ley*, 2000.

LLAMAS POMBO, Eugenio en “Nulidad sin nulidad”. *Práctica de Derecho de Daños*, Núm. 115, 2013.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco en *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* Arazandi. Pamplona, 2004.

MARCOS GONZÁLEZ, María, en *La apreciación de oficio de la Nulidad Contractual y de las Cláusulas Abusivas*. Cizur Menor : Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario en “Interés económico y social de las prohibiciones de disponer: su validez y eficacia jurídica”. *Actualidad Civil*, Núm. 6, 2010.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Núm. 133, 2014.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia en “La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y la últimas reformas legales”. *InDret*, núm. 2, 2014.

MEREDIZ, Ignacio en “La crisis hipotecaria. Así empezó todo”. *Revista Polémica*, núm. 92, febrero de 2008.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto en “El control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *Actualidad Civil*, núm. 6, 2014.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Comentario al art. 82 TRLGDCU” en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *La protección frente a las cláusulas Abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: ed. Reus, 2012.

OCHOA MONZÓ, Virtudes. “La sumisión expresa. Limitaciones en materia de consumidores y usuarios”. *Práctica de Tribunales*, Núm. 22, 2005.

ORTEGO PEREZ, Francisco. “*La competencia territorial indisponible*”. Navarra. Arazandi, 2002.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, Justel, Madrid, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, “Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”. *Arazandi*, Cizur-Menor, 2004.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de las cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013”. *Diario La Ley*, Núm. 8154, 2013.

REYEZ LÓPEZ, María José. *Manual de Derecho Privado del Consumo*. Madrid: Editorial La Ley, 2009.

ROMERO FLOR, Luis María en “La dación en pago y sus consecuencias fiscales no deseables”. *Diario La Ley*, núm. 8022, 2013.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda, *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*. Tecnos. Madrid. 2013.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda. *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores: análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*”; Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

SERRA RODRÍGEZ, Adela; “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ” *Derecho privado de consumo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

SOTO GUITIÁN, José Manuel en “La dación en pago. Breve estado de la cuestión”. *Actualidad Civil*, núm. 2, 2013.

VATTIER FUENZADILLA, Carlos en “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 630, 1995.

JURISPRUDENCIA

Audiencias Provinciales

SAP de Alicante núm. 321/2011, de 12 de julio.
SAP Sevilla 7 de octubre de 2011, procedimiento núm. 348/2010.
SAP Sevilla 10 de diciembre de 2011.
SAP de Sevilla (Sección 6) núm. 455/2012, de 15 de noviembre.
SAP de Cáceres (Sección 1), núm. 236/2012, de 24 de abril.
SAP Valencia (Sección 11) núm. 780/2012, de 27 de diciembre.
SAP A Coruña (Sección 4) núm. 359/2009 de 21 de julio.
SAP de Madrid (Sección 10) de 28 de abril de 2003
SAP de Tarragona (Sección 3) de 1 de abril de 2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 14 de junio de 2012, asunto n° 618/10, *caso Calderón*
STJUE de 21 de noviembre de 2002, asunto 473/00, *caso Cofidis*.
STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto 16805, *Mostaza Claro*.
STJUE de 14 de junio de 2012, asunto 618/2010.
STJUE de 3 de junio de 2010, asunto 484/09, *Caja Aborros y Monte Piedad de Madrid*.
STJUE de 26 abril 2012, asunto 472/10, *caso Nemzeti Fogyasztóvédelmi contra Hungría*.
STJUE de 27 junio de 2000, asuntos 240 a 244/98, *caso Océano Grupo editorial, S.A., Salvat Editores, S.A.*

Tribunal Supremo

STS núm. 66/2005, de 4 de febrero.
STS de 2 de enero de 2006.
STS de 4 de junio de 2008.
STS núm. 216/2010, de 17 de junio.
STS de 2 de octubre de 2001, La Ley 7252/2001.
STS de 4 de junio de 2009.
STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
STS núm. 406/2012, de 18 de junio.
STS de 7 de mayo de 2002.

STS núm. 401/2010, del 1 de julio.
STS núm. 113/2013, de 22 de febrero.
STS de 1 de diciembre de 2010.
STS de 12 de diciembre de 2009.
STS núm. 861/2010, de 29 de diciembre.
STS núm. 792/2009, de 16 de diciembre.
STS núm. 663/2010, de 4 de noviembre.
STS núm. 75/2011, de 1 marzo.

Juzgados de lo Mercantil

SJM Sevilla, de 20 de septiembre de 2010.
SJM León, de 11 de marzo de 2011.
SJM Barcelona, de 12 de septiembre de 2011.
SJM Málaga, de 20 de noviembre de 2011.
SJM Madrid, de 8 de septiembre de 2011.
SJM Alicante, de 23 de junio de 2011.
SJM Jaén, de 7 de febrero de 2012.
SJM núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011.
SJM 2 de Sevilla, núm. 246/2010, de 30 de septiembre
SJM Palma de Mallorca, de 2 de febrero de 2012.
SJPI nº 4 y Mercantil de Orense, de 13 mayo 2013.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
RDGRN de 8 de junio de 2011.
RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
RDGRN de 1 de octubre de 2010.
RDGNR de 4 de noviembre de 2010.
RDGRN de 11 de enero de 2011.
RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
RDGRN de 16 de mayo de 2008.
RDGRN del 28 de enero de 1998.