



universidad
de león



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2014/2015

**LA PROTECCIÓN DEL HIPOTECANTE FRENTE A LAS CLÁUSULAS
ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO**

(THE PROTECTION OF THE DEBTOR OPPOSITE TO THE ABUSIVE
CONTRACT TERMS IN THE MORTGAGE CONTRACTS)

Realizado por el alumno D^a. Carmen Sánchez Cimadevilla
Tutorizado por la Profesora Dra. Helena Díez García.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.	Pág. 11
1. Criterios de abusividad.	Pág. 11
2. La regulación hipotecaria.	Pág. 12
3. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.	Pág. 14
4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (C-415/11).	Pág. 15
5. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.	Pág. 15
II. EL CONTROL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.	Pág. 16
1. El control judicial de las cláusulas abusivas.	Pág. 16
2. Límites del control judicial de las cláusulas abusivas.	Pág. 19
3. El control de las cláusulas abusivas por Notarios y Registradores de la Propiedad.	Pág. 20
4. Breve referencia al “control” o intervención del Ministerio Fiscal en defensa del consumidor frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la TRLGDCU en materia de cláusulas abusivas.	Pág. 25
III.EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA NATURALEZA ABUSIVA DE LAS CLÁUSULAS.	Pág. 28
1. Nulidad parcial. ¿Integración?	Pág. 28
2. Nulidad total.	Pág. 28
IV.CLÁUSULAS ABUSIVAS, EN PARTICULAR, SOBRE INTERESES DE DEMORA.	Pág. 32
1. La ley Azcárate.	Pág. 32
2. La protección de los consumidores.	Pág. 34
3. La sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015.	Pág. 42
4. Los intereses de demora en el auto del TJUE de 11 de junio de 2015.	Pág. 44
5. La abusividad de los intereses de demora en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria celebrados con consumidores.	Pág. 46

V. LA DENOMINADA CLÁUSULA SUELO.	Pág. 51
1. El control de transparencia de las cláusulas suelo.	Pág. 51
2. La irretroactividad absoluta de los efectos de la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.	Pág. 54
3. Las dudas en relación con los casos individualizados.	Pág. 55
4. La irretroactividad relativa. Unificación de la doctrina por la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015.	Pág. 56
5. Equiparación de los efectos de la acción colectiva a los de la acción individual.	Pág. 57
6. El voto particular. La diferente naturaleza de las acciones colectivas e individuales.	Pág. 59
7. La restitución parcial.	Pág. 62
8. La incongruencia de la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015.	Pág. 65
VI. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.	Pág. 66
1. La validez, en principio, de la cláusula de vencimiento anticipado.	Pág. 67
2. La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.	Pág. 68
3. El vencimiento anticipado por impago de menos de tres plazos mensuales tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013.	Pág. 71
4. Cláusulas que afectan a la ejecución por contravención de cualquier norma imperativa. La abusividad, en este caso, de la cláusula de vencimiento anticipado.	Pág. 74
5. Ineficacia procesal hipotecaria de la cláusula no adaptada.	Pág. 75
6. Imposibilidad de integración.	Pág. 76
7. Efectos de la ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado.	Pág. 77
8. El vencimiento anticipado en el auto del TJUE de 11 de junio de 2015.	Pág. 78
▪ CONCLUSIONES.	Pág. 81
▪ BIBLIOGRAFÍA.	Pág. 88

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art./Artos.	Artículo/Artículos.
AP	Audiencia Provincial.
CC	Código Civil.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
Directiva 93/13	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
LCC	Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.
LCCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Ley 1/2013	Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
LU	Ley, de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.
Pág./Págs.	Página/Páginas.
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

Se analiza en el presente trabajo la normativa española en el particular ámbito del crédito hipotecario con consumidores y la incidencia que, en los últimos tiempos, ha tenido en el marco legal español la doctrina emanada del TJUE; la cual ha puesto de manifiesto carencias importantes en la protección al consumidor. Asimismo, se analizan las resoluciones judiciales que, haciéndose eco de dicha doctrina, han puesto en evidencia o cuestionado la correcta adecuación de nuestro sistema hipotecario con el espíritu de la Directiva 13/93.

PALABRAS CLAVE: Cláusula abusiva; control; consumidor; hipoteca; ejecución hipotecaria; préstamo hipotecario; protección; tutela judicial efectiva.

ABSTRACT

There constitutes the object of the present work the analysis of the Spanish regulation in the particular area of the mortgage loan with consumers and the incident that, in the last times, has had in the legal Spanish frame the doctrine come from the TJUE, which has revealed important lacks in the protection to the consumer. Likewise, the judicial resolutions are analyzed that, echoing the above mentioned doctrine, have put in evidence or questioned the correct adequacy of our mortgage system with the spirit of the Board 13/93.

WORDS: Abusive contract terms; control; consumer; he mortgages; mortgage execution; mortgage contracts; protection; judicial effective guardianship.

OBJETO DEL TRABAJO

Uno de los mayores y más actuales problemas en la realidad social española viene motivado por la crisis económica que tuvo inicio en el año 2008, que ha truncado las expectativas de muchísimas familias españolas que, durante el boom inmobiliario, se endeudaron para adquirir una vivienda cuyo pago luego no pudieron afrontar, originándose, en muchas ocasiones, situaciones trágicas.

Según ha publicado el periódico El Mundo recientemente, un informe elaborado por la agencia de calificación Moody's, realizado a partir de los datos que ofrecen el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Estadística señala que, al final del año 2014, se habían producido más de 600.000 ejecuciones hipotecarias, lo que arroja el escandaloso dato de una media de 200 ejecuciones diarias durante de siete años.

Esta situación se ha visto agravada por la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter sumario que, hasta ahora, protegía absolutamente los derechos del acreedor en detrimento del deudor hipotecado, quien, en breve plazo, pierde su vivienda y aun así continúa siendo debiendo al acreedor bancario unas cantidades a las que, probablemente, no podrá hacer frente.

El legislador español ha pretendido paliar la situación con distintas normas entre las que destacamos la el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos —en la que se expone la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta la fecha— y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

La primera de esas normas, el Real Decreto-Ley 6/2012, que contiene un anexo con el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, expone en su motivación que la crisis económica impide a los deudores seguir con el pago de las cuotas de la hipoteca que garantiza la financiación de su vivienda y que esa es una situación dramática que conduce al deterioro social de amplios colectivos, presentando un conjunto de medidas

—la mayoría en relación con los deudores situados en el umbral de exclusión— de reestructuración de sus deudas, con las que se pretende aportar soluciones en consonancia con los arts. 9.2, 47 y 53.3 de la Constitución Española estableciendo mecanismos de reestructuración de la deuda y de flexibilización de la ejecución, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se asienta el sistema hipotecario.

La segunda norma, la Ley 1/2013, contiene una serie de medidas en relación con los desahucios en procedimientos en los que ya se ha producido la adjudicación de la vivienda, en relación con el mercado hipotecario y en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria, y, asimismo, modifica el Real Decreto-Ley 6/2012 anteriormente reseñado tanto en lo que afecta al ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas.

Destacamos de la misma, en relación con la ejecución hipotecaria, por tener relación más directa con el presente trabajo, la posibilidad de que el tribunal, en caso de apreciar que alguna cláusula pueda ser considerada abusiva, dé audiencia a las partes al respecto y la posibilidad de oposición a la ejecución alegando que el título contiene cláusulas abusivas.

Con este marco legal, nuestros tribunales comenzaron a cuestionar la correcta adecuación de nuestro sistema hipotecario a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (EDL1993/15910), produciéndose también sentencias del TJUE que ponen de manifiesto que aún queda camino por recorrer hasta la completa adecuación de la normativa hipotecaria española a la directiva comunitaria de obligado cumplimiento para que nuestras leyes protejan eficazmente consumidor.

Nos hemos propuesto en este trabajo analizar esas resoluciones de nuestros juzgados y tribunales y del tribunal comunitario desde la óptica del cumplimiento de aquella directiva y la repercusión de ésta en nuestro ordenamiento jurídico y en la práctica de nuestros tribunales en el campo de la ejecución hipotecaria.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

A la luz de la doctrina, se ha analizado la normativa nacional vigente en materia hipotecaria y otra relacionada con esta materia o con los concretos aspectos que se tratan en el trabajo¹ así como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Igualmente han sido objeto de análisis y, en su caso, de consideración, diversas resoluciones del TJUE², del TS³ y de Audiencias Provinciales⁴ y Juzgados, así como resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹ Entre otras, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria; Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

² Entre otras, Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11); Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10); Sentencia del TJUE de 30 mayo de 2013 (Asunto C-342/12); Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014; Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015; Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (Asunto C-602/13).

³ Entre otras, Sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 (RAJ 2371); Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 (ROJ STS 1916/2013); Sentencia del TS de 7 de mayo de 2002 (ROJ STS 3217/2002); Sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (ROJ STS 5966/2012); Sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 (ROJ STS 1280/2015); Sentencia del TS de 16 de julio de 2014 (Recurso 1217/2013). Sentencia del TS de 24 de marzo de 2015 (Recurso 1765/2013); Sentencia del TS de 16 diciembre de 2009 (RJ 2010\702); Sentencia del TS de 2 de octubre de 2001 (ROJ STS7453/2001); Sentencia del TS de 4 de junio de 2009 (ROJ STS3875/2009); Sentencia del TS de 18 de abril de 2013 (ROJ STS 2589/2013); Sentencia del TS de 11 de febrero de 2015 (ROJ STS 278/2015).

⁴ Entre otras, Sentencia de la AP de Barcelona de 1 de abril de 2011; Sentencia de la AP de Madrid de 26 de julio de 2013.

El trabajo se inicia con unos sucintos apuntes o precisiones sobre el concepto y criterios de abusividad, desarrollo de la regulación hipotecaria, fines de la Directiva 93/13, objetivo corrector de nuestro sistema hipotecario de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 y respuesta de la Ley 1/2013.

Se desarrolla a continuación el aspecto de las cláusulas abusivas relativo a su control, tanto por los juzgados y tribunales como por los notarios y registradores, incluyendo la intervención del Ministerio Fiscal, que hemos llamado control entre comillas, en defensa de los consumidores, lo que nos ha parecido importante, por ser precisamente la intervención del éste, cómo único legitimado en el recurso de casación, la que dio lugar a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, que declara la nulidad instada, si bien con irretroactividad de sus efectos, como, por otra parte, también había solicitado el fiscal.

Seguidamente, se trata el efecto de nulidad e imposibilidad de integración que surge de la declaración de abusividad y, finalmente, dada la variedad de cláusulas contractuales merecedoras de esa sanción, se consideran en profundidad las cláusulas abusivas que he entendido que son más relevantes, por su reiteración en las resoluciones de nuestros tribunales y juzgados y por su repercusión social, como son la cláusula sobre intereses de demora, la denominada cláusula suelo y la de vencimiento anticipado.

Se estudian, en relación con los intereses de demora, principalmente, aspectos legales y resoluciones en la materia hasta el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015, que resuelve que los jueces no pueden recalcular el interés de demora abusivo, debiendo limitarse a no aplicar la cláusula, sin poder modificarla.

En relación con la cláusula suelo se estudian principalmente las conocidas sentencias del TS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, resaltando los aspectos que pone de manifiesto su voto particular y la incongruencia de la misma.

Respecto de la cláusula de vencimiento anticipado, se afronta principalmente la situación creada tras la modificación del art. 693 LEC por la Ley 1/2013, concluyendo con una valoración de la parte del referido auto del TJUE de 11 de junio de 2015 en la se trata esta cláusula.

He intentado actualizar el trabajo a la fecha de su presentación incorporando resoluciones y opiniones que se han producido recientemente.

I. INTRODUCCIÓN.

1. Criterios de abusividad.

Las cláusulas abusivas constituyen una subespecie de la categoría más amplia de las condiciones generales de la contratación⁵, siendo éstas, a tenor del art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, las cláusulas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos que una de las partes impone, independientemente de su autoría material, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias.

De acuerdo con el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, han de considerarse cláusulas abusivas las estipulaciones contractuales que no se hayan negociado individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En el Anexo de la referida Directiva se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

En la transposición de este precepto a nuestro Ordenamiento Jurídico, el artículo 82.1 de Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, considera cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, entendiéndose que son abusivas en todo caso las cláusulas o tipo de cláusulas que se relacionan en el apartado 4 del mismo precepto y que son concretadas y desarrolladas a título de ejemplo en los artículos siguientes.

⁵ SEDA HERMOSÍN, M. A. *Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria. Últimas novedades*. Conferencia pronunciada en la sede de Sevilla del Colegio Notarial de Andalucía el 24 de noviembre de 2014. <http://andalucia.notariado.org/?do=noticias.viewNew&option=noticias&id=12147>.

Partiendo del anterior precepto, SERRA RODRÍGUEZ⁶ define las cláusulas abusivas como “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Dos son, pues, los criterios generales de la abusividad: la transgresión de la buena fe objetiva y la ruptura del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones.

Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula hay que tener en cuenta tanto la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato como la naturaleza del mismo contrato y considerar las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y las demás cláusulas del mismo o de otro del que dependa⁷.

Las cláusulas abusivas sólo pueden aparecer en contratos en los que el predisponente es un empresario o un profesional y el adherente es un consumidor o usuario, entendido como el destinatario final de los bienes o servicios objeto del contrato, a tenor de lo dispuestos en los artos. 3 y 4 TRLGDCU.

2. La regulación hipotecaria.

En 1909 se procedió a la regulación de lo que se llamó procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en cuyo precepto se establecía el trámite de ejecución de los créditos hipotecarios⁸.

⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, A. “*Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*”. En REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.) *Derecho privado de consumo*. 2ª. Ed. Valencia. TIRANT LO BLANCH, 2005, Pág. 340 (ISBN13:9788484562009).

⁷ GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, F. *Las cláusulas abusivas y los criterios generales de abusividad*. EL DERECHO.COM, 4/11/2014. http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-abusivas-criterios-generales-abusividad_11_743305003.html.

⁸ CALLEJO CARRIÓN, S. *La pretensión de la ejecución hipotecaria*. UNED, 20/06/2013. <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Scallejo>.

Ya con dicho procedimiento se opta por favorecer y abaratar el crédito en menoscabo de las garantías procesales del ejecutado⁹.

Posteriormente, la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados fue objeto de regulación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dedica su Libro III a la Ejecución Forzosa y a las medidas cautelares, incluyendo en el Capítulo V, del Título IV, lo que denomina particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, en los arts. 681 a 698. En lo no previsto expresamente en estos preceptos, serán de aplicación las disposiciones generales que, en materia de ejecución, se establecen en los arts. 517 a 680 del mismo texto legal.

Esta norma, que simplifica al máximo la tramitación de la oposición, mantiene sustancialmente el anterior régimen de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de ésta, cuyo régimen, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, no vulnera la Constitución, considerando el legislador que introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parecía en absoluto aconsejable¹⁰.

A día de hoy, la LEC regula en su artículo 695, redactado por el apartado catorce del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, las causas por las que el ejecutado puede oponerse a la ejecución, entre las que se contempla la siguiente:

⁹ Se pone de manifiesto la antigua, y vigente, controversia sobre la reserva para el juicio declarativo de excepciones que el deudor podría oponer en el curso de la ejecución. DIEZ GARCÍA, H. “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el art. 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014; 71/2014; 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de junio de 2014)”. *Derecho privado y Constitución*. 2014, Nº 28. Págs. 201 a 262. Pág. 241.

¹⁰ Exposición de motivos, XVII, párrafo 11.

“El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible¹¹”.

3. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

La Directiva comunitaria 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores fue adoptada con el fin de aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores

Dicha directiva se adopta con el fin de proteger a éstos, a nivel europeo, contra las cláusulas que se puedan calificar como abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.

Conforme dispone el art. 3.1 de dicha directiva, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente¹² se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, conteniendo en su anexo una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

Los Estados miembros han de garantizar que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas¹³, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que el

¹¹ En relación con el procedimiento ejecutivo ordinarios, el art. 552.1 LEC, en su redacción por la Ley 8/2013, de 26 de junio, dispone que cuando el tribunal aprecie que una cláusula del título ejecutivo pudiere ser abusiva, dará audiencia a las partes y, acordará lo procedente.

¹² El art. 3.2 de la Directiva considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

¹³ Como así establece el art. 6.1 de la Directiva al disponer que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato

consumidor no se vea privado en ningún momento de la protección que establece la Directiva.

La Directiva comunitaria 93/13 es una directiva de armonización parcial, de mínimos, como resulta de su preámbulo, por lo que la normativa nacional podrá desarrollar una protección más amplia de los consumidores pero nunca más limitada.

4. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (C-415/11).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, de la que trae causa la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, entendió que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajustaba a la normativa de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en cuanto no permitía alegar la nulidad de las condiciones generales nulas, por abusivas, dentro del procedimiento de ejecución.

Dicha resolución señaló la necesidad de que se pudiera alegar la existencia de cláusulas abusivas en el préstamo en el proceso de ejecución hipotecaria, ya que en la regulación de éste no se contemplaba esa posibilidad, remitiéndose al deudor o hipotecante al juicio declarativo, por lo que el legislador se vio obligado a modificar la regulación de la ejecución hipotecaria.

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

La problemática suscitada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 fue solucionada por la Ley 1/2013, de 14 de Mayo, de protección de los deudores hipotecarios, aunque son muchas las voces que mantienen

siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

que de forma insuficiente¹⁴, que, aplicando dicha resolución, modificó la LEC para permitir que se califiquen las cláusulas abusivas, bien de oficio por el juez, bien por oposición a la ejecución por parte del ejecutado.

Para determinar a qué cláusulas les puede ser aplicable la nueva causa de oposición y ser declaradas abusivas a los efectos de lo dispuesto en el art. 695.1.4ª LEC —en el que se contempla como nueva causa de oposición “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible— hay que tener en cuenta, por una parte, el concepto de cláusula abusiva y, por otra, las limitaciones que establece dicho precepto en relación con la determinación de las concretas cláusulas supuestamente abusivas que pueden alegarse a través del mecanismo de oposición a la ejecución hipotecaria.

Por lo que se refiere al concepto de cláusula abusiva, nos hemos referido al principio al artículo 82 TRLGDCU, que las define como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

II. EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

1. El control judicial de las cláusulas abusivas.

Antes de la modificación operada en la LEC por la Ley 1/2013 —artos. 552.1, 557 y 561 LEC—, que hace posible que, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, exista un control por parte del juez para apreciar cláusulas abusivas en el título ejecutivo antes de su ejecución, pudiendo ser suspendida ésta, el Tribunal Constitucional español defendía el hecho de que la inviabilidad de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria no vulneraba en modo alguno el derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, J. “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2014. Nº 741. Págs. 153-176.

La Directiva 93/13/CEE concreta los criterios para apreciar la abusividad en su art. 7 refiriéndose al deber que tienen los Estados miembros de velar por el interés de los consumidores y de los competidores profesionales y a la necesidad de que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales, permitiendo a las personas y administraciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas son abusivas o no y, en consecuencia, se apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de esas cláusulas.

Dicha Directiva es una directiva de mínimos, como así se desprende de su preámbulo, lo cual permite a los Estados miembros que puedan establecer una legislación más protectora, pero nunca más restrictiva. Por esta causa, siendo una directiva de armonización parcial, surgen dudas sobre la interpretación que debe darse a algunos de sus preceptos y, por ello, la interpretación del TJUE es particularmente relevante¹⁵.

Por tanto, no debe ser una facultad del juez sino una obligación, un deber inherente a la función jurisdiccional, el de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario aun cuando dicho control no haya sido solicitado por las partes implicadas en el conflicto.

Este principio de efectividad ha tenido reflejo legislativo en la última reforma de la Ley Orgánica del poder Judicial¹⁶.

¹⁵ CENTENO HUERTA, S. *El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. EL DERECHO.COM, 1/06/2013. http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html.

¹⁶ Artículo 4 bis de la LOPJ introducido por el apdo. dos del art. único de la LO 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 1 de octubre 2015, por el que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, cuando

Tal control judicial debe ser realizado tan pronto como el mismo juez que está conociendo del proceso disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, debiendo informar a las partes si aprecia que una cláusula es abusiva y abstenerse de aplicarla siempre y cuando el consumidor esté de acuerdo, ya que si el consumidor no desea que se declare tal cláusula como abusiva y así lo manifiesta, el juez no podrá proceder en ese sentido¹⁷.

Este control tiene como objetivo principal velar por el equilibrio entre las partes sin que se produzca ningún abuso por parte del profesional, pudiendo producirse tal control de las cláusulas abusivas incluso antes de la admisión de la demanda a trámite¹⁸.

La Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 pone de manifiesto que el procedimiento español de ejecución hipotecaria era contrario al derecho de la unión, puesto que no permitía un control de oficio por parte de los jueces respecto de si una cláusula es abusiva o no, procediendo, en su caso, a la suspensión de la ejecución hasta que se resolviera la cuestión, lo que vulneraba las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE.

Como consecuencia de ello, se aprueba la Ley 1/2013, que modifica, entre otros, los artos. 552.1, 557 y 561 LEC, haciendo posible en el procedimiento de ejecución hipotecaria que exista un control de oficio por el juez para apreciar la abusividad de las cláusulas del título ejecutivo antes de su ejecución, permitiéndose al juez del proceso

decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán también de conformidad con la misma jurisprudencia, mediante auto y previa audiencia de las partes.

¹⁷ Las sentencias del TJUE de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33 (EDJ 2009/91752) y de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 27 (EDJ 2013/9874), que sostienen que "el juez nacional no tiene el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula".

¹⁸ En este sentido, la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19 EDJ 2013/9874.

adoptar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución hipotecaria siempre que aprecie el carácter abusivo de alguna de las cláusulas que han dado lugar a la misma.

Asimismo, con el objeto de no crear indefensión, se prevé la posibilidad de que, por vía de oposición, se invoque la abusividad de las cláusulas cuando el juez no las hubiera considerado como tales (artículo 551.3.4º LEC).

Teniendo en cuenta la importancia de la protección de los deudores hipotecarios, la potestad del juez deberá extenderse también a la práctica de las pruebas que éste estime necesarias para determinar y concretar la abusividad o no de las cláusulas.

El TJUE tiene declarado que “el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la directiva”. Si bien resulta procesalmente problemática la práctica de esas pruebas en los procedimientos ejecutivos, el juez ha de buscar la manera necesaria para declarar la abusividad de la cláusula.

Entiende el TJUE que el juez debe disponer de la facultad de declarar la abusividad de una cláusula antes de la admisión de la demanda a trámite, como dijimos, y en cualquier fase del procedimiento, incluso en la segunda instancia, aunque no hubiese sido alegada por las partes, procurando siempre la protección de la que se encuentra en una situación de desventaja frente a la otra, que, por regla general, será el consumidor.

2. Límites del control judicial de las cláusulas abusivas.

En todo caso, el control de oficio por parte del juez debe tener como límite el derecho de defensa de la otra parte, el profesional, teniendo los tribunales la obligación de garantizar ese derecho.¹⁹

¹⁹ Así venía establecido en el art. 47, Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), disponiendo el art. 24 de la Constitución Española que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

El TJUE señala que una vez que el juez haya apreciado abusividad en las cláusulas de un contrato, habrá de instar a las partes para que debatan de forma contradictoria según las formas establecidas en las reglas procesales nacionales. Esta obligación de informar a las partes y de ofrecerles la posibilidad de defensa no es incompatible con el principio de efectividad.

El juez nacional, según la Directiva 93/13/CEE, no puede en ningún caso excluir la aplicación de una cláusula si el consumidor, habiendo sido informado por el juez, decide no invocar el carácter abusivo de la misma.

3. El control de las cláusulas abusivas por Notarios y Registradores de la Propiedad.

No solamente corresponde a los jueces y tribunales combatir de oficio las cláusulas abusivas, sino también a cualesquiera autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, como señala reiteradamente la jurisprudencia del TJUE, encontrándose entre éstos los notarios y los registradores de la propiedad.

Los notarios y los registradores de la propiedad deben ejercer el control de las cláusulas para calificarlas como abusivas o no, debiendo hacerlo con la eficacia suficiente, de la que duda alguna doctrina, como ESTRADA y FERNÁNDEZ, que señalan que el verdadero problema de nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratos de préstamo hipotecario y ejecuciones no radica tanto en la normativa procesal como en las deficiencias de nuestra legislación sustantiva en materia de cláusulas abusivas, y, más concretamente, en la insuficiencia y eficacia de los controles previos a la vía judicial, como los efectuados por los registradores y notarios, cuya función supervisora debiera salir reforzada tras los varapalos dados por el TJUE.²⁰

²⁰ ESTRADA ALONSO, E. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. *El futuro de la ejecución hipotecaria tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2013. N° 737. Pág. 1471.

Todos los contratos de préstamo hipotecario han de documentarse mediante escritura pública y los notarios han de velar por el cumplimiento de los requisitos necesarios incorporados en los artos. 5 y 7 de la Ley 1/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación²¹. También tienen el deber de informar y explicar a las partes implicadas el contenido de las mismas y sus repercusiones jurídicas.

Para velar por el cumplimiento de este control, el artículo 3 de la Ley 1/2013, que modifica el apartado 2 del artículo 129 Ley Hipotecaria, establece la obligación de notarios y registradores de informar tanto de las condiciones del préstamo como de los riesgos que las mismas podrían implicar.

Cuando el notario considere que alguna cláusula tiene carácter abusivo, ha de ponerlo en conocimiento del deudor, del acreedor y, en su caso del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En cualquier caso, los notarios quedan facultados para suspender la venta extrajudicial cuando alguna de las partes acredite que ha presentado una demanda ante el juez competente sobre el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del préstamo²².

Con el fin de garantizar a los consumidores la tutela que les corresponde, se ha creado por el Consejo General del Notariado, la Organización de Control de las

²¹ Que todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, no pudiendo entenderse que ha habido aceptación de la incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas, no quedando 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 o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario y las que resulten ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

²² La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha modificado la Ley del Notariado en lo que atañe a la regulación de las subastas electrónicas y en esa nueva regulación también se prevé la suspensión si "aparecen" cláusulas abusivas.

Cláusulas Abusivas (OCCA), órgano dependiente de la Comisión de Consumo del Consejo del Notariado.

Hay que mencionar el art. 12 de la Ley Hipotecaria, que enuncia que la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades financieras²³ se harán costar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

En relación con el indicado precepto, el artículo 84 TRLGDCU regula la autorización e inscripción de las cláusulas declaradas abusivas determinando que los Notarios y los Registradores de la Propiedad, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de la cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación”.

La resolución de 24 de julio de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado limitó el papel de los notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas, estableciendo que su función se limitaría a la transcripción del contrato, sin determinar si una clausula es o no abusiva, lo que fue anulado por la Sentencia de 1/04/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona con fundamento en la doctrina del TS²⁴.

En relación con todo lo acontecido hasta el día de hoy, la posición actual de la jurisprudencia y del Centro Directivo de notarios y registradores, determina que éstos deben rechazar las cláusulas financieras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias del caso en concreto.

²³ Entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 792/2009, de 16 diciembre, RJ 2010\702.

La Subsecretaria del Ministerio de Justicia, D^a. Áurea Roldán, resumió el papel del notario en estos casos diciendo lo siguiente, “el notario debe rechazar, y denegar su autorización, respecto de las cláusulas abusivas que sean nulas de pleno derecho o que, por falta de información de los riesgos al consumidor, deben tenerse por no puestas desde el momento de la perfección del contrato. A estos efectos, se pretende impulsar medidas legislativas para que los notarios puedan no autorizar y los registradores de la propiedad no inscribir, por defecto insubsanable, aquellas cláusulas que sean nulas por ser contrarias a normas imperativas o prohibitivas, al tener legalmente tal carácter o haber sido declaradas nulas por el TS, posición que ya ha iniciado la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

El notario no ha de autorizar la escritura pública que contenga cláusulas que resulten nulas por ser contrarias a derecho o por haber sido así declaradas por el TS. De la misma forma, el registrador de la propiedad no deberá inscribir las cláusulas que así se consideren.

Lo cierto es que los notarios y registradores de la propiedad pueden y deben rechazar cláusulas abusivas en los contratos con consumidores sin necesidad de pronunciamiento judicial previo. Deben rechazar aquellas cláusulas financieras siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Pero, según alguna doctrina, no hay un adecuado control notarial y registral de cláusulas abusivas. Lo cierto es que el hecho de que la hipoteca se constituya en escritura pública y su inscripción sea constitutiva no protege al consumidor de la inclusión de cláusulas abusivas.

Considera CUENA CASAS que nuestro legislador ha optado por un control judicial de las cláusulas abusivas, amputando a notarios y registradores de facultades para llevar a cabo una tutela preventiva eficaz y que de nada vale dictar normas que les

reconozcan derechos, si luego no se les otorgan mecanismos procesales que posibiliten su ejercicio²⁵.

Asimismo, DÍEZ GARCÍA entiende que parece que ni siquiera el legislador confía en que el prestatario asumirá el endeudamiento con pleno conocimiento de causa a pesar de la información notarial, la que servirá al prestamista para evitar impugnaciones por deficiencias de información, como se desprende de la exigencia del art. 6 de la Ley 1/2013 de, además de la autorización notarial, la expresión manuscrita del prestatario manifestando conocer los riesgos de la operación²⁶.

En realidad, los notarios solo pueden hacer un control de cláusulas ya declaradas nulas, bien por constar así en la ley en la famosa lista negra —art. 85 y ss. TRLGDCU— o por sentencia judicial firme, para cuyo conocimiento el Registro de Condiciones Generales de la Contratación es insuficiente por el retraso que acumula.

Este sistema de inscripción de sentencias resulta ineficiente a día de hoy, dado que un adecuado uso de las nuevas tecnologías permitiría que los notarios conocieran de modo más rápido y eficaz la existencia de cualquier sentencia firme que declarara nula una cláusula por abusiva. Por otra parte, no se pueden valorar cláusulas respecto de las que haya que realizar una ponderación en función de las circunstancias del caso concreto.

Como se publica en la Web de la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España²⁷, la función preventiva debe aplicarse en la redacción del contrato, porque una vez entregadas las prestaciones, solo un juez podrá declarar la nulidad,

²⁵ CUENA CASAS, M. *Defensa colectiva de los consumidores y protección de datos personales*. BLOG ¿HAY DERECHO? 15/10/2014. <http://hayderecho.com/2014/10/15/defensa-colectiva-de-los-consumidores-y-proteccion-de-datos-personales/>

²⁶ DÍEZ GARCÍA, H. “Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas” en “*Acceso a la vivienda y contratación*”, dir. PARRA LUCÁN, M. A.; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Págs. 413-486.

²⁷ ADICAE. *¿Controlan realmente notarios y registradores los contratos para evitar que haya cláusulas abusivas?* 20/02/2015. <http://usuariosdebancayseguros.adicae.net/?articulo=2737>

normalmente ante un incumplimiento del deudor, con lo que se llegará tarde porque ya se habrán vulnerado los derechos del consumidor.

A la vista de lo dispuesto, no solo en el art. 258 de la LH y art. 84 del TRLGDCU, sino también en el art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, —que obliga a los notarios y registradores a denegar la autorización e inscripción del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumpla la legalidad y, en especial, los requisitos previstos en el texto de la ley— así como lo declarado en la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 309) —que delimitó la función del registrador en relación con las cláusulas abusivas distinguiendo entre inscribibilidad y la declaración de nulidad, atendiendo el criterio de la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009 (TJUE 2009, 155) de que el art. 6 de la Directiva 93/13 se debía interpretar en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor aunque ninguna resolución judicial haya declarado su naturaleza abusiva—, la DGRN comenzó a precisar su doctrina sobre el alcance de la función calificadora de las cláusulas financieras y de las de vencimiento anticipado del art. 12.2 de la LH, como sostiene DÍEZ GARCÍA²⁸, que señala en ese sentido las resoluciones de la DGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 5273), de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2111, 2462), de 21 de diciembre de 2010 /RJ 2011, 263, de 11 de enero de 2011 (RJ 269) y de 13 de septiembre de 2013 (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2013).

Como dicen las resoluciones de la DGRN, el control del Registrador debe limitarse a las cláusulas afectadas de una tacha objetivamente apreciable, porque así resulte de una norma imperativa, sin poder entrar en el análisis de la abusividad de aquellas otras que, por su indeterminación o incertidumbre, sólo pueden ser declaradas abusivas por una resolución judicial.

²⁸ DÍEZ GARCÍA, H. “Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas” en “*Acceso a la vivienda y contratación*”, dir. PARRA LUCÁN, M. A.; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Págs. 413-486.

4. Breve referencia al “control” o intervención del Ministerio Fiscal en defensa del consumidor frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la TRLGDCU en materia de cláusulas abusivas.

Incluimos en este apartado la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores, que hemos llamado “control”, entre comillas, por ser precisamente su intervención, cómo único legitimado en el recurso de casación, la que dio lugar a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo, que declara la nulidad instada, si bien con irretroactividad de sus efectos, como, por otra parte, también había sido solicitado por el fiscal.

En la jurisdicción civil, el Ministerio Fiscal está habilitado para intervenir en determinados supuestos, estándolo, en materia de consumo, por diversas disposiciones, como los artos. 11 y 15 LEC, en los que se trata de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas y de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, de oficio o a instancia de parte, precisando el segundo de los preceptos que el Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. Asimismo, el artículo 54 TRLGDCU prevé la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en esta norma en materia, entre otras, de cláusulas abusivas.

Así, pues, el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, habiéndose experimentado un incremento muy importante de dicha intervención en materia de consumo, como expone la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado, que establece determinadas pautas de intervención con miras a la restauración del desequilibrio en la contratación en masa y respondiendo "a la evidente dificultad que entraña el ejercicio de reclamaciones individuales por parte de los consumidores y usuarios perjudicados, y a la irrenunciable necesidad de facilitarles el acceso a la tutela jurisdiccional en el marco de una razonable economía procesal”.

Como muestra, resulta oportuno señalar la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento judicial que dio lugar a la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de

2013²⁹ sobre la cláusula suelo, en el que jugó un papel esencial, desde que, por entender afectado el interés social, se adhirió a la posición de la demandante AUSBANC en el recurso de apelación interpuesto por las entidades bancarias demandadas contra la sentencia de primera instancia estimatoria de la demanda, y, al ser estimado dicho recurso de apelación, recurrió en casación, junto con AUSBANC, la sentencia de la Audiencia Provincial, recurso que fue estimado por el TS, declarando la nulidad de las cláusulas denunciadas, pero en el que el Ministerio Fiscal introdujo como cuestión nueva la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad instada, lo que significó la imposibilidad de los afectados de reclamar las cantidades que habían pagado indebidamente a las entidades bancarias como consecuencia de la “cláusula suelo” declarada nula por abusiva.

Es especialmente significativo que legislador, conforme a la propuesta del Consejo Fiscal, añadiera un nuevo apartado 5 al art. 11 LEC³⁰ que legitima al Ministerio Fiscal para ejercitar “cualquier acción” en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

Así, pues, el Ministerio Fiscal se ha convertido en un importante instrumento de control del abuso de la posición dominante de las empresas frente a los consumidores, incumbiéndole la defensa de los intereses de estos últimos con el fin de equilibrar la balanza. No es solo que los tribunales estén obligados a apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, sino que también están obligados a comunicar a la Fiscalía los procedimientos que penden ante ellos en los que estén implicados los derechos de los consumidores. Pero es que, además, el propio Ministerio Fiscal tomará la iniciativa en defensa del interés social, sin esperar a que las asociaciones interpongan la demanda,

²⁹ ROJ STS 1916/2013. ID CENDOJ 28079119912013100009. RECURSO 485/2012. RESOLUCIÓN 241/2013.

³⁰ Introducido por la disposición adicional segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014.

ejercitando las acciones que procedan, colectivas o no, como explica la jurista Rodríguez Caro, miembro del cuerpo³¹.

III.EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA NATURALEZA ABUSIVA DE LAS CLÁUSULAS.

1. Nulidad parcial. ¿Integración?

Según dispone la Directiva 93/13 en su art. 6.1, los Estados miembros tienen que establecer que no vincularán a los consumidores, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre ellos y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Lo que se desprende de la citada Directiva es que, según el tipo de contrato y de cláusulas abusivas, podría existir un supuesto en el que la nulidad del contrato fuera parcial, es decir, que se podría modificar el contenido de las cláusulas abusivas o suplirlas y, aun así, el contrato seguiría teniendo validez, pero podemos encontrarnos ante el supuesto en el cual, al suprimir las cláusulas consideradas abusivas, el contrato quedaría sin efecto alguno, estaríamos entonces ante una nulidad total.

La nulidad parcial del contrato puede observarse en el art. 83 TRLGDCU, en cuando dice que, una vez que el juez, previa audiencia de las partes, declare la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, éste seguirá siendo obligatorio para dichas partes en los mismos términos siempre que pueda subsistir sin las referidas cláusulas.

³¹ RODRÍGUEZ CARO, M. V. *El Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores y usuarios*. NOTICIAS JURÍDICAS. 20/07/2015. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10371-el-ministerio-fiscal-en-defensa-de-los-consumidores-y-usuarios-las-ldquo;preferentesrdquo;-y-la-ldquo;clausula-suelordquo;>

2. Nulidad total.

En fecha 14 de junio de 2012, el TJUE dictó una importante sentencia³² en la que, interpretando el art. 83 TRLGDCU en relación al art. 6.1 de la Directiva 93/13, relativo a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, considera que España no adaptó su derecho interno correctamente en relación con dicha directiva, ya que entendía que el hecho de que el juez español pudiera modificar el contenido de las cláusulas abusivas dejando con efecto el resto del contrato podría suponer que los profesionales utilizaran las cláusulas abusivas a sabiendas de que, aun cuando pudiera llegar a declararse la abusividad de la cláusula, el contrato podría llegar a ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando así el intereses de los empresarios.

No obstante, algún autor, como ALMENAR BELENGUER³³, entiende que del art. 6.1 de la Directiva se desprende la posibilidad de una nulidad parcial en el sentido de que lo válido no es viciado por lo inválido y que no es posible, en cambio, la integración del contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, ya que lo excluye la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, sin embargo considera que, si bien no sería factible que se modificara una cláusula abusiva, que es lo que dice el TJUE, sería posible la aplicación supletoria de un ley dispositiva.

Por su parte, PULGAR EZQUERRA considera que el art. 83 TRLGDCU señala que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y que la parte del contrato afectada se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil al principio de buena fe objetiva pero que, sin embargo, el TJUE dice que es contrario a la Directiva la moderación o integración de la cláusula abusiva,

³² Sentencia TJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10).

³³ ALMENAR BELENGUER, M. *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria*. Madrid 8 de mayo de 2013. Web Poder Judicial España, 23/05/ 2013. Acta y conclusiones de la Jornada sobre cláusulas abusivas en contratos hipotecarios tras la jurisprudencia del TJUE. Pág. 11. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/En_Portada/Acta_y_conclusiones_de_la_Jornada_de_Jueces_y_Magistrados_sobre_sobre_clausulas_abusivas_en_los_contratos_hipotecarios_tras_las_jurisprudencia_del_TJUE.

no obstante, en su opinión, en el supuesto de intereses moratorios se podría aplicar el art. 1108 del Código Civil porque eliminar la cláusula de intereses totalmente crearía un desequilibrio en la posición de las partes³⁴.

Esta sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 establece claramente que no se puede integrar ni modificar la cláusula declarada nula por abusiva, pero BALLUGERA GÓMEZ considera que, por el modo de ser semiimperativo de la norma de equilibrio, la prohibición de integración alcanza sólo a la que se hace en beneficio del acreedor predisponente, pero esa misma integración es posible en beneficio exclusivo del adherente, conforme a los arts. 1258 del Código Civil y 65 y 83.2 TRLGDCU, lo que se descarta es la interpretación pro predisponente del párrafo segundo del art. 83 TRLGDCU³⁵.

DÍEZ GARCÍA considera por su parte que, si la norma no contempla las consecuencias de su transgresión, entra en juego el art. 6.III CC³⁶ —nulidad total, no parcial— lo que podría tener efectos indeseables en una de las partes, pero el art. 1258 CC sirve de apoyo a la sustitución de la cláusula contra legem dispuesta por las partes por lo legalmente prevenido³⁷.

³⁴ PULGAR EZQUERRA, J. *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria*. Madrid 8 de mayo de 2013. Web Poder Judicial España, 23/05/ 2013. Acta y conclusiones de la Jornada sobre cláusulas abusivas en contratos hipotecarios tras la jurisprudencia del TJUE. Pág. 12. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/En_Portada/Acta_y_conclusiones_de_la_Jornada_de_Jueces_y_Magistrados_sobre_sobre_clausulas_abusivas_en_los_contratos_hipotecarios_tras_las_jurisprudencia_del_TJUE

³⁵ BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS. *El juez no puede integrar la cláusula de interés de Demora que ha declarado nula por abusiva*. WWW. NOTARIOS Y REGISTRADORES.COM. [http:// www.notarios y registradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-intereses-demora-juez-no-integrar.htm](http://www.notarios-y-registradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-intereses-demora-juez-no-integrar.htm).

³⁶ Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

³⁷ DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. 1ª ed. Madrid, Editorial Reus, S.A., Págs. 299-346. Pág. 311 (ISBN 978-84-290-1844-8). Pág. 333.

Entiende, en relación con la abusividad de los intereses moratorios, que, en ciertos casos, si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y hubiera que anular la totalidad del contrato, ello comportaría serios perjuicios para el consumidor y frustraría el carácter disuasorio de la anulación del contrato, y que no ha de excluirse la integración de lo omitido con la aplicación de lo previsto en el Derecho dispositivo si de esta forma queda salvaguardada la conservación del negocio, no debiendo existir inconveniente en admitir que se pueda acudir al art. 1108 CC ante una declaración de abusividad de una cláusula de la naturaleza indicada³⁸, lo que, sin embargo, como reconoce la propia autora, no es la interpretación que ha seguido el TJUE, cuyo tribunal entiende tal recurso queda limitado "a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización".

En cualquier caso, a raíz de la referida resolución del TJUE, se suprime la posibilidad de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto en algunas normativas de derecho interno, todo ello para garantizar al consumidor una protección más eficaz de acuerdo con lo que establece la directiva y la normativa desarrollada a partir de ella.

Siguiendo la jurisprudencia del TJUE, en concreto la sentencia de 30 mayo de 2013, Asunto C-342/12 (Worten), la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que el juez ha de deducir todas y cada una de las consecuencias que se deriven de la existencia de una cláusula abusiva. No solo la abusividad de dichas cláusulas en concreto, sino que podrá y deberá analizar la posible invalidez de todo el contrato, pudiendo llegar a dejar a este sin efecto alguno. Todo ello siempre que se garantice una mejor protección del consumidor.

³⁸ DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. 1ª ed. Madrid, Editorial Reus, S.A., Págs. 299-346. Pág. 311 (ISBN 978-84-290-1844-8). Pág. 341.

El objetivo del legislador es, realmente, restablecer el equilibrio entre ambas partes, intentando, en principio, no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

Finalmente, el TJUE ha dictado una nueva resolución, el Auto de fecha 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), en el que, citando anterior jurisprudencia del mismo tribunal³⁹, establece que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

El efecto que surge de la abusividad de una cláusula es, pues, su inmediata nulidad y, por ello, la imposibilidad de integrar dicha cláusula en el contrato⁴⁰.

IV. CLÁUSULAS ABUSIVAS, EN PARTICULAR, SOBRE INTERESES DE DEMORA.

Es práctica habitual en el mercado hipotecario incluir en las condiciones generales de contratación de los préstamos con garantía hipotecaria una cláusula que obliga al prestatario al abono de determinados intereses de demora, que solían llegar fácilmente al 29 por ciento de las cantidades adeudadas, para el eventual supuesto de incumplimiento de su obligación de abonar las cuotas de amortización de la hipoteca.

En la actualidad, como consecuencia de la crisis económica y de la doctrina del TJUE, la temática referida a la nulidad de las cláusulas abusivas por imposición de intereses de demora excesivos ha acaparado el protagonismo del panorama judicial español reciente.

³⁹ Sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28.

⁴⁰ BALLUGERA GÓMEZ, C. Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general. *Diario La Ley*. 2014, Nº 8330.

1. La ley Azcárate.

No obstante, conviene recordar que, en nuestro sistema jurídico, ya se contempla la usura desde la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, conocida como Ley de Azcárate o Ley de Represión de la Usura, cuyo art. 1 dispone que será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Ahora bien, hay que significar que la doctrina jurisprudencial ha venido rechazando sistemáticamente la aplicación de esta ley a los intereses de demora por el carácter sancionador que estos intereses tienen para el deudor.

Aunque la sentencia del TS de 7 de mayo de 2002⁴¹ sostiene que los intereses de demora no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908⁴², la doctrina mayoritaria del mismo tribunal⁴³ entiende que debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación sirve tanto para reparar, sin la complicación de una

⁴¹ Sentencia Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 07/05/2002 (ROJ STS 3217/2002).

⁴² La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2002 consideró usurario un interés pactado del 29 por ciento por ser notoriamente desproporcionado cuando el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario eran del 10 por ciento y entre el 14 y el 16 por ciento anual, respectivamente.

⁴³ Sentencias Sala 1ª del Tribunal Supremo de 02/10/2001 y 04/06/2009 (ROJ STS7453/2001 y ROJ STS3875/2009)

prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.

Por su parte, la sentencia del TS de 18 de junio de 2012⁴⁴ desestimó un recurso de casación basándose en que el interés estipulado del 20,50 por ciento anual no excedía, en esas fechas, del que venían exigiendo otras entidades crediticias, y que tampoco podía considerarse desproporcionado pues, pese a la garantía de la hipoteca, se daba la existencia de otras cargas y gravámenes anteriores que aumentaban el riesgo crediticio de la operación.

Resulta ilustrativa la anterior sentencia porque analiza la concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, sentando desde el principio, que el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores —principalmente la TRLGDCU, tanto en su versión original de 1984 o actual 2007 y la LCGC de 1998—, no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material. Se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables, como entienden ALEMANY CASTELL y SÁNCHEZ GARCÍA⁴⁵.

Otras sentencias continuaron ese criterio de interpretación restrictivo, no considerado usurarios intereses que se situaban entre el 21 y el 24 por ciento argumentando de que la mera alegación de un interés elevado, o su concurrencia con una garantía hipotecaria, no determinan por sí solas el carácter usurario del préstamo, ya que la ley exige que además resulte "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso", esto es, que debe contrastarse y ponderarse con las demás circunstancias económicas y patrimoniales que dieron lugar al préstamo convenido, es decir, del riesgo que asumía la entidad bancaria.

⁴⁴ Sentencia Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18/06/2012 (ROJ STS 5966/2012).

⁴⁵ ALEMANY CASTELL, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. *El consumidor y los intereses*. EL DERECHO.COM, 5/11/2012. http://www.elderecho.com/civil/consumidor-intereses_11_468055004.html

2. La protección de los consumidores.

Ante la inaplicabilidad de la Ley contra la Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 e inexistencia de normativa específica⁴⁶ y, con carácter previo a la aprobación de la Ley 1/2013, el carácter abusivo de una cláusula hipotecaria fijando un determinado interés de demora, era valorado judicialmente de conformidad con al artículo 85.6 TRLGDCU. A la luz de ese precepto, la cláusula que fija el interés de demora es abusiva cuando establezca un interés desproporcionadamente alto. A estos efectos, el juzgador debe tomar en consideración todas las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato para determinar si el interés es, efectivamente, desproporcionadamente alto.

La doctrina jurisprudencial del TS y de las Audiencias Provinciales se ha pronunciado en el sentido de considerar que, como regla general, son abusivos los intereses que superen el 18 o 19 por ciento.

Por todas las resoluciones, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013⁴⁷, que, en un litigio relativo al carácter abusivo de cláusulas bancarias utilizadas por el BBVA y el Banco Popular, resuelve que es abusiva la cláusula que fija los intereses de demora en el 19 por ciento anual, señalando en el fundamento jurídico duodécimo que “...la imposición de un interés moratorio del 19 por ciento resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder

⁴⁶ En relación con la contratación de préstamos hipotecarios por consumidores, no existe normativa específica que regule el juicio de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, por lo que hay que acudir a las normas generales de los arts. 82 y ss. del TRLGDCU, de la que resulta que las cláusulas de intereses de demora pueden ser abusivas si determinan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor por el incumplimiento de sus obligaciones. DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. 1ª ed. Madrid, Editorial Reus, S.A., Págs. 299-346. Pág. 311 (ISBN 978-84-290-1844-8). Pág. 317.

⁴⁷ Sección 28, Nº de Recurso 161/2012, Nº de Resolución 242/2013.

ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia —para comprender su trascendencia podemos tener en cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75, como mínimo, y el 5,5 por ciento, como máximo—). El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios.”

Por su parte, la reforma operada por la ley 1/2013 ha introducido, como dijimos, el necesario control judicial de oficio judicial para apreciar la existencia de cláusulas abusivas en un título ejecutivo y, en consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas cláusulas consideradas abusivas. Para ello, modificó el artículo 552.1 LEC en el sentido de facultar al juez para que, si aprecia en el título ejecutivo extrajudicial el posible carácter abusivo de alguna de sus cláusulas, advierta de ello a las partes, dándoles audiencia por cinco días.

Las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013 se adoptan como consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13 y busca encontrar el necesario equilibrio entre consumidores y profesionales debido a la situación de inferioridad en la que se encuentran los primeros en la fase de negociación de los contratos.

La referida sentencia del TJUE se plantea cómo ha de interpretarse el término “desproporción” en relación con los intereses moratorios, declarando que la función del TJUE es delimitar la interpretación del concepto general de cláusula abusiva pero sin entrar a juzgar la interpretación del término “desproporción” en relación con los intereses moratorios de un préstamo hipotecario. Lo que sí hace la sentencia es dar unas indicaciones que el juez nacional debe de tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula.

La consecuencia de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula es su inaplicación o su no vinculación para el consumidor, sin posibilidad alguna de moderación e integración, siempre que el contrato pueda subsistir jurídicamente sin ella, como han puesto de manifiesto las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012⁴⁸ y de 30 de mayo de 2013⁴⁹ y la sentencia del TS de 9 mayo de 2013. En tal sentido, la primera de las sentencias del TJUE indicadas expone que “una vez declarada abusiva la cláusula de fijación de intereses moratorios, los jueces sólo pueden dejarla sin efecto, por lo que no están facultados para modificar su contenido ni integrarla. La cláusula es nula, se elimina y se tiene por no puesta”. Esta conclusión, por otra parte, no es novedosa, pues a ese mismo resultado debería llegarse interpretando adecuadamente los artos. 65 y 83.2 TRLGDCU.

Asimismo, el art. 7 de la Ley 1/2013 modificó el art. 561.1 LEC adicionando la regla 3ª, que prescribe que, oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, entre otras resoluciones, la siguiente: Cuando se aprecie el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.

Ley 1/2013 modificó también el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, haciéndolo en un doble sentido: en primer lugar, en su nuevo artículo 4.1 se establece que “en todos los

⁴⁸ Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, S.A. contra Don J.C.C.

⁴⁹ Asunto C-342/12 (Worten):

contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un dos por cien sobre el capital pendiente del préstamo”, limitación ex lege de la cuantía de los intereses moratorios en esa situación; y, en segundo lugar, se establece en el Código de Buenas Prácticas (Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012) y dentro de las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (dación en pago de la vivienda habitual), que el deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por ciento del importe total de la deuda en el momento de la dación y que “durante dicho plazo, el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por ciento” (apartado 3.c del Anexo), limitación ex lege, nuevamente, de la cifra de intereses de demora.

Igualmente, el apartado dos del art. 3 de la citada Ley 1/2013 dio nueva redacción al art. 114 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, añadiendo un nuevo tercer párrafo que expone que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a LEC.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 establece que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad al 15 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la citada Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la fecha indicada, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se

despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad.

En esencia, la responsabilidad hipotecaria incluye el capital pendiente de amortizar, los intereses corrientes vencidos y no abonados, los intereses de demora y los gastos legales. El art. 114, apartados 1º y 2º, de la Ley Hipotecaria establece un límite legal a los intereses pactados, determinando que solo se podrán asegurar los intereses de los dos últimos años transcurridos, y la parte vencida de la anualidad corriente y, en ningún caso, esta garantía podrá superar un máximo de cinco años.

Ante la ausencia de una cláusula que fije el capital garantizado en la escritura a efectos fiscales se calculara un plazo mínimo de tres años de intereses. Ahora bien, al existir dos tipos de intereses, los corrientes y los de demora, la jurisprudencia entiende que deben citarse explícitamente qué tipo de intereses son los que quedan garantizados de forma efectiva y, en consecuencia, establecen cláusulas de garantía mixtas, que, sin sobrepasar el plazo máximo legal, logren el objetivo perseguido (que la garantía se extenderá a tres años de interés corriente y dos de demora).

No obstante, en aras de proteger los derechos de los consumidores, la nueva regla 3ª del artículo 114 de la Ley Hipotecaria limita la mora hipotecaria (devengo de intereses moratorios) con un nuevo máximo legal en la adquisición de viviendas habituales con préstamos con garantía hipotecaria. Como señalamos anteriormente, la génesis de este precepto se encuentra en la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

La doctrina del Tribunal Europeo, con referencia a los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, señala que la posible interpretación del carácter abusivo o no de las cláusulas de intereses incorporadas a las escrituras de constitución de las hipotecas, deben realizarla de oficio los jueces nacionales a través de la apreciación de si la cláusula en particular puede producir un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor que vulnere el artículo 3.3 de la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que considera como tales las cláusulas que impongan una indemnización desproporcionada a éstos para el caso de que incumplan sus obligaciones.

Ya dijimos que este mismo concepto de desproporción viene recogido en el artículo 85.6 TRLGDCU como razón suficiente para calificar las cláusulas indemnizatorias como abusivas, pero sin fijar un concreto criterio objetivo, criterio que sí viene recogido en el artículo 1108 del Código Civil, el cual, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, a falta de pacto, señala como indemnización el interés legal del dinero, si bien, conforme al artículo 576 LEC, a partir del despacho de ejecución el interés de demora será el interés legal del dinero más dos puntos.

Para que entre el juego este nuevo límite legal, el referido artículo 114.3º de la Ley Hipotecaria exige que se trate de préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda habitual y que el préstamo esté garantizado con hipoteca sobre la misma vivienda que se pretende adquirir.

Referente al concepto de vivienda habitual, sería conveniente realizar alguna matización en aras de su concreción en relación con la exigencia impuesta en este precepto. Así, pues, a efectos fiscales, el artículo 41 bis del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas considera vivienda habitual aquella edificación que cumpla dos requisitos: que sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras; y que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, la vivienda mantiene carácter de “habitual” cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio (matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, cambio de empleo, etc.). En caso de existir pluralidad de viviendas, se entenderá como “habitual” aquélla en la que el contribuyente resida durante más de 183 días al año.

Sin embargo, no existe una definición de vivienda habitual particularizada a los efectos de la normativa de ejecución hipotecaria. Por ello, adoptando una interpretación gramatical y finalista del precepto, habrá que suponer que “habitual” se contrapone a “ocasional” y que vivienda habitual es la vivienda “principal” y no la vivienda “secundaria”. Por tanto, parece consecuente afirmar que el concepto de vivienda

habitual sólo es predicable de una sola vivienda por persona y no de varias, aunque sea “habitual” ocuparlas de modo alternativo.

El límite legal de los intereses moratorios en un préstamo hipotecario concertado para la adquisición de una vivienda habitual será de tres veces el interés legal del dinero y aplicable únicamente sobre el capital pendiente de amortizar y no sobre el capital garantizado. De esta forma, la Ley 1/2013 da nueva redacción al artículo 654 LEC, estableciendo que, en caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas.

Por tanto, el control de oficio instaurado en el artículo 552.1 LEC no atribuye a los jueces y tribunales la posibilidad de moderar las cláusulas de intereses moratorios extralimitados, admitiendo la liquidación por el límite legal y deben ajustarse a tenerla por no puesta y declararla nula, no admitiendo liquidación alguna por intereses moratorios.

Ahora bien, ello no implica que sea necesario la utilización literal del límite fijado legalmente, sino que es posible utilizar fórmulas diversas siempre que ese límite no se vulnere, como podría ser la siguiente: cinco puntos por encima del interés remuneratorio vigente en cada momento sin que en ningún caso pueda sobrepasarse el límite fijado legalmente o la admisibilidad de la constitución de una garantía hipotecaria de intereses variables (remuneratorios y moratorios), siempre que se fije el tope máximo.

Para evitar la ilegalidad de la cláusula en el caso de que debido a la variabilidad del interés legal del dinero en algún momento el resultado de la fórmula aplicada sea superior a lo que establece el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, basta con incluir la correspondiente reserva o salvedad en la cláusula. Del mismo modo pueden pactarse intereses moratorios alternativos para el caso de que durante la vigencia del préstamo la finca gravada deje de tener la condición de vivienda habitual (que es uno de los requisitos de la aplicabilidad del referido artículo 114.3 de la ley Hipotecaria) ya que, al tratarse de una circunstancia objetiva y fácilmente verificable, no está reñida con el requisito de la determinabilidad.

En conclusión, la limitación impuesta por el repetido artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria no se aplica al resto de préstamos o créditos hipotecarios, es decir, a los que no recaigan sobre vivienda habitual o a los que, recayendo sobre ella, no se hayan concedido para su adquisición, puesto que la finalidad de la norma es siempre proteger al adquirente de vivienda habitual que solicita un préstamo o crédito para la adquisición de ésta.

Por las mismas razones de protección al deudor hipotecario y porque esta limitación se aplica también a las hipotecas ya constituidas cuando los intereses se devenguen o ejecuten después de su entrada en vigor, parece razonable entender que la limitación ha de reflejarse en las escrituras de novación o subrogación, aunque, de no hacerse porque no se modifique la cláusula de intereses de demora o la responsabilidad hipotecaria, la limitación operará “ex lege”.

La remisión al art. 579.2.a LEC, también de aplicación a las hipotecas anteriores a la Ley 1/2013 (Disposición Transitoria 4ª.5), prohíbe el anatocismo sólo en estos préstamos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, por lo que debe controlarse que no exista una cláusula de capitalización de intereses, si bien la prohibición operará “ope legis”, aunque la cláusula exista. La excepción, que permite capitalizar intereses en el marco de los derechos concedidos al deudor ejecutado cuando después del remate queda todavía pendiente una parte de deuda, no es necesario que conste en la escritura, ya que estos derechos derivan directamente de la Ley.

De conformidad con el primer párrafo de la Disposición Transitoria 2ª de referida Ley 1/2013, “la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”, aunque también se aplica a las anteriores, cuando tales intereses se devenguen o ejecuten después. Por “hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley” deben entenderse las otorgadas en escritura pública después de su entrada en vigor, y no las anteriores que se inscriban después.

3. La sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015.

Declara esta sentencia, en relación con la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, que la misma debe realizarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: a) no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y b) no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del art. 3.1 de la citada Directiva.

Lo que esta resolución viene a querer decir —así lo entiende DÍEZ GARCÍA⁵⁰— es que la limitación del interés moratorio del art. 114 de la LH no ha de excluir la posibilidad de declarar la abusividad de una cláusula no negociada individualmente aun en el caso de que no se supere el límite de tres veces el interés legal, siendo lo que se veta que, cuando se declare la abusividad, y solo en ese caso, se proceda a recalcular la cuantía del importe de los intereses.

Esta sentencia no cuestiona que las cláusulas de intereses moratorios del caso fueran o pudieran ser abusivas, por lo que el debate se centra, básicamente, en la resolución de dos problemas: 1) qué consecuencias jurídicas provoca la declaración de la naturaleza abusiva de la cláusula de intereses moratorios conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13 y 2) si la Disposición Transitoria 2a de la Ley 1/2013 respeta o no esas consecuencias.

Respecto de la primera cuestión, el TJUE entiende que el Derecho de la Unión — art. 6.1 de la Directiva 93/13— impone que "el contrato debe subsistir, en principio,

⁵⁰ DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. 1ª ed. Madrid, Editorial Reus, S.A., Págs. 299-346. Pág. 311 (ISBN 978-84-290-1844-8).

sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas", si conforme al derecho interno, puede ser conservado⁵¹ y, respecto de la segunda, que el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y el del art. 114.III de la LH, así como el de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, no resultan coincidentes, por lo que la obligación de respetar la norma —el límite máximo del tipo de interés de demora— no ha de prejuzgar la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

La sentencia concluye que "en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13/CEE no se opone a la aplicación de tal disposición nacional", por lo que DÍEZ GARCÍA entiende que puede ser declarado abusivo un tipo de interés inferior al máximo legal y, si es superior, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 no resultaría "óbice para que el juez nacional pudiera, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13/CE, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula".

Por tanto⁵², un tipo de interés inferior al máximo legal puede ser declarado abusivo o inequitativo y si fuera superior, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 no resultaría "óbice para que el juez nacional pudiera, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13/CE, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula".

⁵¹El argumento y la respuesta son idénticos a los utilizados previamente en las SS de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) y de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014,105) que había ya propiciado en nuestro Derecho la reforma del art. 83 TRLGDCU a través de la Ley 3/2014.

⁵² DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. 1ª ed. Madrid, Editorial Reus, S.A., Págs. 299-346. Pág. 313.

4. Los intereses de demora en el auto del TJUE de 11 de junio de 2015.

Por auto de fecha 11 de junio de 2015 del TJUE⁵³ se resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander sobre las consecuencias de la consideración como abusiva de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que establecía un interés de demora del 20 por ciento, resolviendo que los jueces no deben recalcular el interés de demora cuando se considere abusivo, limitándose a no aplicar la cláusula, sin poder modificarla.

En la cuestión prejudicial se planteó la duda en relación con la compatibilidad entre los artos. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y los artos. 7.3 y 552.1 de la LEC —tras la modificación por la Ley 1/2013—, en relación con el art. 83 TRLGDCU.

El TJUE entiende que la consideración por el juez de que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es abusiva, implica únicamente la obligación del juzgador de no aplicarla, no estando facultado en modo alguno para modificar el contenido de dicha cláusula.

El contrato debe subsistir sin más modificaciones que las que resulten de la supresión de la cláusula abusiva en la medida que ello sea jurídicamente posible a tenor de las normas del Derecho interno⁵⁴.

⁵³ Sala sexta, Asunto C-602/13.

⁵⁴ Expone literalmente al auto del TJUE en el punto 33: “... del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible”.

Reitera el TJUE que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a la norma de Derecho nacional que atribuye al juez la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula declarada abusiva, precisando que, si bien es cierto que se ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, ajustándose siempre al objetivo del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y permitiendo restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, tal facultad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad⁵⁵.

Finalmente, el TJUE declara que los artos. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que: a) la aplicación de tales normas nacionales no prejuzgue la apreciación del carácter abusivo de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y; b) no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la citada Directiva.

5. La abusividad de los intereses de demora en los contratos de préstamo sin garantía hipotecaria celebrados con consumidores.

Al no existir límites legalmente previstos⁵⁶ para los intereses moratorios de los préstamos sin garantía hipotecaria, la abusividad de tales intereses depende del arbitrio de jueces y tribunales, existiendo una gran discrepancia al respecto.

⁵⁵ Punto 38 del auto que se comenta.

⁵⁶ Desde que el art. 3.2 de la Ley 1/2013 introdujo el párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, el límite de los intereses de demora de los préstamos concedidos para la adquisición de la vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda es de tres veces el interés legal del dinero.

Con considerable disparidad en la determinación de los límites, surgieron varios acuerdos judiciales para unificar criterios en el ámbito de distintas Audiencias Provinciales: tres veces el interés remuneratorio o el veinte por ciento, en Pontevedra; tres veces el interés legal del dinero, en Madrid; dos veces y media la tasa anual de equivalencia si no es superior al doble del interés legal del dinero o vez y media si es superior, en Barcelona; dos veces y media el interés remuneratorio, en Lérida.

Por su parte, el TS⁵⁷, aplicando por analogía las previsiones para los descubiertos de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, adoptaba el criterio de dos veces y media el interés legal del dinero.

Finalmente, con el objeto de resolver las diferencias, se dictó por el Pleno de la Sala Primera del TS la sentencia Nº 265 de 22 de abril de 2015 (RJ\2015\1360) sentando como doctrina jurisprudencial que habrán de considerarse abusivos los intereses moratorios, no negociados individualmente, que superen en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio pactado.

Dicha resolución, como expone la nota informativa del Área Civil del Gabinete Técnico del TS de mayo de 2015⁵⁸, declara, con base en la doctrina del TJUE, que en los préstamos personales, sin garantía hipotecaria, concertados por consumidores, es abusiva la condición general que establece un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio, lo cual tiene como consecuencia que el préstamo devengará exclusivamente el interés remuneratorio, eliminando completamente el incremento porcentual en que consiste el interés de demora abusivo.

También establece la sentencia que, en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe cumplidamente la existencia de negociación y las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor.

⁵⁷ Sentencia Nº 578/2010, de 23 septiembre (RJ 2010\7296).

⁵⁸ https://www.occa.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=095c18a9-fcdd-4a6c-bb7e-de34a6cab836&groupId=5857552.

Señala también el TS que, en España, al contrario de lo que sucede en otros Estados de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, por lo que considera necesario sentar un criterio específico, que garantice la seguridad jurídica: “la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica”.

Así, pues, el TS analiza la legislación nacional⁵⁹ para buscar la norma que le permita sentar ese criterio específico que garantice la seguridad jurídica, concluyendo que el criterio normativo más adecuado para ser aplicado es, de todos los existentes en el ordenamiento jurídico español para todo tipo de contratos, el establecido en el art. 576.1 LEC —interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos—, por lo que adopta tal criterio si bien modificando el interés de referencia al que adicionar los dos puntos, que lo establece en el interés remuneratorio pactado.

En conclusión, el TS fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

No obstante reconocerle a la sentencia el acierto de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por superar el límite de dos puntos sobre el interés remuneratorio pactado y su consagración como doctrina jurisprudencial, no se escatiman las críticas a la misma.

Se le reprocha, en primer lugar, la confusión de los intereses moratorios con el porcentaje que se adiciona al interés remuneratorio para determinar dichos intereses

⁵⁹ Art. 1108 del Código Civil; art. 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo; art. 114.III de la Ley Hipotecaria; art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro; art. 7 de la Ley de Medidas contra la Morosidad en Operaciones Comerciales; y art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

moratorios, resultando evidente tal confusión al decir la sentencia que “el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora...”, como afirma Agüero Ortiz⁶⁰.

El TS viene a decir que el préstamo contiene los siguientes intereses: unos intereses remuneratorios del “X” por ciento y unos intereses moratorios que son un “Y” por ciento adicional al interés remuneratorio, y que, declarada la abusividad de los intereses moratorios, debe eliminarse la obligación de abonar ese porcentaje “Y” adicional pero no los intereses remuneratorios del “X” por ciento.

Sin embargo, lo cierto es que el préstamo está constituido por unos intereses remuneratorios del “X” por ciento y por unos intereses moratorios del “X+Y” por ciento, por lo que, la nulidad de la cláusula de intereses moratorios debe comportar la expulsión del contrato de la obligación de abonar el “X+Y” por ciento de intereses moratorios.

Por lo tanto, la “eliminación del incremento porcentual” que dice la sentencia no es más que la eliminación de una parte del interés de demora, o lo que es lo mismo, es precisamente una reducción de los intereses moratorios en la cuantía de aquel porcentaje.

ROJO AJURIA entiende que la aplicación de los intereses remuneratorios como moratorios no plantea problemas, en principio, cuando no hay pacto sobre los intereses de demora, pero anulada la estipulación que los fijaba, no es posible porque la aplicación como moratorios de los intereses remuneratorios no puede admitirse dada la abierta incompatibilidad entre unos y otros⁶¹. En el mismo sentido se expresa MÚRTULA LAFUENTE⁶².

⁶⁰ AGÜERO ORTIZ, A. *Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!* CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. 12/05/2015. <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/58.pdf>

⁶¹ ROJO AJURIA, L. *Enciclopedia jurídica básica. Volumen III*. CÍVITAS. Madrid, 1995. Págs. 3667-3668.

⁶² MÚRTULA LAFUENTE, V. *La prestación de intereses*. MCGRAW-HILL. Madrid, 1999, Pág. 250.

En segundo lugar, se le reprocha a la resolución que, tras reconocer que el Derecho positivo, de acuerdo con una interpretación conforme al Derecho comunitario, impone, junto con la supresión de la cláusula abusiva, la prohibición de integración del contrato, es decir, que el interés de demora nulo por abusivo no se puede reducir, modificar ni integrar, lo que de facto está haciendo el TS es moderar la cláusula declarada abusiva, en contra de la reiterada doctrina del TJUE.

Además, una vez declarado el vencimiento anticipado, el prestatario debe el total de la suma prestada, sin plazos, existiendo desde entonces sólo una deuda pura de capital, vencida y no pagada, sobre la que no pueden devengarse intereses remuneratorios, pues ya no hay aplazamiento temporal que remunerar, siendo ya sólo de aplicación los intereses moratorios en concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados al acreedor por el incumplimiento del deudor.

Es decir, el préstamo no puede seguir devengando interés remuneratorio, pues ha sido vencido anticipadamente por el acreedor, por lo que el préstamo no se halla en una fase de remuneración por el plazo pactado, sino en una fase de indemnización por el incumplimiento en el abono de cuotas, por consiguiente, el TS no puede mantener que sigan devengándose los intereses remuneratorios aunque se hayan declarado abusivos los moratorios, pues aquellos dejaron de devengarse en el mismo momento en que se declaró vencido anticipadamente el préstamo. En este sentido, considera GONZÁLEZ PACANOWSKA⁶³ que si el art. 30 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo⁶⁴ prohíbe el devengo de intereses remuneratorios en caso de reembolso anticipado del prestatario, lo mismo habrá de ocurrir cuando el préstamo es vencido por decisión del prestamista.

⁶³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, D.. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Ed. Aranzadi. Septiembre de 2009. BIB 2009\2171.

⁶⁴ “El consumidor podrá liquidar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito. En tal caso, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si éstos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”.

En tercer lugar, se reprocha a la resolución que, si bien abunda en la precisión del régimen del contrato por adhesión, no transcribe la cláusula declarada nula, no establece ni determina su efecto “ultra partes”, ni ordena la inscripción del fallo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

En efecto, para que la sentencia resulte eficaz no basta con crear doctrina jurisprudencial, sino que es preciso que se ordene su inscripción en dicho Registro conforme al art. 22 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, para lo que es necesario que se transcriba literalmente la cláusula declarada nula de intereses de demora en el fallo, y al no hacerlo así, determina que los consumidores, en lugar de verse libres de la cláusula abusiva, tengan que pleitear, como afirma BALLUGERA GÓMEZ⁶⁵.

Finalmente, algún autor de los mencionados se pregunta si, en el seno de una cuestión prejudicial, el TJUE declararía que esta sentencia es conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

Sin perjuicio de que haya que compatibilizar esta doctrina del Tribunal Supremo con la del TJUE, parece probable, en todo caso, que la misma será extrapolada por nuestro alto tribunal a los créditos hipotecarios.

V. LA DENOMINADA CLÁUSULA SUELO.

1. El control de transparencia de las cláusulas suelo.

Resumidamente, una cláusula suelo es la estipulación que incluye el banco en un contrato de préstamo estableciendo el tipo de interés mínimo que el cliente ha de pagar independientemente de que el “euribor”, que es el índice de referencia en la mayoría de las hipotecas, esté por debajo, impidiendo al deudor beneficiarse de su bajada.

⁶⁵ BALLUGERA GÓMEZ, C. *El Tribunal Supremo declara nulos los intereses de demora del 21,8% y los sustituye por los remuneratorios.* NOTARIOS Y REGISTRADORES. 19/05/2015. <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-los-remuneratorios/>

La Sentencia del TS de 9 mayo de 2013⁶⁶ declaró la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en las condiciones generales de los contratos sobre los que resolvió por los siguientes motivos: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por la entidad bancaria; e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

El auto de aclaración de la sentencia de fecha 3 de junio de 2013 explica que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas y que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta.

Se desprende de la resolución que es imprescindible el conocimiento por el consumidor de la trascendencia de la cláusula y de su incidencia en la ejecución del contrato, para que pueda adoptar la decisión que le convenga tras una cumplida información.

La conclusión de la sentencia del TS de 9 mayo 2013 es que las cláusulas suelo, como regla general, no están sujetas al control de abusividad, pero están sometidas a un doble control de transparencia: si la información que se facilita y en los términos en los que se facilita cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de celebración del contrato y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

⁶⁶ ROJ STS 1916/2013. ID CENDOJ 28079119912013100009. RECURSO 485/2012. RESOLUCIÓN 241/2013.

La resolución del TS que analizamos basaba la exigencia de transparencia en los arts. 80.1 y 82.1 del TRLGDCU, interpretados conforme a los arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13, y citaba lo declarado en la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 en relación con la transparencia exigida por esta directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer “de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

Posteriormente, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirmaría la corrección de la interpretación del TS al declarar: que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical; que la exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva; y que "del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

La sentencia del TJUE dispone en el fallo que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 “debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

La doctrina expuesta fue posteriormente reiterada en la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015, que declaró que “para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan”

2. La irretroactividad absoluta de los efectos de la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013.

El procedimiento judicial al que puso fin la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 se inició por demanda formulada por AUSBANC (Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios) contra diversas entidades bancarias⁶⁷ ejercitando una acción colectiva de cesación pretendiendo la declaración de nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación de las conocidas como “cláusulas suelo” en los préstamos hipotecarios.

Interpuesto el correspondiente recurso de casación y llegado el asunto al TS, se planteó en esta instancia una nueva cuestión, la de la irretroactividad de los efectos de la declaración de la nulidad de las cláusulas suelo, la cual fue introducida, precisamente, por el Ministerio Fiscal, estimándola tribunal y resolviendo en el sentido de declarar nulas por abusivas dichas cláusulas, pero sin carácter retroactivo, con la consiguiente imposibilidad de reclamación por parte de los afectados de las cantidades que indebidamente habían pagado a las entidades demandadas, lo que, en otro caso, podrían llevar a cabo de acuerdo con la regla clásica “quod nullum est nullum effectum producitur” —lo que es nulo no produce ningún efecto— como resulta del art. 1303 del Código Civil.

⁶⁷ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.; Cajamar; Caja Rural; Sociedad Cooperativa de Crédito, hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.; y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra, hoy NCG Banco S.A.U.

Tal irretroactividad, la justifica el TS argumentando que es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo de que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas, concluyendo la resolución con que, en consecuencia, “procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”.

La referida sentencia se dictó por el Pleno de la Sala Primera del TS con el efecto previsto para los casos de interés casacional en los que, así dictada, se fija doctrina, bastando la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

3. Las dudas en relación con los casos individualizados.

No obstante lo anterior, la cuestión de la irretroactividad de los efectos de la nulidad ha suscitado no pocas dudas en cuanto a su aplicación generalizada a casos individualizados, no contemplados por esta decisión, ya que en este procedimiento se ejercitó una acción colectiva de cesación pero no la acción individual, restitutoria o indemnizatoria, para la devolución por los bancos de las sumas cobradas indebidamente.

Tal es así, que se han producido pronunciamientos judiciales contradictorios de la llamada jurisprudencia menor con posterioridad a la referida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, incluso alguno de ellos consentido por las entidades bancarias.

También han dado pie a la especulación determinados fallos de la propia Sala Primera del TS recaídos en temas como la comercialización de preferentes —sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 18 de abril de 2013⁶⁸, que declara la retroactividad desde el requerimiento extrajudicial— o la nulidad de las llamadas

⁶⁸ ROJ STS 2589/2013. ID CENDOJ 28079119912013100012. RECURSO 1979/2011. RESOLUCIÓN 244/2013.

cláusulas de redondeo —sentencia del TS de 11 de febrero de 2015⁶⁹, que dice que en la liquidación de intereses se tenga por no puesta la cláusula de redondeo al alza, en consonancia con otras sentencias del TS, como la de 4 de noviembre 2010⁷⁰, que declararon abusivas las referidas cláusulas—.

El hecho de que la irretroactividad declarada por la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 tendría que ser aplicada a todas las reclamaciones individuales que se decidieran por los tribunales en lo sucesivo deriva del propio argumento de base que esgrime la resolución al analizar el impacto económico de la declaración de la nulidad de la repetida cláusula suelo, teniendo en cuenta la generalización, como dijimos, de la utilización de la cláusula en cuestión, respecto de lo que el IBE⁷¹, refiriéndose a la cobertura de riesgo de tipos de intereses, indica que casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable y que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, alcanzando casi el 30 por ciento de la cartera ya en los años anteriores a 2004.

4. La irretroactividad relativa. Unificación de la doctrina por la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015.

Finalmente, el TS ha resuelto la cuestión unificando doctrina en su reciente sentencia de 25 de marzo de 2015⁷², que la fija en el siguiente sentido: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de

⁶⁹ ROJ STS 278/2015. ID CENDOJ 28079110012015100047. RECURSO 249/2006. RESOLUCIÓN 70/2015.

⁷⁰ ROJ STS 6062/2010. ID CENDOJ 28079110012010100688. RECURSO 982/2007. RESOLUCIÓN 663/2010.

⁷¹ Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, nº 457, de 7 de mayo de 2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23 de septiembre de 2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas.

⁷² ROJ STS 1280/2015. ID. CENDOJ 28079119912015100015. RECURSO 138/ 2014. RESOLUCIÓN 139/2015.

2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, recurso 1217/2013, y la de 24 de marzo de 2015, recurso 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Aun así, no ha cesado en absoluto la polémica, pues el voto particular emitido en dicha resolución por dos magistrados de la Sala⁷³ ofrece la posibilidad de que se plantee el correspondiente recurso ante el TJUE, tanto al amparo de la doctrina de la propia sentencia de este Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012⁷⁴ como por infracción de la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar —nuevo art. 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación de la TRLGDCU 1/2007—.

La referida sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 tuvo causa por la inicial demanda ejercitando una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y de devolución de cantidades abonadas formulada en juicio ordinario contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. por los suscriptores de un préstamo hipotecario en el que se había incluido la misma cláusula que había sido declarada nula por abusiva por la anterior sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, declarando el Alto Tribunal, como se dijo, que la entidad demandada no venía obligada a devolver los pagos realizados, y reclamados, por los prestatarios hasta la fecha de la publicación de su anterior sentencia de 9 de mayo de 2013.

Por consiguiente, el Pleno de la Sala Civil del TS, fija en dicha resolución la doctrina que se ha señalado en relación con la restitución de lo pagado por cláusulas suelo declaradas abusivas y, por tanto, nulas, es decir, que sólo procederá el reintegro de los intereses abonados en aplicación de dichas cláusulas desde el 9 de mayo de 2013, fecha de publicación de la sentencia anterior en la que se determinaron los criterios para la anulación, por abusivas, de las referidas cláusulas suelo.

⁷³ Los señores ORDUÑA MORENO y O'CALLAGHAN MUÑOZ.

⁷⁴ TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito.

5. Equiparación de los efectos de la acción colectiva a los de la acción individual.

La doctrina establecida en esta resolución, en la que se trató sobre una acción individual, ha sido objeto de severas críticas, ya que toma en consideración, como antecedente, la controvertida sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que se resolvió sobre una acción colectiva.

Por tal motivo, se ha planteado la cuestión de si los efectos que se derivan del ejercicio de una acción colectiva por la que se reclamó el cese, en el futuro, de las cláusulas suelo consideradas abusivas son equiparables a los efectos derivados de una acción individual de nulidad, toda vez que, en este último caso, se solicita, a mayores, la devolución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas abusivas desde el día en que se interpuso la demanda, habiendo declarando el TS la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo con posterioridad a la publicación de sentencia precedente de 9 de mayo de 2013.

Otra cuestión que se plantea viene motivada porque la doctrina que fija la sentencia de 2015, que se basa en el criterio establecido en la precedente de 2013, se determinó sin revisar los motivos en los que se apoyó para justificar la retroactividad parcial, a la fecha de publicación de esta sentencia, de los efectos de la ineficacia de las cláusulas, así como tampoco se han tenido en cuenta otros pronunciamientos del TJUE, como la sentencia de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10), en la que se establece que es contrario a la correcta interpretación de la Directiva 93/13 que los jueces moderen o integren la cláusula declarada nula en el contrato.

La sentencia del TS de 25 de marzo de 2015 constituye, pues, un pronunciamiento de cierta complejidad, como pone de manifiesto el voto particular al que nos hemos referido.

Aplica dicha resolución del Alto Tribunal la doctrina que el pleno estableció anteriormente en relación con la irretroactividad de la ineficacia de las cláusulas declaradas nulas, con apoyo en aquéllos fundamentos, y declara la irrelevancia de la naturaleza de la acción ejercitada respecto a las consecuencias derivadas de la

declaración de nulidad de las cláusulas abusivas para todos los supuestos semejantes, sin considerar que tal doctrina se sostuvo en relación con una acción colectiva de cesación que difiere de la individual ahora ejercitada, no existiendo identidad entre la naturaleza y contenido de la pretensión en uno y otro caso.

En relación con tal mencionada falta de identidad, el TS sólo sostiene en contrario que “la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos las existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado», con lo que se pretende, obviamente, resolver una concreta situación en un escenario particular, pero ello puede determinar, como en el caso de la sentencia, que el ejercicio de una acción colectiva perjudique intereses concretos de consumidores, imposibilitándolos para recuperar las cantidades abonadas a los bancos abusivamente.

Es también de destacar, no sólo que en la sentencia de 2015 del TS, en contradicción con otros pronunciamientos recientes del mismo tribunal en los que se aplican los criterios del TJUE, no se tenga en cuenta la doctrina de éste contenida en su sentencia de 14 de junio de 2012 de que la integración de cláusulas nulas contraría la Directiva 13/93, sino también que tampoco se tenga en cuenta que, con la remisión a los efectos vinculantes de la sentencia de 2013, se pasa por alto igualmente que, entre ambas fechas, se han producido otros pronunciamientos del TJUE cuya no consideración hace posible el planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante este tribunal.

Además, sustentada la sentencia de 2013 en argumentos tales como el grave perjuicio al orden público económico, no se tienen en cuenta, en la sentencia de 2015, los cambios considerables que se han producido en tal sentido.

6. El voto particular. La diferente naturaleza de las acciones colectivas e individuales.

El voto particular de los magistrados ORDUÑA y O'CALLAGHAN se produce en relación con la diferente naturaleza de las acciones colectivas e individuales, el

efecto de cosa juzgada y las distintas pretensiones de cada acción, sosteniendo que la declaración de ineficacia de las cláusulas ha de traer como consecuencia natural la restitución de cantidades.

La situación viene determinada porque cuando se regularon las acciones colectivas en la LEC de 2000 para ser ejercitadas en defensa de los consumidores, no se incluyeron reglas de coordinación entre tales acciones colectivas y las individuales que pudieran solventar situaciones como la dio lugar al voto particular, las que cabía esperar que hubieran sido resueltas por la sentencia de 2015.

Se suscita la cuestión de si, como los recurridos no habían participado en el procedimiento anterior, quedan vinculados por dicha sentencia.

En tal sentido, la sentencia del TS de 17 de junio de 2010⁷⁵ matizó la eficacia “ultra partes” de las resoluciones estimatorias de las acciones colectivas del art. 222.3 LEC, entendiendo que el efecto de cosa juzgada para todos los perjudicados debe limitarse a los casos en que así lo determinen, pero la extensión de los efectos de la cosa a los no intervinientes requiere ser conjugada con los principios constitucionales de audiencia y contradicción del artículo 24 de la Constitución Española, el cual proscribire la indefensión en todo tipo de procesos judiciales, adquiriendo la máxima virtualidad la publicidad y posibilidad de intervención en éstos, en el caso de acciones restitutorias o indemnizatorias acumuladas, de los consumidores afectados (artículo 15 LEC).

Así, el art. 221.3º LEC dispone que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11. Asimismo, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

⁷⁵ ROJ STS 4216/2010. ID CENDOJ 28079110012010100487. RECURSO 1506/2006. RESOLUCIÓN 375/2010

La sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012 (Asunto C-472/10), avaló que los legisladores nacionales pudiesen determinar la eficacia de los pronunciamientos judiciales dictados como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva fundada en un interés público a todos los consumidores y usuarios que hubiesen concertado, o concierten en el futuro, un contrato en el que se incluyan o cláusulas no negociadas individualmente.

Como determina la LEC, las acciones colectivas producirán efecto de cosa juzgada para los consumidores que se vean afectados por idénticas cláusulas con las mismas entidades condenadas siempre que la sentencia así lo disponga en su fallo, de lo cual deriva que todo contrato suscrito con las mismas cláusulas suelo será nula.

Se desprende de lo expuesto que, en este caso, el efecto de cosa juzgada se extendería a los demandantes particulares, ya que habían suscrito condiciones generales pactando una cláusula de interés variable a un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia en idénticos términos que los contemplados en la sentencia de 2013. Y así hubiera sido si el TS, en esa sentencia, se hubiera limitado a lo solicitado por la demandante AUSBANC, que no era otra cosa que el cese de la cláusula suelo, haciendo posible que los consumidores pudieran instar posteriormente la acción restitutoria en atención a la situación particular de cada uno.

Efectivamente, el TS no se ciñó a declarar el cese de dicha cláusula, sino que, como solicitó el Ministerio Fiscal, limitó los efectos de la nulidad por razones de orden público económico, lo que puso en duda que se hubieran respetado los principios de congruencia y tutela judicial efectiva no oyendo a las partes y causándoles indefensión. Además, directamente, no acató el criterio del TJUE expuesto en la sentencia de 14 de junio de 2012 de que la apreciación de nulidad conlleva la supresión de la cláusula sin posibilidad de integrar su contenido, en cuya resolución dicho tribunal consideró que España no había adaptado adecuadamente su Derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, precando que el incumplimiento observado en relación con el artículo 83 TRLGDCU se debía a la facultad atribuida al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas para integrar la parte afectada por la nulidad conforme a lo prevenido

en el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe, lo que el tribunal europeo considera que puede poner en peligro, a largo plazo, el objetivo previsto en el artículo 7 de la Directiva, al poder contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que dichas cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, pudiendo tales profesionales verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al entender que, aun declarada su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez nacional, viendo de este modo garantizado su interés.

El criterio anterior, además, fue recogido, posterior y consecuentemente, en el artículo 83 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

7. La restitución parcial.

La controversia que pone de manifiesto el voto particular de la sentencia de 2015 sobre la procedencia de la restitución parcial de las cantidades pagadas indebidamente tuvo anterior tratamiento en la jurisprudencia menor, siendo varias las resoluciones que se pronunciaron en sentido positivo⁷⁶, las cuales, considerando la distinta naturaleza de las acciones colectiva e individual, fallaron en sentido favorable a la restitución íntegra de las cantidades percibidas por los bancos como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

La sentencia de 2015, dijimos, no hizo otra cosa que remitirse a los fundamentos de la de 2013 argumentando⁷⁷ que, para responder a tan debatida cuestión, era necesario no revisar la doctrina fijada en esta resolución sino despejar dudas y clarificar su sentido, con lo cual ha dado lugar a que los consumidores que tienen dicha cláusula en su contrato de préstamo y no intervinieron en el primero de los procedimientos se vean perjudicados con la limitación de los efectos de la restitución a partir del momento en que fue publicada la primera de las sentencias, pudiendo producirse el contrasentido de que, si hubieran sido prestatarios de un banco que no hubiera intervenido en el primer proceso, si hubiesen planteado inicialmente la acción de nulidad de la cláusula suelo

⁷⁶ Sentencias de 23 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Málaga y de 7 de junio de 2013 del Juzgado N° 10 de Barcelona, entre otras.

⁷⁷ Fundamento de derecho octavo, último párrafo.

hubieran podido recuperar todas las cantidades entregadas como consecuencia natural de la declaración de ineficacia.

En la realidad, además del perjuicio para esos consumidores, se produce la inexplicable situación de que, al mismo tiempo que se hallan vinculados por los efectos de una cláusula declarada inexistente, dicha cláusula produce efectos jurídicos aunque únicamente a favor de los bancos que las impusieron, lo que deriva de los argumentos que se asumen de la sentencia de 2013 en el sentido de que la limitación temporal de los efectos de la ineficacia deba buscar su apoyo en los principios de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico.

El recurso de la sentencia de 2013 a los referidos principios no satisfizo ni entonces ni actualmente, olvidando además la sentencia de 2015 que el TJUE rechazó la pretensión del gobierno alemán y de la importante empresa de esa nacionalidad RWE que solicitaron limitar los efectos de la sentencia al considerar que la devolución de las cantidades percibidas con anterioridad a la declaración de abusividad de la cláusula suponía un riesgo de trastornos graves a economía alemana, con nefastas consecuencias financieras en relación con la elevada cantidad de contratos de suministro de gas en ese país, lo que produciría un importante déficit a las empresas afectadas.

Resulta de la sentencia de 2015 que, como en la de 2013, la justificación de la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los afectados por el fallo de la resolución aunque no hubieran sido parte en el procedimiento es el interés público, el cual también hubiera debido consistir, a tenor del art. 51 de la Constitución Española, en proteger en mayor medida a los consumidores, pues, habiéndose adoptado extraordinarias medidas de saneamiento para el sector bancario, no sucedió de igual forma con aquéllos.

Además, carece de rigor la justificación de que los bancos actuaron de buena fe, pues la inadecuada información deriva en falta de transparencia, y tampoco es aceptable el argumento de la seguridad jurídica, pues se limitan temporalmente los efectos de la aplicación del art. 1303 Código Civil al momento de la publicación de la sentencia de 2013 con fundamento en normas especiales que no se corresponden con la situación planteada, no pudiendo la jurisprudencia asumir funciones normativas para corregir los efectos de la ineficacia contractual del artículo referido, con lo cual se termina

favoreciendo con las cantidades indebidamente percibidas al banco que impuso la cláusula nula.

En el panorama judicial surgen dudas en relación con la interpretación de la doctrina del TJUE y art. 82 TRLGDCU de que los jueces no pueden integrar en el contrato el contenido de la cláusula nula.

El 11 de agosto de 2014, el Juzgado de lo Mercantil N.º 9 de Barcelona formuló una petición de decisión prejudicial a la vista de los efectos suspensivos de la acción individual determinados por el artículo 43 LEC, acción ejercitada paralelamente por el consumidor, hasta que recaiga sentencia en el procedimiento colectivo, lo que vincula a dicho consumidor a lo que se decida en este último procedimiento sin oportunidad de alegar y probar lo que le hubiere convenido, planteándose si tal efecto suspensivo puede considerarse un mecanismo eficaz conforme al artículo 7.1 de la Directiva 93/13⁷⁸ y hasta qué punto supone un obstáculo para el consumidor y, por consiguiente, una infracción de dicho artículo a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato, y, si el hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, supone una infracción del artículo 7.3 de la misma Directiva o, por el contrario, el efecto suspensivo del artículo. 43 LEC es ajustado al artículo 7 de repetida Directiva al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica.

⁷⁸ El artículo 7 de la Directiva 93/13/CE establece que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Los medios contemplados en el apartado anterior incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. Los recursos anteriormente mencionados podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

8. La incongruencia de la sentencia del TS de 25 de marzo de 2015.

La sentencia de 2015 hubiera debido revisar los motivos por los que se limitó el alcance de la ineficacia contractual desde la fecha de publicación de dicha sentencia y explicar cómo una cláusula inexistente puede generar efectos desfavorables para quien deba soportarla, cómo debe armonizarse la doctrina de las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 o 30 de abril de 2014 de que los jueces no pueden integrar la cláusula nula, con la reforma del artículo 83 del TRLGDCU y con la limitación del alcance de la ineficacia.

La conexión entre los pronunciamientos de 2013 y 2015 no permitió la subsanación de la incongruencia no percibida en aquella fecha y que en ésta se pone en evidencia, pues, por motivos de orden público económico, que en todo caso debieran ser revisados, se justifica, como hemos dicho, que una cláusula que se tiene por no puesta legitime el banco para no devolver al consumidor lo percibido por razón de la misma con anterioridad a la publicación de la sentencia de 2013.

Pero la cuestión no está zanjada, a la vista de resoluciones como el Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Zaragoza de 27 abril de 2015 que, con base en la jurisprudencia del TJUE, ha llegado a una conclusión acorde con las normas del ordenamiento nacional y comunitario, declarando la nulidad de la cláusula, no del contrato, y acordando la devolución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, basándose en que en el procedimiento que resolvió la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 no se había ejercitado una acción de condena sino una acción colectiva de cesación y que en la actualidad no se aprecian las consecuencias económicas que se tuvieron en cuenta por aquella sentencia.

El Juez del indicado Juzgado de lo Mercantil considera en su resolución que su actuación no es únicamente en calidad de juez nacional sino también como juez comunitario, garante del derecho de la Unión Europea y sometido al mismo, que es prioritario, motivo principal para estimar la procedencia de la devolución de las sumas percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo.

Considera, asimismo, dicho Juez que, en aplicación del principio de competencia, si el derecho nacional tiene una conexión importante con el derecho comunitario, debe aplicarse como se dispone en esta normativa e interpreta el TJUE y no conforme a la normativa interna. También pone de manifiesto que la jurisprudencia no es fuente del derecho.

Finalmente, se refiere dicho juzgador a la existencia de grandes bancos que operan en todo el espacio europeo con los mismos productos y cláusulas, lo que pone en riesgo la protección indiscriminada de los consumidores comunitarios, al poder existir diferencias de trato según cada Estado, si se admite la modulación en la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas, no debiendo olvidar que la declaración de irretroactividad, que conlleva la no devolución de las cantidades cobradas indebidamente, supone un estímulo para los bancos para continuar incluyendo cláusulas abusivas en los contratos.

La armonización del derecho nacional y el comunitario ha suscitado la problemática de su interpretación también en relación con los efectos que produce la declaración de abusividad de una cláusula sobre intereses moratorios, planteándose si el juez debe integrar dicha cláusula en aplicación de la norma nacional que prevé que se aplique el interés legal del dinero, como dispone el artículo 1108 del Código Civil, si no debe aplicarse ningún interés por tratarse de una cláusula nula o, si, por remisión a la Ley 1/2013, debe aplicarse, como límite máximo, el criterio de que el interés no supere tres veces el interés legal del dinero.

Consecuentemente, habrá de ser el TJUE el que tendrá que zanjar la situación resolviendo la problemática a la que nos hemos referido.

VI. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Una cláusula de vencimiento anticipado es aquella inserta en el contrato de préstamo hipotecario que permite al prestamista darlo por resuelto y reclamar la totalidad del préstamo con anterioridad al plazo establecido.

De los varios tipos de cláusulas de esa naturaleza⁷⁹, nos referiremos aquí a las cláusulas de vencimiento anticipado más habituales, que son las contenidas en las escrituras de préstamos hipotecarios por las que se faculta a la entidad prestamista a declarar vencido el préstamo y reclamar la totalidad del importe adeudado así como del capital prestado pendiente de amortizar.

1. La validez, en principio, de la cláusula de vencimiento anticipado.

Dichas cláusulas, si bien generan un desequilibrio en perjuicio del prestatario al privarle del beneficio del plazo y enfrentarle a una deuda difícilmente asumible, son, en principio, válidas, en aplicación de la autonomía de la voluntad, salvo en el caso de que no exista verdadero consentimiento por parte del deudor.

Según dispone el art. 1129 CC, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo si deviene insolvente, salvo que garantice la deuda, si no otorga las garantías comprometidas y si disminuyó voluntariamente las garantías establecidas o desapareciesen éstas por caso fortuito, si no las sustituye.

No obstante, la antigua sentencia del TS de 27 de marzo de 1999 (RAJ 2371) declaró la nulidad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado por considerarlas contrarias a la ley —a varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente—, si bien esta doctrina, que provocó un gran revuelo en todos los estamentos jurídicos, nunca llegó a ser reiterada y, por consiguiente, a conformar jurisprudencia, y las entidades bancarias continuaron incluyendo en sus contratos de préstamo la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguno de los plazos.

⁷⁹ Por ejemplo, por destrucción o deterioro del inmueble hipotecado, por disminución de la solvencia del deudor, por existencia de cargas no reflejadas en la escritura, por impago de contribuciones e impuestos que afecten al préstamo o a finca hipotecada, por incumplimiento de la obligación de asegurar el inmueble o por impago de la prima del seguro, por inexactitud de los datos o documentos aportados, y, así, hasta la genérica de por incumplimiento de cualquier obligación asumida en la escritura, respecto de la cual el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de diciembre de 2009 que, afirmó que “sólo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida”.

Tras la referida resolución, menos de un año después, la LEC admitió el vencimiento anticipado en el art. 693.

Generalmente, la jurisprudencia, con fundamento en el art. 1255 del Código Civil, ha venido considerando válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurre justa causa, como el incumplimiento por el prestatario de su obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo⁸⁰.

Es a partir del año 2010 cuando, siguiendo las directrices marcadas por la normativa europea y del TJUE, los juzgados de nuestro país comienzan a considerar abusivas este tipo de cláusulas y a declararlas nulas, como sucede en las resoluciones que se indican en este epígrafe.

Es evidente que se producían situaciones claramente abusivas, propiciadas por la crisis económica del momento, en las que, por impago de tres, cuatro o cinco cuotas de un préstamo a veinte años del que ya se llevaba pagado ocho, diez o doce años, se veían los prestatarios con su contrato resuelto por el banco y sin posibilidad de afrontar, de repente, la totalidad de la deuda pendiente.

2. La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

La consideración de la abusividad de estas cláusulas, se establecía en atención a varios criterios, siendo el más habitual el criterio temporal, aplicable a la situación que se acaba de describir, donde se valoran las circunstancias relativas a la duración del préstamo, al número de cuotas impagadas y al tiempo durante el cual se pagó con normalidad⁸¹.

⁸⁰ Entre otras, sentencias del TS de 9 de marzo de 2001 (LA LEY 4177/2001), de 4 de junio de 2008 (LA LEY 61759/2009), 12 de diciembre de 2008 (LA LEY 193661/2008) y de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 273170/2009).

⁸¹ ARCAS SARIOT, M. J. *La cláusula de vencimiento anticipado*. MUNDO JURÍDICO.INFO. 8/06/2014. <http://www.mundojuridico.info/la-clausula-de-vencimiento-anticipado/> - La cláusula de vencimiento anticipado.

De esta forma, se vino entendiendo que la gravedad de los incumplimientos debía relacionarse, no sólo con la cantidad de deuda impagada en un préstamo proyectado a largo plazo, sino también con los instrumentos de los que podía disponer la entidad financiera para reclamar la deuda. Por lo tanto el vencimiento anticipado debería ser acorde con el tiempo de duración del préstamo y, de no ser así, podría el consumidor instar un procedimiento judicial para declarar la nulidad de la cláusula por abusiva.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 trató la cuestión, concretando que, en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, correspondía al juez comprobar especialmente si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

En realidad, lo que hace el TS es aplicar su doctrina sobre el incumplimiento que posibilita la resolución del contrato, de acuerdo con el art. 1124 CC.

Así, pues, según lo estipulado en el apartado 73 de la referida sentencia del TJUE, para que la cláusula de vencimiento anticipado no deba considerarse abusiva, deben cumplirse dos requisitos: 1) Que el consumidor incumpla una obligación esencial en el contrato, como el pago de las cuotas estipuladas, como así lo consideran tanto las entidades bancarias como los Juzgados; y, 2) Que el incumplimiento sea suficientemente grave, considerando la duración y la cuantía del préstamo, quedando en todo caso al arbitrio del juez el cumplimiento de este requisito. Ambos requisitos deben cumplirse conjuntamente para que el vencimiento anticipado no sea considerado como cláusula abusiva, no siendo posible un cumplimiento parcial. En todo caso, siempre quedará al arbitrio del juez la consideración de la abusividad de la cláusula de

vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario, teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento⁸².

Un supuesto en el que se considera abusiva la cláusula de vencimiento anticipado es cuando el incumplimiento se produce en el período de carencia que no pocos préstamos hipotecarios conceden al deudor, pues la concesión de la carencia implica dificultades de pago de los deudores. En otros supuestos, se considera el porcentaje que las cuotas impagadas representan sobre el total del préstamo y, si el incumplimiento no resulta relevante, la cláusula se considera abusiva.

Con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, se promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, que dio nueva redacción al art. 693 LEC, cuyo párrafo segundo, antes de esta reforma, facultaba al acreedor para dar por vencida la totalidad de la deuda y reclamar 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 plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el registro”.

Desde la vigencia de la Ley 1/2013, el indicado art. 693.2 LEC sólo faculta al acreedor para dar por vencida la totalidad de la deuda “si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución”.

El motivo de la reforma introducida por la Ley 1/2013 fue, como se expone en el preámbulo, es «aliviar la situación de los deudores hipotecarios» que contrataron un

⁸² CALLEJO CARRIÓN, S. *La pretensión de la ejecución hipotecaria*. Tesis doctoral. UNED. Madrid 2013. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Scallejo/Documento.pdf> / <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=37754>.

préstamo hipotecario para adquirir su vivienda y, por la crisis económica, se ven en dificultades para realizar los pagos a los que se obligaron⁸³.

Bien es cierto que la Ley 1/2013 ya estaba a punto de concluir su trámite parlamentario cuando se dictó la referida sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, que consideró que la imposibilidad de plantear en el procedimiento de ejecución hipotecaria un motivo de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas no se ajustaba a la Directiva 93/13/CEE, por lo que se aprovechó la ocasión para adecuar la normativa de dicho procedimiento a los requerimientos del derecho comunitario.

3. El vencimiento anticipado por impago de menos de tres plazos mensuales tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

La Ley 1/2013, al contrario que respecto de los intereses moratorios, no estableció ningún régimen transitorio en relación con la nueva regulación del vencimiento anticipado y tampoco previó su aplicación retroactiva a escrituras de préstamo o crédito hipotecario otorgadas con anterioridad a la misma, por lo que la exigencia del impago de un mínimo de tres plazos mensuales para el vencimiento anticipado del nuevo art. 693.2 LEC solo resultaría aplicable a las escrituras que se hubiesen otorgado en fecha posterior a la entrada en vigor de dicha ley, no estando las escrituras anteriores afectadas por la redacción actual del precepto sino por la anterior, que permitía el vencimiento anticipado, como se dijo, por el impago de una sola cuota⁸⁴.

Obviamente, en las escrituras de préstamo posteriores a la Ley 1/2013 ya no se contempla el vencimiento anticipado del crédito por el impago de menos de tres cuotas, pero en las anteriores sí, aunque, en la práctica, vigente la nueva ley y constando en la

⁸³ PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M. E. y MOYA FERNÁNDEZ, A. J. *Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios*. ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ 35-2013. Pág. 62. <http://docplayer.es/493873-Nueva-normativa-de-proteccion-de-deudores-hipotecarios.html>.

⁸⁴ Acuerdo de unificación de criterios adoptado por la Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia de 24 de mayo de 2013: «5) Las previsiones legales sobre el contenido de la escritura de constitución de hipoteca (...) en lo relativo al convenio sobre vencimiento anticipado (art. 693.2º LEC), habrán de entenderse sólo aplicables a las escrituras otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley».

escritura anterior el pacto de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota, las ejecuciones hipotecarias no se inician antes del impago de tres o más, ya que el carácter abusivo de dicha cláusula, al margen de que no les sea aplicable la nueva ley, debe valorarse, como se dijo anteriormente, según las circunstancias del caso⁸⁵.

Aun así, la cuestión no resultó tan pacífica como se auguraba.

El auto de Sección 11 de la Audiencia Provincial de Valencia Nº 208/2014, de 15 de octubre (JUR 2015/17048), ante el pacto de vencimiento anticipado por “el impago de dos o más cuotas en las cuantías, plazos y fechas estipuladas para ello”, consideró abusiva dicha cláusula al entender que suponía un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor y no suponía un incumplimiento grave, resultando manifiestamente desproporcionada (cfr. art. 85.4 TRLGDCU y art. 3 Directiva 93/13).⁸⁶

Entiende dicho auto que, en la actualidad, el vencimiento anticipado sólo es factible ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos, de acuerdo con el art. 693.2 LEC en su redacción por la Ley 1/13, que si bien no es aplicable al caso sí debe servir de pauta legal orientativa, habiéndose manifestado también en el mismo sentido las sentencias de la misma Audiencia Provincial de Valencia de 16 de junio de 2014, de la Sección 7, y de 2 de junio de 2014, de la Sección 11, así como los autos de 22 de abril de 2014, 28 de julio de 2014 y 24 de septiembre de 2014 de esta misma Sección. También se pronunciaron a favor de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado la sentencia Nº 182/2014, de 11 septiembre (JUR 2014\272560),

⁸⁵ La Conclusión 7ª de la Jornada del CGPJ de 8 de mayo de 2013 expone: «En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula».

⁸⁶ MONTANER BASANTA, J. M. . ¿Cuándo la Cláusula de Vencimiento o Resolución Anticipada es considerada Abusiva? EME ABOGADOS 18/11/2013.<https://emeabogados.wordpress.com/2013/11/18/cuando-la-clausula-de-vencimiento-o-resolucion-anticipada-es-considerada-abusiva/>.

de la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Alicante y el auto de 5 junio de 2014, AC 2014\1235, del Juzgado de Primera Instancia N° 50 de Barcelona⁸⁷.

El referido auto –luego aludiremos a la sentencia del TJUE de 15 de junio de 2015– ya entendía que, siendo inaplicable la cláusula de vencimiento anticipado, ha de serlo independientemente del uso que se haga de la misma, pues no cabe sostener que es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento y, al mismo tiempo, no apreciar tal nulidad porque el deudor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, ya que, como ha puesto de manifiesto el TJUE, cuando una cláusula es nula no procede moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta. Dicha resolución rechaza la demanda de ejecución hipotecaria y, al amparo del art. 564 LEC, remite a la parte ejecutante al proceso declarativo correspondiente a la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable ejecutado.

Un sector judicial entiende, como el auto al que nos hemos referido, que si la cláusula es nula, debe tenerse por no puesta, independientemente de que la entidad financiera espere el impago de más de dos cuotas para interponer la demanda, ya que la cláusula es como si no existiera, mientras que otro sector considera que, aunque la cláusula sea nula, si la entidad financiera ejecutante ha esperado el impago de un número significativo de cuotas, la ejecución ha de seguir adelante teniendo por vencido el préstamo ya que el incumplimiento de la obligación de pago es considerado grave.

En este último sentido, la sentencia N° 182/2014, de 11 septiembre (JUR 2014\272560), de la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Alicante, antes citada, entiende que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a la pretensión de condena de la demanda porque la resolución del contrato instada por la entidad financiera está basada en la continuada falta de pago de las cuotas de amortización, y ello, independientemente de la nulidad de la cláusula, representa un

⁸⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, P. *Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario*. CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. 11/02/2015. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Abusividad-de-la-cl%C3%A1usula-de-vencimiento-anticipado-en-pr%C3%A9stamo-hipotecario.pdf>

incumplimiento grave de las obligaciones de la parte demandada que justifica la resolución contractual instada por la entidad financiera”.

4. Cláusulas que afectan a la ejecución por contravención de cualquier norma imperativa. La abusividad, en este caso, de la cláusula de vencimiento anticipado.

Existen, asimismo, diversas sentencias que consideran abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas pactadas con anterioridad a la Ley 1/2013 aún en el caso de que la ejecución posterior a dicha norma se inicie tras el impago de tres o más cuotas, pero la abusividad proviene, en este caso, del hecho de que dichas cláusulas contravienen normas imperativas⁸⁸. Bien es cierto que existen otras resoluciones que niegan tal abusividad⁸⁹.

El art. 82.4.b TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que limitan los derechos del consumidor y, en relación con las cláusulas abusivas por limitar los derechos del consumidor, el art. 86 siguiente dispone que son abusivas en todo caso las que limiten los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas. El art. 6.3

⁸⁸Entre las resoluciones que se decantan por tal abusividad figuran la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid 242/2013, de 26 de julio (ROJ SAP M 12691/2013), el auto de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Córdoba 53/2014, de 13 de febrero (ROJ AAP CO 42/2014), la sentencia de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Castellón 72/2014, de 26 de febrero (ROJ SAP CS 262/2014), la sentencia de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Pontevedra 175/2014, de 14 de mayo (ROJ SAP PO 448/2014), la sentencia de la Sección 6 de la Audiencia Provincial de Asturias 135/2014, de 9 de junio (ROJ AP O 1596/2014), las sentencias del Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013 (ROJ SJM B 21/2013) y de 5 de mayo de 2014 (ROJ SJM B 85/2014) y los autos del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Fuenlabrada de 14 de junio de 2014 y de 14 de julio de 2014 (ROJ AJPI 10/2014).

⁸⁹ Como las sentencias de la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid 116/2014, de 27 de marzo y la de la Sección 25 del mismo tribunal 479/2013, de 21 de noviembre y el auto del Juzgado de Primera Instancia de León 192/2015, de 14 de julio de 2015 y, por la forma de su aplicación, el auto de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona 13/2014, de 27 de enero y las sentencias de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Valladolid 75/2014, de 24 de marzo y de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Zaragoza 94/2014, de 16 de abril.

del Código Civil, por su parte, determina la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas⁹⁰.

Plenamente vigente, el artículo 693.2 LEC, tras la modificación por la Ley 1/2013, dispone que «podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales... y este convenio constase en la escritura de constitución».

La norma anterior tiene plena naturaleza sustantiva, aunque está mal ubicada —a menos que se interprete, en contra de la finalidad señalada en el Preámbulo de la Ley 1/2013 y la doctrina del TJUE, que la norma es solo una condición de procedibilidad para la ejecución hipotecaria y que el prestamista podría acudir a la ejecución ordinaria de títulos no judiciales por incumplimientos inferiores y tampoco puede interpretarse que podrá entenderse vencido el crédito sin acción para poder ejecutarlo⁹¹—, y una cláusula que prevé el vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas (o por el primer impago, o por cualquier impago...) contraviene esta norma imperativa, limitativa de la libertad de pactos en protección del prestatario.

Las citadas resoluciones entienden que debe aplicarse la nueva ley cuando se ejercite la facultad de vencimiento anticipado con posterioridad a su entrada en vigor y, además, que, por retroactividad tácita y por la finalidad de la reforma, hay que interpretar que las cláusulas de vencimiento pactadas con la ley anterior pueden quedar afectadas por la nueva regulación si no la cumplen. Por otra parte, como ya se apuntó, la lógica de la reforma no puede ser el mantenimiento de una cláusula sin posibilidad de ejercitar la facultad de vencimiento conforme a la misma.

⁹⁰ Salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

⁹¹ En este sentido se argumenta exhaustivamente en el auto del Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Fuenlabrada de 14 de julio de 2014 (Ejecución hipotecaria N° 254/2014), fundamento de derecho segundo (ROJ AJPI 10/2014).

5. Ineficacia procesal hipotecaria de la cláusula no adaptada.

Además, el nuevo art. 693.2 LEC impone el requisito de que el pacto de vencimiento anticipado por impago de al menos tres cuotas conste en la escritura de constitución, lo que supone una condición legal para que cualquier cláusula de vencimiento anticipado tenga eficacia procesal en la ejecución hipotecaria.

Aunque la obligación de acomodación de los contratos por nulidades sobrevenidas se ha impuesto por la jurisprudencia en otros ámbitos, según resoluciones de la DGRN, la reforma por la Ley 1/2013 no obliga a modificar las escrituras de constitución anteriores, siendo inscribibles las novaciones o modificaciones de préstamos hipotecarios sin necesidad de acomodar las anteriores cláusulas de vencimiento anticipado si estas no son afectadas específicamente por el nuevo negocio⁹², considerando que «si las partes convinieron en la escritura inicial el vencimiento anticipado por falta de pago de una sola cuota, con mayor razón pretendieron convenirlo por falta de pago de tres», pero este argumento de la sanación de la cláusula por la voluntad presunta de las partes no atiende debidamente a las peculiaridades del proceso de contratación con condiciones generales y, en cualquier caso, no es sistemático porque la nulidad es, como principio, insanable y la convalidación requeriría un nuevo hecho —modificación de la cláusula— que se sumara al supuesto de hecho que se consideraba nulo⁹³.

En efecto, puede ser perturbador, como considera alguna doctrina, exigir la adaptación de las escrituras a la nueva norma, pero no es menos perturbador el ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de larga duración sobre la vivienda habitual de los prestatarios sin cumplir todas las formalidades que dan acceso a un proceso de ejecución singularmente expeditivo, formalidades cuyo cumplimiento también interesa en la normativa de protección de los consumidores.

⁹² Resoluciones de la DGRN de 24/02/2014 (BOE N° 103, de 29 de abril de 2014) y de 2/04/2014 (BOE N° 109, de 5 de mayo de 2014).

⁹³ La propia resolución de la DGRN de 24/03/2014 (BOE N° 80, de 2 de abril de 2014) asume la inderogabilidad por voluntad de las partes de los requisitos añadido por la Ley 1/2013.

6. Imposibilidad de integración.

En principio, cabría plantearse la nulidad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado con sustitución cuantitativa del número mínimo de impagos, es decir, acudir a la nueva norma infringida para recomponer la cláusula de vencimiento anticipado antes que acudir al Derecho dispositivo, pero no es posible aplicar la norma imperativa en modo sustitutivo si las partes no han convenido en la adaptación de la escritura porque se mantendría la ineficacia procesal a la que hemos aludido.

Pero es que, además, en las nulidades del Derecho del consumo opera la doctrina de la nulidad eliminatoria que impide integrar las cláusulas abusivas cuando el préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado⁹⁴ —art. 83 TRLGDCU en su redacción por la Ley 3/2014, de 27 de marzo—

De igual manera, tampoco puede convalidarse la cláusula con un comportamiento moderado del acreedor que esperara varios vencimientos, pues la automoderación solo evita la nulidad del acto jurídico potestativo de hacer perder el beneficio del plazo al prestatario, pero ello no sana la ineficacia, sustantiva y procesal, de la cláusula.

7. Efectos de la ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado.

Esa ineficacia sustantiva o procesal de la cláusula de vencimiento anticipado en el ámbito hipotecario nos sitúa en el art. 693.1, párrafo primero, LEC por incumplimiento de al menos tres cuotas y con reclamación limitada a la parte impagada de capital o intereses.

El art. 127 de LH reconoció el derecho de ejecutar la hipoteca para reclamar el pago de plazos vencidos e impagados pero subsistiendo la hipoteca en garantía de los plazos no vencidos y, luego, la LEC exigió que la estipulación constara en el Registro. Sin embargo, la última reforma retorna al criterio inicial con el derecho de ejecutar la hipoteca para reclamar plazos vencidos y sin necesidad de pacto expreso al respecto. No

⁹⁴ En este sentido, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt.

obstante, la ley ordena al Notario que haga constar tal extremo en la escritura, a modo de advertencia expresa de un aspecto concreto del régimen legal vigente que no requiere convenio alguno —a diferencia del vencimiento anticipado—. Esta prescripción solo es una norma dirigida al notario para que informe en la escritura acerca de la ejecutabilidad por tres impagos.

Consecuentemente, si la demanda ejecutiva se funda tanto en los vencimientos anteriores como en los anticipados, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado ha de influir en la cuantía de la ejecución, la cual procedería continuar con la “no” aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado —artos. 561.1-3ª y 695.3, párrafo segundo, LEC—, es decir, exclusivamente, por el principal e intereses de las cuotas vencidas y por las cuotas e intereses que vayan venciendo durante la ejecución, lo que, obviamente, no provocaría la extinción de la garantía.

8. El vencimiento anticipado en el auto del TJUE de 11 de junio de 2015.

Sostenida esta doctrina, entre otras, por las resoluciones que se mencionaron, el TJUE ha dictado un auto de fecha 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13) resolviendo la cuestión prejudicial de interpretación formulada por el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Santander sobre las consecuencias de la consideración como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario que permite reclamar la devolución total de préstamo por el impago de una parte de una única cuota.

La duda del juez español se centra en la consideración de si la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que dicha cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula.

El Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Santander considera que la cláusula del contrato de préstamo hipotecario que prevé el vencimiento anticipado del préstamo en

caso de retraso en el pago de las cuotas constituye una cláusula abusiva, lo que fundamenta en el hecho de que la citada estipulación contractual no prevé un número mínimo de plazos mensuales de retraso en el pago antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado, siendo así que el artículo 693.2 LEC establece un retraso mínimo de tres plazos mensuales.

La resolución del TJUE establece que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, "la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal y como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores".

Consecuentemente, con el fin de garantizar el efecto disuasorio del art. 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva —en el sentido del art. 3.1 de dicha Directiva— no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

Recuerda la resolución que comentamos que, en virtud del referido art.3.1 de la Directiva 93/13, una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor y un profesional y que, por otro lado, el art. 4.1 de la misma Directiva precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Concluye el auto del TJUE deduciendo, de todo lo anterior, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado resulte contraria al artículo 693.2 LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula y, por otro lado, que teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante

entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en el contrato, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo; en este sentido, la circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.

Por lo tanto, la Directiva 93/13 deberá interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del art. 3.1 de dicha Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que dicha cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

CONCLUSIONES

Refiriéndose el trabajo a “la protección del hipotecante frente a las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario” y analizadas desde tal perspectiva resoluciones judiciales y normativas nacionales y comunitarias, especialmente la Directiva 93/13/CEE, se constata su repercusión en nuestros textos legales y en la práctica de nuestros tribunales de la forma que se expone en las conclusiones que siguen.

Primera.-

En 1909 se reguló un trámite de ejecución de los créditos hipotecarios, el denominado procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, que favorecía el crédito en detrimento de las garantías procesales del ejecutado.

Posteriormente, la ejecución sobre bienes inmuebles hipotecados fue regulada en la vigente LEC, artos. 681 a 698, que mantenía sustancialmente el régimen anterior en relación con la limitación de causas de oposición a la ejecución hipotecaria y con los supuestos de suspensión, por lo que la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 declaró que no se ajustaba a la normativa de protección de los consumidores derivada de la Directiva 93/13/CEE en cuanto no permitía alegar la nulidad de las cláusulas abusivas.

A día de hoy, introducida por la Ley 1/2013, figura en la LEC, entre las causas de oposición, “el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”.

Segunda.-

La modificación de la LEC por la Ley 1/2013 hizo posible que en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria exista un control de oficio por el juez para apreciar cláusulas abusivas en el título ejecutivo antes de su ejecución, pudiendo suspenderla.

A la vista de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, dicho control se entiende más como una obligación que como una facultad, debiendo el juez, también, disponer la práctica de las pruebas que considere necesarias para determinar la abusividad o no de las cláusulas, incluso antes de admitir a trámite la demanda ejecutiva, si bien teniendo como límite el derecho de defensa del profesional, que tiene obligación de garantizar.

Los notarios y los registradores de la propiedad, como funcionarios públicos, también deben ejercer el control de las cláusulas para calificarlas como abusivas o no, habiendo determinado la jurisprudencia y la DGRN que deben rechazar las cláusulas financieras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias del caso en concreto.

La eficacia del control de estos funcionarios es cuestionada, entendiéndose que no existe un adecuado control notarial y registral de cláusulas abusivas. En todo caso, el hecho de que la hipoteca se constituya en escritura pública y su inscripción sea constitutiva no protege al consumidor de la inclusión de cláusulas abusivas.

Tercera.-

A raíz de la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, declarada la abusividad de una cláusula, se suprime la posibilidad de integrar el contrato con arreglo a lo dispuesto en la normativa de derecho interno para garantizar al consumidor una protección más eficaz de acuerdo con la Directiva 93/13 y con la normativa desarrollada a partir de ella.

El reciente auto de 11 de junio de 2015 del TJUE declara la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación la cláusula abusiva, no estando facultados para modificar su contenido.

El efecto que surge de la abusividad de una cláusula es, pues, su inmediata nulidad y, por ello, la imposibilidad de integrar dicha cláusula en el contrato.

Cuarta.-

El art. 114 de la Ley Hipotecaria, en su redacción por la Ley 1/2013, establece que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, limitación que no se aplica al resto de préstamos o créditos hipotecarios.

Con referencia a los intereses moratorios, la doctrina del Tribunal Europeo había señalado que la interpretación del carácter abusivo o no de estas cláusulas debe realizarse apreciando si la cláusula en particular puede producir un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor que vulnere el artículo 3.3 de la Directiva 13/93, que considera como tales las cláusulas que impongan una indemnización desproporcionada a éstos para el caso de que incumplan sus obligaciones.

La sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 del TJUE vino a decir que la limitación del interés moratorio de la LH no ha de excluir la posibilidad de declarar la abusividad de una cláusula aun en el caso de que no se supere el límite de tres veces el interés legal del dinero.

El auto de 11 de junio de 2015 del TJUE resolvió que, considerada abusiva una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, los jueces no deben recalcular el interés de demora, debiendo limitarse a no aplicar la cláusula, sin poder modificarla.

Dicha resolución aclara que la Directiva 93/13 se opone a la norma de Derecho nacional que atribuye al juez la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula declarada abusiva, precisando que, si bien es cierto que se ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, tal facultad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad.

En definitiva, la Directiva 93/13 no se opone a las normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario,

siempre que la aplicación de tales normas nacionales no prejuzgue la apreciación del carácter abusivo de la cláusula por parte del juez y que no le impida a éste dejar sin aplicar la cláusula en caso de que la considerase abusiva.

Quinta.

Las cláusulas suelo, como regla general, no están sujetas al control de abusividad, pero sí están sometidas a un doble control de transparencia: si la información que se facilita resulta suficiente para el adherente y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que declaró nulas, por abusivas, las cláusulas suelo, lo hizo sin carácter retroactivo, para no trastocar el orden público económico, declarando doctrina en este sentido.

La aplicación de este pronunciamiento a casos individualizados, cuando se había ejercitado una acción colectiva, generó dudas en la llamada jurisprudencia menor, viéndose obligado el Tribunal Supremo, en la posterior sentencia de 25 de marzo de 2015, a unificar doctrina en el sentido de que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia anterior, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo, siendo irrelevante la naturaleza de la acción ejercitada, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado a partir de la fecha de publicación de aquélla sentencia, esto es, a partir del de 9 de mayo de 2013.

Dicha resolución acaparó múltiples críticas y fue tachada de incongruente, continuando la polémica, motivada fundamentalmente por un voto particular que ofrece la posibilidad de que se plantee el correspondiente recurso ante el TJUE, tanto al amparo de la doctrina de la sentencia de este tribunal de 14 de junio de 2012 como por infracción de la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar.

Sexta.-

Las cláusulas por las que se faculta al banco a declarar vencido el préstamo y reclamar la totalidad del importe adeudado, si bien generan un desequilibrio en

perjuicio del prestatario al privarle del beneficio del plazo y enfrentarle a una deuda difícilmente asumible, son, en principio, válidas, en aplicación de la autonomía de la voluntad, salvo en el caso de que no exista verdadero consentimiento por parte del deudor.

A partir de 2010, siguiendo las directrices marcadas por la normativa europea y del TJUE, nuestros juzgados comienzan a considerarlas abusivas y a declararlas nulas en atención a varios criterios, siendo el más habitual el criterio temporal, donde se valoran las circunstancias relativas a la duración del préstamo, al número de cuotas impagadas y al tiempo durante el cual se pagó con normalidad.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 declaró que para que no deba considerarse abusiva esta cláusula deben cumplirse dos requisitos: Que el consumidor incumpla una obligación esencial y que el incumplimiento sea suficientemente grave.

La Ley 1/2013 incorporó esta doctrina a nuestro ordenamiento dando nueva redacción al art. 693 LEC, que antes facultaba al acreedor para dar por vencida la totalidad de la deuda si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos y ahora exige la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, si bien no se estableció ningún régimen transitorio, lo que dio lugar a que la cuestión no resultase tan pacífica como se preveía sobre todo en relación con las ejecuciones de títulos anteriores no ajustados a la nueva ley que se inician tras la entrada en vigor de ésta.

Finalmente, se plantea al TJUE la cuestión de si, cuando un juez haya constatado el carácter abusivo de una cláusula, la circunstancia de que la misma no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que se deduzcan todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula, que se resuelve por auto de 11 de junio de 2015 del tribunal comunitario en el sentido de que las prerrogativas del juez que constata la existencia de una cláusula abusiva no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

Concluye el auto, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado resulte contraria al artículo 693.2 LEC no permite por sí solo

llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula y, por otro lado, que teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante, incumbe al juez comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en el contrato, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo; en este sentido, la circunstancia de que la cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.

Séptima.-

Finalmente, hay que poner de manifiesto que, en relación con la situación de los deudores hipotecarios, desde el inicio de la crisis económica se han dictado diversas normas y producido resoluciones judiciales que merecen ser relacionadas, destacando sus efectos.

El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, que incrementó el salario inembargable tras la ejecución hipotecaria.

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que introdujo el Código de Buenas Prácticas, al que pueden adherirse las entidades de crédito.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, que declara que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajusta a la normativa de protección de los consumidores, vulnerando la Directiva 93/13/CEE al no garantizarles protección suficiente frente a cláusulas abusivas de las hipotecas.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que trató de solucionar, sin el éxito esperado, la problemática suscitada por la sentencia del TJUE

modificado la LEC para permitir que se califiquen las cláusulas abusivas, de oficio por el juez o por el deudor en la oposición a la ejecución.

La sentencia del TJUE, de 17 de julio de 2014, que declaró que la reforma de la ley hipotecaria vulnera los derechos humanos, siendo contraria al art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, y a la Directiva 93/13.

Tras las reformas legales producidas, esta última resolución del TJUE estima insuficiente el sistema procesal español de ejecución hipotecaria, exponiendo que se ha acentuado la situación de inferioridad en la que están las personas consumidoras frente a los profesionales a causa de la reforma de la Ley 1/2013.

Se considera que en España no hay medios eficaces para eliminar las cláusulas abusivas.

Además, que la oposición en la ejecución hipotecaria es contraria al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, integrante del principio de tutela judicial efectiva, corolario del concepto mismo de proceso justo.

Asimismo, que las modalidades procesales de las acciones basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a las personas consumidoras resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de las cláusulas abusivas incluidas en las hipotecas.

BIBLIOGRAFÍA

ADICAE. *¿Controlan realmente notarios y registradores los contratos para evitar que haya cláusulas abusivas?* 20/02/2015. En <http://usuariosdebancayseguros.adicae.net/?articulo=2737>

AGÜERO ORTIZ, A. *Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios son abusivos: ¡preparémonos para los intereses ordinarios que vienen!* CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. 12/05/2015. En <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/58.pdf>

ALEMANY CASTELL, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. *El consumidor y los intereses.* EL DERECHO.COM, 5/11/2012. En http://www.elderecho.com/civil/consumidor-intereses_11_468055004.html

ALMENAR BELENGUER, M. *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria.* Madrid 8 de mayo de 2013. Web Poder Judicial España, 23/05/ 2013. Acta y conclusiones de la Jornada sobre cláusulas abusivas en contratos hipotecarios tras la jurisprudencia del TJUE. Pág. 11. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/En_Portada/Acta_y_conclusiones_de_la_Jornada_de_Jueces_y_Magistrados_sobre_sobre_clausulas_abusivas_en_los_contratos_hipotecarios_tras_la_jurisprudencia_del_TJUE

ARCAS SARIOT, M. J. *La cláusula de vencimiento anticipado.* MUNDO JURÍDICO.INFO. 8/06/2014. En <http://www.mundojuridico.info/la-clausula-de-vencimiento-anticipado/> - La cláusula de vencimiento anticipado.

BALLUGERA GÓMEZ, C. Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general. *Diario La Ley*. 2014, Nº 8330.

BALLUGERA GÓMEZ, C. *El juez no puede integrar la cláusula de interés de Demora que ha declarado nula por abusiva.* WWW. NOTARIOS Y REGISTRADORES.COM.

En <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-intereses-demora-juez-no-integrar.htm>.

BALLUGERA GÓMEZ, C. *El Tribunal Supremo declara nulos los intereses de demora del 21,8% y los sustituye por los remuneratorios*. NOTARIOS Y REGISTRADORES. 19/05/2015. En <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-los-remuneratorios/>

CALLEJO CARRIÓN, S. *La pretensión de la ejecución hipotecaria*. Tesis doctoral. UNED. Madrid 2013. En <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Scallego/Documento.pdf>. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=37754>.

CENTENO HUERTA, S. *El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. EL DERECHO.COM, 1/06/2013. En http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html.

CIENFUEGOS MATEO, M. “*Capítulo VII: Ordenamiento jurídico comunitario: Ampliación – III. La cuestión prejudicial y la cooperación entre el Tribunal de Justicia y el juez interno*”. En OLESTI RAYO, A. (coord.). “*Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*”. Barcelona. Ariel, 2011.

CUENA CASAS, M. *Defensa colectiva de los consumidores y protección de datos personales*. BLOG ¿HAY DERECHO? 15/10/2014. En <http://hayderecho.com/2014/10/15/defensa-colectiva-de-los-consumidores-y-proteccion-de-datos-personales/>

DÍEZ GARCÍA, H. Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del art. 114.III LH y de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo). En: Silvia Díaz Alabart (Directora).

La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE). 1ª ed. Madrid, Ed. Reus, S.A.

DÍEZ GARCÍA, H. “Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas” en “*Acceso a la vivienda y contratación*”, dir. PARRA LUCÁN, M. A.; edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DIEZ GARCÍA, H. “Igualdad de armas y tutela judicial efectiva en el art. 695.4 LEC tras el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre: crónica de una reforma legislativa anunciada (de los AATC 70/2014; 71/2014; 112/2014 y 113/2014 a la STJUE de 17 de junio de 2014)”. *Derecho privado y Constitución*. 2014, Nº 28.

GIMENO SENDRA, V. “Las cláusulas abusivas”. *Diario La Ley*, 3286/2013, núm. 8116.

ESTRADA ALONSO, E. y FERNÁNDEZ CHACÓN, I. *El futuro de la ejecución hipotecaria tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2013. Nº 737.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. “*La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2014. Nº 741.

GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, F. *Las cláusulas abusivas y los criterios generales de abusividad*. EL DERECHO.COM, 4/11/2014. En http://www.elderecho.com/tribuna/civil/clausulas-abusivas-criterios-generales-abusividad_11_743305003.html

GONZÁLEZ PACANOWSKA, D. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*. Ed. Aranzadi. Septiembre de 2009. BIB 2009\2171.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. *Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario*. CENTRO DE ESTUDIOS DE CONSUMO UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. 11/02/2015. En

<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Abusividad-de-la-cl%C3%A1usula-de-vencimiento-anticipado-en-pr%C3%A9stamo-hipotecario.pdf>

MONTANER BASANTA, J. M. *¿Cuándo la Cláusula de Vencimiento o Resolución Anticipada es considerada Abusiva?* EME ABOGADOS 18/11/2013. **En** <https://emeabogados.wordpress.com/2013/11/18/cuando-la-clausula-de-vencimiento-o-resolucion-anticipada-es-considerada-abusiva/>

MÚRTULA LAFUENTE, V. *“La protección frente a las cláusulas Abusivas en préstamos y créditos”*. Madrid. Ed. Reus, 2012.

MÚRTULA LAFUENTE, V. *La prestación de intereses*. MCGRAW-HILL. Madrid, 1999.

PULGAR EZQUERRA, J. *Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria*. Madrid 8 de mayo de 2013. Web Poder Judicial España, 23/05/ 2013. Acta y conclusiones de la Jornada sobre cláusulas abusivas en contratos hipotecarios tras la jurisprudencia del TJUE. Pág. 12. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/En_Portada/Acta_y_conclusiones_de_la_Jornada_de_Jueces_y_Magistrados_sobre_sobre_clausulas_abusivas_en_los_contratos_hipotecarios_tras_la_jurisprudencia_del_TJUE

PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M. E. y MOYA FERNÁNDEZ, A. J. *Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios*. ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ 35-2013. En <http://docplayer.es/493873-Nueva-normativa-de-proteccion-de-deudores-hipotecarios.html>.

RODRÍGUEZ CARO, M. V. *El Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores y usuarios*. NOTICIAS JURÍDICAS. 20/07/2015. **En** <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10371-el-ministerio-fiscal-en-defensa-de-los-consumidores-y-usuarios-las-ldquo;preferentesrdquo;-y-la-ldquo;clausula-suelordquo;/>

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. “Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores: análisis y propuestas por una adecuada conciliación de los intereses en juego”. Madrid. Ed. Tecnos, 2013.

SEDA HERMOSÍN, M. A. *Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria. Últimas novedades*. Conferencia pronunciada en la sede de Sevilla del Colegio Notarial de Andalucía el 24 de noviembre de 2014. En <http://andalucia.notariado.org/?do=noticias.viewNew&option=noticias&id=12147>.

SERRA DOMÍNGUEZ, A. “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. En REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.) *Derecho privado de consumo*. 2ª. Ed. Valencia. TIRANT LO BLANCH, 2005.