



**Facultad de Derecho**  
Grado en Derecho: Curso 2015-2016  
Convocatoria: junio 2016

---



# **Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios**

Autor: Víctor Rodríguez Ortega  
Tutor: Albert Ruda González

## ÍNDICE GENERAL

1. Introducción .....	3
2. Concepto de consumidor .....	7
3. Concepto de cláusula abusiva .....	10
4. La reforma del art. 12 LH introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de regulación del Mercado Hipotecario .....	15
5. Problemas en la transposición de la Directiva 93/13/CEE al Derecho Nacional.....	20
6. La STJUE del 14 de marzo de 2013 (Mohamed Azis contra CatalunyaCaixa).....	24
7. El contrato de préstamo garantizado con hipoteca como contrato de consumo .....	27
8. Adecuación del procedimiento ejecutivo sobre bienes hipotecados al derecho de la UE ....	29
9. Cláusulas abusivas.....	33
9.1. Intereses de demora desproporcionados.....	33
9.2. Intereses remuneratorios excesivos.....	34
9.3. Redondeo al alza del tipo de interés .....	37
9.4. Cláusula suelo: inconformismo de nuestros Tribunales con la irretroactividad declarada por el TS.....	37
9.5. Vencimiento anticipado por impago de una cuota .....	40
9.6. Vencimiento anticipado por embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia.....	43
9.7. Vencimiento anticipado por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad .....	43
9.8. Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias.....	44
9.9. Prohibición de arrendar el bien sin consentimiento del acreedor .....	44
9.10. Prohibición de enajenar o gravar la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor.....	46
9.11. Cláusula que impide la cancelación parcial de la hipoteca de varias fincas cuando se pague la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas .....	47
10. Control de las cláusulas abusivas .....	49
10.1. Control previo por Notarios y Registradores .....	49
10.2. Apreciación judicial de oficio antes de despachar ejecución.....	50
10.3. Oposición del ejecutado por cláusulas abusivas.....	52
10.4. Medidas cautelares si el ejecutado inicia un Juicio declarativo por causa de oposición que no puede invocar en el proceso de ejecución .....	52
11. Conclusiones .....	55
12. Bibliografía .....	58

## 1. Introducción

Una de las más claras consecuencias de la actual situación de crisis económica es el aumento exponencial de los procesos de ejecución hipotecaria, que suele terminar no sólo con la pérdida del bien hipotecado, normalmente la vivienda habitual, sino que dejan al ejecutado con una deuda pendiente de pago frente a la entidad bancaria que en muchas ocasiones asciende a una cantidad superior al 40% de la deuda inicial. Esta situación trae causa en el hecho de que al importe del préstamo impagado ha de añadirse el de los intereses moratorios y costas procesales, conceptos en cuya liquidación se produce un claro abuso de derecho de la entidad acreedora ante la situación de pasividad del deudor hipotecario, al que entendemos el órgano judicial ha de tutelar de oficio.

En fechas recientes ha surgido un debate acerca de la conveniencia de que el deudor hipotecario responda por la deuda contraída sólo con el bien hipotecado (dación en pago) y no con los demás bienes de su patrimonio. Dicho en otros términos, se ha reflexionado sobre la idoneidad de que la responsabilidad quede limitada al valor del bien hipotecado, de manera que, ante la insuficiencia de éste para cubrir el importe de la deuda garantizada con la hipoteca, no pueda el acreedor perseguir los demás bienes del deudor, derogando la regla de la responsabilidad patrimonial universal establecida por el art. 1911 CC. No obstante, el motivo que ha desencadenado la alarma social es la posibilidad del acreedor hipotecario, a falta de postores, de adjudicarse el bien objeto de subasta ofreciendo el 60% o el 50% del tipo de la subasta, según se trate o no respectivamente de su vivienda habitual. Sin embargo, hay un elemento que ha pasado desapercibido en el actual debate y que contribuye a incrementar sustancialmente la cuantía de la deuda, cuales son los intereses de demora<sup>1</sup>, que suelen oscilar dentro de una horquilla del 18% al 30%. A esto se une la posibilidad contemplada en el art. 692.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8-1-2000) (en adelante LEC) de dar por vencida la totalidad del préstamo en caso de impago de sólo algunos plazos. Es decir,

---

<sup>1</sup> Así a modo de ejemplo, en los autos de EJH seguidos en el JPI núm. 1 de La Bisbal d'Empordà (Girona), bajo núm. 549/08 la propuesta de liquidación de intereses presentada por la entidad bancaria aplica un tipo del 20,5%, arrojando un resultado de 49.246,51 euros, lo que equivale a más de un 30 % del principal reclamado, que ascendía a 168.945,68 euros, ello en un periodo que comprende desde el 10/04/2008, (fecha de admisión de la demanda) al 01/07/2009, (fecha de la subasta). Asimismo en los autos de EJH seguidos en ese mismo Juzgado bajo núm. 277/10, la entidad ejecutante propone una liquidación que aplica un tipo del 20% arrojando un resultado de 54.130,51 euros, lo que equivale a casi un 41 % del principal reclamado, que asciende a 129.135,67 euros, ello en apenas dos años. En igual sentido en los autos de EJH NÚM. 429/10 seguidos en el Juzgado de referencia, la entidad acreedora aplica un tipo del 23% anual arrojando un total de intereses de 61.953,03 euros en un periodo de apenas 18 meses; y en los autos de EJH 597/09 se propone la aplicación del tipo del 19%, arrojando un resultado de 167.911,32 euros en apenas dos años, lo que equivale a casi un 39% del principal reclamado, que asciende a 412.062,30 euros

que si se dejan de pagar algunas cuotas, el banco puede reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e interese ordinarios y, además, exigir intereses de demora también por la totalidad del préstamo si así se ha pactado.

Es importante recordar la importancia de la labor del órgano judicial en la medida en que su principal obligación reside en garantizar los derechos fundamentales y sociales de las personas y, de forma especial atender a la población más vulnerable.

Junto al parámetro de la legalidad como vinculación técnica ineludible, debe insistirse en el de la legitimidad, de forma que junto a la norma positiva deben ser de igual aplicación los principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico plasmados en la CE, particularmente los de igualdad y justicia

No dudamos de la aplicación del sistema de ejecución hipotecaria, pero sí de sus excesos derivados de una falta de personación del deudor, pues aun cuando partimos de un contrato que ha sido convenido por ambas partes, no se puede hablar de verdadera igualdad entre ellas, obviando la tremenda asimetría que puede darse entre ambas. En los préstamos con garantía hipotecaria se incluyen frecuentemente cláusulas impuestas unilateralmente por la entidad bancaria e intereses moratorios abusivos. Contratos caracterizados por la ausencia de información básica y la falta de transparencia. Los órganos judiciales no pueden obviar la desigualdad que se encierra en estas situaciones. Pretender esgrimir la libertad contractual obviando la situación de predominio de una de las partes sobre la otra equivale a hacer de la legalidad formal un instrumento para encubrir situaciones de arbitrariedad y abuso de derecho.

Ante situaciones de crisis económica deben reivindicarse las teorías garantistas que inciden en superar las estrechas visiones del principio dispositivo en el ámbito de la justicia civil, promoviendo asimismo la aplicación de las garantías constitucionales que también deben regir este campo, como las de totalidad y efectividad. Así, debe tratarse que la decisión sustancialmente sea la más justa posible. Resolver esta situación conforme a los principios de igualdad y justicia exige la instrumentación de formas complejas alejadas de los procedimientos lineales que acarrear resultados injustos.

La protección del consumidor y usuario es una de las materias jurídico-civiles que ha sido objeto de mayor evolución y regulación en los últimos veinte años<sup>2</sup>. Este refuerzo normativo,

---

<sup>2</sup> En desarrollo del art. 51.1 y 2 CE se promulga la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984). La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial núm. L 095 de 21 de abril de 1993), fue objeto de transposición al derecho nacional con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89,

sin embargo, se ha producido únicamente en el derecho sustantivo, pero no ha tenido un reflejo específico en el derecho procesal, en el cual ha sido principalmente por vía jurisprudencial como se ha ido plasmando esa evolución en la protección del consumidor. Uno de los elementos decisivos al respecto es el de la apreciación de oficio por el Juez del carácter abusivo de las cláusulas firmadas con los consumidores y su compatibilidad con los principios básicos del proceso civil de aportación de parte y dispositivo, sobre todo porque en esta materia resulta relativamente habitual que el consumidor demandado permanezca en rebeldía procesal.

Entendemos que sin necesidad de modificación legislativa alguna pueden mitigarse los excesos que el sistema hipotecario produce sobre el deudor mediante una aplicación de la normativa existente que parta de la situación de inferioridad en la que se encuentra dicho deudor y, concretamente mediante un control de oficio de los intereses de demora liquidados por la entidad acreedora.

En la mayor parte de las ejecuciones hipotecarias el deudor no se persona en el procedimiento y, por tanto una vez que es adjudicado el bien inmueble objeto de ejecución, presentada que es por la entidad acreedora la propuesta de liquidación de los intereses moratorios devengados, aquel no la impugna pese al traslado que le es conferido. Ante esta situación la mayor parte de los órganos judiciales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 714 LEC<sup>3</sup>, aprueban la liquidación de intereses en los términos presentados.

Sin embargo consideramos que el Secretario Judicial debe examinar de oficio la procedencia o no de la aplicación de la cláusula de intereses moratorios contenida en la escritura de préstamo y, el carácter abusivo o no del tipo aplicado y, en el caso de entender que la propuesta de liquidación no se ajusta a lo estipulado o que lo estipulado es abusivo deberá dar cuenta al Juez a los efectos de aprobación de tales intereses en los términos que procedan. Esta interpretación es acorde con lo dispuesto por la STJUE, Sala Primera, 14-06-2012 (Asunto C 618/10, MP: A. Tizzano), conforme a la cual para obtener la nulidad no es necesario acudir a un procedimiento

---

de 14 de abril de 1998), que modificó el tenor originario de la LGDCU. Con posterioridad fue dictada la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y, finalmente se ha dictado el 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 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007) y, más recientemente la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (Diario Oficial de la Unión Europea L 304/64, de 22 de noviembre de 2011), por la que se modifica la Directiva 93/13.

<sup>3</sup> Art. 714 LEC: *“Si el deudor se conforma con la relación de los daños y perjuicios y su importe, lo aprobará el Secretario judicial responsable de la ejecución mediante decreto (.....). Se entenderá que el deudor presta su conformidad a los hechos alegados por el ejecutante si deja pasar el plazo de 10 días sin evacuar el traslado o se limita a negar genéricamente la existencia de daños y perjuicios, sin concretar los puntos en que discrepa de la relación presentada por el acreedor, ni expresar las razones y el alcance de la discrepancia”*

declarativo especial y diferente del posible ejecutivo que se esté desarrollando, supone que *“existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores no formulen la oposición requerida”* sea por los altos costes judiciales, porque ignoran sus derechos, porque el plazo de oposición puede ser muy breve, o por otra causa. En definitiva, el tribunal viene a decir que no se puede exigir un sobreesfuerzo extraordinario al consumidor para defenderse del empresario, que es el que ha predisposto la cláusula que puede ser abusiva. Esto es injusto y puede provocar que la protección al consumidor sea inexistente o de muy bajo nivel en la práctica.

La actualidad del problema y su hondo calado social constituye un incentivo para el autor de estas líneas cuyo objetivo es arrojar un poco de luz sobre las cuestiones más relevantes referentes a cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios

## 2. Concepto de consumidor

El término “consumidor” o “consumidor y usuario” no es unívoco. A la luz del contexto en el que éste se emplee puede responder a una idea o a un significado distinto. Desde un punto de vista estrictamente jurídico el concepto de consumidor tampoco es unitario, por lo que habrá que acudir a cada norma concreta en materia de consumo a fin de conocer quiénes son los sujetos protegidos por la misma.

*"Consumers, by definition, include us all"*. Estas palabras, hoy de naturaleza histórica, fueron pronunciadas por el Presidente John Fitzgerald Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos el día 15 de marzo de 1962. Las mismas constituyeron el punto de partida de la alocución presidencial que versó de manera monográfica acerca de la protección de los derechos del consumidor. Sin embargo, en el ámbito jurídico, es preciso cuestionarnos acerca de la exactitud de la frase "Consumidores, por definición, somos todos", habida cuenta la existencia en nuestro Ordenamiento de toda una serie de normas que son de aplicación exclusivamente a los consumidores y usuarios.

Una noción abstracta de consumidor y usuario es aquélla que equipara al consumidor y usuario con el ciudadano. Es decir, la noción abstracta de consumidor incluye a todos los ciudadanos, y de acuerdo con ella cobra certeza la frase de referencia. La abstracción se revela apta para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su condición de consumidores y usuarios, tales como el derecho a la salud y seguridad, a la educación o a la información, pero no sirve para atribuir a los consumidores y usuarios derechos que puedan ejercitar individualmente. En el momento en que realizamos determinados actos entramos en el ámbito de la noción concreta de consumidor, permitiendo este paso reclamar la protección de que es objeto el consumidor por el hecho de reunir los requisitos que le son exigidos por la Ley, al determinar ésta quiénes son los sujetos protegidos.

Así, el reciente 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 dispone como "concepto general de consumidor y usuario" el de persona física o jurídica que actúa en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Por consiguiente, en derecho y de manera general, consumidor es aquella persona que adquiere un bien o contrata un servicio al margen de su actividad empresarial o profesional, sin incorporarlos -ni directa, ni indirectamente- en procesos de producción, comercialización o

prestación de servicios a terceros, considerándose el consumidor destinatario final del mismo y no mero cliente.

Ahora bien, es preciso asimismo poner de manifiesto que el reseñado concepto de consumidor y usuario lo es a efectos del Real Decreto Legislativo 1/2007, sin olvidar las variantes que del mismo se realizan no sólo en la propia norma para los supuestos de "responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos" (Libro tercero) y "viajes combinados" (Libro cuarto) sino en otras normas propias de la materia como, por ejemplo, la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, amén de los conceptos que se recogen en todas y cada una de las Leyes autonómicas que, en el ámbito de sus respectivas competencias, han aprobado los correspondientes parlamentos, si bien éstas siguen básicamente el concepto general de consumidor y usuario.

Frente a esta noción legal de consumidor del Real Decreto Legislativo 1/2007 referida básicamente a "personas físicas o jurídicas", hay que señalar que las Directivas comunitarias promulgadas en el ámbito de la protección a los consumidores establecen, también en general, una noción de consumidor y usuario más restringida toda vez que ponen el acento del mismo únicamente en las "personas físicas".

Derecho del consumidor es el Derecho de las relaciones jurídicas privadas entre un profesional o empresario y un adquirente o destinatario final de las mismas. Pero no existe un criterio subjetivo unitario que permita una previa identificación del colectivo destinatario de la normativa en materia de consumo. La identificación es pues puntual e incluso esta identificación puede llegar a resultar especialmente dificultosa cuando de actos mixtos de consumo se trata.

Como puede claramente deducirse, en Derecho, no todos somos consumidores, pues existen diversas delimitaciones conceptuales del mismo a fin de determinar quiénes son los sujetos protegidos al amparo de una normativa concreta.

Como cierre de este título este alumno anexa el concepto jurídico de consumidor que emitió la Audiencia Provincial de Girona, Sección Civil en su auto nº 159/2015 de fecha 29 de abril de 2015, resolución que dimana de las actuaciones núm. 169/2013 del Juzgado de Primera Instancia 1 de La Bisbal d'Empordà, órgano judicial donde este alumno presta sus servicios laborales.

El artículo 3 del texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece el concepto general de consumidor y de usuario en los términos siguientes: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.



Ya el artículo 1 de la anterior Ley decía que: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Respecto a la condición de consumidor, ha dicho el Tribunal Supremo, así en sentencia de 15 de diciembre de 2005 que “El art. 1, apartados 2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Este es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No ha quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios (sentencias de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2002, 29 de diciembre de 2003 y 21 de septiembre de 2004)”.

Para poder considerar tanto a una persona física como jurídica como consumidor o como profesional/empresario deberá estarse al acto o negocio jurídico concertado y, la finalidad del mismo.

### 3. Concepto de cláusula abusiva

Cláusula abusiva es aquella estipulación contractual que no supera los requisitos de contenido específicos del Derecho de consumo. A tal efecto el art. 82.1 TRLGDCU dispone que *“se considerarán cláusulas abusivas todas las estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*. Esta definición abstracta de cláusula abusiva se completa con una lista de estipulaciones contractuales que se consideran, en cualquier circunstancia, abusivas y que se relaciona en los arts. 85 a 91 del referido Texto.

En efecto, el art. 82.4 TRLGDCU precisa que “en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato
- f) contravenga las reglas sobre competencia y Derecho aplicable”.

Ello significa que cualquier cláusula que se encuentre incluida en los precitados arts. 85 a 90 es automáticamente considerada abusiva sin remisión y sin que quepa prueba en contrario. Esta relación constituye el principal instrumento empleado por los tribunales para valorar el carácter abusivo de una cláusula y, desde luego, resulta un instrumento muy útil para interpretar la definición abstracta del art. 82.1.

Interpretando, de este modo, conjuntamente la cláusula general con las precisiones aportadas por la relación de cláusulas abusivas, será considerada abusiva cualquier cláusula contractual predispuesta por el empresario e impuesta al consumidor que reúna las tres consideraciones siguientes:

**1.º)** Causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El equilibrio que quiere proteger el legislador es el equilibrio jurídico del

contrato, que los derechos y obligaciones que nacen del mismo sean una consecuencia natural y coherente de la ponderación del interés de ambas partes contratantes. Esto es lo que sucede cuando el contrato es el fruto de la negociación entre las partes, cuando las estipulaciones que se introducen en el mismo tienen su justificación y explicación en la dialéctica entre los intereses de los contratantes. Al no existir esta dialéctica de intereses en los contenidos contractuales a los que se refiere esta normativa, por haber sido estos no negociados, el legislador ha pretendido preservar el interés del consumidor del uso del consiguiente poder del empresario predisponente para romper el equilibrio en beneficio exclusivo de su interés contractual. El problema es determinar que se entiende por derechos y obligaciones equilibradas en cada caso concreto. Desde luego, cualquier cláusula subsumible en la lista contenida en los arts. 85 a 90, ambos inclusive, se entiende como indicador necesario de una relación desequilibrada. Además, el contenido de esta lista debe servir como ejemplo de lo que el legislador entiende como indicio manifiesto de una regulación desequilibrada. Ahora bien, la similitud o parecido con las cláusulas de aquella lista nunca debe ser suficiente para decidir el carácter abusivo de una cláusula contractual no relacionada expresamente en ella. No debe olvidarse que, cuando una cláusula no es subsumible en tal lista, lo que debe ponderarse al realizar el control de contenido es si produce un efecto desequilibrador en el conjunto del contrato y de los eventuales contratos conexos con el mismo: *“se apreciará teniendo en cuenta (.....) todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa”*<sup>4</sup>, a diferencia de lo que sucede si la cláusula está incluida dentro de la expresada lista, supuesto en que automáticamente se considerará abusiva. La ponderación de ese efecto desequilibrador de la cláusula en el contrato considerado en su totalidad sólo será posible a partir de la existencia de un patrón de comparación que informe lo que se considera equilibrado en el marco de una determinada relación contractual. A este respecto, constituye un lugar común señalar que este patrón de comparación, que nos indica qué es lo que ha de considerarse equilibrado, desde el punto de vista jurídico, en una reglamentación contractual es el Derecho dispositivo. Pero este Derecho dispositivo no es sólo ese conjunto de reglas, desplazables por la autonomía de la voluntad, a través de las que el CC regula los distintos tipos contractuales a los que da cabida en su articulado<sup>5</sup>. Por el contrario, debemos de incluir dentro del concepto de derecho dispositivo, además de a estas reglas, no siempre adecuadas para solventar los problemas que la realidad plantea, a las normas no imperativas que conforman la regulación general de los contratos y las obligaciones en el CC, así como a los usos, a las normas obtenidas por analogía y por derivación de los principios e, incluso de la buena fe objetiva. El derecho dispositivo, así entendido, no sólo es una normativa cuya función

---

<sup>4</sup> Inciso final art. 82.3 TRLGDCU

<sup>5</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María, ob. Cit. Pp. 922 yss

es la de regular, con carácter supletorio, los aspectos de una relación contractual no reglamentados expresamente por los contratos.

El Derecho dispositivo, además de esa eficacia supletoria, sirve para expresar lo que el Ordenamiento jurídico considera una ordenación equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, la alteración de la normativa dispositiva en beneficio exclusivo e injustificado de una sola de las partes constituye un desequilibrio contractual que debe ser considerado relevante desde la óptica de la normativa sobre cláusulas abusivas. El derecho dispositivo nos ofrece, por lo tanto, el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes que funciona como patrón de comparación apto para conocer si se ha producido un desequilibrio jurídico en el sentido del art. 82.1 TRLGDCU. Esto significa que la relación derivada del contrato debe aparecer como sustancialmente desequilibrada, como una regulación en cuya esencia no se han tenido suficientemente en cuenta los intereses del consumidor. No se trata tanto de determinar si existe alguna desviación respecto del Derecho dispositivo como de constatar si, en el conjunto del contrato, alguna cláusula o cláusulas sirven esencialmente a la finalidad de tutelar básicamente los intereses del empresario, desconociendo los del consumidor, sin la debida contrapartida o compensación en otras cláusulas.

**2.º)** En perjuicio del consumidor. El desequilibrio producido por la cláusula o cláusulas ha de serlo en daño o perjuicio del consumidor. Los perjuicios que se puedan hipoteticamente generar a favor del consumidor o en contra del empresario o profesional predisponente no son relevantes desde la perspectiva de la normativa sobre cláusulas abusivas.

**3.º)** En contra de las exigencias de la buena fe. Para que una cláusula sea abusiva no basta con que dé lugar a un desequilibrio importante, es preciso además que ese desequilibrio importante se produzca en contra de las exigencias de la buena fe objetiva. La buena fe objetiva se ha definido como un comportamiento leal y honesto que pudiera resumirse en el respeto a la palabra dada y la protección de las expectativas creadas recíprocamente. Las exigencias de la buena fe imponen al predisponente un comportamiento objetivamente leal y equitativo con la otra parte, que debe tener en cuenta los intereses cuya satisfacción busca el consumidor a la hora de celebrar el contrato, al objeto de que no se vean frustradas sus legítimas expectativas, medidas en atención a la confianza generada y al fin normal del tipo contractual utilizado.

La vulneración de tal comportamiento ha de traducirse, en el caso, en la creación de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones surgidos del contrato, cuya apreciación obligará a comparar la entidad respectiva de unos y otros, ponderando la medida de

la satisfacción de los intereses de los contratantes. En los términos del apartado 3 del precepto, quedan excluidas del test de equidad –a reserva de un eventual defecto de transparencia- las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte y, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Se salva de control el equilibrio económico entre la prestación y el precio exigido por ella, sobre el presupuesto de que está suficientemente preservado por el juego de la competencia. La jurisprudencia fiscaliza de hecho los elementos esenciales del contrato, ya directamente<sup>6</sup>, ya bajo el subterfugio de defender que el objeto de control no es la prestación central, sino un elemento accesorio en la determinación de esta<sup>7</sup>. En el caso de la estipulación escrita, como es el caso de intereses moratorios, la nota esencial de una condición abusiva es su falta de negociación individual. Es decir, es preciso que se trate de una condición impuesta por una parte, sin posibilidad alguna de que la otra parte contratante pueda modificar el contenido de esa cláusula. Ha que tener en cuenta que una condición general puede no ser abusiva y a su vez una condición abusiva no tiene por qué ser siempre una condición general, ya que es posible que se trate de una condición particular no discutida o negociada individualmente y a la que el consumidor se limita a adherirse<sup>8</sup>. La carga de la prueba de la negociación individual recaerá

---

<sup>6</sup> Así, en el ámbito del crédito al consumo, donde los Tribunales españoles estiman abusivas las cláusulas que fijan intereses remuneratorios excesivamente altos, en particular cuando el tipo excede 2,5 veces el interés legal del dinero, tope legal establecido por el art. 19.4 de la Ley de crédito al consumo para los descubiertos en cuenta corriente (véanse, entre otras SAP Madrid, Civil, Sec. 18ª, 07-02-2005 (ROJ: SAP M 1121/2005, MP: Rosa María Brobia Varona); SAP Badajoz, Civil, Sec. 2ª, 20-02-2006 (ROJ: SAP BA 1057/2006, MP: Fernando Paumard Collado); SAP TF 811/2006.

<sup>7</sup> Sirva de ejemplo la jurisprudencia recaída en torno a las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés resultante de la aplicación del índice de referencia, incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario por diversas entidades bancarias –entre otras, SAP Baleares, Civil, Sec. 5ª, 17-03-2002 (ROJ: AC 2003/1624, MP: Santiago Oliver Barceló); SAP Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 13-07-2005 (ROJ: SAP B 13936/2005, MP: Luís Garrido Espá)-, o la jurisprudencia que, en materia de contratos de garaje, declara la nulidad de la cláusula de fijación del precio de la estancia por hora o fracción, de modo que se cobra por una hora completa aunque el vehículo permanezca estacionado menos tiempo –SAP Madrid, Civil, Sec. 14ª, 08-09-2005 (ROJ: SAP M 9749/2005, MP: Pablo Quecedo Aracil)-. Unas y otras cláusulas están hoy amparadas en el artículo 87.5 de la TRLGDCU, que sanciona su carácter en todo caso abusivo.

<sup>8</sup> SAP Málaga, Civil, Sec. 4ª, 27-11-2009 (ROJ: SAP MA 2672/2009, MP: Joaquín Ignacio Delgado Baena): “ como recoge el propio preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que transpone la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, transposición por la que entra a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y partir de la que es aplicable entre particulares –efecto horizontal de una directiva--, estable que pretende distinguir entre lo que son cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación, estableciendo que una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y no tiene por qué ser abusiva, ya que, cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa detrimento al consumidor, un detrimento importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener el carácter o no de condición general ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. En consecuencia, la mera utilización de unas condiciones generales a la hora de contratar no supone necesariamente que las cláusulas pactadas sean abusivas”. La exposición de motivos de la LCGC lo explica diciendo que “el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual”.

sobre el profesional de conformidad con el art. 3.2 de la D. 93/13 y el art. 82.2 párrafo segundo TRLGDCU.

De este modo, y sobre el presupuesto de la falta de negociación de la cláusula cuestionada, su eventual carácter abusivo ha de medirse en atención a un doble patrón, necesaria y simultáneamente concurrente: la contravención de las exigencias de la buena fe y la ruptura significativa en perjuicio del consumidor, del equilibrio contractual

Por tanto, para concluir si la cláusula sobre intereses moratorios tiene carácter abusivo o no, hemos de analizar la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en la celebración de éste, así como todas las demás cláusulas pactadas en el propio contrato o en otro del que dependa<sup>9</sup>. Circunstancias concurrentes que se estiman determinantes para discernir el carácter abusivo o no de los intereses moratorios son la existencia de pacto sobre vencimiento anticipado del plazo, suscripción de garantía hipotecaria, asunción de obligaciones de los prestatarios de constituir garantías personales o reales, a requerimiento del banco, en aseguramiento de las obligaciones derivadas del contrato o, por el contrario, inexistencia de más garantías que las personales del prestatario. Todo ello en relación con la reciprocidad de las prestaciones contractuales de las partes y con la valoración de la entidad del perjuicio que para la entidad prestamista puede suponer el incumplimiento del deudor.

Son diversas las cláusulas que merecen especial atención en las escrituras hipotecarias que van a ser objeto de éste trabajo, como más adelante expondremos

---

<sup>9</sup> Ello está previsto actualmente en el art. 82.3.º TRLGDCU pero ya lo contemplaba el art. 4 de la D. 1983/13.

## 4. La reforma del art. 12 LH introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de regulación del Mercado Hipotecario

Una de las prerrogativas de las entidades financieras es la que les otorga el párrafo dos del artículo 12 LH:

“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Esta norma ha tenido malas consecuencias, pues la ejecución hipotecaria directa se produce en virtud de un título ejecutivo extrajudicial, la escritura pública y, los datos que consten en la inscripción registral (art. 130 LH<sup>10</sup>). El privilegio citado a favor de esas entidades financieras, que consiste en cercenar las facultades calificadoras que al registrador corresponden en virtud del art. 18 LH<sup>11</sup>, ha perjudicado notablemente a los deudores hipotecarios<sup>12</sup>.

Hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, no se hizo tan patente, pública y notoria la indefensión en que se encuentran los deudores en la ejecución hipotecaria ante cláusulas abusivas, pues, por diversas razones, no se ha efectuado el control de legalidad que debería haber evitado que el título ejecutivo y la inscripción las contuvieran.

Las innumerables y dramáticas ejecuciones de hipotecas sobre viviendas y la citada sentencia del TJUE han avisado y alarmado a la opinión pública sobre la existencia de abusos de las entidades financieras, que no provocaban antes tanta atención. Ojalá que esta alarma contribuya a rectificar los errores derivados de no haber evitado adecuada y eficazmente la presión de las entidades financieras para esquivar el control de legalidad de sus préstamos hipotecarios.

---

<sup>10</sup> Art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos cometidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

<sup>11</sup> Art. 18 HP: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

<sup>12</sup> DÍAZ FRAILE, J.M. “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013” en *La Ley Unión Europea*, Nº 5. Junio 2013: “Esta ausencia forzada de calificación registral de las cláusulas financieras no produjo aparentemente ningún efecto inmediato en la seguridad del tráfico, pero se reveló como un grave error en el momento en que comienzan a dispararse las ejecuciones hipotecarias”. Naturalmente, fue un grave error con independencia del mayor o menor número de ejecuciones hipotecarias, pero el error ya no ha podido pasar desapercibido para la generalidad de los expertos.

El error cometido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario, no ha sido subsanado todavía, como era de rigor, para evitar la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas.

Es necesario recordar que no hay hipoteca sin escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Como se ha dicho, con razón, lo limitado “de la oposición a la ejecución de títulos no judiciales está relacionado con el grado de fehaciencia del documento que acredita la procedencia del despacho de la ejecución y con el control de legalidad del fedatario sobre su forma de otorgamiento y su contenido. La combinación de ambos factores –fehaciencia y control de legalidad- es lo que condiciona, en última instancia, las posibilidades de defensa del deudor frente a la ejecución despachada contra él con base en el documento presentado por el acreedor”<sup>13</sup>.

No obstante, hay que decir que el problema ciertamente es anterior a la Ley de 2007, pues ésta consagró legalmente una doctrina que ya había adoptado la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>14</sup>, claramente formulada en su desdichada resolución de 19/04/2006, que negó tan categórica como erróneamente el control de legalidad a los registradores en esta materia, sin tener en cuenta que las leyes de defensa de los consumidores merecen el mismo respeto que cualquier otra norma y, lo hizo con palmario desprecio de las normas y principios del Derecho de la Unión Europea, de la LGDCU y de la Constitución española (art. 51). Lo expresó así:

“Segunda, debe destacarse que los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas, que vedarían su acceso al registro a juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de densa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación -Leyes 26/1984, de 19 de julio y, Ley 7/1998, de 13 de abril (...)

Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el Registrador no puede erigirse en una suerte de Juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad (...)

Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el Registrador por las razones que a continuación se señalan”.

---

<sup>13</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ, B./DIEZ -PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por Menéndez y Diez-Picazo y coordinados por Jesús Alfaro, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, fecha de publicación 2002, p. 505

<sup>14</sup> Antes de la Directiva de 1993, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya mantuvo un criterio restrictivo respecto del control registral de las condiciones generales.



El texto de la Directiva no puede ser más claro: las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art. 6). Lo que significa que no es precisa una sentencia que declare la nulidad, como ha dicho la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, C 243/08: “El artículo 6, apartado primero, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. La Ley LGDCU 1984 en su artículo 10.4 ya decía que las cláusulas, condiciones y estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y lo mismo el art. 10 bis 2 de la redacción de 1998. Lo repite el art. 83 TR-LGDCU.

Si una cláusula contractual es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, no debe ingresar en el Registro de la propiedad. Su inscripción produce y ha producido gravísimos perjuicios a los deudores pues la ejecución se produce sobre la base del título y los datos registrales (art. 130 LH).

Lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido<sup>15</sup>, es que ignora: 1) que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de ineficacia y 2) que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia. La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador.

Con razón, dijo hace mucho tiempo DE CASTRO: “La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes *significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación*” (Derecho Civil de España, 1949, I, p. 539). El mismo DE CASTRO repitió años después la misma idea “la ineficacia del negocio nulo se produce “*ipso iure*”, por si misma y sin necesidad de la intervención judicial” (El negocio jurídico, 1971, p. 475). Si estas ideas elementales y esenciales se tuvieran en cuenta, se evitarían muchos errores. Pero desgraciadamente se sigue diciendo por muchos y al máximo nivel institucional que los funcionarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, pues sólo los jueces pueden declarar su nulidad. El error consiste en que la nulidad de pleno derecho no necesita declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la Ley y el Derecho (art. 103.1 CE).

---

<sup>15</sup> Especialmente censurable es la resolución de 24 de julio de 2008, que repite errónea e imprudentemente que el control de legalidad que incumbe al Registrador es “un claro entrometimiento en el ámbito del control judicial, pues el Registrador no puede hacer ese tipo de pronunciamientos, que sólo competen a un Juez”.

Afortunadamente la Dirección general rectificó desde el 1/10/2011, la nefasta doctrina de la resolución de 19/04/2006 y de las que la siguieron, como la resolución de 24 de julio de 2008.

Ya antes de esta rectificación, la ley 2/2009, de 31 de marzo, en su artículo 18 había desautorizado de manera general tanto la citada doctrina de la DGRN como la de la STS de 20/05/2008 (sala 3ª). Dispone este precepto en su primera parte:

“1. En su condición de funcionarios públicos y derivados de su *deber genérico de control de legalidad* de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

No obstante, este artículo en su número 2, b, 3º se remite al desafortunado art. 84 TR:

“El Notario advertirá (.....). En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto”.

Esta remisión al art. 84 TR parece poco adecuada, pues no puede entenderse que el control de legalidad que el mismo artículo 18 de esta Ley 2/2009 reconoce a Notarios y Registradores desaparezca o se limite por el art. 84 TR cuando se trata de la protección de consumidores. Como se ha observado, además el art. 1 de la propia Ley impone la aplicación de la norma más favorable a los consumidores.

Esta Ley, a pesar de esa específica remisión al artículo 84 TR y “a otras Leyes complementarias” desautoriza claramente la interpretación de los artículos 10.6 LGDCU (hoy 84TR) y 258.2 LH efectuada por la DGRN (especialmente por la R. 19.4.2006 y otras que la siguen) y alguna doctrina, que parte de la errónea idea de que una nulidad de pleno derecho, como es la establecida por los artículos 8 LCGC y 83.1 TR, sólo puede ser apreciada por los jueces y queda fuera del control de legalidad de los Registradores. Esta ley, como hemos visto,

también desautoriza la errónea doctrina de la STS 28.5.2008 (sala 3ª) sobre el control notarial de legalidad.

Especialmente lúcida es la SAP de Tarragona 2011 que revocó la citada resolución de 24 de julio de 2008. Con razón afirmó esta sentencia: “resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 121 de la L.H. no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”. Consideró también que para el acceso al Registro de “cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de la fe pública resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador”.

## 5. Problemas en la transposición de la Directiva 93/13/CEE al Derecho Nacional

Conforme a lo dispuesto en el art. 83 del RDL 1/2007 las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, integrándose la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato y, de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equilibrada en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato. La necesidad de atemperar una ineficacia de porte tan radical induce al TS a la conclusión de que tales intereses no deben motejarse ni como leoninos ni usurarios, sino a la manera de una cláusula penal susceptible de moderarse judicialmente<sup>16</sup>.

Sin embargo, según la STJUE, Sala Primera, 14-06-2012 (Asunto C 618/10, MP: A. Tizzano), si una cláusula se considera abusiva (por ejemplo intereses de demora muy elevados), el Juez no puede moderarla o adaptarla para que deje de ser un abuso, es nula completamente y no debe aplicarse. Esta sentencia dictada en relación con un proceso monitorio recuerda que las normas que lo rigen no están sujetas a armonización comunitaria y son, pues, competencia del ordenamiento jurídico interno, que en todo caso debe respetar el principio de efectividad del Derecho Comunitario, lo que en particular implica que las normas internas correspondientes “no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores”, extremos aplicable al procedimiento hipotecario.

El TJUE analiza el tenor del art. 6.1 D. 93/13 y, en particular la previsión de que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”. Con cita de la jurisprudencia comunitaria relativa a dicho artículo, señala que los Tribunales españoles previa declaración de su abusividad, deben deducir las consecuencias que procedan conforme a Derecho español para evitar que esas cláusulas vinculen a los consumidores. En este sentido advierte de que “*existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica*

---

<sup>16</sup> SSTS, 1.ª, 2-10-2001 (ROJ: STS 7463/2001; MP: Román García Varela) y 17-03-1998 (ROJ: STS 1800/1998; MP: Jesús Marina Martínez Pardo)

*la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen”*

Y a la hora de definir los límites de esta tarea de los tribunales nacionales establece que *“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 en cuestión 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”*.

Esta sentencia, en definitiva, estima que esa facultad del juez nacional de modificar la cláusula no garantiza una protección al consumidor tan efectiva como su no aplicación y concluye que *“el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el art. 83 del TRLGDCU, que atribuye al Juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”*. Por tanto, una cláusula abusiva contenida en un contrato entre un profesional y un consumidor no vincula a este último y el contrato que contenga tal cláusula, sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin la cláusula abusiva. En consecuencia, la normativa española se opone a aquella directiva en la medida en que atribuye al Juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de modificar el contenido de la cláusula abusiva.

Esta interpretación se fundamenta en el interés público que subyace a la protección de los consumidores en el ámbito comunitario, si el Juez nacional pudiese modificar el contenido de las cláusulas abusivas, se eliminaría el efecto disuasorio que supone la previsión de que no se apliquen a los consumidores.

Dicha facultad garantizaría al consumidor una protección menos eficaz que la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. En efecto, si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de estas, el

contrato podría ser integrado por el Juez, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por consiguiente, cuando los Jueces nacionales comprueban que existe una cláusula abusiva, únicamente están obligados a dejar sin aplicación tal cláusula abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de estas. El contrato en que figura la cláusula abusiva 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.

Finalmente hemos de destacar la STJUE, Sala Primera, 14-03-2013 (Asunto 415/11, MP: A. Tizzano). El órgano jurisdiccional que formula la cuestión prejudicial, en cuanto a los intereses moratorios<sup>17</sup> se refiere, pide fundamentalmente que se precisen los elementos constitutivos del concepto de “cláusula abusiva”, en lo que atañe a los apartados 1 y 3 del art. 3 D. 93/13 y al anexo de ésta, para apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que se refieren a la fijación de dichos intereses de demora, considerando el TJUE, por remisión a las conclusiones del Abogado General, que el Juez nacional debe efectuar primeramente una comparación con el tipo de interés legal, con objeto de comprobar en un segundo paso, habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto, si la alteración resultante, atendidas las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el anexo a la D. 93/13, al que se remite el art. 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente<sup>18</sup> como ejemplo de cláusulas abusivas, las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, la lista que contiene el anexo a la D. 93/13 sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas y, no tiene carácter exhaustivo<sup>19</sup>. Por consiguiente, la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo. No obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> En el caso de autos, la cláusula sexta del contrato controvertido en el litigio principal establece que por el hecho de incurrir en mora, el prestatario sin necesidad de intimación, deberá abonar intereses al tipo anual del 18,75%. El tipo de interés ordinario pactado inicialmente en el préstamo, en cambio, era de un 4,87%.

<sup>18</sup> Núm. 1, letra e).

<sup>19</sup> Con arreglo al art. 3, apartado 3, D. 93/13

<sup>20</sup> STJUE, Sala Primera, 26/04/2012 (C 472/10, MG: M. Safjan).

Por tanto el TJUE entiende que para efectuar el examen concreto puede ser relevante que tipo de interés de demora suele acordarse en los préstamos hipotecarios<sup>21</sup>. En esta ponderación también hay que tener en cuenta qué finalidades puede tener lícitamente el interés de demora con arreglo al Derecho nacional: si únicamente supone la fijación de un importe a tanto alzado que compense los perjuicios causados por la mora, o si también debe servir para que la otra parte cumpla lo pactado. Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabra calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

En el caso de una cláusula sobre los intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y, verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en nuestro país y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos. Dichas comprobaciones se realizan, empero, de oficio por el órgano jurisdiccional, quien apreciará la abusividad de las cláusulas, en cuyo caso no vincularán al consumidor (art. 6.1 D. 93/13), excluyendo toda posibilidad de modulación.

---

<sup>21</sup> Si, como afirma la Comisión, el Derecho español limita para los demás créditos al consumo el interés de demora a 2,5 veces el interés legal del dinero, ello puede servir de indicio para apreciar un posible desequilibrio, al igual que la circunstancia de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios, debido a la garantía concedida, son por regla general mucho menores que en los demás créditos al consumo.

## 6. La STJUE del 14 de marzo de 2013 (Mohamed Azis contra Catalunya Caixa)

La repercusión de esta sentencia ha sido extraordinaria, porque ha llegado en un momento de importantes movimientos ciudadanos en contra de las graves consecuencias que provoca las ejecuciones hipotecarias de viviendas.

Esta sentencia ha declarado que la Directiva de 1993 se opone a que a una normativa como la española que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Dice la sentencia: “59 Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el Juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77).

60 En efecto, tal como señala también la Abogacía General en el punto 50 de sus conclusiones, sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el Juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y, no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

61 Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

62 Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el Juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase en este sentido la sentencia Banco Español de Crédito).

63 En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos”



Esta situación ha provocado la necesidad de arbitrar un cauce de oposición a la ejecución hipotecaria para evitar precisamente que ésta se produzca sobre la base de un título ejecutivo y datos registrales que contengan cláusulas abusivas. A esta situación no se debería haber llegado, al menos como regla general, si se hubiera respetado, e incluso potenciado, los controles de legalidad que incumben a Notarios y Registradores.

La nueva ley de 9 de mayo de 2013 ha modificado además del art. 129 de la LH que regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, también la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La STJUE además es importante porque ha recordado cómo hay que proceder para determinar si una cláusula es abusiva. Es una de las cuestiones que ya debería ser bien sabida, pero no es así. J. ALFARO lo explicó muy bien hace años, mientras que DE CASTRO y antes puso de manifiesto la importancia del derecho dispositivo para el control de las condiciones generales de los contratos.

(...) para determinar si una cláusula causa en detrimentos del consumidor un “desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el Juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”

Esto significa que ha de buscarse la norma aplicable en defecto de pacto, esto es, la norma dispositiva que la cláusula cuestionada haya excluido de aplicación. El parámetro de control lo proporciona el Derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula que se cuestiona. Con esta regulación es la que hay que comparar el equilibrio de derecho y obligaciones contrario a la buena fe. Es contraria a la buena fe la sustitución del Derecho aplicable por unas condiciones contractuales que establezcan unos derechos y obligaciones de las partes distintos de los legales en interés exclusivo del predisponente. Derechos y obligaciones legales, en el sentido del Derecho dispositivo, no del imperativo, pues este impone límites generales de la autonomía privada con independencia de que se trate de condiciones generales y de contratos entre empresarios y consumidores.

La STJUE 14.3.2013 se refiere a dos cláusulas muy frecuentes y que son abusivas generalmente. Se trata de las cláusulas de vencimiento anticipado y la de los intereses de demora.

La importancia de estas cláusulas es muy notable, sobre todo porque el actuar combinadamente aumentan enormemente la deuda que ha de abonar el deudor/ejecutado.

## **7. El contrato de préstamo garantizado con hipoteca como contrato de consumo**

Conviene pararse a reflexionar sobre el carácter del contrato de préstamo hipotecario, como contrato de consumo. Pues sólo si se considera como tal, al mismo le será aplicable la legislación protectora de los consumidores, tanto nacional como europea.

El crédito hipotecario y, en concreto el derivado de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca suele concertarse, en la mayoría de las ocasiones, entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras –los acreedores hipotecarios-, las que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo en el contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a las que el particular no tiene más remedio que consentir si quiere obtener la financiación solicitada.

La contratación en masa ha alcanzado los contratos bancarios y, las entidades financieras redactan los contratos introduciendo en los mismos un formulario casi tipo, en el que cabe poca negociación por las partes contratantes, demostrando de este modo su mayor fuerza e inclinando la balanza a su favor.

Por este motivo, podemos considerar que, hoy en día, el préstamo hipotecario es un contrato cercano al de adhesión, en el que el predisponente es el acreedor hipotecario (entidad de crédito) y, el adherente es el deudor hipotecante (el particular cliente de la entidad financiera).

Si el préstamo hipotecario se asemeja en muchos aspectos a un contrato de adhesión, (a saber: pre-redactado por una de las partes, clausulado tipo, adhesión o rechazo de la otra; en definitiva, AUSENCIA de negociación y, contratación en masa), podemos decir que esas cláusulas pre-redactadas, generalizadas, que se aplicarán en todos los contratos del mismo tipo, son “condiciones generales de la contratación”.

En consecuencia, deberán rechazarse aquellas cláusulas que, según esta Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que incorpora la Directiva 93/13, (CEE) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sean consideradas nulas. Y son nulas las condiciones que contravengan lo dispuesto en esta Ley y las que se consideren abusivas según el criterio establecido en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU), 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, tal como establece el art. 8 LCGC<sup>23</sup>.

En cualquier caso y, aunque no se consideraran las cláusulas de un préstamo hipotecario como condiciones generales de la contratación, al tratarse de un contrato entre un empresario y un consumidor, pues analizamos el caso del deudor-persona física que contrata el préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda, la LDCU es de plena aplicación a los mismos (art. 59 LDCU) y, por tanto también lo dispuesto en ellos conforme a las cláusulas abusivas que la propia LDCU recoge en sus arts. 80 y siguientes.

Entre todas estas cláusulas consideradas abusivas, podemos destacar las que hacen referencia a los contratos bancarios en particular y, que podrían afectar a un préstamo hipotecario, como son las contempladas para servicios financieros (art. 85.3); las que establecen garantías desproporcionadas (párrafo art. 88), o las de falta de reciprocidad entre las obligaciones de los contratantes (art.87) y, muchas de las contenidas en el art. 89 sobre la ejecución y perfeccionamiento del contrato.

En resumen, el contrato de préstamo hipotecario queda sometido a la legislación de protección de los consumidores y, por tanto, es menester prestar una especial atención a la defensa de aquellos, tanto en el tema de las cláusulas abusivas, como en los medios de defensa procesal de los que disponen para defender sus derechos, tal y como señala la STJUE comentada ampliamente en este trabajo.

---

<sup>23</sup> Artículo 8 Ley de Condiciones Generales de la Contratación: *Nulidad*.

“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, Genera para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”

## 8. Adecuación del procedimiento ejecutivo sobre bienes hipotecados al derecho de la UE

En torno a esta cuestión el Tribunal Europeo señala o pone de manifiesto la falta de adecuación existente en el Ordenamiento Jurídico español entre el procedimiento ejecutivo y el declarativo correspondiente cuando se hubiera de contender acerca de la nulidad del título, cuantía de la deuda, vencimiento, certeza o extinción de la misma, que dio lugar a la ejecución.

Esta desconexión queda patente porque el procedimiento ejecutivo sigue adelante, no se suspende, a pesar de estar pendiente todavía ese declarativo que puede declarar nulo el procedimiento ejecutivo; esto es lo que establece el art. 698 LEC.

Ante esta situación, el Tribunal afirma en la sentencia que se comenta en este trabajo (STJUE de 14/03/2013), que “en el sistema procesal español la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el Juez que conoce del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada”. Y por ello concluye que “un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el Juez conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria .... lo que puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva.

De este modo, como no es posible suspender cautelarmente el procedimiento ejecutivo cuando se iniciara un procedimiento declarativo sobre la validez del título ejecutivo<sup>24</sup>, ni, tampoco, se permite formular más causas de oposición que las estrictamente tasadas<sup>25</sup>, sin que se pueda alegar como causa de oposición la posible existencia de una cláusula abusiva que sea fundamento de ese título ejecutivo, hay que interpretar la Directiva<sup>26</sup> citada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, debiendo este adaptarse a aquella.

---

<sup>24</sup> Véase art. 698 LEC

<sup>25</sup> Véase artículo 695 LEC

<sup>26</sup> En concreto los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Directiva establecen que debe entenderse por una cláusula abusiva y, los efectos que las mismas producen, pero añade el Anexo 1 de la Directiva una relación no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser abusivas y,

Contundente es el Tribunal al considerar que el ordenamiento español se opone al Derecho de la Unión en este punto.

Es cierto que, tal y como se regula en nuestra LEC, el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados, con causas tasadas de oposición<sup>27</sup>, sin posibilidad de suspensión de la ejecución por el inicio de un declarativo que trata de dilucidar sobre la existencia de una cláusula abusiva o de un vicio del título ejecutivo, que sigue adelante produciendo una dolorosa e irreversible situación para el deudor que pierde su vivienda, vulnera o contradice lo dispuesto en la Directiva de referencia, en concreto, en el anexo en el que se recogen las cláusulas abusivas, en el apartado q, que considera como cláusula abusiva “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”. Si el deudor casi no puede oponerse a esa ejecución, se le está privando de medios o acciones judiciales para su defensa. En ese sentido, estamos de acuerdo con la sentencia, debemos corregir y adaptar nuestra legislación al Derecho de la Unión.

Pero, aun reconociendo lo anterior las -causas de oposición son tasadas y, no hay suspensión posible del ejecutivo-, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado ya en varias ocasiones sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y, sus tasadas causas de oposición; sin que esa limitación de causas de oposición puedan considerarse una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>28</sup>.

Y esto es así, no puede olvidarse, porque el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados es un procedimiento especial, rápido y sumario. Este procedimiento no va precedido ni siquiera de un proceso previo de cognición o de un declarativo previo en el que el Juez declare cuál es la deuda realmente existente por la que se despacha ejecución y, una vez iniciado, la deuda es incontestable. Ello produce la rapidez e inmediatividad, con poca oportunidad de defensa por esta causa para el deudor. Por ese especial carácter, las causas de oposición están tasadas. Sin embargo, con este procedimiento se consigue que la hipoteca sea una garantía de extraordinaria

---

entre ellas, señala “Aquellas que tengan por objeto o efecto: q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de las acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición....”.

<sup>27</sup> Véase art. 695 LEC: extinción de la garantía o de la obligación garantizada, error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de la cuenta entre acreedor y deudor.

<sup>28</sup> STC 41/1981, de 18 diciembre, en la que se subraya el carácter excepcional del procedimiento de ejecución hipotecaria, donde las partes no pueden debatir y, por tanto las causas de oposición están limitadas, sin que esto suponga un inconveniente, desestimando su inconstitucionalidad. Repite la misma doctrina el Auto del Pleno del TC de 19 julio 2011.

eficacia, pues permite que el acreedor cobre su deuda con seguridad y rapidez, aunque sea en última instancia, con la adjudicación final del inmueble.

La continua exposición a una paralización o suspensión del procedimiento ejecutivo puede volverse en contra de la efectividad de la garantía, teniendo como efecto rebote, la concesión de menos hipotecas y, la disminución del crédito territorial.

Por eso, creemos que de los defectos señalados, más que tratar de acomodar la legislación española al Derecho de la Unión, admitiendo la posibilidad de que el Juez que dirige el declarativo tome como medida cautelar la suspensión del procedimiento ejecutivo, es más adecuado aumentar las causas de oposición directas del deudor ejecutado, contemplando, precisamente, lo que refiere esta sentencia, alegando como causa de oposición la existencia de una cláusula abusiva de la que depende la justificación del título, que se dirima en el mismo procedimiento.

Lo subrayado por el TJUE, en el párrafo 56 y en el 58, con relación a la anotación preventiva de demanda de nulidad de la propia hipoteca. Entiende el Tribunal, para subrayar su tesis de la desconexión entre el procedimiento ejecutivo y el declarativo, que la eficacia de esta anotación preventiva prevista en el artículo 131 LH es escasa y no funciona bien ya que “existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos”

La anotación preventiva a la que hace referencia el art. 131 LH tiene como misión, precisamente, suspender el procedimiento ejecutivo hipotecario cuando se esté conteniendo sobre la nulidad de la propia hipoteca. Si está anotación preventiva llega al Registro, tiene oponibilidad y afecta, por tanto, a terceros adquirentes que no podrán alegar desconocimiento de la misma ni la protección del art. 34 LH, pues como toda anotación preventiva limita o enerva la fe pública registral. Es decir, esa anotación debidamente practicada va a impedir que continúe el procedimiento ejecutivo y, va a impedir, en definitiva, que el adquirente de la finca ejecutada la adquiera con impunidad: su adquisición definitiva dependerá del resultado del declarativo correspondiente, que le afecta. Es decir, existe en nuestro ordenamiento un mecanismo que impide esa desconexión de procedimientos y que impide la irreversibilidad del procedimiento ejecutivo, al contrario de lo que afirma el Tribunal.

Sería bueno una clarificación en cuanto a que cláusulas del préstamo hipotecario son o pueden ser abusivas y, un mayor control sobre las mismas impidiendo a los acreedores hipotecarios la

inclusión de estas en los contratos de préstamo hipotecario. Porque, a pesar de estar ya reguladas en los arts. 80 y siguientes de la LDCU, y en la Directiva 93/13 analizada, la realidad es que, hoy en día, siguen incluyéndose con total reiteración muchas de esas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario de nuestro país.

De esta forma, si clarificamos que cláusulas son abusivas en el préstamo hipotecario, podría incluirse la existencia de alguna de ellas, como causa de oposición, de forma más fácil y manteniendo el carácter sumario y restrictivo de este procedimiento, pues ya están tipificadas.

Esto nos lleva a plantearnos y a analizar las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario.



## 9. Cláusulas abusivas

### 9.1. Intereses de demora desproporcionados

Una de las cláusulas abusivas más habituales es la que impone unos intereses de demora desorbitados. El problema es que nuestros tribunales no secundan un criterio uniforme para determinar qué porcentaje (%) de intereses resulta desproporcionado. Respecto de las hipotecas para la adquisición de vivienda habitual que recaigan sobre la misma vivienda, el art. 114 LH (reformado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo), previene que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y que sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Conforme a la disposición transitoria 2ª de la citada Ley, esta limitación también resulta aplicable cuando habiéndose constituido la garantía hipotecaria antes de su entrada en vigor, los intereses de demora se devenguen con posterioridad, así como los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieren sido satisfechos.

El problema es que los intereses de demora no ostentan la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como sanción o pena cuya finalidad es indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. De todos modos, ello no es obstáculo para que resulte de aplicación el art. 85.6 RDLeg. 1/2007 del texto refundido de la Ley de Consumidores y usuarios que califica como abusivas las cláusulas que imponen una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones.

Si seguimos diseccionado la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Azis contra Catalunya Caixa), observaremos que desde el 28 de octubre de 2008 al 11 de marzo de 2009 la deuda del Sr. Azis ha pasado de 139.674,02 euros a más de 181.000,00 euros. Es decir en poco más de 5 meses, según el relato de los hechos de la sentencia, a pesar de que los intereses moratorios eran de 18,75%, cifra comparativamente menos abusiva que la de otras cláusulas que alcanzan al 29%. El vencimiento anticipado combinado con los intereses de demora más las costas judiciales produce una auténtica ruina para el deudor/ejecutado. A ello hay que sumar que la entidad acreedora se adjudicó la vivienda por el 50% de su valor de tasación, es decir por 97.500,00 euros, según el relato que se contiene en las conclusiones de la Abogada General Sra. J. Kokott. De esta manera el Sr. Azis se quedó sin vivienda y debiendo a la acreedora seguramente mucho más de 90.000,00, por la duración de la ejecución y, a un interés del 18,75%

A la vista de estas consecuencias, cabe preguntar si este resultado no es solamente abusivo, sino también usurario. ¿Qué será en los casos en que los intereses moratorios alcancen el 29%?. En mi opinión, los intereses y resultados que producen estas ejecuciones hipotecarias probablemente sean usurarios.

El TJUE no permite al Juez integrar o modificar las cláusulas declaradas abusivas, así en la sentencia de 14 de junio de 2012 (C-618/2010) dicho tribunal declaró la incompatibilidad del art. 83 RDLeg. 1/2007 con el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE, pues si el Juez nacional tuviera la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, dicha facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el Juez nacional en lo que fuera necesario<sup>29</sup>.

Si se declara nula la cláusula de intereses de demora deberá excluirse sin más del contrato.

## 9.2. Intereses remuneratorios excesivos

Los intereses remuneratorios responden a la productividad del dinero como retribución por un préstamo y nacen del propio contrato, mientras que los moratorios son una sanción por el retraso.

En el caso de que la ejecución resulte insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 654 (introducido por la Ley 1/2013) la imputación de cantidades se realiza en primer lugar por el abono de los intereses remuneratorios y seguidamente para el principal, intereses moratorios y costas.

Los intereses remuneratorios, a diferencia de los de demora, **en principio no se pueden someter a control judicial si han sido redactados de manera clara y transparente** dado que forman parte del precio y el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE no permite la apreciación del carácter abusivo de cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no se redacten de forma comprensible, por lo que el Juez

---

<sup>29</sup> Como consecuencia de dicha doctrina, la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea dirigió al Gobierno español un escrito en el que le ponía de manifiesto la obligación de modificar el art. 83 RDLeg. 1/2007 al no resultar compatible con el art. 6 Directiva 93/13/CEE que el Juez que declarara nula una cláusula abusiva integrara su contenido; no obstante dicha modificación todavía no se ha llevado a efecto.

tan sólo podría controlar el cumplimiento de la transparencia. En el mismo sentido, en el considerando 19 de la citada Directiva se señala que “la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”.

No obstante, el art. 4.2 de la citada Directiva no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento y además la STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Madrid C-484/08*, estableció que “no (se) puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que se pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”, por lo que tácitamente está autorizando un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. En este mismo sentido, la STS de 1 de julio de 2010<sup>30</sup> ha reconocido que una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles y, otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que los límites al control de abusividad impuestos por La Directiva son límites mínimos. En similares términos, se pronunciaron las SSTS de 4 de noviembre de 2010<sup>31</sup> y 2 de marzo de 2011<sup>32</sup>.

El problema es que nuestro Alto Tribunal ha modificado su parecer en otras sentencias posteriores (SSTS 406/2012, de 18 de junio y 241/2013, de 9 de mayo) en las que ha manifestado que no cabe declarar abusiva una cláusula que se refiera a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y servicios, a menos que no estén redactadas de manera clara y comprensible<sup>33</sup>.

En el caso de intereses remuneratorios, resulta de aplicación la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908<sup>34</sup>, no así respecto de los intereses moratorios. Esta Ley controla tanto el contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como la validez estructural del consentimiento prestado. Como consecuencia de ello, prevé una

---

<sup>30</sup> Sentencia del TS núm. 401/2010

<sup>31</sup> Sentencia del TS núm. 663/2010 del TS

<sup>32</sup> Sentencia del TS núm. 75/2011

<sup>33</sup> SÁNCHEZ MARTÍN, C., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria”, *Actualidad Civil*, 29 de mayo de 2013, Editorial LA LEY, Diario LA LEY, núm. 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, Ref. D-199, Editorial LA LEY, Diario LA LEY, núm. 8112, Sección Tribuna, 25 de junio de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY (LA LEY 3128/2013).

<sup>34</sup> STS de 14 de junio de 1984

única sanción posible: la nulidad del contrato de préstamo que alcanza o comunica sus efectos a las garantías accesorias y a los negocios que traigan causa del mismo, con la correspondiente obligación restitutoria (arts. 1 y 3), por consiguiente y aunque en un principio el TS mantuvo la validez de la hipoteca tras la declaración de nulidad del préstamo usurario que garantizaba, ulteriormente cambió su criterio declarando la nulidad también de la hipoteca, “dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal”<sup>35</sup>. Conforme al artículo 3 de la Ley de la Usura declarada la nulidad de un contrato el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

De lo antedicho se infiere que los efectos de la aplicación de la ley de la usura son distintos de los previstos en la normativa de condiciones generales de la contratación o de consumidores y usuarios, pues mientras que **la nulidad de los intereses por usurarios comportan la nulidad del préstamo y, por ende, de la hipoteca**, en la normativa de consumidores o en la ley de condiciones generales de la contratación la invalidez de una cláusula no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (arts. 9 y 10 LCGC y 83 RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre).

De todos modos, tan poco es fácil que nuestros Tribunales aprecien la nulidad de los intereses remuneratorios por usurarios. A estos efectos, la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura establece que han de ser superiores al normal del dinero y, manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulten leoninos, aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales. En la STS de 18 de junio de 2012 –avalando los argumentos del Tribunal de apelación<sup>36</sup> - se considera que el interés estipulado del 20,50% anual no podía considerarse desproporcionado, ya que, aunque era un préstamo garantizado con una hipoteca, la mera alegación de que existieran embargos anteriores sobre la vivienda no era causa suficiente para acreditar la situación angustiosa que pudiera haber determinado la aceptación de los prestatarios, sino que es necesario, en orden a apreciar el vicio del consentimiento, que se atienda además a las circunstancias que puedan tenerse como reveladoras de dicha situación de

---

<sup>35</sup> STS de 20 de junio de 2001; “La Ley de 1908 es calara (art. 3) en su declaración de nulidad de su contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriidad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción”. En similares términos: SSTS de 7 de mayo de 2002 y 22 de febrero de 2013.

<sup>36</sup> SAP de Sevilla, Secc. 5ª, de 26 de enero de 2009

angustia. No obstante, en la STS 113/2013, de 22 de febrero<sup>37</sup> se consideró usurario un préstamo con un interés remuneratorio de 10% semestral (20% anual). Según esta última sentencia, los diferentes criterios judiciales respecto de los intereses que pueden reputarse usurarios se explican porque los tribunales han de resolver en cada caso formando libremente su convicción, lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia o amplísimo arbitrio judicial basándose en criterios más prácticos que jurídicos.

### **9.3. Redondeo al alza del tipo de interés**

Es nula la cláusula que prevé el redondeo al alza del tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones anuales y cualquier otra análoga que tenga el mismo efecto de redondear al alza el tipo de interés para las revisiones de los préstamos hipotecarios a tipo variable. Conforme a las SSTS de 4 de noviembre, 1 de diciembre, 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011<sup>38</sup> estas estipulaciones son abusivas dado que no habiendo sido negociadas individualmente provocan un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, mientras que se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio, por lo que dicho desequilibrio, provocado por la entidad bancaria, se califica de contrario a la buena fe<sup>39</sup>.

### **9.4. Cláusula suelo: inconformismo de nuestros Tribunales con la irretroactividad declarada por el TS**

---

<sup>37</sup> Sentencia del TS núm. 113/2013

<sup>38</sup> Sentencia del TS núm. 75/2011

<sup>39</sup> En relación a los intereses también se han declarado nulas otras cláusulas; así la STS de 2 de marzo de 2011, declaró la abusividad de la cláusula que obligando al banco a comunicar al prestatario el nuevo tipo de interés aplicable a la operación con carácter previo a su aplicación, establecía la excepción de que por disposición legal quedara relevado de hacerlo, con lo que se creaba en el prestatario la convicción racional de que recibiría la comunicación escrita previa a la revisión del interés pactado, salvo que una disposición legal relevara en el futuro al Banco de esa obligación, siendo que en el momento de la firma el banco (profesional) sabía, y el prestatario (usuario) ignoraba que esa salvedad era ya aplicable, pues se hallaba vigente la norma sexta de la Circular 8/1990 del Banco de España, que disponía que la comunicación previa al cliente no sería precisa cuando se tratase de préstamos que utilizaren como referencia uno de los tipos de referencia oficiales y el tipo aplicable al préstamo se obtuviera, bien añadiendo al tipo de referencia un margen constante expresado en puntos o fracciones de punto, bien aplicando a aquel un determinado porcentaje.

El Tribunal Supremo en la paradigmática sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>40</sup> (Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013) avala en términos generales la licitud de las cláusulas suelo siempre que sean claras y transparentes con independencia de que exista desequilibrio o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo o incluso si no coexiste con cláusulas techo<sup>41</sup>.

El art. 4.2 Directiva 93/13/CEE dispone que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [.....], siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, por lo que en la referida sentencia del TS se declara la ilicitud de las cláusulas suelo sólo cuando se observe la falta de transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores, correspondiendo la prueba de que se ha facilitado una adecuada y clara información a la parte predisponente y no al adherente, no obstante, el hecho de que circunstancialmente la cláusula haya resultado beneficiosa para el consumidor durante un periodo de tiempo no la convierte en transparente.

En el supuesto enjuiciado se considera que las cláusulas denunciadas no superan ese control de transparencia por falta de información suficientemente clara de que se referían a un elemento definitorio del objeto principal del contrato que incidía o podía incidir en el contenido de su obligación de pago, ya que, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, se convertían en préstamos a interés mínimo fijo, de modo que la oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito. En la sentencia de 18 de junio de 2012 el TS ya había manifestado que el “control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte”.

---

<sup>40</sup> Sentencia del TS núm. 241/2013

<sup>41</sup> El TS llega a afirmar que “son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo”.

Con dichos postulados se aparta del criterio de algunas Audiencias que habían considerado que la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo, sin su correspondiente cláusula techo, producía un desequilibrio entre las partes, siendo la misma abusiva (SAP Alicante, Secc. 8ª, 58/2012, de 10 de febrero).

El hecho de que la entidad financiera no incorpore las cláusulas suelo a parte de sus contratos, no impide afirmar que en relación a los contratos en los que las utilice se trate de cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos<sup>42</sup>. Asimismo, la prueba de la negociación individual no puede quedar suplida por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de escrituras son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar, las referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo<sup>43</sup>.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 constituye un hito importante, aunque a mi juicio incurre en un defecto reprobable, cual es la **prohibición de todo efecto retroactivo**, lo que no permite a los interesados afectados recuperar las cantidades pagadas en exceso en virtud de una cláusula nula. No se alcanza a comprender esta decisión de nuestro Alto Tribunal, pues en otras sentencias similares como la de 29 de diciembre de 2010<sup>44</sup>, en la que se declaró nula la condición general de la contratación que tenía como efecto el redondeo al alza el tipo de interés tomado de referencia para las revisiones del interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable, se condenó a la entidad bancaria a abstenerse de utilizarlas en el futuro así como a la devolución del importe cobrado en exceso más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la sentencia de primera instancia.

En la sentencia de 9 de mayo de 2013 en principio se declara que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, evitando así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto); asimismo, se invoca lo dispuesto en el art. 1303 CC (“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y, el precio con sus intereses”); sin embargo, -sorprendentemente- y, a pesar de dichos argumentos iniciales, se sacrifica la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, en pro de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), considerando que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia en el orden público económico. A estos efectos el TS realiza todo un esfuerzo argumentativo que este alumno en nada comparte.

---

<sup>42</sup> SJM núm. 2 de Murcia de 15 de mayo de 2013

<sup>43</sup> SAP Cáceres, Secc. 1ª, 57/2013 de 13 de febrero

<sup>44</sup> Sentencia núm. 861/2010 de 29 de diciembre de 2010

El TS acaba concluyendo que la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia no conlleva la devolución de los importes indebidamente cobrados, argumento que a mi juicio quiebra *ex definitione*, pues sacrifica el efecto principal de la nulidad en detrimento del consumidor y en pro de unas entidades financieras que no han obrado de manera deontológicamente correcta al intentar disimular el verdadero contenido y significado de la cláusula suelo pactada. No es de extrañar que detrás de esta decisión se encuentre el hecho de que la parte demandante fuera AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) ejercitando una acción de cesación de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, pero no un concreto afectado o grupo de afectados.

En esta tesitura, resulta lógico que no se hayan hecho esperar **diversas resoluciones declarando la nulidad de la cláusula suelo con carácter retroactivo** en diversas instancias judiciales a lo largo y ancho del territorio nacional.

## 9.5. Vencimiento anticipado por impago de una cuota

En nuestro ordenamiento jurídico las cláusulas de vencimiento anticipado se contemplaron en la Ley Hipotecaria de 1861, de donde pasaron al art. 135 LH 1946 y, posteriormente, al art. 693 de la vigente LEC. En un principio, el TS declaró la nulidad de este tipo de cláusulas (STS de 27 de marzo de 1999) pero nuestro Alto Tribunal abandonó esta doctrina en posteriores resoluciones<sup>45</sup> e incluso en su sentencia de 16 de diciembre de 2009<sup>46</sup> llegó a concluir que “el impago de una cuota es justa causa de vencimiento anticipado y cláusula válida”<sup>47</sup>.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, ha modificado el art. 693 LEC estableciendo un mínimo de tres mensualidades impagadas para que puedan cobrar eficacia este tipo de estipulaciones de vencimiento anticipado de todo el préstamo, previsión que a mi juicio resulta insuficiente.

De todos modos, a mi juicio se debería haber ampliado el límite de cuotas impagadas que ocasionara el vencimiento anticipado cuando concurrieran ciertas circunstancias excepcionales. En la Ley 1/2013 tan sólo se han tenido en cuenta dichas circunstancias para acordar la suspensión inmediata y, por un plazo de dos años, de los desahucios de las familias que se

---

<sup>45</sup> SSTs de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008; 12 de diciembre de 2008

<sup>46</sup> STS núm. 792/2009 de 16 de diciembre

<sup>47</sup> Sobre un comentario crítico de esta sentencia, véase: BALLUGERA GÓMEZ, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”



encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, previendo, además, para estos deudores que la deuda que no haya podido ser cubierta con la vivienda habitual no devengue más intereses de demora que el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2% sobre la deuda pendiente. El problema es que dentro de 2 años su situación no haya mejorado, lo que ocurrirá si España no logra salir de la trágica situación de crisis que nos acecha, o mejor dicho, si el Gobierno no tiene en cuenta la situación real de las familias más vulnerables y con menos recursos disponibles para afrontar las necesidades domésticas diarias y, con pocas posibilidades reales de poderse “subir” al tren de la tan ansiada recuperación económica.

Las cláusulas de vencimiento anticipado provocan la obligación de restituir el importe total del préstamo. A partir del vencimiento se devengan intereses de demora del total capital y no sólo de las cuotas impagadas. Como es fácil imaginar esta obligación de restitución es imposible de afrontar por quien no ha podido pagar las cuotas vencidas.

Es razonable que el prestamista pueda resolver el contrato y exigir anticipadamente el pago del capital si el deudor no cumple su obligación. Ahora bien, si confrontamos las cláusulas de vencimiento anticipado que contienen muchos contratos con la regulación aplicable en caso de incumplimiento del deudor, se observa que muchas son abusivas.

Para que pueda resolverse un contrato por incumplimiento del deudor, este incumplimiento debe revestir cierta gravedad, además de afectar a la obligación principal. La cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota del préstamo es, según esto, abusiva.

En un préstamo hipotecario a 30 años de 150.000 euros, por ejemplo, el impago de una sola cuota, como establecen algunas cláusulas de vencimiento anticipado, parece claramente desviado de la regla dispositiva, tal como ha sido interpretado por el TS y la generalidad de la doctrina. Es por tanto abusiva<sup>48</sup>.

Recuérdese que cuando utilizamos la expresión abusiva, nos referimos a cláusulas predisuestas e impuestas en contratos entre empresarios y consumidores. En nuestro caso, entidades financieras y deudores hipotecarios consumidores. Con absoluta abstracción de esta delimitación, la STS 16/12/2009, afirmo:

---

<sup>48</sup> Como dice BALLUGERA, C., “Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009”. “El incumplimiento reiterado y grave de la prestación principal del contrato es motivo suficiente para desencadenar el vencimiento anticipado de la obligación y reclamar el reintegro del capital prestado por medio de la acción hipotecaria. Pero no pagar el 0,31% de la deuda, que es lo que representa una mensualidad de capital e intereses en una hipoteca vivienda media de 2008, según la Asociación Hipotecaria Española. ¿Es un incumplimiento grave, reiterado y con entidad suficiente para provocar el vencimiento de toda la deuda pendiente?”.

“La parte recurrente entiende que la cláusula se subsume en las hipotecas de cláusula abusiva de los Apartados 2, inciso segundo, 3, inciso segundo y, 17 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, por falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (la resolución del contrato).

El motivo se desestima porque, sin necesidad de tener que analizar las diversas eventualidades jurídicas a que se refiere el recurso, sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa-verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. Por lo tanto, no hay conculcación de la doctrina jurisprudencial actual y, el motivo decae”

La sentencia acudió simplemente al art. 1255 CC, como si el control de la legalidad de las condiciones generales en contratos entre empresarios y consumidores fuera el mismo que el general de la autonomía privada.

La ley de 14 de mayo de 2013, ha modificado el art. 693 de la LEC, para permitir la ejecución en caso de vencimiento anticipado por el impago de tres cuotas/mensualidades o el importe equivalente.

Esta norma parece todavía insuficiente, pues tres mensualidades pueden representar un importe que no alcance el 1% de la deuda. Conforme a las reglas del derecho dispositivo, tal como lo interpretan la jurisprudencia y la doctrina dominantes, un incumplimiento semejante no es suficiente para provocar el vencimiento anticipado. La regla no debe verse aislada ni de sus consecuencias determinadas por el interés de demora, ni de la garantía que supone la hipoteca para el acreedor. La regla establecida por una sola de las partes, predispuesta e impuesta a la otra, debe atender al interés de ambas tal como los valore el derecho dispositivo y este requiere un incumplimiento grave, aparte de atender a la existencia de una garantía tan potente como la hipoteca (art. 1129CC).

Además se echa de menos en el art. 693 LEC una regulación específica para el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual. El nuevo art. 693 LEC establece una regulación para toda clase de hipotecas y sólo se refiere a la de vivienda habitual para permitir la liberación del bien con la consignación de las cantidades debidas.

## **9.6. Vencimiento anticipado por embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia**

También resulta abusiva la cláusula que acuerda el vencimiento anticipado “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”, pues aunque el art. 1129 CC prevé la pérdida del derecho a utilizar el plazo cuando el deudor “después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”, es distinto el caso de que se haya acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia.

Como reconoce el TS en su sentencia de 16 de diciembre de 2009<sup>49</sup> esta cláusula es abusiva porque “supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías.

La cláusula es abusiva aun cuando lo embargado sea el propio inmueble hipotecado, ya que al constar la hipoteca inscrita con anterioridad en el Registro en nada afectará a esta, pues si el bien fuera subastado, las cargas posteriores se cancelarán, por lo que dicho embargo o embargos posteriores no disminuyen la garantía real y la preferencia de la hipoteca (RDGRN de 8 de junio de 2011).

## **9.7. Vencimiento anticipado por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad**

Esta cláusula se debe de considerar abusiva porque recoge la facultad de la entidad financiera de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualesquiera motivos, incluso los ajenos al cliente, lo que ocasiona un desequilibrio importante de las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, dado que la causa de lo no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, por lo que no es justo que se penalice a la otra parte contratante, ya que no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca no se pueda constituir<sup>50</sup>.

En cuanto a la cláusula relativa al “poder irrevocable que concede el deudor al acreedor para que este último proceda a realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, que sean necesarias para inscribir la escritura”, es válida, pero al tratarse de un pacto meramente

---

<sup>49</sup> Sentencia del TS núm. 792/2009

<sup>50</sup> Sentencia del TS núm. 792/2009, de 16 de diciembre de 2009

obligacional, que no tiene el carácter de cláusula financiera, no puede acceder al Registro de la Propiedad<sup>51</sup>.

## 9.8. Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias

El TS ha declarado la abusividad de la cláusula que acuerda la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones accesorias, ya que resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento<sup>52</sup>, pues en principio de la única conducta del deudor que debería responder el inmueble hipotecado sería del incumplimiento de la obligación garantizada con hipoteca. De todos modos, la STS 1124/2008 de 12 de diciembre, no consideró abusiva **la cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago de un recibo de los impuestos que gravan la finca o de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción**<sup>53</sup>.

En cuanto a la cláusula en que se fija la obligación de mantenimiento y conservación de la finca hipotecada, haciendo las reparaciones necesarias y debiendo poner en conocimiento de la entidad financiera cualquier menoscabo que sufra la finca hipotecada, aunque la DGRN no la considere accesoria de la obligación garantizada, pues está íntimamente relacionada con el mantenimiento del valor del bien<sup>54</sup>, en tanto que su incumplimiento no sea presupuesto del vencimiento anticipado de la obligación, la considera meramente obligacional y como tal no es inscribible en el Registro<sup>55</sup>.

## 9.9. Prohibición de arrendar el bien sin consentimiento del acreedor

A favor de la legalidad de dicha cláusula pudiera alegarse que el artículo 1129 CC establece que se pierde el derecho a utilizar el plazo cuando por actos propios el deudor hubiese disminuido

---

<sup>51</sup> RDGRN de 11 de enero de 2011

<sup>52</sup> SSTS de 9 de marzo de 2001 y 16 de diciembre de 2009

<sup>53</sup> En contra: RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, Diario LA LEY, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-348, T. 6 (LA LEY 21817/2001). BALLUGERA GÓMEZ, C., “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas”, Diario LA LEY, núm. 8092, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2013 y Diario LA LEY, núm. 8081, Sección on line de 13 de mayo de 2013, D-177 (LA LEY 2816/2013). Estos autores no consideran oportuno el vencimiento anticipado por impago de tributos, cuotas de comunidad y demás gastos que se deba satisfacer por la finca.

<sup>54</sup> RRDGRN de 3 de abril de 2000, 22 de marzo 2001 y 8 de junio de 2011

<sup>55</sup> RRDGRN de 16 y 22 de julio de 1996, 28, 29 y 30 de enero y 2 de febrero de 1998, 14 de marzo, 12,13,14,16, y 17 de junio y, 4,5,6,7,10,11,12 y 20 de julio de 2000 y 22 de marzo de 2001, 8 de junio de 2011.

las garantías a que se hubiese comprometido después de establecidas, lo que se puede poner en relación con el art. 219 RH que en su apartado segundo establece que “El valor de la finca hipotecada, a los efectos del art. 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6%, no cubra la responsabilidad total asegurada”.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de diciembre de 2009<sup>56</sup> consideró:

- Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda.
- Que el pacto de vencimiento anticipado sólo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipos de renta.
- Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta y, la posible desproporción depende de las circunstancias del caso.

No obstante, finalmente, el TS en dicha sentencia consideró abusivas las cláusulas enjuiciadas<sup>57</sup> porque no limitaban su aplicación a los arrendamientos de vivienda.

La DGRN en la Resolución de fecha 22 de marzo de 2001 (reproduciendo la doctrina de la de 22 de julio de 1996), declara inscribible el párrafo que se refiere a la obligación de no arrendar

---

<sup>56</sup> Sentencia del TS núm. 792/2009

<sup>57</sup> En la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 el TS se pronunció a favor de la abusividad de las siguientes cláusulas:

- “ Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria quedará obligada a no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años” (BBVA).
- “En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizar según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no arrendar así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER”.
- “ El préstamo se considerará vencido por arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la entidad prestataria” (Caja Madrid).

el inmueble por renta inferior al 15% del valor fijado para subasta con el pacto de vencimiento anticipado de la deuda garantizada en el caso de incumplimiento de dicha obligación.

La reforma legislativa operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, obliga a matizar los pronunciamientos del TS y de la DGRN pues se dictaron con la anterior redacción del art. 13 LAU, conforme a la cual los arrendamientos de vivienda –con independencia de que fueran posteriores a la hipoteca- subsistían por plazo de 5 años, desde que hubieran sido concertados, salvo que se apreciara mala fe, lo que suponía una disminución de la garantía de la hipoteca al reducir los posibles licitadores en las subastas, por lo que resultaba razonable que se considerara válida una cláusula limitando el arrendamiento si este resultaba gravoso. Tras la reforma del art. 13 LAU todas estas cláusulas deberían declararse abusivas dado que no se puede considerar que el arrendamiento posterior a la hipoteca afecte a la enajenación forzosa de la vivienda, ya que, según la nueva redacción del precepto, si el derecho del arrendador quedara resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido, a menos que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado (es decir con anterioridad a la hipoteca), en cuyo caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

En consecuencia, y dado que el arrendamiento de vivienda posterior a la hipoteca se extingue tras la subasta de la misma, consideramos que la cláusula que prohíba el arrendamiento del bien no puede reputarse válida, dado que supone una restricción del derecho de propiedad (arts. 33 CE y 348 CC) y conforme al art. 85.6 RDleg. 1/2007 de 16 de noviembre, se deben reputar cláusulas abusivas aquellas estipulaciones que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

#### **9.10. Prohibición de enajenar o gravar la finca hipotecada sin consentimiento del acreedor**

Las cláusulas que prohíben enajenar o gravar el inmueble hipotecado (constituyendo otra hipoteca, un usufructo, derecho de uso, etc.) se deben considerar abusivas, por ser contrarias al principio de libertad de contratación, a la libre circulación, uso y destino de los bienes y al crédito territorial. La transmisión del inmueble hipotecado no conlleva la subrogación como deudor del nuevo adquirente, pues para ello sería necesario el consentimiento del acreedor (art. 1205 CC).

La DGRN<sup>58</sup> ha considerado que no pueden acceder al Registro por infringir normas imperativas como la del art. 27 LH que dispone que las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el art. 26 del mismo texto legal (prohibiciones legales o que tengan su origen en alguna resolución judicial o administrativa o impuestas por el testador o donante), no tendrán acceso al Registro. Asimismo, el art. 107.3 LH establece que podrán también hipotecarse los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

La exclusión de dichos pactos se contiene en el art. 2 Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión aunque se admite excepcionalmente en el caso de hipoteca inversa, estableciendo el apartado quinto de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre que “En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente”. De todos modos, dicha limitación se circunscribe al supuesto de la transmisión –pero no a la constitución de gravámenes o derechos reales limitados- y condicionado a que se conceda al deudor la facultad de sustituir la garantía de manera suficiente.

### **9.11. Cláusula que impide la cancelación parcial de la hipoteca de varias fincas cuando se pague la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas**

El art. 124 LH permite al deudor exigir la cancelación parcial de la hipoteca cuando se encuentre dividida para la seguridad de un crédito entre varias fincas y, se haya pagado la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de ellas. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre.

---

<sup>58</sup> RRDGRN de 4 de noviembre de 2010, 8 de junio de 2011, 11 de enero de 2011. En similares términos la STS de 16 de diciembre de 2009 establece que “en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y sólo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)”, por lo que entiende “no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar”.

La cláusula que impidiera al deudor proceder a dicha cancelación, le privaría de un derecho que le reconoce la ley, renuncia que va en contra del interés público y no debe tan siquiera tener acceso al Registro<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> RDGRN de 27 de enero de 1986. Cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios”, Diario LA LEY, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-348. T. 6 (LA LEY 21817/2001)



## 10. Control de las cláusulas abusivas

### 10.1. Control previo por Notarios y Registradores

Los Notarios deberán denegar la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria y los Registradores la inscripción de las escrituras públicas de hipoteca cuando no cumplan la legalidad vigente (art. 18 Ley 2/2009, de 31 de marzo). En este mismo sentido, el art. 84 RDLeg. 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 establece que los “Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 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 cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”.

Conforme a lo dispuesto en las Resoluciones de 1 de octubre de 2010<sup>60</sup>, 4 de noviembre de 2010<sup>61</sup>, 21 de diciembre de 2010<sup>62</sup>, 11 de enero de 2011<sup>63</sup> ó 16 de agosto de 2011<sup>64</sup> el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado (art. 12.2 LH), en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas

---

<sup>60</sup> Resolución de 1 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Manchester Building Society», contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 2 de Estepona, a inscribir una escritura de hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente en su modalidad de hipoteca inversa.

BOE. núm. 270 Lunes 8 de noviembre de 2010 Sec. III. Pág. 93660

<sup>61</sup> Resolución de 4 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Manchester Building Society», contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estepona n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca.

BOE. núm. 317 Jueves 30 de diciembre de 2010 Sec. III. Pág. 109034

<sup>62</sup> Resolución de 22 de diciembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Palencia, por el que se deniega la inscripción de una sentencia de divorcio.

BOE. núm. 44 Lunes 21 de febrero de 2011 Sec. III. Pág. 19844

<sup>63</sup> Resolución de 11 de enero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Manchester Building Society», contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Estepona n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca.

BOE. núm. 38 Lunes 14 de febrero de 2011 Sec. III. Pág. 15792

<sup>64</sup> Resolución de 16 de agosto de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Gestesa Desarrollos Urbanos, SL, contra la negativa del registrador de la propiedad de Benidorm n.º 3 a inscribir una cláusula de prohibición de disponer en una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

BOE. núm. 248 Viernes 14 de octubre de 2011 Sec. III. Pág. 107772

cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos.

El control sobre dichas cláusulas deberá circunscribirse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente, sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o sobre los que pueda existir incertidumbre acerca de su carácter abusivo (buena fe, desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo puedan ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

También quedan fuera del ámbito de la calificación registral los vicios de la voluntad o la concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, pues la facultad que se le atribuya al Registrador para calificar esa validez implica la comprobación de que el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la Ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado; pero no le autoriza para decidir, arrogándose funciones propias de los Tribunales, otras cuestiones más complejas, pues no sólo el ámbito objetivo de su control se encuentra limitado, sino que también lo están los medios con los que ejerce su función<sup>65</sup>.

Tampoco, compete al Registrador analizar la legalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función de control, pudiendo sólo apreciar la validez de los actos dispositivos, atendido el ordenamiento jurídico aplicable, pero lo que en modo alguno podrá enjuiciar es la conformidad a ese ordenamiento de las normas que integran el mismo

## **10.2. Apreciación judicial de oficio antes de despachar ejecución**

El art. 6, apartado 1, Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone 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 este 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”. La STJUE de 4 de junio de 2009, *PANNON*, apartado 23, puso de manifiesto que “el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de

---

<sup>65</sup> RDGRN de 19 de abril de 2006

plantear por sí mismos el carácter abusivo de un cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11), consideró contrario a la Directiva 93/13/CEE que en el procedimiento judicial hipotecario no se permitiera al Juez examinar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, lo que ha motivado la reforma del apartado segundo del art. 552.1 permitiendo al Juez apreciar de oficio, con carácter previo a despachar ejecución y, previa audiencia de las partes por quince días, que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de carácter no procesal ni arbitral resulta abusiva.

La exigencia de dar traslado previo a las partes, en principio pudiera parecer excesiva, especialmente cuando la nulidad de la cláusula resultare evidente, habida cuenta de que al no haberse despachado ejecución al ejecutado no se encontrará personado y se le está obligando a comparecer con Abogado y Procurador con el coste que ello conlleva. No obstante, la necesidad de una previa audiencia se impone por el propio TJUE; así, en la sentencia de 4 de junio de 2009. *PANNON*, apartado 33, se afirma que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, 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”, y la de 21 de febrero de 2013, *BANIF PLUS BANK ZRT*, se pronuncia en similares términos, declarando que “el principio de contratación (...) también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el Juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión”.. En este mismo sentido nuestro TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, establece que “la obligación de garantizar la efectividad de la protección contenida por la Directiva en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor” (...) “máxime si se tiene en cuenta que, como hemos indicado, el consumidor, una vez informado, y establecido el equilibrio con el empresario, mediante la intervención del Tribunal, puede renunciar a la nulidad de la cláusula abusiva”. En parecidos términos el AAP Burgos, Secc. 2ª, de 10 de abril de 2013<sup>66</sup> no comparte la solución del Juez de instancia de acordar la inadmisión del procedimiento hipotecario sin audiencia alguna, considerando que “la normativa y jurisprudencia comunitarias no llegan al extremo de entender que el Juez español pueda inadmitir a trámite una demanda de ejecución hipotecaria que reúne los requisitos formales de admisión y ejecutividad que establece el derecho interno.

---

<sup>66</sup> Auto nº 100/2013 de la Audiencia Provincial de Burgos

La responsabilidad de los Jueces y Tribunales ante la incomparecencia o rebeldía del ejecutado no debe impedirles declarar el carácter abusivo de las cláusulas que contenga el título ejecutivo.

### **10.3. Oposición del ejecutado por cláusulas abusivas**

El ejecutado se podrá oponer en los 10 días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas tanto en las ejecuciones de títulos no procesales ni arbitrales (art. 557.1.7º LEC) como en el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados o pignorados (art. 695.1.4º LEC).

No resulta adecuado, que si el ejecutado se opone alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual en una ejecución ordinaria de títulos no procesales ni arbitrales, el art. 561.1.3.º disponga que el auto estimatorio “determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideraciones abusivas”. Esta previsión normativa sólo puede resultar aplicable en el caso de que el Juez haya apreciado de oficio la existencia de cláusulas abusivas, pues si es el ejecutado el que se ha opuesto, la ejecución ya se habrá despachado, por lo que dicho precepto debería haber previsto como consecuencia de la estimación de la oposición el archivo de la misma o, en su caso, la continuación excluyendo las cláusulas abusivas.

Es criticable que en el procedimiento hipotecario sólo resulte posible interponer recurso de apelación si se estima la oposición por cláusulas abusivas, pero no si se desestima, en cuyo caso no cabe recurso alguno, lo que resulta injusto y sumamente desigualitario pues restringe sobremanera la posibilidad de defensa del ejecutado, ya que mientras que al ejecutante se le permite como regla general recurrir, al ejecutado se le veda toda posibilidad de recurso si son desestimadas sus pretensiones, abocando al mismo a tener que acudir a un juicio declarativo (art. 695.4 LEC).

### **10.4. Medidas cautelares si el ejecutado inicia un Juicio declarativo por causa de oposición que no puede invocar en el proceso de ejecución**

La reforma llevada a cabo de la LEC por la Ley 1/2013, de 14 de mayo –desobedeciendo los postulados de la STJUE de 14 de marzo de 2013– no se haya previsto la posibilidad de suspender la ejecución cuando el ejecutado acuda a un juicio declarativo para esgrimir las causas de oposición que no puede invocar en el procedimiento hipotecario.

El artículo 698 LEC tan sólo prevé que se retenga todo o una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor por la enajenación del inmueble, pero dicha medida no sólo se puede condicionar a que el tribunal le pueda exigir previa y bastante garantía cuando no tuviere solvencia notaria sino que se permite al ejecutante interesar el alzamiento de dicha retención afianzando la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio declarativo. Ni siquiera se prohíbe al ejecutante que se hubiera adjudicado el bien enajenarlo a un tercero hasta que sea firme la sentencia del juicio declarativo.

Bien es cierto que pudiera pensarse en interesar en el juicio declarativo como medida cautelar la anotación preventiva de demanda; el problema es que esta presenta una escasa eficacia, pues conforme a lo previsto en el art. 131 LH las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la hipoteca posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas se cancelan al inscribir la enajenación de la finca a favor de adquirente en la subasta, por lo que únicamente si fueran anteriores subsistirán y dado que la certificación de cargas se solicita al principio del procedimiento hipotecario, es muy inusual que el juicio declarativo se inicie antes, por lo que dicha anotación preventiva de demanda se cancelará en el mismo momento en que tenga acceso al Registro la venta forzosa del inmueble, lo que impide al deudor recuperar el bien aunque prosperen sus pretensiones en el juicio declarativo interpuesto. De todos modos, también se ha dicho que la posibilidad de solicitar dicha medida cautelar en cualquier momento del curso de la ejecución y conseguir la reversión de la situación creada por la misma, supondría una protección desmedida<sup>67</sup>, opinión que no comparto.

Asimismo, en el caso de que el juicio declarativo sea simultáneo al proceso de ejecución tampoco es probable que se pueda alegar en este prejudicialidad civil para suspender su tramitación hasta que recaiga sentencia firme en dicho juicio declarativo. Bien es cierto que algún autor se pronuncia en este sentido<sup>68</sup>, pero en sede de proceso de ejecución no se contiene una previsión similar a la contemplada en el art. 43 LEC, el cuál prevé la suspensión del curso de las actuaciones cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos.

---

<sup>67</sup> Cfr. FRAGA MANDÍAN A., “Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas: reflexiones acerca de la STJUE de 14 de marzo de 2013”

<sup>68</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V.. “Las cláusulas abusivas”, Diario LA LEY, núm. 8116, Sección Doctrina, 1 julio 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY (LA LEY 3286/2013).

Los supuestos de suspensión en el proceso de ejecución han de ser objeto de una interpretación restrictiva, pues así se infiere de lo dispuesto en el art. 565 LEC que establece que “sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución” y si bien se prevé la suspensión por prejudicialidad penal (arts. 569 y 697 LEC) en modo alguno se contempla por prejudicialidad civil ni nuestros Tribunales son proclives a ello<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> AAP de Madrid, Secc. 9.<sup>a</sup>, 61/2009, de 5 de marzo, Rec. 561/2008: “Por otro lado y como ya ha declarado esta misma Sección en auto de fecha 30 de enero de 2009, con cita del auto de 27 de octubre de 2006 de la Sección 20 de esta misma Audiencia Provincial, la prejudicialidad civil está proyectada para los juicios declarativos y, no para los procesos de ejecución”. En similares términos AAAP Barcelona, Secc. 12.<sup>a</sup>, de 25 de junio de 2014; Madrid, Secc. 21.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2007; Ciudad Real, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2008.

## 11. Conclusiones

Hemos llegado al final del TFG y, después de todo lo dicho, las conclusiones son más que evidentes, aquellos deudores que no puedan hacer frente al pago de sus hipotecas, se encuentran “atrapados”, ante una demanda de ejecución hipotecaria se sienten desprotegidos y poco tutelados por el ordenamiento jurídico español. Los ejecutados que mayoritariamente o en casi todos los casos suelen ser las personas más vulnerables y con menos formación profesional de la sociedad española, que por sí mismos no saben cómo salvaguardar sus legítimos derechos, se ven abocados a un pleito jurídico donde con toda seguridad acabarán perdiendo su vivienda habitual y la de su familia en manos del acreedor financiero (bancos) y, donde el sistema legal no acepta la dación en pago como cancelación total de la deuda. Además, si no disponen de una defensa de oficio que los defienda en el pleito, la cual tendrá que venir avalada por una incapacidad económica demostrada por el deudor ante el Colegio de Abogados, que sepan que la contratación a profesionales del derecho del ámbito privado (abogado y procurador), puede suponer, además de la pérdida de su vivienda habitual un sobre-coste que podría alcanzar el 30% en concepto de intereses y costas del procedimiento (I+C), importe éste, que se fijará en función del importe principal reclamado por la parte acreedora y, sólo en el caso de que existan cláusulas abusivas en la Escritura del Préstamo con garantía hipotecaria y, además se trate de la vivienda habitual de deudor ejecutado, este porcentaje podrá disminuir hasta el 5%.

El artículo 24 de la Constitución Española (auxilio y tutela judicial efectiva), artículo con rango de derecho fundamental en nuestra Constitución, ante una demanda de ejecución hipotecaria este precepto se convierte en “*papel mojado*” porque, en estos casos, se hace patente, pública y notoria la indefensión en que se encuentran los demandados ante cláusulas abusivas, pues, por diversas razones, no se ha efectuado ni potenciado los controles de legalidad que incumben a Notarios y Registradores para haber evitado que el título ejecutivo y la inscripción en el Registro de la Propiedad las contuvieran.

Una demanda de ejecución hipotecaria se interpone ante los Tribunales de Justicia porque el sistema jurídico español así lo exige, pero, se podría interponer igualmente ante un órgano administrativo, porque en estos procedimientos no se permite a los Jueces y Tribunales que actúen de oficio, se enfrentan a un proceso cerrado o “*número clausus*”, donde las normas prohíben o prohibían hasta hace muy poco que los Jueces y Tribunales pudieran declarar

abusivas aquellas cláusulas que la entidad financiera había introducido asimétricamente y sin ningún tipo de negociación individual con los prestatarios.

El desequilibrio jurídico entre los litigantes queda patente en este tipo de procedimiento civil, el acreedor/ejecutante es la parte preeminente y dominante y el deudor/ejecutado es la parte débil y dominada. En estos procesos, predomina con absoluto descaro, la aceleración de las diligencias judiciales, lo podríamos catalogar como un proceso “exprés”, donde el objetivo único que se persigue es la recuperación de la finca por parte del acreedor en pública subasta y, donde éste puede adquirir la finca por el 70% de su valor de tasación (Ley 42/15, de 15 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), antes de ésta reforma, la podía adquirir por el 60% , si la subasta se declaraba desierta por falta de postores.

Cuando los deudores incumplen sus obligaciones de pago hipotecario, los acreedores salvaguardan sus legítimos derechos acudiendo al auxilio y tutela judicial efectiva, es decir, en un Estado de Derecho, los acreedores se sienten tutelados y protegidos, pero, ocurre lo mismo con los deudores?

La STJUE de fecha 14 de marzo de 2013, define de forma clara y transparente como actúa el ordenamiento jurídico español ante un proceso hipotecario, en síntesis dice lo siguiente:

-La normativa española se opone a la Directiva de 1993, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la decisión final-

El caso Aziz, ha producido un *terremoto jurídico* en nuestro ordenamiento jurídico, la Sentencia del TJUE comentada en el párrafo precedente y la Directiva 93/13/CEE, ponen de manifiesto la deficiente transposición y la arbitrariedad de las normas españolas en el ámbito hipotecario cuando existen cláusulas abusivas.

No debería ser una práctica habitual repetir en las conclusiones cosas ya dichas en este TFG, pero, con la venia del Tribunal, sólo recordarles por su importancia, que, según la Resolución del TJUE de fecha 21 de enero del 2015, en caso de nulidad de la cláusula de los intereses de demora, no puede el Juez nacional admitir la aplicación del límite del art. 114 LH, pues ello



supondría una integración o moderación de la cláusula declarada nula, prohibida por dicho Tribunal.

Finalmente el TJUE también ha querido recordar en su sentencia nº 867/2013 (Unicaja Banco y Caixabank), que la disposición transitoria 2ª. Ley 1/2013 no constituye un canon que permita automáticamente a los jueces nacionales apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

Lo que verdaderamente pretende el TJUE es que cuando una cláusula sea declarada abusiva, ello responda a un razonamiento particularizado del Juez en el cual se tomen en consideración los criterios que sean de aplicación en el caso que tiene que resolver y, no a un razonamiento basado únicamente en una apreciación abstracta o fundada exclusivamente en el contenido de una norma de derecho nacional, por mucho que dicha norma resulte de aplicación obligatoria al caso pendiente de resolución y sean cuales sean los efectos que dicha aplicación produzca.

La jurisprudencia del TJUE y, para la valoración de oficio de las cláusulas abusivas, el Juez debe de acordar de oficio diligencias de prueba, pero siempre respetando el principio de contradicción que “obliga con carácter general, al Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

La Directiva (art.6), como la STJUE de 4 de junio de 2009 y, diversas normas de derecho sustantivo nacional dicen de diferentes formas pero con un mismo fondo jurídico que: “las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito la cláusula” “las cláusulas, condiciones y estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, en pocas palabras, tanto el Derecho de la Unión como el derecho Nacional prescriben que las cláusulas abusivas serán NULAS de pleno derecho y no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación.

Los Jueces y Tribunales españoles en el ejercicio de sus funciones y dentro del marco de la Constitución y las Leyes, [“los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asunto de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”, art.1.7 del CC , pero, el mismo cuerpo legal en el art. 3.7, dispone “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales.....”], pues bien, este

alumno está convencido de que la equidad debería haberse aplicado en las ejecuciones hipotecarias y, si me lo permiten porque no querría abusar de su paciencia, que, en el caso que nos ocupa los Juzgadores se debería aproximar aunque sólo fuera un poco al enfoque del *COMMON LAW*, donde las reglas escritas no lo son todo para resolver el problema, porque, si se aplican en su estricta literalidad es evidente que el resultado se convierte en una arbitrariedad, que sólo favorece a las poderosas élites financieras en detrimento de los deudores hipotecarios que como ya se ha dicho en este TFG suelen ser las personas más vulnerables y con menos recursos de la sociedad.

Lo que la Ley diga no debería ser la última palabra sobre la cuestión controvertida, pero es el punto de partida.

## 12. Bibliografía

### 13.1 Bibliografía libros, revistas, diarios:

Derecho de la Construcción y la Vivienda, Editorial Aranzadi, Autor, Ángel Carrasco Perera

Diario La Ley

Revista Jurídica de Castilla y León

Revista Centro de Estudios de Consumo (CESCO), Universidad de Castilla-La Mancha

Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

### 13.2 Bibliografía web:

Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 (Diario Oficial núm. L 095 de 21/04/1993)

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (Diario Oficial de la UE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011) por la que se modifica la Directiva 93/13.

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril (BOE núm. 89, de 14/04/1998)

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE núm. 294 de 08/12/2007)

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 01/04/2009)

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116 de 15/05/2013)

Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 05/06/2013)

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, aprobado por el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76 de 28/03/2014)

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 287, de 30/11/2007)

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE núm. 58 de 27/02/1946)

Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (BOE núm. 1056 de 16/04/1947)

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios

### **13.3 Bibliografía legislación jurídica formato papel:**

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29/12/1978)

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero (BOE núm. 7, de 8/01/2000)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889)

### **13.4 Bibliografía jurisprudencial del TJUE:**

**STJUE Asunto C-432/05**, (Gran Sala), de 13 de marzo de 2007, Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern. Principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario.

- **F J nacional**

Artículo 14 del capítulo 11 de la Constitución sueca

Artículo 1 del capítulo 13 del Código Procesal sueco

Artículo 2, párrafo primero, del mismo capítulo del Código Procesal,

Capítulo 15 del Código Procesal

Capítulo 15, artículo 7

Ley de Loterías 10

El artículo 38, 52 y 54 de la Ley de Loterías

**STJUE Asunto C-243/08**, (Sala Cuarta), de 4 de junio de 2009, PANNON GSM Zrt. contra Erzsébet Sustiké Györfi. Cumplimiento de un contrato de abono telefónico celebrado entre las partes. – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

- **F J de la Unión**

Directiva 93/13/CEE

Apartado 1 de su artículo 1

Artículo 3 y artículo 4 apartado 1

Artículo 6 apartado 1 y artículo 7 apartados 1 y 2

- **F J nacional**

En el momento de los hechos del litigio principal, resultaban aplicables el Código Civil, en su versión resultante de la Ley nº CXLIX de 1997 (Magyar Közlöny 1997/115; en lo sucesivo, «Código Civil»), y el Decreto nº 18/1999, sobre cláusulas que han de considerarse abusivas en los contratos celebrados con un consumidor (Magyar Közlöny 1998/8), en su versión vigente en el momento del litigio principal.

Con arreglo al artículo 209, apartado 1, del Código Civil, cualquiera de las partes podrá impugnar toda condición general contractual considerada abusiva. Según el artículo 209 B, apartado 4, del mismo Código, mediante disposiciones específicas se determinará qué cláusulas han de considerarse abusivas en los contratos de consumo. En virtud del artículo 235, apartado 1, del Código Civil, en caso de impugnación fundada el contrato cuestionado quedará sin eficacia jurídica desde la fecha de su celebración. A tenor del artículo 236, apartado 1, del Código Civil, la impugnación deberá comunicarse por escrito a la otra parte dentro del plazo de un año.

El Decreto nº 18/1999, en su versión vigente en el momento del litigio principal, clasifica las cláusulas contractuales en dos categorías. Corresponden a la primera categoría aquellas cláusulas contractuales cuya inclusión en los contratos de consumo está prohibida y que, en consecuencia, son nulas de pleno derecho. La segunda categoría engloba las cláusulas que se presumen abusivas salvo prueba en contrario, correspondiendo al autor de la cláusula de que se trate destruir la mencionada presunción.

**STJUE Asunto C-484/08**, (Sala Primera), de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

- **F J de la Unión**

Considerandos duodécimo y decimonoveno de la Directiva 93/13/CEE

Artículo 3, 4 y 8

Anexo de la Directiva

- **FJ nacional**

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984) garantizaba la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

La Ley 26/1984 fue modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998), que adaptó el Derecho interno a la Directiva.

No obstante, la Ley 7/1998 no incorporó el artículo 4, apartado 2, de la Directiva al ordenamiento español.

**STJUE Asunto C-618/10**, (Sala Primera), de 14/06/2012, Magistrado Ponente: A.Tizzano, Banco Español de Crédito, S.A., y Joaquín Calderón Camino, Contratos celebrados con consumidores — Cláusula abusiva de intereses de demora — Proceso monitorio.

- **FJ de la Unión**

La Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, (DO L 1987, L 42, p. 48),

Artículo 6 y 7

Directiva 93/13/CEE

El duodécimo, el vigésimo primero y el vigésimo cuarto considerando

Artículo 6 y 7, apartado 1, artículo 8

Artículo 11, apartados 1 y 2, de la Directiva 2005/29

Reglamento nº 1896/2006, décimo considerando y artículo 1

Directiva 2008/48, artículos 1 y 5, apartado 1

Directiva 2009/22, artículo 1, apartado 1, art. 2 y artículo 10, apartado 2

- **FJ nacional**

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, el 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 (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

Artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007

Artículo 1.258 del Código Civil

Artículo 812, apartado 1, art. 815 y 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

<p><b>STJUE Asunto C-472/11</b>, (Sala Primera), de 21 de febrero de 2013, <b>BANIF PLUS BANK ZRT</b> contra Csaba Csipai y, Viktória Csipai, – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con consumidores.</p>
--

- **FJ de la Unión**

Directiva 93/13/CEE

El artículo 3, apartado 1

Artículo 4, apartado 1, artículo 6 apartado 1 artículo 7 apartado 1

- **FJ nacional**

Artículo 209, apartado 1, del Código Civil y el artículo 209/A, apartado 2, del Código Civil

Artículo 2, letra j), del Decreto Gubernamental nº 18/1999, de 5 de febrero de 1999

Artículo 3, apartado 2, de la Ley nº III de 1952 de Enjuiciamiento Civil

<p><b>STJUE Asunto C-415/11</b>, (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). Cláusulas abusivas en préstamo hipotecario celebrado con consumidores.</p>
--

- **FJ de la Unión**

Directiva 93/13/CEE

El artículo 3, y 4, apartado 1

El artículo 6, apartado 1,

El artículo 7, apartado 1,

- **FJ nacional**

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686).

La Ley General 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva.

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 (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181), se estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

Artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007:

El artículo 695 y 698 de la Ley de Enjuiciamiento

El artículo 131 de la Ley Hipotecaria vigente en el momento de los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, «Ley Hipotecaria»), cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946 (BOE nº 58, de 27 de febrero de 1946, p. 1518).

Artículo 153 *bis* de la Ley Hipotecaria

**STJUE Asunto C-482/13**, (Sala Primera). de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank Contratos celebrados entre profesionales y consumidores — Contratos de crédito hipotecario — Cláusulas de intereses de demora — Cláusulas abusivas — Procedimiento de ejecución hipotecaria — Reducción del importe de los intereses — Competencias del órgano jurisdiccional nacional»

- **FJ de la Unión**

Directiva 93/13

Artículo 1, apartado 2, artículo 3, apartado 1, artículo 4, apartado 1, artículo 6, apartado 1, artículo 7, apartado 1

- **FJ nacional**

En Derecho español, la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686).



La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Estas disposiciones fueron retomadas por el 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 (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181).

Artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

A raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), la legislación española en materia de protección de los consumidores fue modificada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE nº 116 de 15 de mayo de 2013, p. 36373). Esta Ley modificó en particular determinadas disposiciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7 de 8 de enero de 2000, p. 575).

Artículo 552, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión resultante de la modificación introducida por el artículo 7, punto 1, de la Ley 1/2013

El artículo 7, apartado 3, de la Ley 1/2013 añadió un punto 3.<sup>a</sup> al artículo 561, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 7, apartado 14, de la Ley 1/2013 modifica el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El artículo 3, apartado 2, de la Ley 1/2013 modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria

Por último, la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013

#### **13.4 Bibliografía jurisprudencia Nacional:**

<b>STS 241/2013</b> , Sala de lo Civil, de 09 de mayo de 2013, Consumidores: Condiciones Generales Abusivas; cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios
--

•FJ

Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia (artículo 469.1 2º LEC ).

Infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (artículo 469.1.3º LEC).

Vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución ( artículo 469.1 4º LEC )

El artículo 1 LCGC

• FJ de la Unión

Directiva 93/13, art. 3.2

**STS 867/2013**, Sala de lo Civil, Sala Primera de fecha 22 de febrero de 2013, Nulidad del préstamo por usurario y, en consecuencia, la nulidad de la hipoteca que garantizaba dicho préstamo,

• FJ

Artículos 1 y 3 de la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908, conocida como "Ley Azcárate " y derogadas sus normas procesales por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 enero.

Artículos 1108 y 1256 del Código civil

Artículo 319. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Artículo 1108 y 1255 del Código Civil

**Sentencia AP Girona, Auto nº 159/2015**, Sección Primera de fecha 29 de abril de 2015

**FJ**

Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios, art.1.3

Ley 26/1984, de 19 de julio, art. 1, apartados 2 y 3

Ley de Enjuiciamiento Civil art. 695.4

Referencia a las STS de fechas (15/12/2005, 18/06/1999, 16/10/2000, 28/02/2002, 29/12/2003 y 21/09/2004).

