



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019/2020**

**PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL
EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
ACCIONES COLECTIVAS Y
VENCIMIENTO ANTICIPADO**

*PROTECTION OF THE WEAK PART IN MORTGAGE
LOANS. COLLECTIVE ACTIONS AND EARLY
EXPIRATION*

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTOR/A: D. ÓSCAR GARCÍA SAHAGÚN

TUTOR/A: D.^a MARÍA DE LAS ANGUSTIAS DÍAZ GÓMEZ
D.^a ANA DEL SER LÓPEZ

ÍNDICE

Resumen y abstract	3
Objetivos	4
Metodología	5
1. Influencia del TJUE en el desarrollo de la protección a la parte contratante débil	6
2. Acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación	7
2.1. <i>La Directiva 93/13/CEE y el doble régimen de protección</i>	7
2.2. <i>Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas</i>	8
2.3. <i>La acción colectiva de cesación en la LCGC</i>	10
2.4. <i>Competencia y legitimación</i>	13
2.5. <i>Contenido de la sentencia</i>	15
2.6. <i>Prejudicialidad, litispendencia y cosa juzgada</i>	17
3. Nulidad de cláusulas insertas en préstamos hipotecarios. Controles de abusividad y transparencia	20
3.1. <i>El control de inclusión o transparencia documental</i>	20
3.2. <i>El control de transparencia material y el control de abusividad</i>	21
3.3. <i>El control notarial y registral de cláusulas abusivas</i>	24
3.4. <i>Relaciones entre los diferentes controles</i>	25
3.5. <i>Extensión de la protección a los adherentes no consumidores</i>	27
4. La cláusula de vencimiento anticipado	29
4.1. <i>El vencimiento anticipado por impago de cuotas</i>	29
4.2. <i>Validez y requisitos de las cláusulas de vencimiento anticipado</i>	31
4.3. <i>La declaración de nulidad del vencimiento anticipado y sus efectos</i>	33
4.4. <i>La reciente jurisprudencia del TJUE en materia de vencimiento anticipado</i>	36
4.5. <i>El acogimiento de la doctrina del TJUE por el TS: La STS 11 de septiembre de 2019</i>	39
5. Conclusiones	41
6. Bibliografía	43
7. Sentencias	45

Resumen y abstract

La protección del adherente ante condiciones generales de la contratación contenidas en préstamos hipotecarios ha cobrado especial relevancia en los últimos años, debido a la proliferación de prácticas y cláusulas contrarias a la ley, poniendo en evidencia la insuficiencia legislativa en la materia. El presente trabajo analiza la tremenda influencia que los criterios esbozados en procedimientos de acciones colectivas han tenido en la defensa de los consumidores, y sin dejar de lado la importancia del TJUE en el desarrollo de esta protección, aborda la cláusula de vencimiento anticipado como un ejemplo de la enorme litigiosidad existente.

The protection of the adherent in the face of general conditions of the contracting contained in mortgage loans has acquired special relevance in the last years, due to the proliferation of practices and clauses contrary to the law, evidencing the legislative insufficiency in the matter. This paper analyzes the tremendous influence that the criteria outlined in collective action procedures have had in the defense of consumers, and without neglecting the importance of the CJEU in the development of this protection, addresses the early expiration clause as an example of the enormous existing litigation.

Palabras clave: Condiciones generales de la contratación, acciones colectivas, vencimiento anticipado, cláusulas abusivas, control de transparencia...

Keywords: *General conditions of hiring, collective actions, early expiration, abusive clauses, transparency control...*

Objetivos

En el ámbito del consumo masivo de productos y servicios bancarios, la defensa de los consumidores ante las prácticas abusivas de las entidades financieras ha requerido una apresurada adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, en su mayoría llevada a cabo por la jurisprudencia, con el fin de acomodarlo a las exigencias de la Directiva 93/13/CEE.

En primer lugar, el presente trabajo aborda el incuestionable papel del TJUE en la creación de medidas apropiadas y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En base a ello, se trata de analizar la enorme influencia que ha tenido el ejercicio de acciones colectivas en el ámbito de la LCGC sobre el desarrollo jurisprudencial de la protección del consumidor. Así, la jurisprudencia desarrollada a partir de los principios esbozados en procedimientos de acciones colectivas ha sido clave para la protección efectiva del consumidor ante los abusos masivos producidos en el sector bancario. En concreto, se analizará la doctrina en torno a la acción colectiva de cesación, donde se ha requerido la interpretación del TS para suplir la falta de regulación sustantiva y procesal, existiendo una serie de resoluciones fundamentales que influyen en el tratamiento individual de estos derechos.

Igualmente, se observarán los diferentes mecanismos de control de la posible nulidad de las condiciones generales contenidas en préstamos hipotecarios, donde la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español las directrices procedentes de la normativa y jurisprudencia europeas ha provocado una revolución en el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. Asimismo, se trata la posición del no consumidor respecto a estos controles, y como la falta de desarrollo normativo mantiene un tratamiento tan diferenciado.

Finalmente, y como muestra de las abundantes cuestiones que plantea la correcta protección de los derechos de los consumidores ante cláusulas abusivas, se trae a colación la jurisprudencia y doctrina existentes en materia de cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios, las cuales han tenido una gran repercusión sobre nuestro ordenamiento jurídico. Los efectos derivados de su nulidad y la forma en que se articulan con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria han sido asuntos principales en la jurisprudencia del TJUE y TS de este último año, que una vez más han puesto de manifiesto la primacía de la protección del consumidor.

Metodología

Para el presente trabajo, se ha consultado en primer lugar a las tutoras, con el fin de acotar el tema y entender que supuestos resultan problemáticos en la práctica. Tras ello, se procedió a recopilar el material necesario para su desarrollo, entre los que se incluyen la diversa legislación existente, manuales, revistas, monografías, y especialmente, la jurisprudencia del TJUE y del TS existente en la materia, pues el presente trabajo pretende ante todo una visión jurisprudencial de las diferentes cuestiones planteadas.

El acceso al Catálogo de la Biblioteca de Derecho, así como a diferentes bases de datos doctrinales y jurisprudenciales facilitadas por la Universidad, ha sido fundamental en esta recopilación. Acotado el objeto y los materiales a utilizar, buscando siempre los más actualizados por tratarse de una materia en constante desarrollo, se procedió al estudio y observación de los mismos, con el fin de obtener los conocimientos necesarios y un criterio propio para el desarrollo de la obra.

Respecto a esta, se procura seguir un orden lógico y cohesionado, exponiendo los diferentes puntos de una manera progresiva y con las citas pertinentes, para poder tener una visión de conjunto de los diferentes aspectos planteados. Cabe señalar que la materia abordada es transversal y abarca diferentes disciplinas del derecho, siendo un enfoque mercantil lo que este trabajo pretende. En este punto, las indicaciones, revisiones y correcciones de las tutoras han sido esenciales para su correcta elaboración.

1. Influencia del TJUE en el desarrollo de la protección a la parte contratante débil

El uso generalizado de los contratos de adhesión en el ámbito bancario ha evidenciado la necesidad de que nuestro ordenamiento regule correctamente esta realidad, con el fin de que los adquirentes de bienes y servicios estén protegidos contra el abuso de poder del vendedor y la exclusión abusiva de derechos en los contratos. A este propósito responde La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuya influencia sobre el ordenamiento jurídico español ha sido enorme en los últimos años debido a la insuficiencia de la legislación nacional para cubrir aspectos fundamentales de la protección al consumidor; provocando la creación de una abundante jurisprudencia que gira entorno a sus principios.

En este punto, la relevancia del TJUE en el desarrollo de la protección al adherente es incuestionable: como máximo intérprete de la Directiva, ha ido marcando las pautas a seguir en materia de protección a consumidores que contratan mediante condiciones generales predisuestas —a través de sus resoluciones de obligado acatamiento por los tribunales españoles (art. 4 LOPJ) —, que han supuesto una verdadera revolución en el tratamiento de los derechos de los consumidores y en cómo estos influyen sobre nuestro ordenamiento¹. Y ello debido al constante flujo de cuestiones prejudiciales que nuestros Tribunales se han visto obligados a plantear —ante la falta de legislación sustantiva y procesal internas—, con el fin de que sea el TJUE quien se manifieste sobre los efectos de la declaración de abusividad de determinadas cláusulas y sobre cuáles son las medidas más apropiadas y eficaces para conseguir los objetivos de la Directiva.

La influencia de la jurisprudencia del TJUE al hilo de la Directiva 93/13/CEE ha llegado hasta el punto de impulsar reformas legislativas de especial trascendencia, como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección a los deudores hipotecarios, que reformó el proceso de ejecución hipotecaria. Se demuestra así la importancia de los principios de primacía y efectividad del Derecho europeo, que obligan a los EEMM a acoger las directrices europeas sobre protección del consumidor y llegado el caso, a inaplicar la normativa nacional si esta es contraria a las mismas. Por ello, no puede perderse de vista que toda la

¹ Señala BARCELÓ DOMENECH, J. en CASTILLO MARTÍNEZ, C. y otros.: «Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros», *Tirant lo Blanch*, 2019, p. 33: «A golpe de sentencia, con casos tan llamativos como las cláusulas suelo, la Directiva 93/13/CEE ha ido removiendo los cimientos del Derecho de contratos español, de manera retardada, por cuanto ha sido en los últimos seis años cuando el TJUE ha ido dictando una serie de resoluciones que ponen de manifiesto la insuficiente tutela que brinda la legislación interna».

legislación nacional involucrada ha de interpretarse de la forma más adecuada a los objetivos perseguidos por la Directiva, en concordancia con los anteriores principios, constituyendo su art. 6 —que proclama la no vinculación del consumidor por cláusulas abusivas— una norma equivalente a las normas nacionales de orden público².

No obstante, la competencia del TJUE solo comprende la interpretación de las disposiciones de la mencionada Directiva y los criterios que el juez nacional debe aplicar para analizar la abusividad de una cláusula a la luz de estas disposiciones³, no pudiendo adentrarse en cuestiones de Derecho interno. Es por esto que resultan igualmente primordiales ciertas resoluciones de nuestro TS, especialmente en el ámbito de acciones colectivas, que recepcionan e interiorizan las consideraciones emanadas del TJUE y adaptan la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias europeas, como se pondrá de manifiesto a lo largo del presente trabajo.

2. Acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación

2.1. La Directiva 93/13/CEE y el doble régimen de protección

El art. 7 de la Directiva 93/13/CEE obliga a los EEMM a prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, y en concreto, que permitan a las personas y organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores litigar en defensa de estos. Este régimen de protección, que ya había sido esbozado en la primitiva LGDCU de 1984, parte de la idea de que el adherente se halla en situación de inferioridad⁴ respecto del predisponente.

Para la consecución de los fines perseguidos por la Directiva, el legislador español optó por un sistema de control judicial de las cláusulas insertas en los contratos de adhesión, que se desarrolla en nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC); complementada por lo dispuesto en la LGDCU —reformada profundamente por el RD 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

² Por todas, STJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08; *Asturcom Telecomunicaciones*; apdo. 51 y ss.).

³ Entre otras, STJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11, *RWE Vertrieb*; apdo. 48).

⁴ «En lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones contractuales redactadas de antemano por este, sin poder influir en su contenido». SSTJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08; *Asturcom Telecomunicaciones*; apdo. 29); de 15 de marzo de 2012 (C-453/10; *Pereničová y Perenič*; apdo. 27); entre otras.

leyes complementarias—. Nos encontramos así con un sistema de doble regulación, en el que la LCGC amplía el ámbito de protección de la Directiva a cualquier cláusula predispuesta —con independencia de la condición del adherente— y esboza un sistema de acciones colectivas como mecanismo de protección ante cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general. Esta opción legislativa es perfectamente posible, pues la Directiva 93/13 es de mínimos⁵. No obstante, la defensa ante el abuso contractual entre profesionales es notablemente inferior a la otorgada cuando interviene un consumidor, pues en estas últimas se complementan las disposiciones de ambas leyes⁶, siendo además el ámbito específico de la Directiva. En el caso del préstamo con garantía hipotecaria, será el destino del inmueble lo que calificará al adherente como consumidor o como profesional, aplicándose diferentes niveles de protección.

2.2. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas

Con carácter previo al estudio de las acciones colectivas en el ámbito de la LCGC, se hace necesario diferenciar los conceptos de condición general y cláusula abusiva. Y ello porque ni toda condición general de la contratación tendrá contenido abusivo, ni toda cláusula abusiva vendrá impuesta en forma de condición general.

Por un lado, el art. 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. A su vez, el art. 80 LGDCU se refiere a cláusulas no negociadas individualmente en los casos en que el adherente sea un consumidor. En interpretación de nuestro TS, la redacción del art. 1 LCGC lleva a

⁵ En este sentido, STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08; *Caja Madrid, apdo. 28*): «la Directiva solo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva».

⁶ En este aspecto, VELA TORRES, PEDRO J.: «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de estudios jurídicos*, Nº18, 2018, p. 5: «El ámbito objetivo de aplicación de la normativa resultante es más amplio para los consumidores, puesto que los mencionados preceptos de su Ley especial se aplican no sólo a las condiciones generales en sentido estricto, sino también a toda cláusula contractual que, aunque no sea general, sea predispuesta y tenga la consideración legal de abusiva».

concluir que para encontrarnos ante condiciones generales de la contratación⁷ se han de cumplir una serie de requisitos:

- Contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma que imponga su inclusión.
- Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.
- Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.
- Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

En cuanto a la calificación jurídica de las cláusulas contractuales de un préstamo hipotecario como condiciones generales, es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación⁸. Por ello, la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el primero.⁹

Lo anterior no es óbice para que en casos concretos si exista negociación individual de algunas cláusulas, entre otras las que regulan el tipo de interés o las comisiones —si realmente se han negociado—, ni para que se haya planteado si las cláusulas que tienen

⁷ Introduciendo este criterio, STS de 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*, § 137). Reiteran esta doctrina entre otras, SSTS de 14 de diciembre de 2017 (*ROJ STS 4308/2017*); de 17 de enero de 2018 (*ROJ STS 51/2018*); de 16 de julio de 2019 (*ROJ STS 2345/2019*).

⁸ *Vid.* STS 22 de abril de 2015 (*ROJ STS 1723/2015*).

⁹ En este sentido, SSTS de 8 de septiembre de 2014 (*ROJ STS 3903/2014*); de 29 de abril de 2015 (*ROJ STS 2207/2015*), de 29 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 4265/2017*) o de 13 de septiembre de 2018 (*ROJ STS 3098/2018*).

influencia sobre el precio pueden ser catalogadas como condiciones generales de la contratación¹⁰.

Resultando de aplicación el art. 8 LCGC si nos encontramos ante condiciones generales, serán nulas de pleno derecho aquellas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley, y en el caso de contratos con un consumidor, también las que sean consideradas abusivas. El concepto de abusividad, exclusivamente aplicable a la contratación con consumidores y regulado en el art. 82 TRLGDCU, se extiende a todas las estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas expresamente que causen, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Con lo anterior, puede observarse como ambos términos se encuentran íntimamente conectados, pero acarrear consecuencias jurídicas radicalmente diferentes. Así, el uso de condiciones generales dentro de los límites fijados por la ley es una práctica habitual y en principio inocua para el adherente. No obstante, cuando no se redactan de forma clara y comprensible o se las dota de un contenido que provoca un desequilibrio importante en la posición del consumidor, es cuando se podrá acudir a las diferentes acciones previstas en la LCGC —tanto de carácter individual como colectivo— para que se proceda al control judicial de estas, lo que ha planteado no pocos problemas en la práctica.

2.3. La acción colectiva de cesación en la LCGC

En el ámbito del consumo masivo de productos y servicios bancarios existe una pluralidad de intereses involucrados, alguno de los cuales trascienden el carácter individual¹¹. Ante

¹⁰ Aunque en una cláusula referente al precio pueda existir negociación individual, la STS de 29 de abril de 2015 (ROJ STS 2207/2015) aclara: «Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen».

¹¹ REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M.: «Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *Iustel*, 2011, pp. 891-967: «Hay ocasiones en que la conducta de un empresario afecta a un derecho o interés del que es titular, de forma indivisible, una pluralidad o colectividad de sujetos: se puede hablar entonces de derechos o intereses supraindividuales, que se ven lesionados cuando un empresario utiliza una cláusula abusiva en los contratos que celebra con los consumidores [...]. Cuando se trata de derechos o intereses supraindividuales no existe un titular definido del bien jurídico lesionado por la conducta del empresario. Se dice que pertenecen a toda la comunidad, al conjunto de los consumidores, o a un subsector o colectivo dentro de ese conjunto, pero siempre de manera común e indivisible, esto es, sin que ningún individuo concreto pueda afirmarse como titular de una parte o del todo».

este fenómeno, la utilidad de las acciones colectivas es clara: favorecen el acceso a la justicia y permiten una actuación más eficiente del poder judicial. Por ello, deberían constituir el medio ideal para que los adquirentes estén protegidos contra el abuso de poder del vendedor y la exclusión abusiva de derechos. Pero la LEC no contiene un procedimiento específico para el ejercicio acciones colectivas, sino que estas se encauzan en procesos ordinarios a los que resultan de aplicación ciertas especialidades. Esta insuficiencia legislativa se ha puesto de manifiesto especialmente en el ámbito bancario, lo que ha obligado a una rápida y a veces forzada adaptación de nuestro ordenamiento y su interpretación.

En la solución a este problema, el TJUE ha sido un elemento clave, como ya se ha indicado. Pero también lo han sido una serie de resoluciones de nuestro TS —en concreto en materia de acciones de cesación ante cláusulas suelo, gastos y de vencimiento anticipado— que abordan los problemas procesales que plantea la tutela colectiva de los consumidores e influyen enormemente sobre el ejercicio de acciones individuales. Detrás de todas ellas subyace un denominador común: conseguir una protección efectiva de los intereses de la parte contratante más débil, ayudando a limpiar el tráfico mercantil de condiciones generales ilícitas, en consonancia con los principios de vinculación y efectividad de la Directiva 93/13/CEE. A pesar de ello, la renovación del régimen jurídico de las acciones colectivas se constituye como una prioridad legislativa.

En este contexto, la acción colectiva por excelencia es la «acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores», cuya regulación en nuestro ordenamiento tiene una vez más origen europeo¹². La opción del legislador español fue regular esta acción en las diferentes normas sectoriales implicadas (LGDCU, LCGC, LGP, LCD...), lo que supone la existencia de diferentes acciones de cesación que presentarán particularidades según el caso. Independientemente de ello, el contenido de esta será siempre doble¹³: por un lado, permite la condena al demandado a cesar en la conducta, y por otro, prohíbe su reiteración futura. Además, también puede utilizarse

¹² La ley 39/2002, de 28 de octubre, introdujo la regulación de esta acción en la legislación nacional de consumidores y condiciones generales de la contratación; siendo transposición de la Directiva 98/27/CEE, que a su vez fue modificada por otras Directivas y finalmente derogada por la Directiva 2009/22/CEE.

¹³ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Acciones colectivas y acciones inhibitorias para la protección de los consumidores en el proceso civil: El papel de las asociaciones de consumidores», *UCM*, 2005, p. 5.

frente al riesgo de que se inicie la utilización de condiciones generales abusivas en cuyo caso, propiamente, la acción se denomina de prohibición¹⁴.

Entrando en la concreta acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, la LCGC pone a disposición de los adherentes un elenco de acciones — tanto individuales¹⁵ como colectivas— con las que interpelar la tutela judicial y hacer valer los derechos que la misma les reconoce. El catálogo previsto en el art. 12 LCGC integra las denominadas «acciones colectivas típicas», sin perjuicio de poder admitirse otras «atípicas» y por tanto no reguladas en la Ley. Dado su carácter colectivo, lo que se persigue con estas acciones es un control abstracto¹⁶ de la validez de las condiciones generales, tomando en consideración lo que puede entenderse como un adherente medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa¹⁷.

En el mismo se describe la acción de cesación como aquella que permite obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz. El ejercicio de esta acción conlleva, como presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (control de legalidad, de incorporación y de abusividad), por lo que el juez deberá realizar el correspondiente pronunciamiento al respecto. A pesar de que no nos encontramos ante la acción de

¹⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E. y otros: «Acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación y a la protección de usuarios y consumidores», *Escuela Judicial – Servicio de Formación Continua*, 2017, p. 153.

¹⁵ De forma sucinta, el art. 9.1 LCGC regula las acciones individuales en esta materia, al señalar que el adherente podrá instar declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de condiciones generales, de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. Por un lado, la acción de no incorporación tiene como objetivo aquellas cláusulas predispuestas que no cumplan los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC); mientras que la acción de nulidad está enfocada a sancionar aquellas condiciones que contravengan lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8 LCGC). En el caso de consumidores, una de estas causas de nulidad podrá ser la abusividad de la misma, en los términos establecidos en la LGDCU. La estimación de las estas acciones comportará la nulidad de las cláusulas en cuestión, y no la ineficacia total del contrato, siempre que este pueda subsistir sin ellas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia (art. 10 LCGC). No obstante, si supondrá tal ineficacia total cuando la nulidad recaiga sobre una condición general que regule un elemento esencial del contrato.

¹⁶ Según la STS de 24 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1279/2015*), la posibilidad de tal control abstracto se justifica «por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa».

¹⁷ No ocurre lo mismo con las acciones individuales, en las que se tiene en cuenta las características propias del adherente y las circunstancias concretas que concurrieron en la celebración del contrato.

cesación típica regulada en el art. 53 LGDCU, a efectos procesales tienen la misma consideración, de modo que a la prevista en el art. 12 LCGC se le aplican igualmente las especialidades de la LEC para este tipo de acciones¹⁸.

2.4. Competencia y legitimación

Actualmente, los Juzgados de lo Mercantil son los competentes para conocer de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y protección de consumidores y usuarios. En un primer momento ya se plantearon serias dudas sobre la competencia para el conocimiento de las acciones individuales, pero los Juzgados de lo Mercantil asumieron que tenían la competencia para el conocimiento de cualquier tipo de acción —individual y colectiva— en materia condiciones generales. Esta situación varía con la LO 7/2015, de 21 de julio que modificó¹⁹ la LOPJ y restringió su competencia a las acciones colectivas, correspondiendo a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de las acciones individuales. Se mantiene no obstante una competencia centralizada en la segunda instancia, correspondiendo a las secciones especializadas mercantiles de las Audiencias Provinciales el conocimiento de estos asuntos.

Por otro lado, el art. 7.2 de la Directiva 93/13 reconoce legitimación a personas y organizaciones que, según la legislación nacional, tengan interés legítimo en la protección de los consumidores. Atribuir legitimación a determinados sujetos para el ejercicio de acciones colectivas implica que un tercero ejercite derechos o intereses en el proceso que no son de su titularidad²⁰. La principal nota que caracteriza al ordenamiento español en este punto es la heterogeneidad en cuanto a la atribución de esta legitimación colectiva,

¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación», *Thomson Reuters Aranzadi*, 2000, p. 391.

¹⁹ Sobre competencia en procesos colectivos e individuales antes de la reforma, DEL SER LÓPEZ, A. y FERNÁNDEZ CABALLERO, G.: «Nulidad de cláusulas suelo: ¿Competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de primera instancia? El debate se reabre por las últimas reformas legislativas y la avalancha de acciones ejercitadas», *Diario la Ley*, Nº 8555, junio 2015; SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La modificación de la acción de cesación (art. 53 TRLGDCU). La incoherente complejidad de un sistema que pretende la protección del consumidor», *La Ley Mercantil*, Nº 6, septiembre 2014.

²⁰ Se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria. Como señala la STS de 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*, § 61): «Uno de los supuestos en los que la legitimación ordinaria se revela insuficiente es precisamente en el campo de la tutela de los consumidores, ya que la asimetría de las posiciones extraprocesales de profesionales y empresarios, por un lado, y consumidores, por otro, se proyecta en el proceso y desincentiva al consumidor la asunción de la defensa judicial de los propios intereses».

en función de los diversos textos legales y del tipo de acción colectiva que se pretenda ejercitar²¹.

En relación a la acción de cesación prevista en el art. 12 LCGC, estarán legitimados para su ejercicio una pluralidad de sujetos (Asociaciones o Corporaciones de empresarios y profesionales, Cámaras de Comercio, Ministerio Fiscal...) entre los que sin duda destacan las asociaciones de consumidores y usuarios. Para la legitimación de estas, la normativa de condiciones generales se remite a los requisitos previstos en la LGDCU respecto a la acción de cesación en defensa de los intereses de los consumidores ante cláusulas abusivas. Paralelamente a la normativa especial, las asociaciones de consumidores y usuarios estarán legitimadas conforme a lo previsto en el art. 11 LEC. Éste diferencia según a quien pertenezcan los derechos o intereses que se pretenden tutelar: si son un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables, nos encontraremos ante intereses colectivos (art. 11.2 LEC), mientras que si son indeterminados o de difícil determinación, nos encontramos ante intereses difusos (art. 11.3 LEC).

Sobre esta base, la acción de cesación puede ejercerse en tutela de ambos intereses²² — siempre que la asociación se haya constituido conforme a la LGDCU—, pero si pretende fundarse en la defensa de los denominados intereses difusos la atribución de legitimación se restringe enormemente: sólo se le reconocerá a aquellas asociaciones que según la LGDCU sean representativas, lo que supone que cuando sean de ámbito supraautonómico deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios²³. Por ello, el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con

²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Acciones colectivas y acciones inhibitorias...», *UCM*, 2005, p. 10 y ss.

²² Las entidades bancarias en ocasiones han alegado que la acción de cesación se ejercita en defensa de intereses difusos, con el fin de negar la legitimación a asociaciones de consumidores y usuarios no representativas. No obstante, la STS de 29 de diciembre de 2010 (*ROJ STS 7551/2010*) establece en un caso de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, que la entidad bancaria puede, mediante su sistema informático o archivos, determinar plenamente los afectados. En el mismo sentido, STS de 13 de marzo de 2012 (*ROJ STS 2543/2012*), estableciendo que en cada caso deberá valorarse la facilidad o dificultad en la identificación de los perjudicados.

²³ En caso de que la asociación fuese excluida del Registro por sanción una vez planteada la demanda, la STS de 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*, § 78) señala que no se perdería la legitimación, pues la pérdida sobrevinida de las condiciones legales precisas para litigar ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, «especialmente cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar.»

consumidores no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios²⁴.

Los problemas derivados de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios pueden apreciarse en numerosas resoluciones, como la STS de 13 de octubre de 2014 (*ROJ STS 4427/2014*), en la que se acordó la devolución del asunto a la Audiencia Provincial de León para que se pronunciase sobre el fondo; al haberse negado la legitimación para el ejercicio de una acción colectiva de nulidad de cláusula suelo. En este punto, cabe hacer eco sobre asociaciones que cumplen los requisitos anteriormente mencionados, y que por tanto serían el medio idóneo para conseguir una adecuada tutela colectiva del consumidor, pero que han sido objeto de manipulación y extorsión, dando lugar a procedimientos judiciales tremendamente mediáticos. Todo parece indicar que se ha utilizado el efecto disuasorio que el ejercicio de estas acciones colectivas debería tener para las entidades financieras, no como una herramienta de presión para que cese el uso de cláusulas abusivas, sino como una vía para satisfacer intereses particulares²⁵.

2.5. *Contenido de la sentencia*

El art. 221 LEC establece que contenido han de tener las sentencias dictadas en los procesos colectivos iniciados por asociaciones de consumidores o usuarios. El hecho de encontrarnos en el ámbito del Derecho de consumo supone que los clásicos principios procesales puedan flexibilizarse para conseguir el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Directiva 93/13/CEE; ello debido fundamentalmente al principio de efectividad consagrado en su art. 7. Uno de los aspectos de la sentencia en los que más ha incidido la anterior consideración es en su congruencia, sin duda debido a las facultades de oficio que se otorgan al juez para el control de cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva²⁶.

²⁴ STS de 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*, § 71).

²⁵ En concreto, la trama de extorsión de Ausbanc (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) y Manos Limpias está siendo enjuiciada actualmente en la Audiencia Nacional, con el fin de esclarecer si en el ejercicio de las funciones atribuidas a estas asociaciones han concurrido delitos de estafa, blanqueo de capitales, extorsión, amenazas, administración desleal, fraude en las subvenciones y pertenencia a organización criminal.

²⁶ Entre otras, las SSTJUE 14 de junio de 2012 (*C-618/10; Banco Español de Crédito, apdo. 44*) y de 21 de febrero de 2013 (*C-472/11; Banif Plus Bank, apdo. 24*) reconocen al juez la capacidad de realizar los controles de inclusión, transparencia y abusividad de oficio en cualquier momento. Como señala VELA TORRES, PEDRO J.: «Condiciones generales de la contratación y consumidores...», *Revista de estudios*

Ya en la STS de 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*, § 130) se señaló que «no es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Reflejo de ello es que, si bien en este caso la asociación de consumidores apoyaba la nulidad de la cláusula suelo en la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, el tribunal declaró la nulidad de la misma sobre la base de su falta de transparencia. La anterior doctrina ha sido reiterada por la STS de 23 de diciembre (*ROJ STS 5618/2015*), en la que se recuerda que la posibilidad de control de oficio de cláusulas abusivas permite al juez cambiar la *causa petendi*, y amparar la invalidez de la cláusula en la no superación de un control diferente al alegado por la entidad demandante. Así, debe de huirse de «indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad propios de dicha normativa comunitaria». Pero la anterior facultad no es absoluta, pues ha de permitirse en todo caso que las entidades demandadas puedan defenderse adecuadamente sobre la validez de las cláusulas impugnadas, en relación con los principios de contradicción e igualdad de armas procesales.

Por lo que respecta al contenido de la sentencia en relación a la restitución de prestaciones —efecto *ex lege* de la declaración de abusividad—, este no puede verse limitado en modo alguno conforme al principio de no vinculación de las cláusulas declaradas abusivas (art. 6.1 Directiva). Así lo declaró la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*C-154/15*, *C-307/15* y *C-308/15*; *Gutiérrez Naranjo*; *apdo. 72 y ss.*), que señaló contraria al Derecho Europeo la limitación temporal respecto a la devolución de cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo contenida en la de STS de 9 de mayo de 2013, recordando que «una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada. [...] Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz

jurídicos, N°18, 2018, p. 29 «La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción». En el mismo sentido, BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: «El vencimiento anticipado, control de oficio y preclusión», *Aranzadi*, BIB 2017/13147.

para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva»²⁷.

2.6. Prejudicialidad, litispendencia y cosa juzgada

Una de las cuestiones más polémicas en relación al ejercicio de acciones colectivas de cesación es la eficacia de la sentencia recaída en un proceso de este tipo. Por su carácter especial, cabe plantearse a que sujetos afecta y que ocurre con los no personados; su influencia sobre procesos posteriores en los que se ejerciten otras acciones contra una misma cláusula y predisponente o la posible existencia de situaciones de prejudicialidad en el caso de que acciones individuales y colectivas se ejerciten de forma simultánea.

En esta materia parece difícil conciliar las previsiones de la LEC en relación a la cosa juzgada y los efectos de sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios. Y ello porque por un lado se limita la eficacia de la sentencia recaída en un proceso colectivo a los sujetos que se hubieran personado, salvo que la sentencia indique otra cosa (art. 221.1.2 LEC), y a su vez se establece que la cosa juzgada se extenderá a sujetos no litigantes, con independencia de que la acción se haya ejercido para la tutela de intereses colectivos o difusos²⁸ (art. 222.3 LEC).

La respuesta de los juzgados y tribunales a este respecto habían sido dispares²⁹ hasta la promulgación de la STJUE de 14 de abril de 2016 (*C-381/14, Sales Sinués, apdo. 43*) en

²⁷ Esta doctrina ha sido acogida por nuestro TS en posteriores resoluciones [entre otras, SSTS de 18 de mayo de 2017 (*ROJ STS 1898/2017*), de 27 de junio de 2017 (*ROJ STS 2640/2017*), de 20 de julio de 2018 (*ROJ STS 2858/2018*)], eliminando dicha limitación y planteándose que ocurre cuando la parte demandante ha solicitado la restitución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula, pero habiendo limitado su pretensión a lo establecido en la STS de 9 de mayo de 2013. En virtud del principio dispositivo y la congruencia de la sentencia, «si la parte demandante no hubiera establecido una fecha concreta para su reclamación, sino que se hubiera limitado a solicitar la restitución recíproca de las prestaciones, se le habría concedido desde que se aplicó la cláusula nula, puesto que es el efecto legal. Pero una vez que no se ciñó a dicha pretensión, sino que la delimitó temporalmente, en coincidencia con su reclamación extrajudicial, el tribunal quedó vinculado por dicha delimitación».

²⁸ La STS de 17 de junio de 2010 (*ROJ STS 4216/2010*) ya señaló que el posible efecto de cosa juzgada frente a todos los perjudicados «debía quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración haya de surtir efectos más allá de quienes han sido partes», adoptando el criterio general de que una acción colectiva limita sus efectos a los sujetos determinados individualmente en la sentencia y no puede suponer una restricción al ejercicio individual de derechos.

²⁹ Realizando un análisis exhaustivo de las diferentes posturas que existían en la jurisprudencia: FORTEA GORBE, JOSÉ L.: «La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas», *Wolters Kluwer*, 2017, p. 692 y ss. Igualmente, CORDÓN MORENO, F.: «Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, Nº 31, 2017, pp. 223-226. En resumen, las diferentes opciones eran: considerar que entre acciones colectivas e individuales existe relación de litispendencia o cosa juzgada; que nos encontramos en un supuesto de prejudicialidad o que

la que se plantea el alcance de la acción colectiva de cesación sobre la individual de nulidad y el problema que puede suponer la suspensión prejudicial del proceso individual a la espera del colectivo. En la misma se señala que es contrario al principio de efectividad que un juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, esté obligado a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores. Y ello por considerar que las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores.

Posteriormente, tanto nuestro TS como el TC³⁰ se ha encargado de acoger y desarrollar esta doctrina. En relación a la acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, se ha señalado que no existe identidad objetiva entre las acciones colectivas en las que se declara nula una condición general y una posterior acción individual que igualmente persigue la nulidad de dicha cláusula³¹. Esto provoca la falta de automatismo en la extensión de la cosa juzgada. A pesar de ello, la declaración de abusividad decidida en una acción colectiva sí vinculará a la posterior acción individual, salvo que consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o la información suministrada por el banco predisponente en el caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente³². Se permite así que las circunstancias concretas de los afectados puedan ser reconocidas en el marco de una acción individual, salvaguardando a su vez la seguridad jurídica.

directamente no existe ninguna de las anteriores relaciones por no darse identidades necesarias para apreciarlas, considerando que acciones colectivas e individuales tienen diferente alcance y efectos.

³⁰ En este sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre; 3/2017 y 4/2017 de 16 de enero: «La identidad - que no mera similitud- de objeto entre ambos procesos resulta cuanto menos dudosa. Extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, [...] o cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas».

³¹ STS de 24 de febrero de 2017 (ROJ STS 697/2017).

³² STS de 8 de junio de 2017 (ROJ STS 2244/2017).

Por su parte, si puede predicarse tal automaticidad en la extensión de la cosa juzgada cuando existe una declaración de nulidad en virtud de acción colectiva de cesación, y se plantea otra acción de cesación contra la misma cláusula y predisponente³³. En conclusión, la eficacia de cosa juzgada en relación a una acción colectiva solo puede extenderse a acciones colectivas posteriores sobre la misma cláusula y predisponente, pero si la acción posterior es individual y de nulidad respecto de la misma cláusula y predisponente, se produce una eficacia prejudicial que solo puede ser superada si concurren circunstancias excepcionales³⁴.

Con todas las anteriores consideraciones, puede observarse la tremenda complejidad y falta de desarrollo del régimen de acciones colectivas en nuestro ordenamiento, que debería ser imprescindible para una adecuada protección de los consumidores en el ámbito del préstamo hipotecario, de acuerdo con el principio de efectividad consagrado en la Directiva 93/13/CEE.

No obstante, lo que no puede negarse es la relevancia que han tenido las resoluciones dictadas por el TS en procedimientos de acciones colectivas para el posterior desarrollo de la jurisprudencia en materia de protección de consumidores en préstamos hipotecarios; y fundamentalmente en la articulación de los denominados controles de transparencia y de abusividad, que se abordarán en el siguiente apartado. De esta enorme influencia son buen ejemplo las pioneras SSTs de 9 de mayo de 2013 y de 23 de diciembre de 2015, reiteradamente citadas a lo largo de este trabajo. La primera sienta las bases del tratamiento jurisprudencial de las cláusulas suelo y el control de transparencia; mientras que la segunda origina las múltiples reclamaciones individuales posteriores en torno a las cláusulas gastos del préstamo hipotecario y, por lo que a este trabajo respecta, esboza las líneas generales en torno a la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado y su relación con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

³³ STS de 23 de diciembre de 2015 (*ROJ STS 5618/2015*).

³⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ J. en CASTILLO MARTÍNEZ, C. y otros.: «Jurisprudencia sobre hipotecas...», *Tirant lo Blanch*, 2019, p. 784.

3. Nulidad de cláusulas insertas en préstamos hipotecarios. Controles de abusividad y transparencia

3.1. El control de inclusión o transparencia documental

A pesar de la insuficiencia legislativa evidenciada anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico sí que prevé una serie de mecanismos de protección en el ámbito de los contratos de adhesión. En primer lugar, los arts. 5 y 7 LCGC regulan el control de incorporación, de inclusión o de transparencia documental como un mecanismo que se extiende a todo tipo de condiciones generales, con independencia de su eventual carácter abusivo y sin importar si el adherente es o no consumidor. Este control actúa en la fase de perfección del contrato, y persigue únicamente que el adherente pueda tener a su alcance los elementos de juicio suficientes para poder conocer el contenido contractual de la relación jurídica que entabla³⁵.

En definitiva, consiste en aplicar el doble filtro establecido en los arts. 5.5 y 7 LCGC. En primer lugar, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Superado este primer filtro, es necesario rebasar un segundo filtro: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles³⁶.

Por tanto, para afirmar la transparencia documental de cualquiera de las cláusulas insertas en un préstamo hipotecario, la entidad bancaria deberá acreditar la comprensibilidad gramatical de la cláusula por el adherente, así como que este tuvo ocasión real de conocerla al momento de la celebración del contrato. Si esto no es posible, de los arts. 9.2 y 10.1 LCGC se desprende que cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad³⁷.

Dicho lo anterior, ha de diferenciarse entre el término control de incorporación o de inclusión, que se refiere a la transparencia documental de las cláusulas o «primer control

³⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: «Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Tecnos*, 2000, p. 55.

³⁶ Entre otras, STS 28 de mayo de 2018 (*ROJ STS 1901/2018*). En el mismo sentido, GENTO CASTRO, MARÍA Z.: «Jurisprudencia sobre cláusulas abusivas: Intereses moratorios y vencimiento anticipado. La protección del no consumidor», *CUNEF*, 2018, p. 22.

³⁷ Por todas, STS de 25 de enero de 2019 (*ROJ STS 136/2019*).

de transparencia», abordado en este epígrafe y aplicable a cualquier contrato con condiciones generales, y la transparencia material o «segundo control de transparencia», que será tratada a continuación y cuyo ámbito está reservado solo a consumidores.

3.2. El control de transparencia material y el control de abusividad

Si bien el anterior control garantiza la transparencia documental de las cláusulas predispuestas, suficiente a efectos de su incorporación a un contrato suscrito con no consumidores, para el caso de consumidores procede además un control del contenido.

Teniendo en cuenta que la redacción literal del art. 4.2 de la Directiva 93/13 no permite que se controle la abusividad de cláusulas que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, siempre y cuando estén redactadas de manera clara y comprensible, se hizo necesario establecer un mecanismo adicional que permitiera controlar aquellas cláusulas bancarias referentes al precio que, superando el control de transparencia documental, suponían una incidencia sobre el precio a pagar enmascarada.

Este mecanismo adicional —denominado control de transparencia material o «segundo control de transparencia»— se elabora jurisprudencialmente a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, y consiste en no permitir cláusulas que a pesar de ser gramaticalmente sean comprensibles y estar redactadas en caracteres legibles, implican una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al consumidor³⁸. Para superarlo, se exige un plus de información que pueda permitir al consumidor prestar su consentimiento a contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá celebrar el contrato³⁹, y en este punto, la información y asesoramiento precontractuales suministrados por la entidad juegan un papel fundamental.

Es por ello primordial diferenciar entre cláusulas esenciales (que tienen influencia sobre el precio a pagar) y no esenciales (cuyo contenido puede ser abusivo por causar un desequilibrio importante⁴⁰) en el articulado de un préstamo hipotecario, pues a las primeras se las aplica el doble filtro de transparencia documental y material, y sólo en el

³⁸ Entre otras, SSTS de 24 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1279/2015*); de 16 de julio de 2019 (*ROJ STS 2345/2019*); de 17 de julio de 2019 (*ROJ STS 2503/2019*).

³⁹ Recientemente, SSTS de 11 de enero de 2019 (*ROJ STS 9/2019*) y de 14 de marzo de 2019 (*ROJ STS 773/2019*).

⁴⁰ Entre otras, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos, reclamación de posiciones deudoras, diferentes comisiones...

caso de que no superen este último, será cuando se pueda analizar su carácter abusivo — a la inversa, si una cláusula esencial supera el control de transparencia en su doble vertiente, no procederá examen sobre su abusividad—.

Si bien la mayoría de las veces nuestro TS se ha manifestado sobre las características y extensión de este control de transparencia en el ámbito de las cláusulas suelo —partiendo de la pionera sentencia antes citada— este puede extenderse a cualquier cláusula bancaria que se refiera al objeto principal del contrato (hipoteca multidivisa, IRPH⁴¹...). Es precisamente la interpretación que los tribunales realizan sobre el término «redacción clara y comprensible», contenido en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, la que permite la existencia de este segundo control de transparencia, al considerar que la transparencia en sentido amplio «debe entenderse referida a la observancia no sólo de un aspecto formal, sino también de un aspecto material, [...] relacionado con el carácter suficiente de la información que se facilita a los consumidores, en el momento de la celebración del contrato, acerca de las consecuencias jurídicas y económicas derivadas para ellos de la aplicación de las cláusulas relativas, en particular, al objeto principal del contrato»⁴². Por tanto, no consiste en analizar el equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino el equilibrio subjetivo entre precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor atendiendo a las circunstancias de su caso en concreto⁴³. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida, porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y

⁴¹ En relación al IRPH, existe una cuestión prejudicial pendiente en el TJUE (C-125/18) cuyas conclusiones del Abogado General han sido presentadas el 10 de septiembre de 2019. De considerarse que esta cláusula no supera los controles aquí mencionados, sin duda se provocará un nuevo aluvión de demandas solicitando la nulidad de este tipo de cláusulas, en el contexto de un sistema judicial ya desbordado por este tipo de cuestiones. Según la agenda del TJUE, la sentencia será dictada el 3 de marzo de 2020.

⁴² SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11, *RWE Vertrieb*; *apdo. 45 y ss.*), de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*; *apdo. 21*).

⁴³ SSTS de 8 de septiembre de 2014 (ROJ STS 3903/2014); de 29 de abril de 2015 (ROJ STS 2207/2015); de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015); de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 328/2017); de 8 de junio de 2017 (ROJ STS 2244/2017), entre otras.

adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula de cada caso concreto⁴⁴.

En el ámbito de las acciones colectivas, se ha discutido si puede llevarse a cabo un verdadero control abstracto de la validez de las condiciones esenciales en los contratos celebrados con consumidores desde la perspectiva de la falta de transparencia, pues a primera vista parece incompatible con tener en cuenta las circunstancias de cada caso en particular. En este sentido, la STS de 24 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1279/2015*) ha establecido que «negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)».

Por su parte, las cláusulas no esenciales no plantean los anteriores problemas, pues no tienen una influencia directa sobre el precio sino sobre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del mismo —a pesar de que en ocasiones tengan un contenido patrimonial—. En su caso, se acude directamente al control de abusividad (art. 82 LGDCU y 3 de la Directiva 93/13) para analizar su contenido, el cual permite tener por no puestas aquellas cláusulas que causen —pese a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor— un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Para prevenir los efectos perjudiciales que estas condiciones abusivas provocan en la posición del consumidor, los arts. 83 LGDCU y 6.1 de la Directiva 93/13 señalan que no le vincularán, tratándose de disposiciones de orden público que buscan reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, que pueda restablecer la igualdad entre ellas⁴⁵.

Como señala la jurisprudencia, un desequilibrio importante en contra de las exigencias de la buena fe supone «una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra en un contrato concreto; [...] ya sea en forma de una

⁴⁴ Recientemente, SSTs de 4 de junio de 2018 (*ROJ STS 2018/2018*); de 31 de octubre de 2018 (*ROJ STS 3677/2018*); de 20 de noviembre de 2018 (*ROJ STS 3952/2018*); de 20 de diciembre de 2018 (*ROJ STS 4357/2018*); de 14 de febrero de 2019 (*ROJ STS 389/2019*).

⁴⁵ Por todas, SSTJUE de 6 de octubre de 2009 (*C-40/08; Asturcom Telecomunicaciones; apdo. 34*) y de 3 de junio de 2009 (*C-243/08; Pannon GSM; apdo. 25*).

restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista en la ley»⁴⁶. Para considerar este desequilibrio y el carácter abusivo de una cláusula se deberá tener en cuenta, conforme al art. 4.1 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, teniendo en cuenta en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran⁴⁷. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

Finalmente, y como evidencia de la repercusión de los pronunciamientos dictados en procedimientos de acciones colectivas sobre el desarrollo del control de abusividad y sus efectos, conviene hacer énfasis en los numerosos procesos que en la actualidad se están tramitando en nuestros Juzgados y Tribunales, sobre acciones individuales de nulidad de la denominada cláusula gastos de los préstamos hipotecarios, que se fundamentan en la ya citada STS de 23 de diciembre de 2015. En estos casos, la cuestión gira en torno a la devolución de los gastos derivados de la formalización del préstamo, tales como la tasación, gestoría, notaría, Registro... Si bien la distribución que nuestro TS ha hecho sobre estos excede el objeto de este trabajo, se hace menester una breve mención al relevante papel de los Notarios y Registradores en el control del clausulado hipotecario.

3.3. El control notarial y registral de cláusulas abusivas

Los Notarios y Registradores de la Propiedad, como operadores jurídicos en el mercado hipotecario, también juegan un papel en que las cláusulas contenidas en los contratos respeten la legalidad vigente en materia de contratos de adhesión y consumidores. No obstante, el mero hecho de que la hipoteca se formalice en escritura pública o que su inscripción sea constitutiva no garantizan por sí mismos dicho extremo.

Al Notario, como funcionario en contacto con las circunstancias concretas que concurren en la formalización del préstamo, le corresponde una función de control de las cláusulas contenidas en la escritura que va a autorizar, en parte impuesta por las diferentes normas

⁴⁶ SSTJUE de 16 de enero de 2014 (C-226/12; *Constructora Principado*; *apdo. 23*); de 3 de octubre de 2019 (C-621/17, *Kiss* y *CIB Bank*, *apdo. 51*).

⁴⁷ En concreto, el juez debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (SSTJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, *Aziz*, *apdo. 68 y ss.*); de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, *Andriuc* y *otros*, *apdo. 57*)).

que regulan el mercado hipotecario. Este control se despliega principalmente en el ámbito de la transparencia material, de modo que la actuación notaria deberá asegurar que el prestatario comprende el alcance de las condiciones que va a firmar. Con la entrada en vigor de la LCCI, se obliga a que en todas las escrituras de préstamo hipotecario en que intervenga un consumidor deban constar ciertos extremos relativos al cumplimiento del principio de transparencia material⁴⁸. En este punto, el Registrador también deberá velar porque se cumplan los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, y en caso contrario no autorizará la inscripción, emitiendo una calificación negativa.

En cambio, la efectividad del control notarial y registral respecto a cláusulas abusivas es mucho más limitada y sin duda insuficiente. Partiendo de la base de que la declaración de abusividad es una competencia exclusivamente judicial, ésta sólo podrá llevarse a cabo por el Notario o Registrador cuando se vulnere una norma imperativa o prohibitiva; se trate de cláusulas incluidas en la «lista negra» de los arts. 85 a 90 LGDCU o la nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme que establezca unos parámetros objetivos de abusividad⁴⁹. Y ello porque se aprecia la abusividad sin entrar en valoraciones, las cuales requerirían en todo caso la intervención judicial y el respeto al principio de contradicción⁵⁰. En este punto, es frecuente que se deniegue la inscripción de cláusulas de vencimiento anticipado que prevean el ejercicio de esta facultad ante incumplimientos irrelevantes o accesorios, conforme a jurisprudencia consolidada que las considera abusivas.

3.4. Relaciones entre los diferentes controles

En el caso de consumidores, plantea especial problema la forma en que se articula la conexión entre el control transparencia material y el abusividad. La cuestión a tratar es si la falta de transparencia material conlleva automáticamente la abusividad de la cláusula, o si por el contrario esta falta de transparencia es la que permite realizar el control de

⁴⁸ En este sentido, los arts. 14 y 15 LCCI obligan a que consten en la escritura, entre otras: la afirmación de que la parte prestataria ha recibido la documentación y asesoramientos previstos en la Ley y que las condiciones de la documentación precontractual se corresponden con la de la escritura. También deberá identificarse el protocolo del acta previa de asesoramiento prevista en el art. 15 y su resultado positivo, con el fin de garantizar que el prestatario conoce los efectos jurídicos y económicos de la relación que entabla.

⁴⁹ Resoluciones DGRN de 1 de octubre de 2010 y de 18 de noviembre de 2013.

⁵⁰ Sobre ello, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», *Diario la Ley*, N° 6950, Mayo 2008.

abusividad a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. En cualquier caso, no puede perderse de vista que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 solo permite el examen del carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato cuando no sea transparente, quedando vetada tal posibilidad si la misma se ha redactado en términos claros y comprensibles.

Por un lado, se ha sostenido que aquellas cláusulas relativas al objeto principal del contrato que no superen el control de transparencia son *per se* abusivas, sin necesidad de entrar a analizar su contenido y comprobar si provoca un desequilibrio sustancial en el consumidor. Esta tesis encuentra su apoyo en que la falta de transparencia trae necesariamente consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo⁵¹.

Por otro, existen resoluciones que apuestan porque la falta de transparencia material no implica *per se* la abusividad de las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con consumidores, sino que esa falta de transparencia es la «llave que abre la puerta» al juicio de la abusividad⁵². Esta opción parece la más correcta si se considera que la ocultación del impacto económico podría ser inocua para el consumidor y no provocar un desequilibrio sustancial según las circunstancias, lo que no permite predicar la automaticidad; sin perjuicio de que en el caso concreto de la cláusula suelo la abusividad la provoque precisamente la falta de transparencia material.

Lo que sí es claro es que considerar que una condición general que supera el control de incorporación —porque se ha informado de su existencia y se encuentra redactada en términos comprensibles— automáticamente supera el control de transparencia material

⁵¹ SSTS de 29 de abril de 2015 (ROJ STS 2207/2015); de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015); de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 2550/2016). En el mismo sentido, PAZOS CASTRO, R.: «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4 N°1, 2017, pp. 175 y 176; MIRANDA SERRANO, LUIS M.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2018, pp. 45 y 46.

⁵² STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14, *Banco Primus*; *apdo.* 62) y STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017). Igualmente, CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2 N°3, 2015, p. 95; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», *Tirant lo Blanch*, 2017, pp. 100 y 101.

es incorrecto, puesto que con el primero no es posible garantizar la comprensibilidad real de la importancia que ciertas cláusulas esenciales pueden tener en el desarrollo del contrato, y en concreto, su incidencia sobre el precio a pagar por el consumidor⁵³. En efecto, el consumidor puede haber sido informado acerca de la existencia de la cláusula y de su contenido, pero que el efecto sobre el precio que esta tiene haya sido relegado a un segundo plano, pasando inadvertido.

3.5. Extensión de la protección a los adherentes no consumidores

Teniendo en cuenta que la Directiva 93/13 diferencia según el adherente sea o no consumidor, la jurisprudencia ha reiterado que las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores no pueden ser sometidas al control de abusividad, ni consecuentemente al de transparencia material⁵⁴; pues ambos se encuentran íntimamente conectados. Por tanto, en la legislación específica de protección ante condiciones generales y cláusulas abusivas, el adherente no consumidor dispone exclusivamente del control de inclusión a efectos de defender sus intereses ante el predisponente.

Para el análisis del contenido de las cláusulas, ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión general que hace la exposición de motivos de la LCGC a la legislación civil y mercantil sobre el respeto a la buena fe y justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual⁵⁵.

En este sentido, nuestro TS ha interpretado⁵⁶ que «el principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual (arts. 1258 CC. y 57 CCom.), capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido

⁵³ Entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 3919/2017*); de 11 de septiembre de 2018 (*ROJ STS 3070/2018*); de 5 de abril de 2019 (*ROJ STS 1216/2019*); de 17 de julio de 2019 (*ROJ STS 2503/2019*).

⁵⁴ Recientemente, SSTS de 30 de enero de 2017 (*ROJ STS 328/2017*); de 2 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 3802/2017*); de 23 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 4116/2017*); de 3 de julio de 2018 (*ROJ STS 2566/2018*).

⁵⁵ Entre otras, SSTS de 20 de enero de 2017 (*ROJ STS 124/2017*); de 30 de enero de 2017 (*ROJ STS 328/2017*); de 19 de diciembre de 2018 (*ROJ STS 4257/2018*).

⁵⁶ *Vid.* SSTS 3 de junio de 2016 (*ROJ STS 2550/2016*) y de 18 de enero de 2017 (*ROJ STS 123/2017*).

de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente».

Este criterio se conecta a su vez con la invalidez de las «cláusulas sorprendentes», que son aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Para considerar este carácter sorpresivo contrario a la buena fe habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Y siendo el adherente no consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba, por lo que quien pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente, deberá acreditar la inexistencia o insuficiencia de la información, las circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

A tenor de lo anterior, puede observarse como el desarrollo legislativo en materia de protección al adherente no consumidor resulta nuevamente escaso, y difícilmente permite entrar a valorar el contenido de las cláusulas. No parece lógico mantener en nuestra legislación un tratamiento tan diferenciado, si se está admitiendo la abusividad cuasi-automática de ciertas cláusulas hipotecarias en el caso de consumidores, pero no para no consumidores, que en muchos casos son pequeñas y medianas empresas⁵⁷.

Con todo, puede observarse como los Tribunales españoles, ante la falta de respuesta del legislador a regular determinados aspectos fundamentales en la protección del consumidor y la constante necesidad de acomodar el ordenamiento a las exigencias europeas, se han visto obligados a crear un completo sistema jurisprudencial de defensa

⁵⁷ En este punto, resulta especialmente ilustrativo el voto particular de D. Francisco Javier Orduña Moreno contenido en la STS 3 de junio de 2016 (ROJ STS 2550/2016), al señalar que «la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación)». Por ello, al pequeño empresario «hay que darle la confianza de que, más pronto que tarde, su demanda de tutela será atendida, pues en el ideal de la transparencia la convicción social ya reconoce la textura de un auténtico principio general del derecho que, sin duda, va a mejorar la protección de todos los ciudadanos».

al consumidor, en el que las consideraciones hechas por el TS en materia de acciones colectivas son esenciales para el posterior desarrollo individual de los mecanismos de protección. Y buena prueba de ello es como la ya citada STS de 23 de diciembre de 2015 esbozó el tratamiento de la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado y sus consecuencias respecto a la ejecución hipotecaria, dando lugar a las cuestiones que se verán a continuación.

4. La cláusula de vencimiento anticipado

4.1. El vencimiento anticipado por impago de cuotas

Las cláusulas de vencimiento anticipado son una estipulación contenida en la totalidad de escrituras de préstamo hipotecario, cuyo control judicial ha evidenciado una vez más la supremacía de la protección al consumidor y la insuficiencia del ordenamiento español en este punto. Con ellas la entidad bancaria se reserva la facultad de dar por vencido anticipadamente préstamo, reclamando la totalidad de las cantidades debidas, ante un incumplimiento⁵⁸ por parte del prestatario. Su fin no es otro que limitar el riesgo de la operación para el prestamista, y si bien en muchos casos puede evitarse el vencimiento aportando nuevas garantías, no ocurre lo mismo cuando el incumplimiento se refiere a la obligación principal: la restitución del capital e intereses. Este tipo de cláusulas permiten a la entidad reclamar al prestatario el total de las cantidades en concepto de principal e intereses devengados y no pagados⁵⁹ desde el momento en que se produce el impago de una o varias cuotas de amortización en la vida del préstamo, ejercitando a su elección la acción declarativa, la acción ejecutiva ordinaria o el procedimiento especial hipotecario que establecen los arts. 681 y ss. LEC.

Estas estipulaciones serán válidas siempre que se respeten, además de los principios generales del derecho de obligaciones y contratos, la normativa específica en materia de condiciones generales de la contratación y consumidores, de tal forma que deberán consentirse expresamente y estarán sometidas al control de abusividad en el caso de consumidores. Es la gravedad del incumplimiento que la cláusula contempla, o en su caso,

⁵⁸ Este incumplimiento puede consistir en que aparezcan cargas o gravámenes preferentes a la hipoteca, no conocidos en el momento de otorgamiento de la escritura o formalizadas con posterioridad por causas no imputables al banco; que no se destine el importe del préstamo a la finalidad pactada; que se deteriore el valor del inmueble con respecto a la tasación inicial por causas imputables al prestatario o que el deudor o fiador fallezca; entre otros.

⁵⁹ Podrá incluso exigirse el pago de la comisión de reclamación de posiciones deudoras vencidas, siempre que se pueda justificar haber remitido el requerimiento.

ante el que se hace uso de ella, uno de los elementos determinantes para valorar su carácter abusivo: si el deudor muestra una verdadera dejación de sus obligaciones, que revista carácter esencial, podrá hacerse uso de dicha cláusula sin que esto sea contrario a la normativa de protección a consumidores. En cambio, si el vencimiento anticipado lo motiva un incumplimiento irrelevante o accesorio, la cláusula será considerada nula por su carácter abusivo. El principal problema que ha planteado este tipo de cláusulas es que normalmente están redactadas en términos absolutos, permitiendo la pérdida del plazo por el adherente y el vencimiento del préstamo ante el impago de cualquier cuota. Esta redacción absoluta, que puede acarrear el vencimiento anticipado ante un incumplimiento irrelevante, es motivo para apreciar la nulidad de la cláusula así redactada, pues para que sea válida deberá ponderar la gravedad del incumplimiento en función de la cuantía y duración del préstamo.

También es muy controvertida la cuestión de las consecuencias sustantivas y procesales ha de tener su declaración de abusividad. La LEC en su redacción original del art. 693 ya permitía, en sede de ejecución hipotecaria, que el banco reclamase la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los diferentes plazos, y este convenio constase inscrito en el Registro. Esto suponía que con tan solo un impago de cualquiera de las cuotas en la vida total del préstamo —con independencia de su cuantía o duración— el banco pudiese sin más trámites instar la ejecución y reclamar la totalidad de la deuda restante⁶⁰.

Las consideraciones sobre este tipo de cláusulas contenidas en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (*C-415/11, Aziz*) forzaron la modificación del procedimiento de ejecución hipotecaria, mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En la misma se introducen importantes novedades en la LEC y LH en relación a estas cláusulas, como la posibilidad de alegar su carácter abusivo como causa de oposición a la ejecución o el deber del juez de controlar de oficio dicha abusividad⁶¹. Igualmente, se modifica el

⁶⁰ Precepto en parte enmendado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que permite al deudor, si el inmueble hipotecado es la vivienda familiar, liberarlo sin el consentimiento del acreedor mediante la consignación de las cantidades vencidas y no satisfechas; eso sí, una vez cada 5 años.

⁶¹ Como señala GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N°26, enero-junio 2014, p. 320: «Pese al uso indistinto de los términos “deber” frente a “podrá”, e incluso “facultad” frente a “obligación”, hay que tener muy claro que el TJUE configura el control de oficio de la abusividad en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, no como un derecho

art. 693, limitándose la facultad de vencimiento anticipado a los casos 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.

No obstante, esta previsión no será siempre suficiente para superar el control de abusividad, pues a luz de la doctrina del TJUE, para declarar el vencimiento anticipado será necesario que el consumidor incumpla gravemente una obligación de carácter esencial con respecto a la duración y cuantía del préstamo. Por ello, una cláusula contractual que haga uso de la facultad concedida por el artículo 693.2 de la LEC está sometida igualmente a un control de contenido, porque este artículo no constituye ni una disposición imperativa ni una norma dispositiva aplicable en defecto en pacto⁶². Extremo que de forma tardía subsana la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), cuyo art. 24 se erige como norma imperativa que amplía notablemente el ámbito de protección del consumidor ante el ejercicio de esta facultad.

4.2. Validez y requisitos de las cláusulas de vencimiento anticipado

La validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado es una cuestión pacífica entre jurisprudencia y doctrina⁶³. No obstante, lo anterior no impide que en determinadas circunstancias el ejercicio del vencimiento anticipado pueda ser considerado abusivo. En un primer momento, nuestro TS consideró que el ejercicio de esta facultad solo sería posible cuando concurriera «justa causa» para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas,

del juez nacional, sino como una verdadera obligación, que debe ejercitar, en cualquier momento, y tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho necesarios.»

⁶² Sobre ello, PAZOS CASTRO, R.: «Un nuevo ejemplo...», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4 N°1, 2017, p. 168.

⁶³ Aisladamente, la STS de 27 de marzo de 1999 acogió la tesis contraria, conduciendo al absurdo de permitir situaciones de flagrante morosidad: «El art. 1255 del C. civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes. [...] Si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, éste tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido.» Como señala MANZANARES SECADES, A.: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación», *Diario la Ley*, N°5461, octubre 2002, «la validez de estos pactos es admitida, con la excepción de la Sentencia de 27 de marzo de 1999.»

como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo⁶⁴.

Pero la concurrencia de justa causa no es suficiente para justificar el ejercicio legítimo de la facultad de vencimiento anticipado. El anterior criterio es matizado por la STJUE de 14 de marzo de 2013 (*C-415/11, Aziz, apdo. 73*), que se pronuncia sobre los aspectos que debe tener en cuenta el juez nacional cuando lleve a cabo el control de contenido sobre una cláusula contractual que permita el vencimiento anticipado. Junto a la esencialidad de la obligación incumplida, ha de considerarse si la facultad de vencimiento está prevista para casos en los que el incumplimiento es suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor evitar la aplicación de esta cláusula. Y ha de tenerse en cuenta que la no aplicación de la cláusula por el profesional no impide su control, de tal forma que una vez constatada su existencia el tribunal ha de manifestarse sobre su posible abusividad, con independencia de que haya sido aplicada o no⁶⁵.

A la luz de esta doctrina, cabía cuestionarse si la redacción del art. 693.2 LEC vigente hasta la entrada en vigor de la LCCI se ajustaba a la misma, al fijar en tres el número de mensualidades que permitían al prestamista dar por vencido el préstamo. Y efectivamente, el impago de tres cuotas en préstamos de larga duración y con gran parte del capital ya amortizado puede no revestir tal gravedad. Por ello, el TJUE manifestó que los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13 no permiten que la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, que determina las condiciones del vencimiento anticipado del préstamo, quede limitada a criterios como los definidos en el artículo 693 de la LEC⁶⁶. Esto implica que la cláusula no superará el control de abusividad solo porque se trate de la transcripción del régimen legal –que solo es aplicable en caso de pacto–, sino que habrá que valorar en cada caso

⁶⁴ SSTS de 4 de junio de 2008 (ROJ STS 2599/2008); de 17 de febrero de 2011 (ROJ STS 515/2011).

⁶⁵ En este sentido, ATJUE 11 de junio de 2015 (C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, apdos. 50 a 54*).

⁶⁶ ATJUE de 17 de marzo de 2016 (C-613/15, *Ibercaja Banco, apdo. 33*).

concreto la gravedad del incumplimiento ante la que el banco puede hacer uso de esta facultad, para determinar si se causa un desequilibrio en perjuicio del consumidor⁶⁷.

Es por esto que la LCCI en su art. 24 modifica el art. 693.2 LEC y amplía notablemente la cantidad de cuotas vencidas y no satisfechas que permiten al prestamista hacer uso de la facultad de vencimiento anticipado, de forma imperativa. Conjugándolo con la Disposición Transitoria Primera de la misma Ley, las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en contratos hipotecarios anteriores a su entrada en vigor, respecto de las cuales no se haya ejercido dicha facultad, solo podrán desplegar sus efectos cuando exista un incumplimiento del tres por ciento de la cuantía del préstamo, o equivalente a doce mensualidades, si nos encontramos en la primera mitad de su duración; o del siete por ciento o equivalente a quince mensualidades, si nos encontramos en la segunda. En cambio, si ya se ha producido el vencimiento anticipado lo anterior no será de aplicación, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no. Este último inciso ha requerido la intervención del TS, a fin de esclarecer que ocurre con aquellos casos en los que ya se ha declarado el vencimiento anticipado.

4.3. La declaración de nulidad del vencimiento anticipado y sus efectos

Si a la luz de los anteriores criterios de abusividad, reiterados posteriormente por numerosas resoluciones judiciales, el juez llega a la conclusión de que ha de declararse la nulidad de la cláusula por causar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, es cuando surge la cuestión de que efectos ha de tener dicha declaración, especialmente en relación al procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado a su amparo.

Partiendo de la consideración de que las cláusulas declaradas abusivas no deben generar efectos ni vincular al consumidor, el TJUE ha señalado con carácter general que el juez nacional no tiene facultad de modificar el contenido de estas⁶⁸, y por tanto, no podrá

⁶⁷ En este sentido, GENTO CASTRO, MARÍA Z.: «Jurisprudencia sobre cláusulas abusivas...», *CUNEF*, 2018, p. 22 «En consecuencia, no será el criterio del artículo 693.2 LEC el que haya de prevalecer sino el de la proporcionalidad entre el incumplimiento por impago y la duración y cuantía total de la deuda, de modo que no existirá esa proporcionalidad cuando en un préstamo de larga duración tan solo se hayan impagado tres mensualidades».

⁶⁸ STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10, *Banco Español de Crédito*, apdo. 73). En concreto, el apdo. 69 señala 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

integrar el contrato modificando o modulando alguno de los aspectos que motivaron dicha declaración. Dicha integración contractual es lo que se prohíbe frontalmente como medida de protección específica del régimen de tuición del consumidor en este modo de contratar.

El problema surge cuando se pretenden conjugar la anterior consideración con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Teniendo en cuenta que el mismo otorga una serie de ventajas al acreedor —tales como la posibilidad de liberar el bien si se trata de vivienda habitual o el establecimiento de un valor de tasación mínimo de cara a la subasta— que no están presentes en otros procedimientos a los que puede acudir el prestamista, surge la cuestión de si la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado debe conllevar en todo caso el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria iniciada a su amparo —en virtud del art. 695 LEC—, o si bien ésta podría sustituirse por la regla establecida en el art. 693.2 LEC en su redacción de 2013, que prevé el vencimiento anticipado en caso de falta de pago de al menos tres cuotas, con el fin de que la ejecución pueda continuar y el consumidor pueda hacer valer los derechos que el procedimiento especial le reconoce.

Esta cuestión fue abordada de forma pionera por la reiterada STS de 23 de diciembre de 2015 —que sirve como base a la mediática STS de 11 de septiembre de 2019 (*ROJ STS 2761/2019*)—, evidenciándose una vez más la importancia de las resoluciones colectivas sobre el progreso de la jurisprudencia en torno a ciertas cláusulas. En la misma, ya se considera posible que el juez pueda sustituir la cláusula declarada abusiva por una disposición de derecho nacional, con el fin de evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización y no una ventaja⁶⁹. Por ello, «no puede afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo

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.”

⁶⁹ Posibilidad ya observada en el ámbito europeo por la STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, apdos. 80 y ss.).

plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas». Pero esta facultad de sustitución queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula obligue al juez a anular el contrato en su totalidad⁷⁰. Y ciertamente, no es fácil concebir la cláusula de vencimiento anticipado como un elemento esencial que obligue a anular un contrato de préstamo por completo, pues no deja de ser una facultad de la entidad prestamista. Cuestión diferente es que en el préstamo hipotecario la garantía quede desnaturalizada si desaparece la posibilidad de dar por vencido el préstamo anticipadamente ante el impago continuado del prestatario.

Cabe señalar que la STS de 23 de diciembre de 2015 sólo admite la posibilidad de sustituir la cláusula de vencimiento anticipado por una disposición de derecho nacional dentro de los límites señalados⁷¹, pero no adoptan una regla que determine si los procedimientos de ejecución pendientes en los que se ha alegado como motivo de oposición la abusividad de la cláusula han de ser sobreseídos o continuar⁷².

Esto provocó disparidad de criterios entre las Audiencias Provinciales, por lo que el TS planteó cuestión prejudicial al TJUE mediante su Auto de 8 de febrero de 2017 (*ROJ ATS 271/2017*), consultando lo siguiente:

- «¿Debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del

⁷⁰ Adoptando así el criterio enunciado en la STJUE de 21 de enero de 2015 (C-482/13, *Unicaja Banco y Caixabank, apdo. 33*) y en la STS de 22 de abril de 2015 (*ROJ STS 1723/2015*), en relación a la sustitución por una disposición legal de la cláusula de interés de demora.

⁷¹ A pesar de ello, esta jurisprudencia ha sido criticada por la doctrina. Entre otros, ADAN DOMENECH, F.: «Salvando las cláusulas de vencimiento anticipado: la incoación del juicio declarativo ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias», *Aranzadi*, BIB 2018\13067, p. 3: «el TS efectúa malabarismos jurídicos para defender que no constituye un perjuicio para el deudor la no aplicación taxativa de los efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, permitiendo que las entidades prestamistas accedan a la ejecución hipotecaria».

⁷² No obstante, los votos particulares de D. Francisco Javier Orduña Moreno, consignados en esta sentencia y en la STS de 18 de febrero de 2016 (*ROJ STS 626/2016*) ya advertían que «la modulación de las consecuencias de la abusividad de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito».

impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula [...] ?

- «¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para — una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?».

4.4. La reciente jurisprudencia del TJUE en materia de vencimiento anticipado

La anterior cuestión prejudicial es resuelta por la STJUE de 26 de marzo de 2019 (C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*), en la que se sintetizan criterios ya establecidos en resoluciones anteriores respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad del vencimiento anticipado. Su resolución se esperaba con gran expectación, no solo debido a la suspensión de los procesos de ejecución hipotecaria en curso o pendientes por la mayoría de las Audiencias Provinciales, sino especialmente por su incidencia sobre el nuevo tratamiento del vencimiento anticipado que ha esbozado la LCCI.

En relación a la primera de las cuestiones, se plantea si puede mantenerse la cláusula de vencimiento anticipado cuando su literalidad prevé el ejercicio ante el impago de una o varias cuotas, pero el prestamista hace uso de ella respetando lo establecido en el art. 693.2 LEC antes de su modificación por la LCCI (impago de al menos tres cuotas). En este sentido, el TJUE insiste en que no se podrá apreciar la nulidad parcial de la cláusula, en el sentido de suprimir solo del inciso que convierte en abusiva, manteniendo la validez del pacto de vencimiento anticipado, pues ello conlleva modificar el contenido de dichas cláusulas y sería contrario al efecto disuasorio de la Directiva.

No obstante, este criterio se suaviza en beneficio del consumidor al resolver la segunda cuestión. Así, si un contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el art. 6.1 de la Directiva no se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula por una disposición de Derecho nacional en la que está inspirada la cláusula, en referencia al art. 693.2 LEC en

su redacción del año 2013, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (§ 59). Por tanto, se permite que el tribunal nacional pueda acudir a una norma de derecho nacional que establezca cuando se puede producir el vencimiento anticipado, siempre que sea con el fin de evitar la nulidad del contrato y sus consecuencias lesivas para el consumidor. Y ello precisamente porque si se declarase la nulidad del contrato en su totalidad, se produciría la consecuencia que se está intentado evitar: el vencimiento prematuro del préstamo y la devolución de todo el capital.

Por el contrario, si se llega a la conclusión de que el contrato puede subsistir sin dicha cláusula, el juez deberá abstenerse de aplicarla, permaneciendo el contrato sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula, en la medida en que tal persistencia sea jurídicamente posible conforme al Derecho nacional (§ 63).

Pero teniendo en cuenta que el análisis de las ventajas o desventajas que pueda suponer para el consumidor la continuación o el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria es una cuestión de Derecho interno —al igual que la subsistencia o no del contrato—, el TJUE señala que corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y comparaciones necesarias a tal efecto (§ 62). En concreto, serán estos quienes deban analizar, adoptando un enfoque objetivo⁷³, si la supresión de las cláusulas de vencimiento anticipado tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir (§ 60). En tal supuesto, les corresponderá igualmente examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario expondría a los consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, para lo cual es pertinente tener en cuenta el deterioro de la posición procesal que el consumidor puede sufrir en caso de no seguir el cauce especial de ejecución hipotecaria (§ 61). Pero desde luego, este no puede ser el criterio decisivo que de decida sobre el ulterior destino del contrato⁷⁴.

⁷³ Que el art. 6.1 de la Directiva haya de interpretarse con un criterio objetivo es uno de aspectos clave en los que insiste la sentencia, en consonancia con lo ya establecido en la STJUE de 15 de marzo de 2012 (C-453/10; *Pereničová y Perenič; apdos. 31*): «el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas». Sobre ello, PANTALEÓN PRIETO, F.: «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Blog Almacén del Derecho*, 31 de marzo de 2019.

⁷⁴ Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La nulidad contractual en la jurisprudencia», *Tirant lo Blanch*, 2019, p. 199, «esta sentencia no es un prodigio de claridad, y si bien algún apartado de su argumentación aisladamente considerado [en concreto el relativo al hipotético deterioro de la posición procesal de los consumidores] podría conllevar a que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran la cláusula de vencimiento anticipado abusiva por la versión del citado artículo 693.2 de la LEC; no altera la doctrina

Las anteriores consideraciones sirven de fundamento a los AATJUE de 3 de julio de 2019 (*C-92/16, Bankia; C-167/16, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), en los que se plantean diversas cuestiones⁷⁵ todas relativas a si la ineficacia por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado permite la subsistencia del contrato, y de no poder subsistir, si esto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que justifiquen la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional. Nuevamente, el TJUE insiste en que son los órganos nacionales los que, desde un enfoque objetivo, deberán valorar dichos extremos.

Por su parte, resulta relevante la aportación del ATJUE de 3 de julio de 2019 (*C-486/16, Bankia*), relativa al efecto positivo de la cosa juzgada en procesos hipotecarios sucesivos, cuando el primer procedimiento hipotecario se ha archivado al declararse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado y se interpone ahora un segundo procedimiento en base al art. 693.2 LEC. En ella se establece que la normativa comunitaria no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada.

establecida [STJUE de 15 de marzo de 2012 (*C-453/10; Pereničová y Perenič; apdo. 32*)] ni permite ampliar la excepción de la prohibición de integrar la cláusula abusiva con una disposición nacional, más allá de los casos en los que el contrato no pudiera subsistir sin tal cláusula causando la nulidad total un grave perjuicio para el consumidor».

⁷⁵ Entre otras: «La ineficacia por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, ¿permite la subsistencia del contrato remanente, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13?»; «¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?»; «¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 son compatibles con una interpretación que condiciona las consecuencias de la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado a las concretas características de los procesos por los que puede optar el profesional?»; «¿Respeto el principio de efectividad de la Directiva 93/13 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una ley procesal nacional que otorga derechos al consumidor que puede hacer valer en un proceso de ejecución especialmente expeditivo que el profesional puede escoger entre otros alternativos en los que tales derechos son desconocidos?».

4.5. El acogimiento de la doctrina del TJUE por el TS: La STS 11 de septiembre de 2019

Como se ha indicado, la STJUE de 26 de marzo de 2019 dejó la puerta abierta a que fuesen los jueces nacionales los que adopten la decisión sobre si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir una vez anulada la cláusula de vencimiento anticipado. En este punto, la STS de 11 de septiembre de 2019 (*ROJ STS 2761/2019*) viene a dar una solución concreta a los efectos derivados de su nulidad en los préstamos hipotecarios, en consonancia con la jurisprudencia expuesta anteriormente y tomando como base lo establecido en la STS de 23 de diciembre de 2015.

Parte de la consideración de que el préstamo hipotecario es un negocio jurídico complejo, cuyo fundamento es común para ambas partes: la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). Se trata de un contrato con doble faceta (préstamo y garantía), en el que la causa del préstamo y la de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse —pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago—. Por ello, si el contrato fuese solo de préstamo, la supresión del vencimiento anticipado no impediría su subsistencia, pero al tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria, la eliminación de esta facultad afecta a la garantía real y a la economía del contrato. En efecto, no parece lógico obligar al prestamista a realizar sucesivas reclamaciones ante impagos continuados, sin poder dar por vencido todo el préstamo. Siendo así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

Al encontrarnos con la nulidad total, esto podría exponer a los consumidores a consecuencias perjudiciales —como devolver la totalidad del préstamo o la pérdida de las ventajas legalmente previstas en la ejecución hipotecaria— que justifiquen acudir a la normativa interna para determinar en qué medida puede decretarse el vencimiento anticipado. Para el TS, esto será posible siempre que se cumplan como mínimo las condiciones establecidas en el art. 693.2 LEC (redacción Ley 1/2013), y además se valore en el caso concreto la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo, y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. No obstante, y sin llegar a imponerlo, el TS adopta como criterio de primer orden el cumplimiento o no los requisitos

del art. 24 LCCI⁷⁶, de lo que podría entenderse que las cláusulas de vencimiento anticipado son en todo caso abusivas cuando establezcan unas condiciones menos beneficiosas que las previstas en dicho artículo.

En atención a lo anteriormente expuesto, el TS da las siguientes orientaciones jurisprudenciales respecto a los asuntos en curso, siempre que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente —en cuyo caso no hay vuelta atrás, pues esta sentencia no tiene efectos retroactivos—:

- Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

- Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y exigidos (art. 24 LCCI), deberían ser igualmente sobreseídos. Al contrario, si el incumplimiento del deudor reviste la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

Señalar que el sobreseimiento de los anteriores procesos no impedirá una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de criterios legales —el art. 24 LCCI es una disposición imperativa, frente a la redacción anterior del art. 693.2 LEC aplicable solo en caso de acuerdo entre las partes—. Y efectivamente, puede ser que en un determinado momento los incumplimientos del prestatario no sean tan graves como para justificar el vencimiento anticipado del préstamo, pero que posteriormente si cumplan con las exigencias del art. 24 LCCI, facultando en tal caso a la entidad prestamista para la interposición de una nueva demanda ejecutiva.

Con todo, puede observarse como el TS, sin realizar una aplicación directa del art. 24 LCCI a supuestos en los que ya se ha producido el vencimiento anticipado —pues así lo excluye su Disposición Transitoria Primera—, permite que se acuda al mismo en procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado reputada nula; de tal

⁷⁶ Y ello porque la STJUE 20 de septiembre de 2018 (*C-51/2017, OTP Bank y OTP Faktoring, apdo. 70*) permite la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad.

forma que o se cumplen la exigencias contempladas en dicho artículo, o deberá procederse al sobreseimiento. Se zanja así la polémica en torno a los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios, surgida una vez más por la deficiente regulación en la materia. No obstante, esto no termina con la litigiosidad de este tipo de cláusulas. En la STS de 12 de febrero de 2020 (*ROJ STS 336/2020*) el Pleno del TS aborda por primera vez la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamos personales. Si bien, a diferencia de lo que ocurre con los préstamos hipotecarios, la supresión de esta cláusula por su carácter abusivo en préstamos personales no compromete la subsistencia del contrato.

5. Conclusiones

Del anterior análisis de la protección de la parte contratante débil en préstamos hipotecarios pueden extraerse, al menos, las siguientes conclusiones:

Primera: La competencia exclusiva del TJUE para interpretar los principios establecidos en la Directiva 93/13/CEE ha obligado a los Tribunales nacionales a plantear numerosas cuestiones prejudiciales con el propósito de clarificar, no solo los criterios que determinan la abusividad de ciertas cláusulas insertas en préstamos hipotecarios y las posibles consecuencias de su nulidad, sino especialmente los límites de la protección dispensada por la Directiva.

Segunda: La protección de la parte contratante débil ante cláusulas abusivas se ha convertido en un verdadero principio que ha de regir el tráfico mercantil, lo que evidencia la necesidad de actualizar la Directiva 93/13/CEE con el fin de frenar el incesante flujo de pleitos y cuestiones prejudiciales existentes en el ámbito de la tutela al consumidor.

Tercera: La insuficiente y obsoleta legislación interna en materia de protección al adherente ante cláusulas predispuestas, unida a la constante necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español las instrucciones procedentes de la normativa y jurisprudencia europeas, han obligado a los órganos jurisdiccionales españoles a elaborar un sistema de protección en su integridad que ayude a cubrir las lagunas legales existentes, donde destaca la creación del control de transparencia.

Cuarta: Las acciones colectivas constituyen un mecanismo imprescindible para ofrecer un grado de protección suficiente a los consumidores ante los abusos masivos producidos

en el ámbito bancario. No obstante, su ejercicio ha planteado numerosas cuestiones procesales, especialmente en lo relativo a legitimación y su extensión frente a terceros, demostrando una vez más que la legislación en la materia resulta enrevesada y la protección al consumidor sólo aparente; todo lo contrario a lo que aconsejaría el principio de efectividad consagrado en la Directiva.

Quinta: Lo anterior no es óbice para que la jurisprudencia emanada del TS en resoluciones de acciones colectivas haya jugado un papel fundamental en el desarrollo de los mecanismos de protección en materia de consumidores y en la interpretación de aspectos fundamentales, especialmente en lo relativo al control de transparencia y el análisis de abusividad de determinadas cláusulas.

Sexta: Las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios han planteado infinidad de cuestiones durante los últimos años, siendo uno de los principales afectados el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, cuya celeridad se ha visto ralentizada por la necesidad de proteger al consumidor ante este tipo de cláusulas, redactadas en la mayoría de los casos en términos absolutos. Los efectos sustantivos y procesales derivados de su declaración de abusividad han tenido gran relevancia jurídica durante 2019, donde se dictaron una serie de resoluciones fundamentales que zanjaron gran parte de la problemática en torno a este tipo de cláusulas.

6. Bibliografía

- ADAN DOMENECH, F.: «Salvando las cláusulas de vencimiento anticipado: la incoación del juicio declarativo ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias», *Aranzadi*, BIB 2018\13067.

«Tribunal Supremo versus Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aplicación jurisprudencial de las cláusulas de vencimiento anticipado», *Aranzadi*, BIB 2016\80495.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: «Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Tecnos*, ISBN: 8430934286, 2000, pp. 19 y ss.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C.: «El vencimiento anticipado, control de oficio y preclusión», *Aranzadi*, BIB 2017/13147.

«Vencimiento anticipado. Ejecución hipotecaria en el suplico de la demanda de juicio ordinario», *Aranzadi*, BIB 2018/8536.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación», *Thomson Reuters Aranzadi*, ISBN: 8484104036, 2000, pp. 391 y ss.
- CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 2 N°3, 2015.
- CORDÓN MORENO, F.: «Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores», *Derecho Privado y Constitución*, N° 31, 2017.
- DEL SER LÓPEZ, A. y FERNÁNDEZ CABALLERO, G.: «Nulidad de cláusulas suelo: ¿Competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de primera instancia? El debate se reabre por las últimas reformas legislativas y la avalancha de acciones ejercitadas», *Diario la Ley*, N° 8555, junio 2015.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. y otros.: «Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros», *Tirant lo Blanch*, ISBN: 9788413132624, 2019, pp. 35 y ss.
- FORTEA GORBE, JOSÉ L.: «La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas», *Wolters Kluwer*, ISBN 9788490206010, 2017, pp. 692 y ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. y otros: «Acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación y a la protección de usuarios y consumidores», *Escuela Judicial - Servicio de Formación Continua*, 2017.

- GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Acciones colectivas y acciones inhibitorias para la protección de los consumidores en el proceso civil: El papel de las asociaciones de consumidores», *UCM*, 2005.
- GENTO CASTRO, MARÍA Z.: «Jurisprudencia sobre cláusulas abusivas: Intereses moratorios y vencimiento anticipado. La protección del no consumidor», *CUNEF*, 2018.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº26, enero-junio 2014.
- MANZANARES SECADES, A.: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación», *Diario la Ley*, Nº5461, octubre 2002.
- MIRANDA SERRANO, LUIS M.: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 2, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Blog Almacén del Derecho*, 31 de marzo de 2019.
- PAZOS CASTRO, R.: «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4 Nº1, 2017.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», *Tirant lo Blanch*, ISBN: 8491690856, 2017, pp. 100 y ss.
«La nulidad contractual en la jurisprudencia», *Tirant lo Blanch*, ISBN: 9788413131658, 2019, pp. 199 y ss.
- REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO M.: «Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *Iustel*, ISBN: 9788498901535, 2011, pp. 891 y ss.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», *Diario la Ley*, Nº 6950, Mayo 2008.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La modificación de la acción de cesación (art. 53 TRLGDCU). La incoherente complejidad de un sistema que pretenden la protección del consumidor», *La Ley Mercantil*, Nº 6, septiembre 2014.

- VELA TORRES, PEDRO J.: «Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial», *Revista de estudios jurídicos*, N°18, ISSN-e 23405066, 2018.

7. Sentencias

Sentencias del TJUE

- STJUE de 27 de junio del 2000 (C-240/98 a C-244/98; *Océano Grupo Editorial*)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (C-168/05; *Mostaza Claro*)
- STJUE de 3 de junio de 2009 (C-243/08; *Pannon GSM*)
- STJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08; *Asturcom Telecomunicaciones*)
- STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08; *Caja Madrid*)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10; *Banco Español de Crédito*)
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11; *Banif Plus Bank*)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11, *Aziz*)
- STJUE de 21 de marzo de 2013 (C-92/11, *RWE Vertrieb*)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (C-226/12; *Constructora Principado*)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (C-482/13, *Unicaja Banco y Caixabank*)
- STJUE de 15 de marzo de 2015 (C-453/10; *Pereničová y Perenič*)
- STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14, *Sales Sinués*)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*)
- STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14, *Banco Primus*)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, *Andriiciuc y otros*)
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*)
- STJUE de 3 de octubre de 2019 (C-621/17, *Kiss y CIB Bank*)
- ATJUE de 11 de junio de 2015 (C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*)
- ATJUE de 17 de marzo de 2016 (C-613/15, *Ibercaja Banco*)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (C-92/16, *Bankia*)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (C-486/16, *Bankia*)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (C-167/16, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*)

Sentencias Tribunal Constitucional

- STC 148/2016, de 19 de septiembre de 2016
- STC 3/2017, de 16 de enero de 2017
- STC 4/2017, de 16 de enero de 2017

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 4 de junio de 2008 (*ROJ STS 2599/2008*)
- STS 17 de junio de 2010 (*ROJ STS 4216/2010*)
- STS 29 de diciembre de 2010 (*ROJ STS 7551/2010*)
- STS 17 de febrero de 2011 (*ROJ STS 515/2011*)
- STS 13 de marzo de 2012 (*ROJ STS 2543/2012*)
- STS 9 de mayo de 2013 (*ROJ STS 1916/2013*)
- STS 8 de septiembre de 2014 (*ROJ STS 3903/2014*)
- STS 24 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1279/2015*)
- STS 22 de abril de 2015 (*ROJ STS 1723/2015*)
- STS 29 de abril de 2015 (*ROJ STS 2207/2015*)
- STS 21 de octubre de 2015 (*ROJ STS 4270/2015*)
- STS 23 de diciembre de 2015 (*ROJ STS 5618/2015*)
- STS 18 de febrero de 2016 (*ROJ STS 626/2016*)
- STS 3 de junio de 2016 (*ROJ STS 2550/2016*)
- STS 18 de enero de 2017 (*ROJ STS 123/2017*)
- STS 20 de enero de 2017 (*ROJ STS 124/2017*)
- STS 30 de enero de 2017 (*ROJ STS 328/2017*)
- STS 24 de febrero de 2017 (*ROJ STS 697/2017*)
- STS 18 de mayo de 2017 (*ROJ STS 1898/2017*)
- STS 8 de junio de 2017 (*ROJ STS 2244/2017*)
- STS 27 de junio de 2017 (*ROJ STS 2640/2017*)
- STS 2 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 3802/2017*)
- STS 23 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 4116/2017*)
- STS 29 de noviembre de 2017 (*ROJ STS 4265/2017*)
- STS 14 de diciembre de 2017 (*ROJ STS 4308/2017*)
- STS 17 de enero de 2018 (*ROJ STS 51/2018*)
- STS 28 de mayo de 2018 (*ROJ STS 1901/2018*)
- STS 4 de junio de 2018 (*ROJ STS 2018/2018*)

- STS 3 de julio de 2018 (*ROJ STS 2566/2018*)
- STS 20 de julio de 2018 (*ROJ STS 2858/2018*)
- STS 13 de septiembre de 2018 (*ROJ STS 3098/2018*)
- STS 31 de octubre de 2018 (*ROJ STS 3677/2018*)
- STS 20 de noviembre de 2018 (*ROJ STS 3952/2018*)
- STS 19 de diciembre de 2018 (*ROJ STS 4257/2018*)
- STS 20 de diciembre de 2018 (*ROJ STS 4357/2018*)
- STS 11 de enero de 2019 (*ROJ STS 9/2019*)
- STS 25 de enero de 2019 (*ROJ STS 136/2019*)
- STS 14 de febrero de 2019 (*ROJ STS 389/2019*)
- STS 14 de marzo de 2019 (*ROJ STS 773/2019*)
- STS 16 de julio de 2019 (*ROJ STS 2345/2019*)
- STS 17 de julio de 2019 (*ROJ STS 2503/2019*)
- STS 11 de septiembre de 2019 (*ROJ STS 2761/2019*)
- STS de 12 de febrero de 2020 (*ROJ STS 336/2020*)