



FACULTAD DE DERECHO

**CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL DOCUMENTO QUE
CONFIGURA LA HIPOTECA**

Autor: Victoria Ignacia Ferrer-Cazorla Fernández

5º E-3 B

Área de Derecho Civil

Tutor: Rosa Mª de Couto Gálvez

Madrid

Abril, 2018

RESUMEN

Durante la crisis económica, momento muy delicado para las familias españolas, emergieron las cláusulas abusivas impuestas por las entidades bancarias en los contratos de préstamos hipotecarios. Con ello, se multiplicaron el número de reclamaciones en los tribunales españoles, donde la probabilidad de éxito era casi nula. No fue hasta el año 2013 con el Caso Aziz el TJUE dio un vuelco a lo que venían dictando los tribunales españoles hasta el momento, resolviendo el comunitario a favor de los consumidores.

En nuestro trabajo, se van a analizar las sentencias dictadas por el TJUE y TS más relevantes en la lucha por la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas desde 2013. Se tratará de conocer si la normativa española cumple con la legislación comunitaria establecida en la Directiva 93/13/CEE y si han surgido normas emergentes a raíz de dicha jurisprudencia. Por último, se realizará un breve estudio del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

Palabras claves: Cláusulas abusivas – Directiva 93/13/CEE – Europa – España – Préstamo hipotecario – Proyecto de Ley Hipotecaria

ABSTRACT

While the economic crisis, a very delicate moment for Spanish families, the unfair terms imposed by the banking entities on the mortgage loan contracts emerged. Consequently, the number of claims in the Spanish courts multiplied, where the probability of success was almost non-existent. It was not until 2013 with the Aziz Case that the CJEU overturned what the Spanish courts had dictated until now, resolving the CJEU in favour of consumers.

In our paper, we will analyse the most relevant case laws, dictated since 2013, handed down by the CJEU and the SC, in the fight for the protection of consumers against unfair terms. The matter of this paper is seeking to know if the Spanish legislation complies with the European legislation established in Council Directive 93/13/ EEC and whether or not emerging law have arisen as a result of those case laws. Finally, the Draft Real Estate Credit Act will be briefly studied.

Keywords: Unfair terms - Council Directive 93/13/ EEC – Europe – Spain – Mortgage loan - Draft Real Estate Credit Act.

Índice

1. Introducción	1
2. Concepto y marco teórico	2
2.1. Distinción entre préstamo y garantía hipotecaria.....	2
2.2. Préstamo.....	3
2.3. Garantía hipotecaria	3
2.4. Extensión objetiva de la garantía	5
3. Distinción entre préstamos a consumidores y no consumidores	7
4. Consulta prejudicial ante el TJUE: Caso Aziz	8
4.2. Auto planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en julio de 2011	9
4.3. Sentencia del TJUE de 14 de marzo del 2013 (C-415/11).....	11
5. Jurisprudencia relevante tras la STJUE de 14 de marzo de 2013	13
5.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 2013: Cláusula suelo	13
5.2. Sentencia del TJUE de 11 de junio del 2015 (C-602/13)	16
5.3. Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14)	17
5.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (364/2016).....	18
5.5. Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15): retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo	20
5.6. Sentencia del TJUE de 26 de enero del 2017 (C-421/14): cláusula de vencimiento anticipado	22
5.7. STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16): cláusula multdivisa	24
6. Leyes emergentes tras las cuestiones prejudiciales del TJUE posteriores a 2013 25	
6.1. Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013	25
6.3. Real Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de enero de 2017	27
7. Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario	28
I. Novedades del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.....	29
8. Conclusiones	35
9. Bibliografía	37
10. Legislación	38
11. Jurisprudencia	39

1. Introducción

La figura jurídica del préstamo hipotecario tiene especial relevancia en la economía y sociedad españolas. La promulgación de la Ley 2/81 de Regulación del mercado hipotecario supuso la aparición de relevantes consecuencias económicas desde la expansión de este mercado hasta el estallido de la burbuja inmobiliaria. El exceso de liquidez y unos intereses históricamente bajos provocó que los bancos concedieran hipotecas con una excesiva facilidad relajando el cumplimiento de ciertos requisitos. Por ello, las familias podían acceder a préstamos fácilmente para comprarse una casa, elevando la demanda de préstamos hipotecarios, provocando un exceso de deudores hipotecarios y el incremento de intereses.

Los bancos incluyeron en sus contratos hipotecarios diferentes cláusulas abusivas las cuales estaban permitidas por nuestra Ley Hipotecaria, entre ellas la famosa “cláusula suelo”. Esta cláusula establece un límite mínimo al interés que se aplicará en la cuota aunque el tipo de interés baje. Las hipotecas españolas son mayoritariamente a tipo de interés variable, lo que se traduce en que el interés está referenciado a un índice, el Euribor¹, al cual se le suma el diferencial, por lo que el interés de la hipoteca variará conforme a dicho índice. Esta cláusula establecía que aunque la suma del Euribor y el diferencial fuese inferior, se aplicará el interés mínimo límite recogido en la cláusula. Cuando se produjo el estallido de la crisis, los intereses comenzaron a bajar y con ellos el Euribor llegando a mínimos históricos. Este hecho provocó que los tipos de interés variables de los préstamos hipotecarios cayeran en picado y la cláusula suelo se activase. En este trabajo, además de tratarse la cláusula suelo, se van a tratar las cláusulas de vencimiento anticipado y la de intereses moratorios.

La situación que se produjo a causa de las cláusulas abusivas se tradujo en un malestar social, en donde la injusticia y la estafa bancaria eran el lema. Los consumidores no podían hacer frente a los préstamos hipotecarios, por lo que las entidades financieras comenzaron a instar el procedimiento ejecutivo para la realización del valor de la garantía del préstamo. A raíz de la Sentencia del TJUE de 14 de marzo del 2013 (C-

¹ “El euribor, acrónimo de Euro Interbank Offered Rate, es un índice que indica el tipo de interés promedio al que las principales entidades financieras europeas se prestan dinero entre sí. Este índice se calcula hallando la media del precio de esos préstamos”. Definición disponible en: <https://www.bbva.es/general/diccionario-economico/e/euribor> [Consultado el 27/02/2018]

415/11), por la cual se establecen las pautas para determinar cláusulas abusivas y su nulidad, los Tribunales empezaron a dictar sentencias a favor de los consumidores. Actualmente, el tema sigue estando presente en la calle, donde las demandas por las cláusulas abusivas siguen interponiéndose y los bancos deben hacer frente a devoluciones millonarias de los intereses cobrados con efecto retroactivo.

El objetivo de este trabajo es conocer si la legislación española cumple con la normativa establecida en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y cómo se ha ido adaptando la normativa española a medida que se iba dictando jurisprudencia.

2. Concepto y marco teórico

2.1. Distinción entre préstamo y garantía hipotecaria

Hay una concepción en la sociedad de que la hipoteca y el préstamo hipotecario son lo mismo. Por ello, antes de adentrarnos en la normativa que regula estas figuras, se debe matizar qué es exactamente cada una de ellas y cuál es su distinción.

La hipoteca es un derecho real limitado accesorio a una relación jurídica subyacente que se establece como garantía de cumplimiento de dicha relación anterior. En cuanto al préstamo hipotecario, es el contrato por el que una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible con la condición de que dicha parte devuelva dicha cantidad más intereses, puede ser gratuito, pero en el préstamo hipotecario no es lo normal.

Por tanto, para conceder un préstamo de cantidad elevada, las entidades financieras exigen una garantía de cumplimiento, la hipoteca. Así, el titular del préstamo establece como garantía el inmueble que compra con dicho préstamo. En el caso de incumplimiento de la obligación de devolver el préstamo, la entidad financiera puede ejecutar la garantía, siendo el inmueble subastado en pública subasta. En último término, si no aparecen postores y queda desierta la subasta, podría adjudicárselo la entidad acreedora.

2.2. Préstamo

El préstamo viene recogido en el Código Civil² junto al comodato³ en el artículo 1740 CC. Si bien, el préstamo simple o mutuo viene definido en el artículo 1753 CC como *“El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.”*. El préstamo puede ser gratuito o de pago de unos intereses, debiendo pactarse de forma expresa como establece el artículo 1755 CC. El préstamo no deja de ser un contrato entre dos partes, el acreedor y el deudor, donde prima la voluntad de las partes. El préstamo mutuo supone la transferencia de dominio de la cosa al deudor, teniendo este la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

La naturaleza jurídica de la figura del préstamo se encuentra justificada por dos corrientes: la tradicional y la moderna. La corriente tradicional establece que el préstamo es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa que constituye su objeto. Sin embargo, la corriente más moderna considera que el préstamo es un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento. El Tribunal Supremo se ha manifestado sobre la naturaleza del préstamo, siguiendo a la corriente tradicional, considerando que se trata de un contrato real como reflejó en su STS de 27 de octubre de 1994. Asimismo, el Código Civil mantiene la concepción del TS de que el contrato de préstamo es real, ya que sus efectos surgen en tanto se entrega la cosa objeto del contrato.

2.3. Garantía hipotecaria

La hipoteca es un derecho real de garantía sobre bienes inmuebles regulado en el Código Civil y la Ley Hipotecaria⁴. Con mayor rigurosidad, ROCA SASTRE⁵ la define

²Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 25 de julio de 1889.

³ Art 1740 CC: *“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato... El comodato es esencialmente gratuito.”*

⁴Decreto de 8 de febrero de 1946, *“Ley Hipotecaria”*. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 27 de marzo de 1946.

⁵ ROCA SASTRE, L., & R. M. (1999). *Derecho Hipotecario*. España, Bosch, Pág. 45.

como un *“derecho real accesorio, indivisible, de constitución registral y recayente sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y que sujeta inmediatamente lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo ello en garantía de la efectividad de una obligación dineraria”*.

La doctrina establece que la hipoteca cumple dos funciones: de garantía y de realización. La función de garantía se da por la incertidumbre del acreedor ante posible incumplimiento de la obligación por parte del deudor. La función de realización se da cuando la obligación principal se ha incumplido y se inicia la ejecución forzosa del bien inmueble.

La hipoteca se caracteriza y diferencia de los demás derechos reales de garantía en que no se produce el desplazamiento posesorio ni el traslado de propiedad del inmueble, así el deudor de la obligación principal puede seguir sacando beneficio económico de la cosa. Además, la hipoteca se trata de un derecho accesorio⁶, art. 1857⁷ CC, ya que sigue a una obligación principal, lo que implica la imposibilidad del nacimiento de la hipoteca si no existe previamente un préstamo. En esta línea, la Ley Hipotecaria incluye en su art. 104 *“La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.”*, el carácter accesorio del derecho real de garantía, a lo que se unen la doctrina y la jurisprudencia.

La hipoteca grava directa o indirectamente los bienes sobre los que se constituye para el cumplimiento de una obligación principal como es el pago del préstamo. La función de realización de la hipoteca entra en juego cuando el deudor no realiza el pago del préstamo. La facultad de realización corresponde al acreedor beneficiario de la hipoteca que puede enajenar el bien inmueble hipotecado a través del procedimiento legalmente

⁶ZURITA MARTÍN, I. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. La Ley: Las Rozas, España.

⁷ Art. 1857 CC: *“ Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal... ”*.

establecido⁸. Así, esta facultad de realización es inherente al derecho real de garantía, según el art. 1858 del CC “*vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”, ya que su finalidad es asegurar la satisfacción del préstamo. Además de accesorio, la hipoteca es inseparable del préstamo que asegura y garantiza (art. 1212 CC), por lo que, según el art. 1528 CC, la hipoteca no se puede transmitir si no con el préstamo que asegura.

La hipoteca es indivisible, así los arts. 1860 CC y 122 LH lo reiteran. El art. 122 LH establece “*La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.*” En los arts. 123 y 124 LH se admite pacto en contrario a la indivisibilidad de la finca hipotecada.

El derecho real de garantía es de constitución registral, es decir, que para su nacimiento es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad, art. 1875 CC.. Por ello, la hipoteca tiene vida registral, ya que no deja de existir como derecho real hasta que no se inscribe su cancelación. Este hecho explica el no necesario desplazamiento de la posesión, ya que está cubierto con la función de publicidad en el Registro. Previa a la inscripción, según el art. 145 LH, es necesaria para la constitución la previa formalización en escritura pública.

2.4. Extensión objetiva de la garantía

En cuanto al objeto de la hipoteca inmobiliaria, los arts. 1874 CC y 106 LH determinan que sólo pueden ser objeto de la hipoteca:

“1º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción

2º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.”

⁸ DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil III*. Madrid, España: Tecnos.

Además, el art. 107 LH⁹ establece añade una serie de bienes y derechos hipotecables. Si bien, en nuestro caso nos centraremos en el objeto de la hipoteca inmobiliaria que será el inmueble adquirido con el préstamo concedido.

En virtud del art. 109 LH, la hipoteca se extiende, aunque no se mencione en el contrato, a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados. El art. 110 LH¹⁰ desarrolla el contenido del artículo anterior. En el art. 111 LH se establecen las exclusiones de los bienes muebles localizados dentro de la finca, salvo pacto en contrario. En virtud de los arts. 112 y 113 L.H la hipoteca no se extiende a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que los muebles y las mejoras señaladas se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas

⁹ Podrán también hipotecarse:

1.º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

2.º La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.

3.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.

4.º El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.

5.º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.

6.º Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.

7.º Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.

8.º El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no sólo subsistirá la hipoteca, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

9.º Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

10.º Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.

11.º Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8.º

12.º El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

¹⁰ Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

vencidas que sean de pertenencia del mismo.

3. Distinción entre préstamos a consumidores y no consumidores

La aprobación de la Directiva 93/13¹¹ supuso un gran cambio en la normativa de protección de consumidores y control de las condiciones generales de contratación. La Directiva 93/13 en su artículo 2 da una definición de consumidor, siendo ésta: *“toda persona física que, en los contratos reglados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha acotado aún más dicha definición, limitando los actos a los que se debe satisfacer el préstamo, siendo éstos *“las necesidades familiares o personales”*, o *“las propias necesidades del consumo privado de un individuo”*.

LANZAS GALVACHE Y SELVA SÁNCHEZ¹² señalaron que *“la finalidad de la Directiva es armonizar las legislaciones de los Estados miembros para la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas que pueden encontrarse con los contratos celebrados con empresarios. El verdadero objetivo final de la Directiva es avanzar para conseguir un mercado interior único en el que se garantice que la libre circulación de personas, mercancías y servicios esté garantizado.”*

Esta Directiva es resumida por MÉNDEZ-PINERO¹³ en varios puntos destacables: *“prevalece la interpretación más favorable para el consumidor”*, *“se aplica a las cláusulas no negociadas individualmente entre profesional y no consumidor”* y *“no aplicable a cláusulas imperativas”*.

El interés de esta Directiva la encontramos en la definición de consumidores para realizar la distinción entre préstamos a consumidores o no consumidores. Como se ha

¹¹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹² MASIDE MIRANDA, J.E (1998): “Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en LANZAS GALVACHE, J. Y SELVA SÁNCHEZ, L. M. *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

¹³ MÉNDEZ-PINERO, M.E. (2014). “Crisis económica, burbuja inmobiliaria y derecho a la vivienda en España: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre cláusulas abusivas y crédito hipotecario”. *Anales de la Facultad de Derecho*, N° 31, págs. 29-52.

dicho antes, consumidores son las personas que actúen fuera del ámbito profesional con fines particulares y familiares. Por lo que un préstamo hipotecario para comprar una casa familiar donde desarrollar una vida íntima se considera un préstamo a consumidores. Por ello, el préstamo hipotecario que estudiaremos será el préstamo hipotecario a consumidores.

4. Consulta prejudicial ante el TJUE: Caso Aziz

4.1. Hechos

En 2007, Mohammed Aziz, demandante, suscribió con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, TARRAGONA i MANRESA (CATALUNYACAIXA), demandada, un préstamo con garantía hipotecaria, cuyo objeto de garantía se conformará el domicilio familiar del Sr. Mohammed de Martorell (Barcelona). El préstamo se componía por un capital de 138.000 euros a amortizar en 33 anualidades, mediante 396 cuotas mensuales, computadas a partir del 1 de agosto de 2007.

Con fecha de marzo de 2009, Aziz había acumulado retrasos puntuales por impago del préstamo que de inmediato generan intereses moratorios, por lo que, la entidad financiera inició un procedimiento de ejecución¹⁴ de títulos judiciales en reclamación de la cantidad adeudada, incluidos los intereses vencidos, los intereses y costas fijados en el contrato y los intereses moratorios. Los intereses de demora ascendían a un tipo del 18'75 por ciento. El 15 de diciembre de 2009 el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Martorell dictó auto despachando ejecución.

El Sr. Mohammed fue requerido al pago tanto extrajudicialmente como en el procedimiento judicial, donde no constan respuestas, al igual que no se personó en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Con motivo de esto, en enero de 2011 Mohammed fue desalojado de su domicilio.

Ante esta situación, Mohammed solicita la declaración de nulidad de la cláusula del documento constitutivo del préstamo hipotecario referido al procedimiento de ejecución

¹⁴ Arts. 681 a 698 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

por considerarla abusiva. Como consecuencia, el juez José María Fernández Seijo, del Juzgado número 3 de Barcelona, apreciadas las pocas posibilidades de éxito en el derecho español, pues tenía ciertas dudas sobre la adecuación del sistema jurídico español a la Directiva 93/12/CEE, planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en julio de 2011.

4.2. Auto planteando una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en julio de 2011¹⁵

Las cuestiones que plantea el juez José María Fernández Seijo al tribunal de Justicia de Luxemburgo son:

1. *“Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.”*¹⁶

Con la primera pregunta, el juez Seijo quiere resolver si los motivos de oposición al procedimiento de ejecución que recoge la LEC¹⁷ limita o no la tutela efectiva de los derechos de los consumidores. Por ello, como los motivos de oposición a la ejecución están tasados, es muy complicado encajar en uno de ellos; así, Mohammed no cumplía ninguno de los motivos para poder oponerse. Al igual que no podía iniciar un procedimiento ejecutivo para cuestionar la validez de las cláusulas del documento constitutivo del préstamo hipotecario, debiendo recurrir al procedimiento ordinario, sin posibilidad de frenar el procedimiento de ejecución hipotecaria porque el primero es más lento.

En este punto, se pone en duda si el ordenamiento jurídico español cumple con la

¹⁵ Cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona. Juicio ordinario 13/2011.

¹⁶ Cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona. Juicio ordinario 13/2011. Pág 26.

¹⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

normativa comunitaria en el marco jurídico de protección a los consumidores. El TJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, tiende a habilitar al juez para tutelar de oficio¹⁸ los intereses de los consumidores y declarar nulas algunas cláusulas incompatibles con los derechos de los consumidores. Si bien la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación de 2007 incorpora las directivas comunitarias sobre esta materia, el juez español no tutela de oficio los intereses de los consumidores, ya que la alegación de cláusulas abusivas debe realizarse en un procedimiento declarativo posterior y no en el mismo procedimiento de ejecución, donde la pérdida del inmueble se vuelve inminente.

2. *“Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:*

1) *A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado en un largo lapso de tiempo - en este caso 33 años - por **incumplimientos** en un período muy limitado y concreto.*

2) *La fijación de unos **intereses de demora** - en este caso superiores al **18%** - que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los caso en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado”¹⁹*

En el primer apartado, el juez Seijo pretende que el TJUE aclare el concepto de desproporción en relación con el tiempo que tiene que transcurrir para que el acreedor pueda vencer anticipadamente el préstamo. Al fin y al cabo, el Sr. Aziz presentó dificultades para el pago de las mensualidades de un el comienzo del préstamo. Sin embargo, el hecho de que dejase de hacer frente al pago de las mensualidades durante 5 meses debe ser motivo para el prestamista para rescindir un contrato de 396 cuotas

¹⁸ Caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, asunto C-240/1998 a C-244/1998

¹⁹ Cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona. Juicio ordinario 13/2011. Pág 26.

mensuales. Aquí es donde el juez Seijo busca analizar la desproporción.

En cuanto al segundo apartado, el juez Seijo lo que plantea es que en España donde el préstamo hipotecario es muy común, cómo la legislación hipotecaria española no establece un límite legal en los intereses moratorios, pudiendo los prestamistas marcar el interés que les convenga. Además, a esto se le une el hecho de que se apliquen los intereses moratorios a la parte del préstamo no vencida. Este punto se relaciona con el hecho de que el deudor no puede reclamar en el procedimiento ejecutivo explicado anteriormente.

Como conclusión, el juez Seijo pretende que el TJUE resuelva sobre el hecho de si la legislación española cumple con la Directiva 93/13/CEE tanto en materia material como procesal de protección a los consumidores de las cláusulas abusivas.

4.3. Sentencia del TJUE de 14 de marzo del 2013 (C-415/11)

La Sentencia del TJUE de 14 de marzo del 2013 está especialmente influenciada por el dictamen de 8 de noviembre de 2012 de la Abogada General del TJUE, Juliane Kokott, por el que la ley española hipotecaria vulnera la normativa comunitaria al no proteger al ciudadano ante la inclusión de cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario contrarias a la Directiva 93/13/CEE.

El TJUE en su sentencia responde a la primera cuestión prejudicial sobre materia procesal como: *“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 **se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, 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 que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa 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 su decisión final.”

De este fragmento se pueden extraer tres conclusiones²⁰ por las que el derecho español contraviene el Derecho comunitario. La primera es la imposibilidad de formular motivos de oposición a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas en la normativa española. La segunda es imposibilidad del juez español para declarar de oficio la abusividad de las cláusulas. Por último, la imposibilidad del juez de tomar medidas cautelares como la suspensión de la ejecución para que su última decisión sea eficaz también es contraria al derecho comunitario.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el TJUE declara sobre las cláusulas que para que sean consideradas abusivas conforme al art. 3, apdo. 1, de la Directiva 93/13/CEE debe realizarse *“un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinarse –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”* y debe comprobarse *“si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.”*

Con respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, *“la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimiento del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor hay incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esta facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo...”*. El TJUE da respuesta a la cuestión de la cláusula de vencimiento anticipado estableciendo que debe ser el juez nacional el que valore la gravedad del incumplimiento del préstamo con respecto a la duración y cuantía del préstamo hipotecario.

En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los interés de demora, *“el juez remitente*

²⁰ BLANCO GARCÍA, A.I. (2013). *“Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 7, págs. 18.

deberá comprobar en particular...el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal...". Por tanto, el TJUE establece que el juez debe contrastar el interés de demora establecido en el contrato con el interés legal del dinero.

Como conclusión, esta sentencia ha supuesto un hito importante en la legislación hipotecaria española. El TJUE declaró la contrariedad de la normativa española al Derecho de la Unión Europea. El TJUE determinó que el juez nacional era competente para valorar la posible abusividad de una cláusula de los contratos de préstamos hipotecario con consumidores, pudiendo el juez suspender la ejecución hipotecaria en caso de que exista o pueda existir una cláusula abusiva que afecte a uno de los elementos esenciales del contrato²¹, como el precio²².

5. Jurisprudencia relevante tras la STJUE de 14 de marzo de 2013

5.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo 2013: Cláusula suelo

En esta sentencia, el Tribunal Supremo (TS) resuelve el tema de las cláusulas suelo y supone otro hito importante en la doctrina jurisprudencial²³. Antes de pasar a analizar esta sentencia, vamos a definir el concepto de cláusula suelo. Una cláusula suelo es un tipo de cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario por la que se establecen unos topes mínimos de interés variable y así el banco se asegura un cobro mínimo. El motivo que lleva a los bancos a establecer este tipo de cláusulas es la volatilidad del interés variable, debido a que está compuesto por el índice referenciado del Euribor más el diferencial.

La Sentencia resuelve un caso por el que se planteó una acción colectiva de cesación de condiciones generales de contratación contra las entidades NCG Banco, Cajas Rurales y BBVA. En dicha acción colectiva se solicitaba la nulidad de las condiciones generales

²¹ Art. 1261 CC: *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes; 2º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3º Causa de la obligación que se establezca”*

²² De los arts. 1.271 a 1.273 CC se deducen los requisitos del objeto del contrato, los cuales son: licitud, utilidad para el acreedor, determinado, valuable en dinero, y no estar fuera del comercio de los hombres.

²³ ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016): *“La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable”*, En DE LA SIERRA FLORES, M; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. Y BERROCAL LANZAROT, A.I. *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (págs. 453-478). Madrid: Dykinson.

de contratación incorporadas en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable porque se cuestionaba la licitud de dichas cláusulas.

En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, el tipo de interés forma parte del objeto del contrato, siendo éste un elemento esencial del contrato. El tipo de interés es el precio a pagar por el dinero prestado y provoca que el objeto sea determinable en lugar de determinado debido a las cuotas de los montantes que irán en función del tipo de interés. El TS vino a decir que la cláusula suelo no es ilícita, por lo que no pueden entrar a conocer ni controlar su equilibrio ni la abusividad de su contenido. Si bien pueden controlar su transparencia²⁴, es decir, si el consumidor ha sido informado de manera amplia y correcta sobre la inclusión de la misma cláusula con sus consecuencias.

El Tribunal Supremo declara la nulidad de las cláusulas suelo en el fallo séptimo por motivos de falta de claridad, información y transparencia. Entre estos motivos se encuentran: la creación de apariencia de préstamo a interés variable el cual se beneficia de las bajadas de interés, la inclusión de la cláusula entre una cantidad de datos dificultando su visibilidad, la no incorporación de ejemplos donde se reflejen las consecuencias del establecimiento de un interés mínimo y la no incorporación de una simulación del coste que supone la cláusula suelo. Por ello, el TS declara la falta de transparencia de las cláusulas suelo, ya que el consumidor no está informado claramente²⁵.

En cuanto a la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, el TS establece la irretroactividad, ya que de lo contrario se podrían vulnerar los principios de seguridad jurídica y de buena fe, del mismo modo que la retroactividad podría causar posibles

²⁴ La Orden Ministerial de 5 de mayo regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamo hipotecario a los consumidores, que debe constar de:

- *“Entrega al solicitante de un folleto informativo.*
- *Oferta vinculante que incluya las condiciones financieras*
- *Posible examen de la escritura pública por el prestatario durante tres días anteriores al otorgamiento.*
- *Formalización por escritura pública. El notario está obligado a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias de interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y la baja.”.*

²⁵ Como exige el art. 5 de la directiva 93/13/CEE: *“en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.*

trastornos económicos graves. Si bien, se produce una contradicción en esta sentencia, pues en España la declaración de nulidad de pleno derecho (*quod nullum est nullum effectum producit*) lleva aparejada la retroactividad²⁶, ya que si es nula la cláusula se da por no puesta nunca en el contrato. En este caso, el TS se manifiesta a favor de la irretroactividad, priorizando los trastornos económicos graves que supondría la retroactividad de la cláusula para los bancos. Por tanto, el TS basa la decisión en motivo económico²⁷ más que en un motivo jurídico, así el efecto restitutorio no tendrá lugar a desde el momento en que se firmó el contrato de préstamo, sino que será a partir del 9 de mayo de 2013.

La irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fue reiterada posteriormente en la STS de 25 de marzo de 2015 (139/2015): “*Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiera pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013*”. Por lo que el TS sentó doctrina sobre uno de los aspectos que más controversias tras la resolución del TS de 9 de mayo de 2013.

En la STS de 25 de marzo de 2015, tras las sentencias dictadas por Juzgados y Audiencias Provinciales en contra de la doctrina del TS, estableciendo la aplicación retroactiva de los efectos de la nulidad, el TS sigue defendiendo la irretroactividad por el riesgo de trastorno grave con transcendencia al orden público económico, refiriéndose al conjunto de las acciones individuales y las acciones colectivas, ya que el riesgo de una única acción individual es insignificante. Por ello, la afectación “*no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede ser ridícula en términos*

²⁶ 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 los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.*”.

²⁷ ARELLANO GÓMEZ, F.J. Y DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2015). “*Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios análisis crítico y propuestas alternativas*”. España: Sevilla: Consejería de Fomento y Vivienda. Libro electrónico disponible en la página web: https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/libro_electronico/index.html [Consulta: 07/03/2018]

macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto”²⁸.

5.2. Sentencia del TJUE de 11 de junio del 2015 (C-602/13)

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander es el que plantea las cuestiones prejudiciales al TJUE sobre la consideración de abusivas de dos cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario. Por tanto esta Sentencia ocupa sobre las tutelas judiciales acerca del cálculo de los intereses de demora por parte del juez.

Las dos cláusulas por las que se plantean las cuestiones prejudiciales versan sobre el interés de demora y el vencimiento anticipado. El interés de demora en el contrato de préstamo hipotecario estaba fijado en un 20 por ciento y el vencimiento anticipado del préstamo podía ejercitarse si se producía un impago de una fracción de una única cuota. Fijándose en estas, el juez español formula las cuestiones prejudiciales cuestionando de compatibilidad entre la Directiva 93/13/CEE con artículos de la LEC en relación con el TRLGDCU²⁹.

El Auto que dicta el TJUE determina que los jueces no podrán modificar el interés de demora establecido en el contrato, como solución establece la inaplicación de dicha cláusula, ya que no está facultado para su modificación. En este sentido, el Auto señala: *“...del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*”³⁰. De hecho, *“si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido*

²⁸ STS de 25 de marzo de 2015 (139/2015) (F.D. 7º).

²⁹ 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

³⁰ Sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57.

de las cláusulas abusivas, dicha facultad **podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7³¹ de la Directiva 93/13.**”.

En cuanto a la segunda cuestión planteada acerca de la cláusula de vencimiento anticipado, el juez de Santander *“considera que dicha cláusula es abusiva en la medida en que no estipula que ha de producirse un retraso en el pago de por lo menos tres cuotas mensuales antes de que pueda declararse el vencimiento anticipado”*. En este sentido, el TJUE señala que *“cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*. Lo que quiere decir que el juez puede aplicar lo que corresponda para una cláusula abusiva, aunque el banco BBVA haya cumplido con el plazo.

5.3. Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14)

El litigio de esta sentencia se produce entre una asociación de consumidores (ADICAE) y un número elevado de entidades financieras. Esta sentencia trata de resolver una cuestión prejudicial sobre la posibilidad de inclusión de acciones individuales cuando existe un proceso de acción colectiva iniciado. Así, el TJUE determina que *“El artículo 7³² de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de*

³¹ Art. 7 de la Directiva 93/13/CEE: *“Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”*.

³² Art. 7 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE: *“Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.”*.

esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva". Por tanto, el TJUE declara contradictoria la normativa española a la Directiva 93/13/CEE, pues según la normativa española se puede suspender la tramitación de una acción individual cuando una acción colectiva está pendiente, lo cual es contrario al art. 7 de la Directiva 93/13/CEE.

Además, el TJUE establece *"las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13"*. Por tanto, no existe apreciación de cosa juzgada pues no existe identidad objetiva, ya que la acción individual y colectiva tienen objetos y efectos jurídicos diferentes.

5.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (364/2016)

En esta sentencia el Tribunal Supremo ha fijado doctrina sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. La cuestión litigiosa en este caso surge de un préstamo hipotecario que recaía sobre una vivienda y un local destinado a la instalación de una farmacia con unos intereses moratorios del 19 por ciento.

Al estar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de un local comercial, surge la primera pregunta, antes de resolver sobre los intereses moratorios, acerca de si el deudor hipotecante tiene condición de consumidor o de profesional o empresario.

Respecto a esta primera cuestión, el TS se expresa a favor de las condición de consumidor, ya que el préstamo inicial estaba “destinado a la adquisición de una vivienda habitual” y que, por tanto, “está afectado por la normativa de consumidores”, ya que la posterior ampliación del préstamo lo había sido “por una cuantía tan poco relevante (8.000 euros) en relación con el importe del inicial préstamo hipotecario (295.000 euros), que no puede transformar el contrato novado en un contrato concertado por un profesional o empresario para su actividad profesional o empresarial”. Además, “el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad (...), salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas”³³.

El TS respecto a la primera cuestión defiende que el préstamo hipotecario está sujeto al art. 82.1³⁴ del TRLGDCU y que existe una presunción *iuris tantum* de la falta de negociación individual de las cláusulas generales insertas en los contratos bancarios. Por tanto, se puede examinar el carácter abusivo de los intereses moratorios.

El carácter abusivo de las cláusulas de los intereses moratorios reviste dificultades, pues no existe una norma expresa donde se establezca un criterio y son los jueces los que deben valorar el carácter abusivo del interés moratorio. En un principio, la jurisprudencia utilizaba como criterio objetivo el establecido en el art. 114.3 LH³⁵ “Los intereses de demora...no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.”. Sin embargo, el TS en su Sentencia de 22 de abril de 2015 y en la presente sentencia deja claro que no se aplicará dicho criterio, ya que determinó que es “abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal”. El TS establece que el límite del art. 114.3 LH “operará, dentro de los supuestos previstos en el propio

³³ Sentencia del Pleno 22 abril 2015 (RAJ 2015, 1360).

³⁴ Art. 82.1 del TRLGDCU: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y del usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

³⁵ Art. 114.3 LH: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero”.

precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos”, es decir, se aplicará el límite del art. 114.3 LH cuando la cláusula de interés moratorio haya sido negociada individualmente por las partes.

Además, esta sentencia basándose en la STS de 22 de abril de 2015, establece que los jueces no deben moderar el interés de demora por su valoración como abusivo ni tampoco cesar el devengo de cualquier tipo de interés, debiendo únicamente establecer *“la supresión del incremento del tipo de interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”*.

5.5. Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15): retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

Por la STS de 9 de mayo de 2013, explicada anteriormente, se declararon nulas las cláusulas abusivas a partir del momento que se dictó sentencia, es decir, sin efecto retroactivo. El TS decidió limitar los efectos en el tiempo por los daños económicos que provocaría el efecto retroactivo de dichas cláusulas y dictaminó que sólo produjera efectos de cara al futuro. Los consumidores no aceptaron la resolución del TS y el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante deciden preguntar al TJUE si la STS de 9 de mayo de 2013 que declaraba la nulidad de las cláusulas abusivas sin efecto retroactivo es compatible con el art. 6.1³⁶ de la Directiva 93/13/CEE sobre la no vinculación de las cláusulas abusivas.

El TJUE declara que *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a***

³⁶ Art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE: *“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”*

la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3³⁷, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”.

Por tanto, el TJUE con este fallo pretende impedir que los tribunales nacionales con la declaración del carácter abusivo de las cláusulas en un contrato entre consumidor y profesional no declaren el derecho de restitución no limitada de los pagos indebidos anteriores a la sentencia que declara la abusividad de dicha cláusula. Como consecuencia, *“la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”.* Así, se declara la incompatibilidad entre la STS de 9 de mayo con la Directiva 93/13/CEE.

Si bien, el asunto en esta sentencia no es que se haya impuesto una limitación al restablecimiento de las pagos indebidos, ya que lo contrario al Derecho de la Unión Europea es la limitación al derecho esencial de los consumidores a quedar indefensos ante la declaración de carácter abusivo de la cláusula. Como destacan los apartados 72 y 73 de la STJUE: *“Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos

³⁷ Art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE: *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”.*

jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección 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 citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).”.

5.6. Sentencia del TJUE de 26 de enero del 2017 (C-421/14): cláusula de vencimiento anticipado

Con esta sentencia, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander acerca de la cláusula de vencimiento anticipado establecida en el contrato de préstamo hipotecario del Banco Primus. Así, este Juzgado suspendió el procedimiento ejecutivo iniciado por dicho banco contra Jesús Gutiérrez García por el impago de siete cuotas hipotecarias consecutivas, no oponiéndose el consumidor a la ejecución hasta un año después de que expirara el plazo fijado por la ley nacional. Por tanto, el TJUE establece los criterios a tener en cuenta el Juez nacional para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, concretamente las de vencimiento anticipado, y declara contrario a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE el plazo de un mes fijado por la normativa española para recurrir la abusividad de las cláusulas abusivas, pues *“no permite garantizar que los consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos.”*

El primer criterio a tener en cuenta para conocer el carácter abusivo de una cláusula contractual consiste en determinar si dicha cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Consecuentemente, cuando un Juez considere que la cláusula que determina el cálculo de los intereses ordinarios no es clara, deberá comparar el resultado de aplicar el tipo

previsto por dicha cláusula con el resultado de aplicar el tipo efectivo utilizado en los cálculos generalmente aplicados y determinar su posible abusividad.

Aunque el Juez nacional no haya aplicado la cláusula establecida en un contrato de préstamo hipotecario, éste debe valorar el carácter abusivo de las cláusulas para evitar sus consecuencias. Por tanto, el Juez podrá deducir el carácter abusivo de la cláusula en el seno del procedimiento ejecutivo aun no habiendo sido aplicada dicha cláusula. Así, el TJUE se opone a la normativa nacional, que permita mantener la validez del vencimiento anticipado al amparo de la actual redacción del art. 693.2 LEC³⁸, que permite dar por vencido anticipadamente un crédito por el impago de tres cuotas hipotecarias, por considerarlo contrario al principio de no vinculación contenido en el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE³⁹. El TJUE resuelve que el Juez nacional puede considerar nulas las cláusulas de vencimiento anticipado que permitan dar por vencido anticipadamente un crédito por el impago de cualquier cuota hipotecaria, independientemente de que la entidad financiera haya hecho uso de dicha cláusula para iniciar un procedimiento ejecutivo. Por ello, lo que pretende el TJUE es que no se de por vencido anticipadamente un préstamo hasta que el Juez nacional estudie la gravedad del impago de las cuotas hipotecarias en relación con la duración y la cuantía del préstamo.

Por último, el TJUE establece que cuando una cláusula contractual con un posible carácter abusivo sin haber sido apreciado con anterioridad en un control judicial del contrato concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional podrá apreciar dicho carácter abusivo de la cláusula conforme a la Directiva 93/13/CEE, pues el anterior control judicial del contrato resultaría incompleto.

³⁸ Art. 693.2 LEC: *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.”*

³⁹ Véase *supra* Nota al pie 30.

5.7. STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16): cláusula multidivisa

La cuestión prejudicial del TJUE resuelve sobre un préstamo denominado en divisa extranjera celebrado entre un banco rumano y la Sra. Ruxandra Paula Andriciuc. El litigio surgió cuando el tipo de cambio de los leus rumanos (RON) y los francos suizos (CHF) varió considerablemente en perjuicio de los prestatarios y es cuando cuestionan el carácter abusivo de la cláusula contractual, alegando poca información de los riesgos que suponían dicha contratación. En esta sentencia, el TJUE resuelve sobre la obligación de los bancos de informar a sus clientes sobre los riesgos de la contratación a un tipo de cambio.

Aunque esta cuestión prejudicial la plantee un tribunal rumano, la respuesta del TJUE debe ser acatada por los tribunales españoles, de ahí el interés de analizar esta sentencia. Con respecto a esto, el TJUE determina que es función del Juez nacional estudiar el posible carácter abusivo de las cláusulas multidivisas y *“la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato.”*⁴⁰. Esta apreciación se realiza conforme al art. 3.1⁴¹ de la Directiva 93/13/CEE.

Además, el TJUE aclaró que la entidad de crédito tiene la obligación de informar suficientemente, declarando *“el banco incumplió sus obligaciones de información, de advertencia y de asesoramiento, así como su deber de redactar cláusulas contractuales de forma clara y comprensible para que cada prestatario pudiera apreciar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato que celebraba.”*⁴². El concepto “de forma clara y comprensible” lo explica estableciendo que *“la cláusula...debía indicar, para poder considerarse redactada de forma clara y comprensible en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, todas las consecuencias susceptibles de provocar una variación en el precio pagado por el prestatario, como sería el riesgo del tipo de*

⁴⁰ STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16) apartado 58.

⁴¹ Art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE: *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.”*

⁴² STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16) apartado 11.

cambio.”⁴³, con independencia de que estemos frente a un “elemento esencial del contrato”, como es el “*objeto principal del contrato*”⁴⁴.

6. Leyes emergentes tras las cuestiones prejudiciales del TJUE posteriores a 2013

6.1. Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013⁴⁵

Esta ley surgió como consecuencia de la larga crisis económica que aconteció desde 2008 que provocó que muchos ciudadanos con contratos de préstamos hipotecarios vieran sus viviendas habituales en riesgo de ejecución por sus dificultades de afrontar el pago de las cuotas hipotecarias. Por tanto, surge la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013 como necesidad de proteger a los deudores hipotecarios sin recursos.

Para perfeccionar y reforzar la protección de los deudores hipotecarios, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013 incluye cuatro capítulos que se examinarán a continuación, si bien se examinarán en función del tipo de medida y no por capítulos.

- 1) La Ley 1/2013 establece la suspensión inmediata por un plazo de dos años los desahucios de deudores hipotecarios en situación especial de riesgo de exclusión social, es decir, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 hasta transcurridos dos años no se podrá desahuciar a familias pertenecientes a colectivos especialmente vulnerables y en las que concurran unas circunstancias económicas previstas en la Ley 1/2013.
- 2) Esta ley prevé la introducción de mejoras en el mercado hipotecario. Así, la Ley 1/2013 introduce en la normativa del mercado hipotecario una limitación de los intereses de demora a tres veces el interés legal del dinero y la prohibición de su capitalización. Además recoge la posible suspensión de la venta extrajudicial por parte del Notario cuando una de las partes del proceso haya cuestionado el carácter abusivo de una de las cláusulas. Esta posibilidad es una consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013⁴⁶. Con respecto a las sociedades de tasación,

⁴³ STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16) apartado 15.

⁴⁴ STJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16) apartado 41.

⁴⁵ Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁴⁶ Véase *supra* STJUE de 13 de marzo de 2013: Caso Aziz.

se endurecen las exigencias de independencia de estas sociedades respecto las entidades financieras.

- 3) Modifica la LEC introduciendo innovaciones que afectan al proceso ejecutivo en general y al hipotecario en particular. El Juez puede valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual en el título ejecutivo para conseguir agilizar el procedimiento. Esta posibilidad surge como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013⁴⁷. Además, la tasación del bien en la subasta no podrá ser inferior al 75 por ciento del valor del bien establecido en la tasación de la hipoteca y permite la participación del deudor hipotecario en la revalorización futura del bien ejecutado. Asimismo, la LEC introduce la posibilidad de condonación del capital remanente adeudado en el procedimiento de ejecución dinerario tras haberse ejecutado la vivienda familiar. En caso de inexistencia de postores en la subasta, el acreedor podrá pedir la adjudicación del 70 por ciento del valor de tasación de la vivienda habitual. El plazo que se le concede al mejor postor para consignar el remate se amplía de 20 a 40 días. Por último, se facilitan los requisitos para pujar habiendo de consignarse el 5 por ciento del valor de tasación en vez del 20.
- 4) Modifica el RDL 6/2012⁴⁸ de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, tanto en lo que respecta a su ámbito de aplicación, como en lo relativo a las características de las medidas que pueden ser adoptadas, lo que afecta al *Código de Buenas Prácticas*.

6.2. Reformas procesales de la LEC en 2015⁴⁹

En 2015 se llevaron a cabo modificaciones de la LEC en general y con respecto a las cláusulas abusivas, las mayores modificaciones las encontramos en el proceso monitorio. Por ello, respecto a las novedades implantadas en la LEC, se va a realizar una breve referencia:

⁴⁷ Véase *supra* Nota al pie 34.

⁴⁸ Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

⁴⁹ Ley núm. 42/2015, de 5 de octubre. RCL 2015\1525 Reforma de la Ley 1/2000, de 7-1-2000 (RCL 2000\34), de Enjuiciamiento Civil.

- 1) La Administración de Justicia incorpora el uso de las nuevas tecnologías. Esta reforma pretende que la comunicación electrónica sea la forma habitual de actuar en la Administración de Justicia.
- 2) Se modifica la regulación del proceso monitorio para favorecer la protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con profesionales o empresarios. Así, el Juez puede verificar la existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales y declarar de oficio el carácter abusivo.
- 3) Establece los plazos de actuación de los consumidores y empresarios en caso de litigio.

6.3. Real Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de enero de 2017⁵⁰

El RDL de 20 de enero de 2017 surge como necesidad de dar solución a las controversias surgidas entre consumidores y entidades bancarias unidos por una relación contractual de préstamo hipotecario y cuyo litigio se encuentra incorporado en el texto constitutivo de la hipoteca, las cláusulas suelo. La STS de 9 de mayo de 2013 establecía el carácter abusivo de las cláusulas suelo y declaraba su nulidad. Sin embargo, esta STS declaraba la irretroactividad de las cláusulas suelo antes de la fecha en que se dictó la sentencia. El TS confirmó dicha irretroactividad asentando doctrina en su STS de 25 de marzo de 2015. No fue hasta el pronunciamiento del TJUE en su STJUE 21 de diciembre de 2016 cuando se dio un reverso a esta decisión del TS, en la que el TJUE declaró que la doctrina del TS era contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Ante esta situación, el Gobierno vio la necesidad de adoptar la ley que analizamos para favorecer la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor.

La principal medida recogida en el RDL es la posibilidad de reclamación extrajudicial para agilizar y flexibilizar la devolución de las cantidades resultantes de aplicar las cláusulas suelo indebidamente cobradas por la entidad de crédito, presentando las siguientes ventajas: la no necesidad de acudir a la vía judicial, sin coste para el consumidor y la voluntariedad de esta vía para éste. Sin embargo, las entidades

⁵⁰ Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

financieras están obligadas a implantar dicha vía debiendo informar a los consumidores que tienen incorporadas cláusulas suelo en sus contratos. Una vez iniciada la vía extrajudicial, no se puede ejercitar una acción para abrir la vía judicial hasta la finalización del procedimiento extrajudicial. Iniciada la vía extrajudicial, la entidad de crédito tiene un plazo de tres meses para el cálculo de la cantidad a devolver o, si entiende que la reclamación no es procedente, las razones de por qué lo cree.

El sistema de reclamación extrajudicial pretende facilitar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores.

7. Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario

El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario fue aprobado el pasado mes de noviembre mediante acuerdo por el Gobierno de España. El Proyecto de Ley tiene como objetivo proceder a la transposición de la Directiva UE 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁵¹.

En la exposición de motivos del presente Proyecto de Ley se establece como finalidad última *“potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria.”*. Además, en la exposición de motivos se trata de dos cuestiones que merecen resaltar:

- 1) Incorporar al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto por la Directiva Europea 2014/17.
- 2) Ampliación del ámbito subjetivo, pues *“Aunque la normativa europea limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores”* el ordenamiento jurídico español de defensa de los consumidores pretende *“extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores...para ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos.”*

⁵¹ UE 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

El Proyecto de Ley, cuyo objetivo último es reforzar el proceso de contratación y la formalización de este tipo de préstamos y su ejecución, regula tres aspectos principales: a) las normas de transparencia y de conducta de las entidades de crédito de protección al prestatario, b) el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios y c) el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la Ley. A continuación, se procederá a examinar las novedades más relevantes en relación con nuestro estudio de la jurisprudencia.

I. Novedades del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios

a) Mayor transparencia en la fase precontractual.

En el Proyecto de Ley se establecen los principios de actuación básicos en la concesión de préstamos inmobiliarios y se establece una regulación detallada de la fase precontractual. Esta regulación detallada está destinada a dotar la fase precontractual de la mayor transparencia posible y fortalecer el equilibrio entre las partes del contrato de préstamo hipotecario.

Por consiguiente, para ampliar las garantías de protección del prestatario, el art. 12 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios exige al prestamista con una antelación de siete días la entrega de información relevante para la comprensión del préstamo. La FEIN⁵² con las condiciones básicas del préstamo, cuya consideración será la de oferta vinculante. Una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), cuyo contenido es de advertencia de la existencia de cláusulas de mayor relevancia y complejidad relativas a los tipos de interés aplicable, debiendo incluir los índices a los que hace referencia y la existencia de límites mínimos; al vencimiento anticipado como consecuencia del impago; a la distribución de los gastos relacionados con el préstamo y al tipo de cambio en caso de un préstamo multdivisas. En caso de que se trate de un préstamo a tipo de interés variable deberá de aportar un documento determinando las cuotas periódicas a pagar por el prestatario en función de los diferentes escenarios de las subidas y bajadas

⁵² Ficha Europea de Información Normalizada.

del tipo de interés. También, debe proporcionarse una copia del proyecto con los gastos que incluye este: arancel notarial, derechos registrales, ITPAJD y gestoría.

b) Refuerzo del control por parte de notarios y registradores

El cliente deberá comparecer ante el notario elegido en el plazo de los siete días siguientes para el asesoramiento gratuito y obligatorio. También, el prestatario deberá remitir telemáticamente toda la información descrita en el apartado anterior al notario para que cumpla con su obligación de verificación. Una vez verificada, el notario deberá emitir un acta notarial previa⁵³, que probará el cumplimiento de los plazos de entrega de documentación, el asesoramiento prestado por el notario y la comprensión y aceptación del prestatario del contenido de toda la documentación y, en especial, de las cláusulas que revistan relevancia y complejidad. El notario con el acta notarial previa dará fe de que se cumple el principio de transparencia material. Tras el acta, el notario autorizará la escritura, dónde insertará una reseña identificativa del acta y la afirmación del notario bajo su responsabilidad de que el prestatario ha sido asesorado y documentado.

En caso de que no se hubiera otorgado acta, el notario no autorizará la escritura y los registradores de la propiedad no inscribirán una escritura si no consta la reseña del acta⁵⁴. Además, los notarios y registradores no autorizarán ni inscribirá ningún contrato o negocio jurídico que incluya cláusulas que sean contrarias a la ley, que hayan sido declaradas nulas mediante sentencia del Tribunal Supremo o declaradas abusivas por sentencia firme y que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁵⁵. Por último, igual obligación establece la Disposición Final Primera para los registradores de la propiedad que deberán denegar la inscripción dichas cláusulas⁵⁶.

⁵³ Art. 13. 5 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁵⁴ Art. 20. 2 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁵⁵ Disposición final sexta por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁵⁶ Disposición final primera apartado 4 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios por el que se modifica el apartado 2 del artículo 258 de la Ley Hipotecaria.

c) Responsabilidad del notario en cuanto a entendimiento y comprensión del contenido por parte del consumidor

La Disposición Final Cuarta, por la cual se modifica la Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, determina la responsabilidad del notario en caso de incumplimiento de alguna de sus obligaciones explicadas en el apartado anterior. Así, la modificación prevé una nueva falta disciplinaria e infracción muy grave en caso de incumplimiento con los plazos, el asesoramiento y la manifestación manuscrita de que el prestatario ha comprendido y aceptado el contenido y los riesgos del contrato.

d) Rebaja de las comisiones por cancelación anticipada

El Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios incluye una rebaja de las comisiones a percibir en el caso de cancelación anticipada del préstamo por parte del prestatario, que se configura como un derecho “*ex lege*” del mismo, por lo que no se puede establecer un límite a este derecho por el prestamista. Así, como regla general, no se podrá cobrar ninguna comisión de reembolso anticipado en préstamos hipotecarios a un tipo de interés variable⁵⁷.

No obstante, se admite únicamente el pacto de una de las dos cláusulas siguientes, tanto si el reembolso anticipado es total o parcial; o bien el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente si este reembolso se produce durante los cinco años, o bien el importe de la pérdida financiera con el límite del 0,50 por ciento del capital reembolsado anticipadamente si el reembolso se produce durante los tres años de vigencia del contrato⁵⁸. En los contratos de préstamo a tipo de interés fijo se establece una comisión máxima de un 4 por ciento durante los diez primeros años de vigencia del contrato y, durante el resto del plazo, se establece un límite máximo del 3 por ciento⁵⁹.

Además, se establece una rebaja de la comisión de cancelación anticipada en el caso de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor y novación modificativa del préstamo cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno

⁵⁷ Art. 21 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁵⁸ Art. 21.5 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁵⁹ Art. 21.7 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

fijo. Por ello, se establece como límite de la comisión a percibir el 0,25 por ciento del capital reembolsado anticipadamente si el reembolso se produce durante los tres primeros años de vigencia del préstamo⁶⁰. Durante el resto del plazo, el prestamista no podrá exigir ninguna comisión por reembolso anticipado.

“El objetivo perseguido es lograr que los prestatarios puedan conocer con exactitud el coste que en el medio y largo plazo les va a suponer la financiación que contratan, lo que les permitirá realizar una planificación financiera a largo plazo, a la par que favorece la simplicidad en la redacción de los contratos y en consecuencia la transparencia con los prestatarios. En todo caso, la regulación trata de establecer un punto de equilibrio entre facilitar a las personas físicas el reembolso de sus préstamos y no generar escenarios adversos en los prestamistas respecto de la oferta de contratos de préstamo a tipo fijo, en los que el riesgo de tipo de interés es mayor.”

e) Delimitación de los supuestos de vencimiento anticipado del préstamo

El Proyecto de Ley delimita las causas en los que cabe el vencimiento anticipado del préstamo. Este límite trata de dejar atrás el supuesto de posibilidad de dar por vencido anticipadamente un préstamo a partir del impago de tres cuotas mensuales, si así establecía el contrato. Por ello, para dar por vencido anticipadamente un préstamo, el Proyecto de Ley establece una serie de requisitos⁶¹ que se deben cumplir conjuntamente, no admitiéndose pacto en contrario, y son: el prestatario, fiador o garante debe ser una persona física y el préstamo sea para la adquisición de la vivienda habitual, el prestatario debe estar en mora, el prestamista debe haber requerido el pago concediéndole un plazo de quince días para su cumplimiento y el cumplimiento de la relación entre el momento en el que se produce el impago y el número de cuotas vencidas y no satisfechas sea:

“i. Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales...”

⁶⁰ Art. 21.7 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁶¹ Art. 22 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

ii. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado... ”⁶².

Al igual que el art. 22 del Proyecto de Ley de Créditos Hipotecario, la Disposición Final Primera apartado Tres modifica el art. 129 bis de la Ley Hipotecaria por el que se incluyen estos requisitos imprescindibles para reforzar los supuestos de vencimiento anticipado.

f) Límite del interés de demora exigible al triple del interés legal del dinero

El Proyecto de Ley establece un límite máximo en el caso de que una persona física haya concluido un préstamo con garantía inmobiliaria con el objetivo de evitar la aplicación de intereses de demora desproporcionados en caso de incumplimiento del contrato de préstamo. El interés de demora será el triple del interés legal del dinero y no cabe pacto en contrario⁶³. Además, los intereses de demora se calcularán únicamente sobre el capital devengado y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados con el capital no vencido.

La Disposición Final Primera apartado Dos prevé el mismo límite modificando el párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria.

g) Prohibición de ventas vinculadas

El Proyecto de Ley establece una norma de conducta para los prestamistas por la que quedan prohibidas las ventas vinculadas que ofrecen las entidades financieras y consisten en la oferta de un paquete compuesto por el préstamo y una serie de productos

⁶² Art. 22.1.b) del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁶³ Art. 23 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

financieros, que debe aceptar el prestatario para que el prestamista le conceda el préstamo⁶⁴.

No obstante, se permite a la entidad de crédito la oferta por separado, tratándose entonces de ventas combinadas⁶⁵. También se permite una oferta alternativa que consiste en ofertar al prestatario un préstamo con o sin productos financieros y mostrándole el beneficio que acarrearía uno y otro⁶⁶. Con esta norma de conducta de los prestamistas se busca *“favorecer la elección del producto más adecuado por parte del cliente y fomentar la competencia entre prestamistas, posibilitando la venta agrupada en aquellos casos en los que resulte más beneficioso para aquellos.”*

h) Posibilidad del consumidor de conversión unilateral de deuda de un préstamo hipotecario con una cláusula multdivisa

Una incorporación muy novedosa en nuestro ordenamiento jurídico es la posibilidad que se le concede al prestamista con un préstamo inmobiliario en moneda extranjera de convertir el préstamo a la moneda en la que el prestatario reciba sus ingresos o la del Estado miembro en el que resida el mismo⁶⁷. Se utilizará el tipo de cambio vigente en la fecha en que se solicite la conversión publicado por el Banco Central Europeo.

En caso de que el prestatario no sea consumidor y sea profesional o empresario, se permite la sustitución de este derecho por otro mecanismo de cobertura de riesgos de cambios en el tipo de cambio, debiendo el prestamista dar información sobre la evolución de la deuda y de su derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa.

⁶⁴ Art. 15.1 párr. 1 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁶⁵ Art. 15.2 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁶⁶ Art. 15.1 párr. 2 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

⁶⁷ Art. 18.2 del Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios.

8. Conclusiones

PRIMERA.- La normativa hipotecaria española permitía en los contratos de préstamos hipotecarios con consumidores la inclusión de las cláusulas suelo, las de vencimiento anticipado, con posibilidad de iniciar la ejecución por el impago de una única cuota hipotecaria, y las de interés de demora, para los que la ley no establecía un límite legal por lo que los prestamistas podían establecer el que les conviniera y aplicarlo a la totalidad del préstamo, incluidas las cuotas no vencidas.

SEGUNDA.- El objetivo de la Directiva 93/13/CEE es establecer una única legislación para garantizar la protección de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario. El TJUE ha dictado sentencias por las que interpreta dicha Directiva en aras de proteger a los consumidores. Con el Caso Aziz, el TJUE declara la contrariedad de la normativa hipotecaria española a la legislación comunitaria.

TERCERA.- Se aprecia una transposición no suficiente para los objetivos y fines de la Directiva 93/13/CEE. Se manifiesta dicha apreciación en la indefensión de los consumidores que se produjo al priorizar factores económicos sobre jurídico-sociales en la STS de 9 de mayo de 2013, declarando la irretroactividad de las cláusulas suelo. El TJUE corrige dicha situación, declarando la retroactividad de las cláusulas para lograr el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que habrían estado los consumidores si no existiera dicha cláusula.

CUARTA.- A pesar de las Sentencias del TJUE que han puesto de manifiesto la necesidad de reformas en la normativa española, el Gobierno no ha recogido en una norma toda la jurisprudencia con sensibilidad hacia los consumidores, provocando que los deudores hipotecarios sigan reclamando sus derechos ante los Tribunales.

QUINTA.- Con el Proyecto de Ley de Créditos Inmobiliarios se trata de cambiar la situación anterior. En la fase contractual se exige la FiAE, una ficha de advertencia sobre la existencia cláusulas que revisten de mayor relevancia y complejidad, refiriéndose expresamente a la cláusula suelo, la de vencimiento anticipado y la de multidivisa. Además, refuerza el control de los notarios y registradores, debiendo éstos

asegurarse de la comprensión y aceptación del prestatario del contenido de la documentación y comprobar la inexistencia de cláusulas abusivas. El Proyecto de Ley refuerza los supuestos de vencimiento anticipado y recoge una serie de requisitos que se deben cumplir conjuntamente para poder dar por vencido anticipadamente un préstamo. El Proyecto de Ley también incluye un límite máximo al interés de demora siendo éste el triple del interés legal del dinero y rebaja las comisiones por cancelación anticipada. Finalmente, establece una norma de conducta para los prestamistas por la que quedan prohibidas las ventas vinculadas e incorpora la posibilidad del prestatario de conversión unilateral de un préstamo hipotecario con cláusula multidivisa.

SEXTA.- Estamos en el camino de conseguir la tutela definitiva de los derechos de los consumidores de contratos de préstamos hipotecarios y conseguir la paz plena y completa en nuestro tribunales. Con el Proyecto de Ley, se busca la mayor transparencia y el refuerzo del control de las cláusulas contractuales por la falta de conocimiento financiero de los clientes de préstamos hipotecarios que se le encomienda a los notarios y registradores. Esperemos que con esta nueva ley se consiga homologar nuestra legislación crediticia destinada a la protección de consumidor de préstamos hipotecarios a las directrices de las normas emanadas de la UE y a la interpretación que de ellas hace el TJUE.

9. Bibliografía

ARELLANO GÓMEZ, F.J. Y DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2015). “*Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios análisis crítico y propuestas alternativas*”. España: Sevilla: Consejería de Fomento y Vivienda. Libro electrónico disponible en la página web: https://ws147.juntadeandalucia.es/obraspublicasyvivienda/publicaciones/01%20ARQUITECTURA%20Y%20VIVIENDA/estudios_juridicos_sobre_vivienda_y_desahucios/libro_electronico/index.html [Consulta: 07/03/2018]

BLANCO GARCÍA, A. I. (2013). “Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 7, págs. 18.

DÍEZ PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil III*. Madrid, España: Tecnos.

ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016): “La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable”, En DE LA SIERRA FLORES, M; CALLEJO RODRÍGUEZ, C. Y BERROCAL LANZAROT, A.I. El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea (págs. 453- 478). Madrid: Dykinson.

MASIDE MIRANDA, J.E (1998): “Las condiciones generales de los contratos y la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, en LANZAS GALVACHE, J. Y SELVA SÁNCHEZ, L. M. *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

MÉNDEZ-PINERO, M.E. (2014). “Crisis económica, burbuja inmobiliaria y derecho a la vivienda en España: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre cláusulas abusivas y crédito hipotecario”. *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 31, págs. 29-52.

ROCA SASTRE, L., & R. M. (1999). *Derecho Hipotecario*. España, Bosch, pág. 45.

ZURITA MARTÍN, I. (2014). “*Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*”, La Ley: Las Rozas, España.

10. Legislación

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, “*sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*”. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Bruselas, 21 de abril de 1993.

Decreto de 8 de febrero de 1946, “*Ley Hipotecaria*”. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 27 de marzo de 1946.

Decreto de 7 de enero de 2000, “*Ley Enjuiciamiento Civil*”, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 8 de enero de 2001.

Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, “*medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*”, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 15 de mayo de 2013.

Orden de 5 de mayo de 1994 , “*sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*”, Boletín Oficial del Estado. Madrid, 11 de mayo de 1994.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, “*Código Civil*”. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 25 de julio de 1889.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , “*Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*”, Boletín Oficial del Estado. Madrid, de 30 de noviembre de 2007.

Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, “*de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*”, Boletín Oficial del Estado. Madrid, de 21 de enero de 2017.

11. Jurisprudencia

Juzgado de primera instancia nº 3 de Martorell, Mediante auto de 19 de julio de 2011.

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 asunto C-415/11

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 11 de junio del 2015 asunto C-602/13

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 14 de abril de 2016 asuntos C-381/14 y C-385/14

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 21 de diciembre de 2016 asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 26 de enero del 2017 asunto C-421/14

Sentencia del Tribunal de Justicia de UE (Sala Primera) de 20 de septiembre de 2017 asunto C-186/16

Sentencia 241/2013 de 9 de mayo, del Tribunal del Supremo, Sala 1ª, de lo Civil.

Sentencia 139/2015 de 25 de marzo, del Tribunal del Supremo, Sala 1ª, de lo Civil.

Sentencia 265/2015 de 22 de abril, Tribunal Supremo, Pleno Sala 1ª, de lo Civil.

Sentencia 364/2016 de 3 de junio, del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil.