



FACULTAD DE DERECHO

# LA REFORMA HIPOTECARIA: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Autor: Amalia Lucena López

Directora: Rosa M<sup>a</sup> de Couto Gálvez

Madrid

Abril de 2014

Nombre: Amalia  
Apellido 1: Lucena  
Apellido 2: López

**LA REFORMA HIPOTECARIA: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**



## Índice de contenidos

<b>1. ACRÓNIMOS.....</b>	<b>4</b>
<b>2. RESUMEN .....</b>	<b>6</b>
<b>3. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>5. CONCEPTOS PREVIOS .....</b>	<b>10</b>
<b>6. MAPA COMPETENCIAL EN MATERIA DE CONSUMO .....</b>	<b>16</b>
6.1. Unión Europea, Estado Central, CCAA y Entes Locales.....	16
6.2. Derecho de Consumo: ¿materia civil o mercantil? .....	18
6.3. Hacia la unificación europea en materia de consumo .....	20
<b>7. INTERESES MORATORIOS .....</b>	<b>22</b>
7.1 ¿Intereses usurarios?.....	22
7.2. ¿Moderación judicial ex art. 1154 Cc? .....	23
7.3. ¿Moderación judicial ex art. 83 TRLGDCU? .....	24
7.4. Otros posibles remedios. ....	25
<b>8. La STS 9 Mayo 2013 y las CLÁUSULAS SUELO .....</b>	<b>27</b>
8.1. Entre el caos y la revolución: Novedad, Ejemplaridad e Inseguridad.....	27
8.2. Nulidad ex nunc .....	30
8.3. ¿Quod nullum est, nullum effectum producit? .....	31
8.4. ¿Apreciación de la nulidad de oficio? .....	32
8.5. Otras posibles soluciones .....	33
8.5.1. Control preventivo voluntario de las minutas de préstamo bancarias.....	33
8.5.2. Tribunal centralizado único para esta materia .....	34
<b>9. La VENTA EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO, una ejecución imposible .....</b>	<b>36</b>
9.1. Inviabilidad de la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula en el procedimiento extrajudicial.....	36
9.3. Requerimiento de pago al deudor .....	37
9.4. Desistimiento del ejecutante .....	38
9.5. Posibles soluciones.....	39
9.5.1. Un órgano centralizado del Notariado que unifique “ex ante” la práctica notarial .....	39
9.5.2. Un órgano judicial único para toda España.....	40
<b>10. CONCLUSIONES .....</b>	<b>41</b>
<b>11. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>

## 1. ACRÓNIMOS

<b>Art.</b>	Artículo
<b>Arts</b>	Artículos
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>Cco.</b>	Código de Comercio
<b>CE</b>	Constitución española
<b>CEE</b>	Comunidad Económica Europea
<b>Cfr.</b>	Confróntese
<b>DA</b>	Disposición Adicional
<b>DT</b>	Disposición Transitoria
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>D.O.C.E.</b>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<b>D.O.U.E.</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>EM</b>	Exposición de Motivos
<b>LAU</b>	Ley de Arrendamientos Urbanos
<b>LCGC</b>	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
<b>LC</b>	Ley Concursal
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria
<b>LJCA</b>	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
<b>L.O.</b>	Ley Orgánica
<b>LOTC</b>	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
<b>LRJAPyPAC</b>	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
<b>LVPBM</b>	Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles
<b>TRLGDCU</b>	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>OM</b>	Orden Ministerial
<b>ORDEN EAH</b>	Orden del Ministerio de Economía y Hacienda
<b>p.</b>	Página

<b>pp.</b>	Páginas
<b>RCL</b>	Repertorio Cronológico de Legislación –Westlaw-
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>RDL</b>	Real Decreto Ley
<b>RJ</b>	Repertorio de Jurisprudencia –Westlaw-
<b>ROJ</b>	Repertorio Oficial de Jurisprudencia –CENDOJ, Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial-
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TFUE</b>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>vol. UE</b>	Volumen Unión Europea

## 2. RESUMEN

La noción de “consumidor/usuario” y la de cláusula abusiva requieren de una mínima delimitación. Tras explicitar el grupo normativo aplicable a nuestro estudio, es a lo primero que nos dedicamos.

A poco que en él se profundiza se constata que nuestro mapa competencial en materia de consumo no es tan claro, ni acaso tan racional, como cabría esperar.

Un estudio detallado sobre todas las medidas ideadas para paliar la situación de desamparo de los deudores hipotecarios en España frente a posibles cláusulas abusivas nos desbordaría. Centramos nuestra atención en dos abusos que están requiriendo de la atención de nuestros tribunales constantemente: intereses moratorios y cláusulas suelo; con especial atención a la STS 9 Mayo 2013, de trascendental importancia respecto a estas últimas. Fuera ya de la ejecución judicial –hipotecaria-, explicamos por qué a nuestro juicio la ejecución extrajudicial ante notario, la denominada venta extrajudicial, es insuficiente, más aún, inviable; al menos, tal y como actualmente aparece diseñada.

Concluimos señalando cómo la protección del deudor –consumidor- hipotecario, pese a las varias reformas últimamente operadas, sigue siendo insuficiente y cómo, siempre a nuestro juicio, podría actuarse para remediarla.

**Palabras clave:** consumo / cláusula abusiva / cláusula suelo / ejecución / hipoteca

## **ABSTRACT**

The concept of "consumer/user" and "unfair clauses" require minimal definition. After expliciting the applicable normative group to our study, this is the first thing that we focus on.

If we analyze a little deeper, it is found that our map of consumer law competence is not so clear, or perhaps not as rational, as expected.

A detailed report on all measures designed to alleviate the situation that mortgagors in Spain face against unfair terms would overflow our study. We focus on two abuses that constantly require our courts attention: default interest clauses and "soil clauses", paying special attention to the Supreme Court Judgment of May 9, 2013, highly relevant with respect to the latter. We explain why we believe that notarized extrajudicial execution, so called extrajudicial sale, is insufficient, even unfeasible, at least as it is currently designed.

We conclude by noting that the protection of the mortgagor - consumer - remains inadequate despite several reforms operated lately, and we state, from our perspective, what could be done to remedy it.

**Key words:** consumption / unfair clause / soil clause / execution / mortgage

### 3. INTRODUCCIÓN

La reacción social frente a las consecuencias derivadas del lanzamiento en el procedimiento de ejecución hipotecaria de vivienda habitual ha sido cada vez más fuerte. El denominado movimiento social contra los desahucios (“stop a los desahucios”) ha arraigado en España, dando lugar a múltiples reformas jurídicas. Así mismo, la repercusión extra muros de la nación, en concreto en la Unión Europea, ha aumentado aún más la conciencia acerca de la pérdida de la vivienda de muchos europeos, en particular en España.

Tras muchos años de bonanza económica es innegable el caos existente en España generado por la crisis en la que la sociedad se encuentra inmersa. Los motivos que llevaron a la crisis son múltiples, entre los que cabe destacar la burbuja crediticia e inmobiliaria.

El sobreendeudamiento del consumidor espoleado por un crédito irresponsable (“objetivos, objetivos, objetivos... y el que venga detrás que arree”, ¿una forma de proceder ajena a nuestro mundo bancario?; por lo demás, ¿un modus operandi a día de hoy abandonado?), así como la insuficiente objetividad -léase, imparcialidad- en la tasación de las viviendas (algo por lo demás “comprensible”, pues como en el caso Enron o frecuentemente en materia de arbitraje bien podría decirse que resulta poco sensato “morder la mano de quien te da de comer”) han derivado en consecuencias muy perjudiciales para todos; particularmente, y como siempre (pues la cuerda rompe por su punto más débil), para los más desfavorecidos.

Trataremos de esclarecer el “maremagnum” normativo que regula la actividad de los consumidores y usuarios en relación con los contratos de préstamos hipotecarios. Una vez clara la base normativa, estudiaremos las reformas producidas para tratar de solucionar la crisis de la hipoteca. Expondremos las consecuencias derivadas de dichas reformas para concluir con otras alternativas, así como una crítica a los legisladores.

El método seguido en el trabajo es el deductivo, puesto que partiendo de un principio general (normativa, jurisprudencia, doctrina) llegamos a una conclusión (crítica y otras posibles soluciones).



#### 4. GRUPO NORMATIVO

Nos referimos a las normas -y jurisprudencia- básicas en la que hemos basado nuestro trabajo. No especificamos artículos concretos dentro de ellas dado que son muchos los tenidos en consideración. Son éstas:

- ❖ Directiva 93/13/CEE<sup>1</sup> del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- ❖ Real Decreto Legislativo 1/2007<sup>2</sup>, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- ❖ Ley 1/2013<sup>3</sup>, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- ❖ STS 9 Mayo 2013<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> D.O.C.E. 21-4-1993.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL\2007\2164), que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (BOE de 30 de noviembre de 2007, núm. 287, (p.49181), rect. BOE 13 de febrero 2008, núm. 38, (p.49181).

<sup>3</sup> Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada en el BOE núm. 116, de 15/05/2013, rect. BOE 23 de mayo de 2013, núm. 123. Reformada por la Ley 8/2013 de 26 de junio., (p.38848). Esta ley, llamada también Ley Antidesahucios, fue aprobada a raíz de una iniciativa popular que demandaba imponer una dación en pago obligatoria y retroactiva y también de la STJUE de 14 de marzo de 2013. No aprobó dicha dación en pago, pero si introdujo importantes mejoras en la protección del consumidor.

<sup>4</sup> STS de 9 de mayo de 2013, sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. (RJ 2013\3088). Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Gimeno-Bayón Cobos

## 5. CONCEPTOS PREVIOS

### 5.1. “Consumidor o usuario”, un concepto no siempre claro.

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos... esto es lo que se le pide a cualquiera que trata con un consumidor. Me pregunto si propiamente el legislador resulta ejemplar a este respecto: ¿De verdad la normativa sobre consumo es concreta, clara y sencilla? Suponiendo que no lo sea, ¿cómo exigir a otros lo que uno no practica? La legislación sobre consumo pivota sobre el concepto de consumidor, ¿un concepto claro?

En el ámbito comunitario se considera «consumidor» a toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión (art. 2.f de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 octubre 2011; en idéntico sentido, art. 2.b de la Directiva 93/13/CEE<sup>5</sup> del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 1.2.b de la Directiva 1999/44/CE<sup>6</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y art. 2.2 de la Directiva 97/7/CE<sup>7</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia).

En cambio, en nuestro ámbito interno afirma el art. 3 del TRLGDCU, “a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”.

---

<sup>5</sup> D.O.C.E. 21-4-1993.

<sup>6</sup> D.O.C.E. 7. 7. 1999

<sup>7</sup> D.O.C.E. 4.6.1997

Dos son las diferencias:

1. Para el TRLGDCU es posible el consumidor persona jurídica;
2. Se sustituye el pronombre «su» –en las Directivas– por el artículo indefinido «una» actividad empresarial o profesional. No es lo mismo, dando lugar al controvertido supuesto del consumo empresarial sin relación directa con la actividad principal del empresario<sup>8</sup>.

Llama la atención el distinto concepto que de consumidor se tiene en uno y otro ámbito. Todavía, dentro del ámbito interno –español-, se constata que el concepto de consumidor no es unitario:

\* “Sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto...”, reza el citado art. 3 TRLGDCU. Así, en el art. 151.1.f –relativo a viajes combinados- se entiende por «consumidor o usuario» cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario. No es lo mismo.

\* Las diversas regulaciones autonómicas sobre la materia –con mayor o menor legitimación- introducen en ocasiones matices a la hora de atribuir a determinado sujeto la condición de consumidor.

\* El art. 2<sup>º</sup> de la Ley 16/2011<sup>10</sup>, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo retorna a la noción comunitaria de consumidor. Lo mismo le ocurre al art. 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En cambio, el apartado e del Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico mantiene el concepto de consumidor del TRLGDCU.

---

<sup>8</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derechos Transnacional, marzo 2011, vol. 3º, nº 1, (pp. 84-117) p.103.

Este autor analiza en detalle la posible consideración como “consumidor” de las cooperativas, fundaciones y asociaciones (distintas de las que lo sean de profesionales o empresarios). El consumidor-inversor, el consumidor intermediario y el consumidor que vende a un empresario serían propiamente consumidores. También un experto en la materia puede ser consumidor si actúa con fines privados.

<sup>9</sup> Artículo 2. Partes del contrato de crédito. 1. A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional.

<sup>10</sup> Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, publicada en «BOE» núm. 151, de 25/06/2011.

Hay leyes, como la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley 28/1998<sup>11</sup>, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (arts. 2 y 9 LVPBM) que emplean el término consumidor sin definirlo. Pues bien, ¿cuál habremos de tomar?

Todavía, ¿sabrá alguien aquilatar la diferencia entre consumidor y usuario? Al concreto usuario a que se refiere el art. 312 de la Ley 40/2002<sup>13</sup>, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos no obstante lo dispuesto en su art. 7<sup>14</sup>, ¿le sería aplicable además el TRLGDCU?

Nos preguntamos, ¿es necesaria esta diferencia de criterio a la hora de definir al consumidor? Más aún, ¿es conforme tal diferencia de concepto con la correcta transposición en España de la normativa comunitaria de referencia?<sup>15</sup>

Me temo que el concepto consumidor no sólo no está fijado sino que se encuentra en constante evolución:

a) En la Orden EHA/2899/2011<sup>16</sup>, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se habla constantemente del “cliente” y sólo residualmente del consumidor. Y sin embargo es clara la consideración del cliente bancario como consumidor. Cfr. la DA Única de la Ley 2/2009<sup>17</sup>, de 31 de marzo, de la que trae causa dicha OM; y la propia EM<sup>18</sup> del TRLGDCU.

---

<sup>11</sup> Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, publicada en «BOE» núm. 167, de 14/07/1998.

<sup>12</sup> Artículo 3. Obligaciones del titular del aparcamiento. 1. En los aparcamientos objeto de la presente Ley, su titular deberá: a) Facilitar al usuario al que se permita el acceso un espacio para el aparcamiento del vehículo...

<sup>13</sup> Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, publicada en «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40124 a 40125.

<sup>14</sup> Artículo 7. Régimen supletorio. Respetando, en todo caso, lo establecido en la presente Ley, los aparcamientos se rigen, en su defecto, por la voluntad de las partes y supletoriamente por lo dispuesto en las disposiciones generales de las obligaciones y contratos y por los usos y costumbres del lugar.

<sup>15</sup> Una cosa es que la EM de la Directiva contemple su extensión a otros sectores no consumidores y otra bien distinta es extender tal consideración de consumidor a dichos otros sectores. Aunque solo sea por razón de claridad y transparencia.

<sup>16</sup> Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios del Ministerio de Economía y Hacienda (RCL\2911\1943). BOE 29 de octubre de 2011, núm 261.

<sup>17</sup> Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, publicada en el BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009, páginas 30843 a 30859.

<sup>18</sup> “La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, aún cuando contiene una regulación específica de los contratos con consumidores, no se incorpora a la refundición en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero. Tales circunstancias determinan que las prescripciones de la Ley de crédito al consumo se

¿Por qué? Supongo que para destacar lo específico de la regulación del cliente bancario<sup>19</sup>. Claro que, de la misma manera, al consumidor del sector eléctrico habría que denominarle asimismo cliente; y sin embargo, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico lo denomina siempre –abiertamente- consumidor.

b) Un accionista minoritario en una empresa cotizada, ¿es un consumidor? ¿Por qué? ¿Y un cliente minorista a quien una empresa presta servicios -de inversión-, cfr. Directiva 2004/39/CE<sup>20</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros?

Suponiéndolo consumidor, ¿alguien dudará que al menos este tipo de consumidor habrá de regirse por la normativa mercantil, eventualmente por la legislación societaria? ¿Habría entonces que considerar que al menos algunos consumidores, en función de su ámbito de actuación, habrían de regirse por el Derecho Mercantil? Una vez más, destaca la artificiosidad de la construcción. La aplicación supletoria de la legislación general sobre consumo a determinados grupos de personas -aún consumidores- ya protegidos por otras normas podría resultar perturbadora, en la medida en que dicha otra normativa pretendiese ser omnicomprensiva, sujeta a sus propios principios rectores.

c) El arrendatario sujeto a la LAU, ¿es consumidor? También un arrendatario rústico resulta extremadamente protegido por el legislador, sin ser consumidor. Y lo mismo le ocurre a un trabajador asalariado. ¿Tampoco cuando le alquile su vivienda un fondo de inversión inmobiliaria o una promotora dedicada a tal actividad?

---

completen no sólo con las reglas generales contenidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, sino también con aquéllas propias reguladoras de los servicios financieros, en particular las referidas a las obligaciones de las entidades de crédito en relación con la información a los clientes, publicidad y transparencia de las operaciones. Por ello, se considera que se integra de manera más armónica la regulación sobre crédito al consumo en este grupo de disposiciones financieras...” (EM del TRLGDCU)

<sup>19</sup> Tan específica es la regulación bancaria que difícilmente da resquicio a la aplicación de la normativa genérica... salvo cuando de lo que se trata es de exigir transparencia “más allá de la transparencia” exigida por la propia Administración (así ocurre en la STS 9 Mayo 2013)

<sup>20</sup> DOUE L 145/1

## 5.2. ¿Existen cláusulas abusivas fuera del Derecho de Consumo? Dificultad de su concepto

De la misma manera que existen condiciones generales de contratación fuera del ámbito de consumo (cfr. art. 2.3 LCGC<sup>21</sup>), en principio nada parecería impedir que fuera de dicho ámbito<sup>22</sup> existan también cláusulas abusivas.

Así, la Ley 3/2004<sup>23</sup>, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, no se aplica a los consumidores (art. 3<sup>24</sup>) y sin embargo contempla la posibilidad de cláusulas abusivas en las relaciones que regula (art. 9<sup>25</sup>).

Cuestión diversa es que las cláusulas abusivas en uno y otro ámbito, de consumo<sup>26</sup> y entre profesionales, no coincida.

Habrá que reconocer que la reforma operada por la Ley 1/2013<sup>27</sup>, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dado que su tenor literal no aparece restringido a los consumidores (cfr arts.

---

<sup>21</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en el BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998, páginas 12304 a 12314

Artículo 2. Ámbito subjetivo. 1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.... 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

<sup>22</sup> Sin que rija entonces el TRLGDCU.

<sup>23</sup> Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, publicada en el BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010, páginas 59653 a 59660

<sup>24</sup> «Artículo 3 de la Ley 3/2004. Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas. 2. Quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores...

<sup>25</sup> «Artículo 9 de la Ley 3/2004. Cláusulas abusivas. 1. Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 1 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7 respectivamente, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio.,,

<sup>26</sup> En el ámbito de consumo rige el art. 82 TRLGDCU. Existe una lista indicativa de cláusulas abusivas, si bien ésta no es exhaustiva. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, en “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del TJUE, Sala primera, de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2013, (pp.213-250), p. 231.

<sup>27</sup> DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel en “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, Revista General de Derecho Procesal, nº31, septiembre de 2013, (pp. 1-44), aportan una crítica visión de conjunto de la reforma operada por esta Ley 1/2013, que consideran insuficiente.

561.1.3º y 695.1.4º LEC), podría no limitar sus efectos a la protección de éstos<sup>28</sup>. También fuera de tal ámbito sería posible alegar -y el juez de oficio estimar- el carácter abusivo de una cláusula. En consecuencia, la reforma operada por la Ley 1/2013 habría sobrepasado lo exigido por la STJUE 14 marzo 2013<sup>29</sup>.

Nada que extrañar, si se tiene presente que, como apunta el Magistrado-Juez de 1ª Instancia e Instrucción de Catarroja<sup>30</sup> (Valencia), la reforma del artículo 552 LEC operada por la Ley 1/2013 sería aplicable a cualquier otro título ejecutivo y no sólo a los deudores hipotecarios. Otro desbordamiento más.

---

<sup>28</sup> ALMAGRO NOSETE, José, “Un auto pionero, abierto a grandes horizontes. (Ejecución hipotecaria inmobiliaria)”, Diario La Ley, nº 8088, Sección Columna, 22 de mayo de 2013. La Ley 2990/2013. pp. 1-6. Señala este autor que, atendiendo estrictamente a la redacción de los citados párrafos introducidos en la LEC, cabría su aplicación a contratos realizados con clientes “no consumidores” cuando mediase abuso por posición dominante.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 8 de agosto de 2011, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

<sup>30</sup> Conferencia en aula de verano, Comillas, Santander, 2013.

En idéntico sentido, Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Santander, 11 octubre 2013: “... no se pretende aplicar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, pues efectivamente el préstamo aquí examinado no es hipotecario. No obstante, tampoco puede entenderse que la aprobación de dicha Ley 1/2013 implique que solo sea posible declarar la nulidad por abusivas de cláusulas insertadas en el tipo de préstamos recogidos en dicha legislación específica, y buena prueba de ello son los ya citados arts. 552.1 y 561.1.3º LEC, aplicables a todos los procedimientos de ejecución en general; ni puede tampoco ignorarse la aplicación analógica o la validez como referencia interpretativa respecto al resto de procedimientos de ejecución de determinados preceptos del procedimiento hipotecario en su nueva redacción dada por dicha Ley 1/2013...”

## 6. MAPA COMPETENCIAL EN MATERIA DE CONSUMO

### 6.1. Unión Europea, Estado Central, CCAA y Entes Locales

Que la Unión Europea es competente a este respecto es indudable, como lo evidencia la existencia de la Directiva 93/13/CEE citada.

El Estado central también. Prueba de ello es el TRLGDCU, dejando su DF 1ª<sup>31</sup> explicitado su título competencial.

Múltiples estatutos de autonomía<sup>32</sup> constatan la existencia también de una competencia autonómica a este respecto.

¿Y quien más? ¿También las Entidades Locales? A partir de la Ley 27/2013<sup>33</sup>, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, sólo por delegación<sup>34</sup>. Algo es algo.

---

<sup>31</sup> Disposición final primera del RD Leg 1/2007. Título competencial

1. El capítulo I del título I del libro primero, en el que se define su ámbito de aplicación y el artículo 10, tienen carácter básico en relación con los preceptos del apartado 2 de esta disposición y se dictan en el uso de competencias exclusivas del Estado en relación con las disposiciones del apartado 3.

2. Los artículos 8, 9, 17.1, 18, 23. 1 y 3, 25 y 26; los capítulos III y V del título I del libro primero y el título IV del libro primero tienen carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1. 1.ª, 13.ª y 16.ª de la Constitución Española.

3. El artículo 24 y el título V del libro primero, los libros segundo, tercero y cuarto, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales se dictan en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1. 6.ª y 8.ª de la Constitución Española.

4. El resto de los preceptos del título II del libro primero serán de aplicación a las asociaciones de consumidores y usuarios de competencia estatal.

<sup>32</sup> Estatuto de Autonomía de Cataluña (L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, publicada en el BOE núm. 172, de 20/07/2006).

Artículo 123. Consumo. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye en todo caso:

a) La defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios, proclamados por el artículo 28, y el establecimiento y la aplicación de los procedimientos administrativos de queja y reclamación.

b) La regulación y el fomento de las asociaciones de los consumidores y usuarios y su participación en los procedimientos y asuntos que les afecten.

c) La regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo.

d) La formación y la educación en el consumo.

e) La regulación de la información en materia de consumidores y usuarios.

<sup>33</sup> Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2013, páginas 106430 a 106473

<sup>34</sup> La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local ha reformado la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local -entre otras cosas- en materia de consumo. Ha desaparecido del artículo 25 la competencia en tal ámbito como propia. Tampoco figura expresamente en el artículo 27 dentro de las delegables, lo que no es óbice a su inclusión dentro del cajón de sastre "entre otras" (cfr. art. 7). Para mayor claridad, se ha suprimido el art. 28 que permitía a los Ayuntamientos ejercer "competencias complementarias de las atribuidas a otras Administraciones Públicas".



A la vista de lo que antecede, la cuestión es inmediata: ¿hasta donde llega el ámbito competencial de cada uno? Desgraciadamente, la solución dista de ser clara<sup>35</sup>. Prueba de ello es que por ejemplo Cataluña pretende tipificar nuevas cláusulas abusivas e imponer multas a las entidades bancarias que impongan condiciones abusivas en sus contratos hipotecarios, sin que su competencia a tal efecto -pese a la literalidad de su Estatuto- sea en modo alguno indiscutible. Aunque solo sea porque la unidad de mercado, competencia central que no admite duda alguna, padecería.

En el ámbito autonómico parece haberse iniciado una desenfrenada carrera<sup>36</sup> en la defensa del consumidor. Y sin embargo, como ya declarase la STC 15/1989, de 26 de enero,

... el Estado dispone a priori de diversos títulos de competencias constitucionalmente indisponibles para las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y usuario... la defensa del consumidor y usuario nos sitúa ... ante cuestiones propias de la legislación civil y mercantil, de la protección de la salud (sanidad) y seguridad física, de los intereses económicos y del derecho a la información y a la educación en relación con el consumo, de la actividad económica y, en fin, de otra serie de derechos respecto de los cuales pudiera corresponder al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio y en el cumplimiento de sus deberes (art. 149.1, en sus números 1,6,8,10,13,16 y 29 de la CE, principalmente).

Por tanto, que por ejemplo la Generalitat ostente “competencia exclusiva en materia de consumo” es algo que -cuando menos- tiene que ser matizado. Particularmente, en materia de condiciones contractuales básicas en contratos con consumidores (cfr. art. 149.1.8 Constitución Española). Y ello con independencia de que -por las razones que fuese- nuestro Tribunal Constitucional, en su polémica sentencia relativa al Estatuto de Cataluña -2006-, considerase posible una interpretación secundum constitutionem de dicha competencia exclusiva. Pues la “defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la

---

35 Una visión de conjunto sobre el estado de la cuestión en ACEDO PENCO, Ángel, “Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea”, Revista IUS vol.6 no.29 Puebla enero/junio 2012, accesible en Internet:

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100002](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100002)

36 Cfr. Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid.

Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado” (STC 31/2010, de 28 de junio).

Verdaderamente, algo penoso<sup>37</sup>.

## 6.2. Derecho de Consumo: ¿materia civil o mercantil?

Si el comerciante tiene su propio estatuto, ¿por qué no también el consumidor?<sup>38</sup> La prevalencia de la igualdad negocial -formal- de las partes y la doctrina del “*res perit emptori*” parecieron llegar a su fin con el tránsito del Estado Liberal al Social de Derecho.

Sin perjuicio de ciertos antecedentes, acaso quepa atribuir a Kennedy la creación de esta nueva rama del derecho, el Derecho de Consumo: ¿publicó la primera ley de defensa del consumidor? Pues bien, desde su surgimiento y hasta nuestros días, el Derecho de Consumo se ha movido en la indefinición, entre dos aguas:

✚ Por arrastre de la tradición, en un principio tendió a opinarse que era un derecho especial, desgajado del tronco común, a saber, el derecho civil.

✚ Hay sin embargo quien lo considera derecho mercantil (ora estatutario -del consumidor-, ora objetivo -relativo a los “actos de consumo”-). Eso sí, un derecho mercantil especial. Así como el derecho laboral, en beneficio del trabajador, se desgajase en su día del civil, el derecho de consumo, ahora en beneficio del consumidor, habría renunciado asimismo a los clásicos principios del mercantilismo.

✚ Me temo que la confusión, el tira y afloja entre las diversas administraciones competencialmente implicadas en la materia de consumo, en un futuro cercano, se acrecentará. Pudiendo darse el caso de que nuestra Constitución se convierta en una rémora. Nos explicamos.

Nuestra Constitución no menciona<sup>39</sup> expresamente en sus artículo 148 y 149 la defensa de los consumidores y usuarios como competencia -en todo o en parte- del Estado o de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>37</sup> Al caos existente contribuye la poco concluyente redacción del art. 47 TRLGDCU, que ciertamente podría dar lugar a una doble penalización de un mismo hecho -en contra de la prohibición “non bis in idem”- .

<sup>38</sup> El Derecho de Consumo tendría características propias: principio pro consumatore (art. 51 CE), mercado intervencionismo, frecuente arbitraje y asociacionismo. Reyes López, María José. Manual de derecho privado de consumo, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 33-35.

Al Estado corresponde, con competencia exclusiva, las bases de las obligaciones contractuales y la legislación mercantil. Y bien, resulta confuso dónde encuadrar el Derecho de Consumo: ¿dentro del Derecho Civil o del Mercantil? Las consecuencias, fácilmente se aprecia, difieren enormemente: no corresponden al Estado -central- y Comunidades Autónomas idénticas competencias en uno y otro ámbito.

Buena prueba de la dificultad de su encuadramiento lo constituyen las respectivas exposiciones de motivo de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (2009), elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, y de la Propuesta de Código Mercantil (2013), elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Nada que ver, en lo que al aspecto a que ahora nos referimos, entre sí:

✚ La primera propuesta<sup>40</sup> (2009) opta por encuadrar el Derecho de Consumo dentro del Derecho Civil.

✚ La segunda propuesta<sup>41</sup> (2013), en cambio, presupone su incardinación en el ámbito mercantil.

---

<sup>39</sup> A diferencia de lo que ocurre en materias tales como el Derecho Penal, Civil -de forma matizada-, Mercantil o Procesal, ámbitos en los que la competencia constitucional estatal tiene cómodo asidero.

<sup>40</sup> "... puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de Consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas... La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales, que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor. En este punto, como en otros, el anteproyecto se alinea con la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y como ella ha preferido recoger el conjunto de normas sustanciales reguladoras de la susodicha materia..." (EM de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos del año 2009, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero 2009)

<sup>41</sup> "... 5. El C. de c. no ha perdido vigencia, pero sí vigor. Su inadecuación a la realidad política y económica ha intentado también salvarse a través de leyes, unas de modificación de su articulado... otras, las más numerosas, especiales, reguladoras de materias no contempladas en el Código (... la defensa de los consumidores...)  
6. Los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado, que imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, aconsejan, por el contrario, la clara delimitación de ésta y la integración de la normativa reguladora...  
I-30. Importa destacar que se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores, que se consideran vigentes y respetando su imperatividad, se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil" (Propuesta de Código Mercantil 2013, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, publicada por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2013)

Frente a los “excesos” en la regulación e interpretación autonómica del art. 149.1.8 CE (frecuentemente no impugnados, por razones políticas, ante el TC), el Proyecto 2013, a fin de conseguir la unidad de mercado, amparado además en la exclusividad de la competencia estatal en materia mercantil, pretende convertir al nuevo Código de Comercio en “recurso unificador” –así lo dice su EM<sup>42</sup>–.

En su ansia unificadora, el nuevo Código de Comercio se topa con nuestra Constitución, con la clara diferenciación en ella establecida entre materia civil y materia mercantil. Supongo que entre otras razones por tal motivo se ve impelido, de una parte, a respetar el tradicional carácter de Derecho Común atribuido al Derecho Civil, un carácter ahora reducido a mero nominalismo (curiosamente, lo mismo a lo que desde otro punto de vista aspira algún código autonómico); y de otra parte, a fin de no facilitar las ya previsibles impugnaciones a que por extralimitado se verá sometido, mantiene el carácter especial del Derecho de Consumo.

### **6.3. Hacia la unificación europea en materia de consumo**

Nuestra Constitución, al desglosar la competencia civil de la mercantil, parece impedir la unificación in totum del derecho de contratos, verdadera piedra angular en otros sistemas – como el anglosajón-. ¿Un atraso?

🚦 Ciertamente caben relaciones patrimoniales –contractuales- entre particulares. Ahora bien, ¿justifica ello una regulación aparte ideada por separado para ellas? ¿no sería más conveniente, como en materia de consumo, una unificación del derecho de contratos, con puntualizaciones para los casos –relaciones entre iguales, consumo, etc- en que así se considerase oportuno?

---

<sup>42</sup> Así se comprende su extensión (casi siete veces la del antiguo Cco. y tres veces la del Código Civil) y abierta ampliación –generalización, cabe decir- de su objeto y ámbito: el Derecho Mercantil, en lo sucesivo, deja de ser el derecho de los comerciantes. Los profesionales y en general todos los que ejercen una actividad económica ahora abiertamente entran en su ámbito; una actividad económica que ahora el art. 001-2 del Proyecto describe como “producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado”, incluidas “las actividades agrarias y las artesanales” y también el ejercicio profesional de “una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística”. O dicho de otro modo, su objeto deja de ser el comercio, pasando ahora a ser la actividad económica para el mercado, lo que motiva la inclusión en él de numerosos contratos que antes le eran ajenos (vg. compraventa de inmuebles).

✚ La expresión *ius civile* originariamente aludió al derecho del ciudadano – *cives*-. Pues bien, tratándose del ciudadano moderno, tan “*civile*” sería lo que denominamos derecho civil como el derecho mercantil. Pues ambos se ocupan de regir importantísimos ámbitos de su vida ordinaria. Bien pensado, el *ius civile* romano abarcaba tanto lo que hoy consideraríamos materia civil como mercantil (todavía no había surgido la concepción estatutaria del comerciante ni se concebía otro tipo de relación inter *cives* que la igualitaria).

✚ Me temo que nuestra tradicional visión del Derecho Civil toca a su fin. Hablando en términos “antiguos”, podría decirse que su Parte General ya no lo es (o si lo es, lo es solo nominalmente, como venimos comprobando –idem en materia laboral, procesal o administrativa-), que su parte de Persona se ha constitucionalizado, la de Familia administrativizado y la de Obligaciones en gran parte mercantilizado. Sólo subsisten en puridad en su seno la materia sucesoria y los derechos reales.

La unificación, intuyo, nos alcanzará vía Bruselas, esto es, vía armonización europea del Derecho de contratos. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 octubre 2011<sup>43</sup>, parece marcar la tendencia. En un futuro no muy lejano, también en materia de contratos, habremos de acostumbrarnos a dos cosas: la desestructuración (los sistemas jurídicos coexisten entre sí y así vg. lo que en un caso se denomina acción o excepción acaso en otro se denomine remedio, y siempre de forma aproximativa –confróntense nuestro art. 415 LEC con los “remedios” que menciona la referida Propuesta-) y la competencia entre sistemas jurídicos (la regulación de dicho reglamento se aplicaría solo voluntariamente, si las partes así lo acuerdan, cfr. art. 8 de la citada Propuesta de Reglamento de compraventa europea...

¿Alcanzará la normativa europea de hecho a poner en desuso nuestras normativas internas en materia de consumo? Puede que nuestro citado problema constitucional de distribución de competencias en materia de consumo termine convirtiéndose en un problema “menor”, por residual.

---

<sup>43</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea {SEC(2011) 1165 final} {SEC(2011) 1166 final} - Bruselas, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)

## 7. INTERESES MORATORIOS

Varias son las soluciones doctrinales<sup>44</sup> en principio ideadas para el caso.

### 7.1 ¿Intereses usurarios?

En la práctica esta vía suele descartarse. Es difícil que en el caso concreto se pueda probar que se dan todas<sup>45</sup> las circunstancias que el art. 1<sup>46</sup> de la Ley Azcárate requiere para su aplicación, suponiéndola aplicable a los intereses moratorios, lo que es muy dudoso<sup>47</sup>.

La SAP de Albacete, 1 de marzo de 2013, rechaza que pueda calificarse como tal el préstamo bancario sometido a su consideración... pues no es bastante que la prestataria que lo contrató sea una humilde trabajadora con un salario normal y con familiares a su cargo, sin que pueda deducirse que en el momento de firmar la póliza tuviese anuladas o limitadas sus capacidades volitivas y de discernimiento. Más aún, partiendo de las condiciones concretas de la prestataria, ¿cual habría de ser el interés habitual del dinero en la fecha en que se celebró el contrato? Sin duda, muy superior al aplicable a un muy solvente prestatario.

---

<sup>44</sup> Una visión de conjunto del estado de la cuestión en FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier Ángel, “Los intereses moratorios en el proceso de ejecución hipotecaria”, Revista Jurídica de Castilla y León, número 31. septiembre de 2013. Puede consultarse en Internet:

[http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/699/126/LOS%20INTERESES%20MORATORIOS%20DIGITAL.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL\\_delaPresidencia&blobnocache=true](http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/699/126/LOS%20INTERESES%20MORATORIOS%20DIGITAL.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true)

<sup>45</sup> La STS. de 2-X-01 (RJ 2001, 7141), ante la tesitura de determinar si los intereses de un determinado préstamo son o no notablemente superiores a los normales del dinero a efectos de considerar si eran o no usuarios, señala la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal sino con el interés normal o habitual en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia

<sup>46</sup> Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, publicada en el BOE» núm. 206, de 24 de julio de 1908, páginas 351 a 352. Artículo 1. Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso ó en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia ó de lo limitado de sus facultades mentales.

<sup>47</sup> A favor de su aplicación la STS, 1ª, 07-05-2002 (ROJ: STS 3217/2002; Ponente: Gullón Ballesteros). En contra STS, 1ª, 26-10-2011 (ROJ: STS 7741/2011; Ponente: García Varela). Sobre esta cuestión, SABATER BAYLE, Elsa, “Los contratos usuarios en la recientes jurisprudencia”, Aranzada Civil, núm 1, 1994, pp. 5-30; e IÑIGO FUSTER, Andrés, “Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usuario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”, Revista Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros tribunales, núm 16, enero 2003, p. 1469.

## 7.2. ¿Moderación judicial ex art. 1154 Cc?

No parece posible, en atención a cuanto señala la SAP de Albacete, 1 de marzo de 2013:

... los intereses de demora no tienen por finalidad remunerar el capital prestado, sino de una parte penalizar el impago de lo debido y de otra operar como cláusula penal disuasoria del potencial incumplimiento del deudor.

... tal naturaleza y finalidad no permite moderar los intereses moratorios por aplicación del artículo 1154 CC, pues precisamente se pactan en garantía del cumplimiento exacto de la prestación debida, y operan en caso de retraso en el cumplimiento de la prestación. Por tanto, como reiteradamente recuerda la jurisprudencia, STS 27 de febrero de 2002, 8 de octubre de 2002, 14 de junio de 2.006, 13 de febrero de 2.008, 8 de abril de 2009, STS 1 de junio de 2009, entre otras, la moderación que contempla el precepto citado no cabe si **el incumplimiento parcial, es precisamente el contemplado como base para la aplicación de la cláusula penal, como es el caso de retraso en el cumplimiento para el que están precisamente previstos los intereses moratorios** (SAP de Albacete, 1 de marzo de 2013).

¿Aplicación analógica del art. 114.3 LH<sup>48</sup>? Introducido dicho párrafo 3º por la Ley 1/2013, las muy especiales condiciones que dieron lugar a su introducción (principalmente, la protección a la vivienda habitual ofrecida en garantía) parecen desaconsejar su aplicación analógica “en este punto”. Entiéndase bien. No es que la reforma Ley 1/2013 en nada aproveche a otro tipo de préstamos distintos a los hipotecarios( véase nota supra). Es posible<sup>49</sup>, pero no en materia de limitación de intereses de demora.

---

<sup>48</sup> 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 y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC.

<sup>49</sup> Así por ejemplo resultaría abusivo en un préstamo personal pretender en todo caso su cancelación anticipada por impago de una sola cuota:

“... no se pretende aplicar la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, pues efectivamente el préstamo aquí examinado no es hipotecario. No obstante, tampoco puede ... ignorarse la aplicación analógica o la validez como referencia interpretativa respecto al resto de procedimientos de ejecución de determinados preceptos del procedimiento hipotecario en su nueva redacción dada por dicha Ley 1/2013...

... a fecha del cierre de la cuenta... la deudora solo no había dejado de pagar íntegramente una cuota mensual. Pero es que además el contrato estaba próximo a su finalización...

Consecuencia de lo expuesto es que no puede despacharse la ejecución solicitada, que se basa precisamente en el vencimiento anticipado del préstamo, pues si la referida cláusula se considera nula por abusiva, así debe acordarse en el sentido de inaplicarse la misma. Inaplicarse significa, por oposición, que no puede moderarse o ajustarse en unos términos más proporcionados...” (Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Santander, 11 octubre 2013)

### 7.3. ¿Moderación judicial ex art. 83 TRLGDCU?

Debe quedar de antemano claro que a pesar de que el art. 83.2<sup>50</sup> TRLGDCU –como también la antigua jurisprudencia que lo interpreta-, e incluso la DT Segunda de la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, admitan la moderación/integración del contrato en presencia de una cláusula abusiva, la más reciente y fundada doctrina y jurisprudencia se opone a ello. En tal sentido, el auto<sup>51</sup> planteando cuestión prejudicial al TJUE, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, de 16 de Agosto de 2013. En atención a lo dispuesto en el artículo 6.1<sup>52</sup> de la Directiva 93/13/CEE, artículo que ha sido interpretado reciente y reiteradamente interpretado por el TJUE de manera inflexible<sup>53</sup>.

Cosa distinta es si la cláusula de intereses de demora se refiere o no al objeto principal del contrato. Cuestión esta vital dado el tenor literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución... siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Artículo 83 TRLGDCU. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. 1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes...

<sup>51</sup> “Declarada abusiva la integridad de la cláusula relativa a los intereses moratorios reclamados... la cláusula sería nula de pleno derecho y se tendría por no puesta. Quedado vetada al Juez nacional, al ser contrario a Derecho de la Unión Europea, la posibilidad de moderar los intereses moratorios al amparo del artículo 83.2 RDL 1/2007, según determina la Sentencia del Tribunal Superior de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, recaída en el asunto C-618/10, caso Banesto-Joaquín Calderón... sin posibilidad alguna de integrar judicialmente el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva, al ser contraria esta facultad prevista en el artículo 83.2 del RDL 1/2007 con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13” (Auto planteando cuestión prejudicial al TJUE del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, de 16 de Agosto de 2013, dictado en el procedimiento de Ejecución hipotecaria 126/2013)

<sup>52</sup> Artículo 6.152 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...”

<sup>53</sup> Si el juez nacional –se argumenta- tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva; en efecto, la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. En tal sentido, entre muchas otras, STJUE de 30 de Mayo de 2013, en el asunto C-488/11 (Caso Dirk Frederik Asbeek Brusse vs Jahani BV)

<sup>54</sup> Desde un punto de vista doctrinal, PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Cizur Menor, Navarra 2004, p. 134, señala cómo en la doctrina alemana se estima ficticia la distinción entre violación formal del principio de transparencia y desequilibrio material, pues la falta de transparencia sobre las prestaciones principales del contrato conlleva siempre un perjuicio material para el adherente consistente en la privación de la posibilidad de compararlas diferentes ofertas existentes en el mercado,



A la espera de lo que decida el TJUE sobre la cuestión prejudicial planteada a este propósito por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Marchena, de 16 de Agosto de 2013, opinamos que los intereses moratorios no constituyen parte del objeto principal del contrato<sup>55</sup>. Prueba de ello es que:

✚ ... el **artículo 85.6 del RDL 1/2007**, de 16 de noviembre... establece que son abusivas “las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones”...

✚ ... En el **anexo a la Directiva**, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta...

#### 7.4. Otros posibles remedios

No se aprecian. En particular:

✚ El art. 7<sup>56</sup> la Ley 3/2004<sup>57</sup>, claramente no es susceptible de aplicación analógica al caso. Pues dicha ley solo rige en las operaciones comerciales.

✚ Tampoco se aprecian razones para la aplicación analógica del art. 20<sup>58</sup> de la Ley de Crédito al Consumo, un artículo referible exclusivamente a los créditos concedidos en

---

de manera, que la violación del deber de transparencia es una hipótesis autónoma de abusividad; cita a KÖNDGEN, J. “Grund und Grenzen des Transparenzgebot im AGB-Recht”, NJW, 1989, pp. 943 y ss.

<sup>55</sup> En idéntico sentido, GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen, “La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial”, trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Angel Carrasco Perera. Puede consultarse en Internet: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/26.pdf>

<sup>56</sup> Art. 7. Interés de demora. 1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente. 2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales....

<sup>57</sup> Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, , publicada en el BOE núm. 163, de 6 de julio de 2010, páginas 59653 a 59660.

<sup>58</sup> Artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. Descubierta tácito. 1. En el caso de un contrato para abrir una cuenta a la vista, donde existe la posibilidad de que se permita al consumidor un descubierta tácito...4. En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a

forma de descubiertos en cuenta corriente. En tal sentido, la SAP de Albacete, 1 de marzo de 2013<sup>59</sup>.

---

los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.

<sup>59</sup> “Desde el punto de vista analógico se presentan también notables dificultades que parten ya del carácter excepcional del precepto respecto del principio general de libertad de contratación (1255CC). A mayor abundamiento el hecho de que esa Ley imponga un límite máximo al interés de descubierto en cuenta corriente (2,5 veces el interés legal del dinero) no se explica porque el legislador pretenda denunciar un criterio general de abusividad, sino porque claramente persigue desincentivar concesiones de crédito formalmente irregulares y poco transparentes como son las que se producen a través de la permisividad por las entidades de crédito de situaciones de descubierto en la cuenta corriente ordinaria. De otro lado la posible inviabilidad de aplicación analógica de dicho precepto no solo se deriva de lo ya advertido en relación a su naturaleza excepcional y a la finalidad perseguida por el Legislador, sino también de que el Código Civil en su art. 4, en el que admite la aplicación analógica de las normas, la condiciona a que ello será para los casos en que un supuesto específico no esté contemplado por una norma concreta, pero regule otro semejante en el que se aprecie identidad de razón al anterior, identidad esencial que no apreciamos exista entre una operación de crédito encubierto mediante descubierto en cuenta corriente y un contrato de préstamo en el que expresamente se pactan inter partes los intereses remuneratorios y moratorios aplicables” (SAP de Albacete, 1 de marzo de 2013)

## 8. La STS 9 Mayo 2013 y las CLÁUSULAS SUELO

La importancia del tema que abordamos es capital, pues prácticamente el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable<sup>60</sup>. Gran parte de ellos incorporan cláusulas suelo. Algo a lo que presumiblemente los clientes que contrataron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor fortaleza del Euribor (período 2005-2008) no prestaron mucha atención<sup>61</sup>

### 8.1. Entre el caos y la revolución: Novedad, Ejemplaridad e Inseguridad

Esta sentencia marca un hito<sup>62</sup> en la historia del Derecho de Consumo. Por múltiples razones, no todas ellas positivas. Se le achaca su falta de claridad y haber generado inseguridad<sup>63</sup>.

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos... esto es lo que exige el art. 80 TRLGDCU. Pues bien, puede que ni el legislador –como dijimos antes- ni tampoco esta sentencia sean a este respecto propiamente ejemplares.

---

<sup>60</sup> Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, 457, 7 de mayo de 2010.

<sup>61</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. “Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a tipo variable con consumidores”. Sepin Mercantil, mayo 2013.”

<sup>62</sup> Anteriores hitos serían el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, posteriormente, y el art. 10 bis.1 de la misma ley, tras su reforma por la LCGC de 1998.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María en “Comentario a la Disposición Adicional Primera. Tres de la LCGC: art. 10 bis 1 del TRLGDCU” en Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la contratación (Coordinado por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, DIEZ PICAZO y ALFARO AGUILA-REAL), Madrid, 2002, p.913-914, resalta la importancia de la transparencia respecto a los elementos esenciales, pues cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el conjunto del contrato supone para él y la prestación que va a obtener la otra parte, o, si se quiere la equivalencia de prestaciones.

HOLGADO MADRUGA, Federico en “La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2012, de 14 de mayo”, Diario La Ley, nº 8122, Sección Tribuna, 9 de julio de 2013, LA LEY 3508/2013, pp.1-4, relativiza la novedad de la STS 9 Mayo 2013, considerando que en gran parte no hace sino seguir la doctrina consagrada por la STJUE de 27 de junio de 2000.

<sup>63</sup> De Torres Perea, José Manuel “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, Revista Jurídica Valenciana, núm 31 y nº. 2, giner-juny 2014, pags. 23-62, p. 32.

En efecto, la STS 9 Mayo 2013 es muy larga y confusa. Hasta el punto de que ha requerido un auto de aclaración, de fecha 3 de junio de 2013. Y habría requerido otros tantos, que por estética e imperativo del art. 214 LEC no se han realizado, para impedir que la jurisprudencia menor se haya desbocado: hay juzgados que, interpretando dicha sentencia, confieren en el caso concreto sometido a su consideración eficacia retroactiva a su declaración de nulidad en tanto que otros la limitan ex nunc<sup>64</sup>.

La STS 9 Mayo 2013 constituiría además un paradigma de inseguridad, una demostración evidente de que en Derecho, más por desgracia que grandeza, todo es posible. ¿A alguien se le oculta que podría nuestro TS haber sentenciado en sentido justamente contrario y tan conforme a Derecho y argumentable habría sido su sentencia como la resultante?<sup>65</sup>

Por lo demás, no deja de asombrarnos que la Administración, resulte impune pese a hacer “mal” su trabajo. En nuestro caso, la STS 9 Mayo 2013 deja claro que la OM 2011 de Transparencia Bancaria –y su predecesora, la de 1994- son insuficientes, no garantizan la claridad y transparencia exigible a todo préstamo bancario. ¿De verdad alguien cree que un sistema así termina de convencer? Resulta inaceptable, aunque acostumbrado, que producida la incongruencia entre la Ley y una OM (doctrina del doble control de transparencia<sup>66</sup> que pergeña la STS de referencia), “toda” la responsabilidad recaiga sobre el particular.

---

<sup>64</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, Diario La Ley, nº8154, (5138/2013), p.3, indica que ex art. 222.3 LEC dicha sentencia no puede producir un efecto de cosa juzgada material sobre la no restitución de las cantidades cobradas indebidamente extensible a consumidores concretos por cuanto éstos no fueron parte en dicho procedimiento, pues no se ejerció una acción colectiva de tutela de intereses colectivos o difusos ex art. 11.1 y 2 LEC, sino simplemente una acción de cesación, a la que no se acumuló otra de resarcimiento (art. 12.2 LCGC). Una acumulación que a la luz de los artículos 73, 250.12 y 438.3.2 LEC podría resultar problemática, discutible, señala De Torres Perea, José Manuel, “Nulidad de...”, p. 32.

<sup>65</sup> CORDERO, Encarna en “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013)”, Diario La Ley, nº8098, 5 de junio de 2013, LA LEY 2925/2013, (pp.1-4) sugiere que la sentencia de referencia no hace extensivos indiscriminadamente sus efectos por dos razones: porque AUSBANC no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada; y por el casuismo propio de la nulidad debida a deficiencias de información. Claro que acaso ese mismo casuismo tendría que haber impedido la admisibilidad de una acción colectiva de cesación; pues resulta inadmisibles una presunción “iuris et de iure” de desinformación colectiva.

<sup>66</sup> “...pese a tratarse... de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas” no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato... 223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general

El sistema, todo él, parece estar mal diseñado. Con estos mimbres, todo es posible. Una auténtica caza de brujas<sup>67</sup>. podría desatarse, lo que in extremis repercutiría en perjuicio del consumidor. Entendederas versus explicaderas: ¿podrá todo esto parar en una suerte de exclusión financiera de los menos avezados en el ámbito financiero? Pues, ¿quién habría de prestar sin confianza en un garantizado pago de lo convenido?<sup>68</sup>

¿Quién se atreverá a garantizar que mañana una sentencia no afirme que la mora automática<sup>69</sup>, tratándose de consumidores, resulta abusiva?

Si el EURIBOR llegara a ser cero o negativo, en tal caso, ¿el diferencial pactado no sería el equivalente a una cláusula suelo? Podrá entonces ocurrir que una sentencia declare nulos todos los préstamos autorizados sin la expresión manuscrita<sup>70</sup> que impone el artículo art. 6 de la Ley 1/2013?

---

en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.”

<sup>67</sup> La sentencia comentada parece seguir la opinión de PERTIÑEZ VILCHES, Francisco, “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9, 2012, enero, p.88. Señala este autor que la claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida sobre el precio no elimina el efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al consumidor, caso de defraudación de la expectativa legítima que éste se habría representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario.

Ocurre sin embargo que el comercio requiere garantía, seguridad. Así las cosas, ¿quién podrá garantizar a las entidades crediticias que la información que proporcionaron, atendidas las “entendederas” del cliente, será suficiente?

<sup>68</sup> La STS 9 de mayo de 2013 supone que en la práctica sea muy complicado que las entidades financieras puedan probar en los procesos individuales de nulidad de la cláusula que entablen los consumidores afectados, que el consumidor concreto realice el contrato de préstamo hipotecario con pleno conocimiento sobre la existencia de una cláusula suelo en el contrato, su influencia en el coste real del crédito, su incidencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de referencia durante la vigencia del préstamo. Lo que de hecho lleva a una cuasi universalización del carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. Así lo afirma PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, *Las cláusulas abusivas...*, p. 15.

<sup>69</sup> Cfr. art. 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (no aplicable a consumidores): “Devengo de intereses de demora. El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor”.

<sup>70</sup> Rosana Viejo González y Segismundo Álvarez Royo-Villanova, “La expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013”, en *Notario del Siglo XXI*, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, publicado: 11 Julio 2013, accesible en Internet: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/el-deudor-hipotecario-finalmente-protégido/51-la-expresion-manuscrita-del-art-6-de-la-ley-1-2013>.

## 8.2. Nulidad ex nunc

Uno está acostumbrado al art. 1303 Cc: la nulidad tiene eficacia retroactiva (ex tunc), siempre, sin excepciones. Cosa distinta es la posible compensación de efectos<sup>71</sup>.

Pues bien, descubrimos ahora, con “estupor y desconcierto”<sup>72</sup>, que no es así<sup>73</sup>.

Constatamos además que esta misma ineficacia ex nunc tiene lugar, sin forzamiento ni problema alguno, en materia constitucional<sup>74</sup> (pese a la literalidad del art. 39 LOTC),

---

<sup>71</sup> Algo parecido a lo que ocurre en el caso del art. 1120 Cc. Cfr. STS de 13 de marzo de 2012

<sup>72</sup> PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, InDret 3/2013, p.24.

En idéntico sentido, ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, Diario La Ley, nº8127, 16 de julio de 2013, LA LEY 4800/2013, pp.7-8

<sup>73</sup> “2.3. La posibilidad de limitar la retroactividad.

287. No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que “[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

288. Singularmente, cuando se trata de la conservación de los efectos consumados (en este sentido, artículos 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Régimen jurídico de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad; 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial)...

291. También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a “restitutio” no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad” (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009).

292. Finalmente, la propia STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, ya citada, apartado 59, dispone que “[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59)” (STS 9 Mayo 2013)

<sup>74</sup> “... de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC)...

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión.” (STC 45/1989, de 20 de febrero)

administrativa (en la que, además, la nulidad es la excepción, no la regla general –cfr. art. 62 LRJAPyPAC-) o societaria<sup>75</sup>.

Hasta tal punto queda desvirtuada en la práctica la eficacia *ex tunc* de la nulidad – absoluta-, que en diversos sectores del ordenamiento, por ejemplo el procesal, se tiende a prescindir de la tradicional clasificación civil de los distintos tipos de ineficacia negocial. Por improductiva y poco clarificadora.

Probablemente, por más que no deje de levantar cierta sospecha<sup>76</sup>, sea así. Y hasta la fecha más de uno hayamos vivido en la inopia. En todo caso habrá que reconocer que una solución así es manifiestamente insegura, algo a lo que a lo sumo uno no puede sino resignarse.

### 8.3. *¿Quod nullum est, nullum effectum producit?*

También este tradicional aforismo resulta impactado por la sentencia que comentamos, que lo excepciona. Una excepción más a añadir a la larga lista de matizaciones y salvedades que lo hacen prácticamente inservible:

✚ Hay negocios nulos que producen efectos, eso sí, distintos de los previstos inicialmente por las partes. Es el caso del artículo 13<sup>77</sup> de la Ley 4/2012.

---

<sup>75</sup> “Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.” (RDGRN 30 de Mayo de 2013)

<sup>76</sup> De Torres Perea, José Manuel “Nulidad de cláusula...”, p. 35 señala literalmente lo siguiente: “En ocasiones bajo el escudo de la “seguridad jurídica” se relativiza la fuerza de la ley y del propio orden constitucional y es que la sombra del llamado “orden público económico” es mucho más larga de lo que debiera. De hecho este orden público económico que se nos presenta como una “razón de Estado” parece más bien que da lugar a un derecho particular a favor de ciertos lobbies...”

HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, Revista CESCO de Derecho comparado, nº6, 2013, p.167, puede consultarse en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Este autor señala cómo en marzo de 2013 en la Autoridad de Servicios Financieros del Reino Unido obligó a devolver a los consumidores 9.600 millones de libras, sin que por ello padeciese el orden público económico ni se resintiese el sistema financiero.

<sup>77</sup> Artículo 13 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Prohibición del pago de anticipos.

1. En los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de producto vacacional de larga duración y de intercambio se prohíbe el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento expreso de deuda o cualquier contraprestación a favor del empresario o de un tercero y a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento.

2. Las mismas prohibiciones se establecen respecto a los contratos de reventa, antes de que la venta haya tenido efectivamente lugar o se haya dado por terminado el contrato por otras vías.

🚦 También es posible que, por diversas circunstancias, el negocio nulo llegue a **producir los efectos jurídicos previstos por las partes**. A raíz de la ilicitud de la causa (art. 1306 Cc); a modo de protección de la buena fe (arts. 79 y 1295 Cc) o por razón de protección del tráfico (arts. 464 Cc y 34 LH).

🚦 A la vista de la STS 9 Mayo 2013, ¿quién podrá negar que un negocio puede producir efectos, siquiera sea en la parte no invalidada por su declaración de nulidad?

Por lo demás, cómo no reconocer que otras causas de ineficacia podrían llegar a producir la carencia de efectos que –al menos en términos generales- se predica de la nulidad: cfra. art. 1503 Cc.

Así las cosas, uno se pregunta: ¿merece la pena continuar por este camino, esto es, con la tradicional clasificación de las distintas causas de ineficacia negocial? Más que distintas causas lo que parece haber son distintos efectos de ineficacia -con independencia de su causa-. Pues bien, ¿alguien será capaz de tipificarlas, de dotar así de seguridad jurídica al sistema?

#### 8.4. ¿Apreciación de la nulidad de oficio?

En materia de consumo ha afirmado el TJUE<sup>78</sup> que la nulidad debe ser declarada de oficio por el juez. Pero con un matiz: siempre que el consumidor no se oponga a ello.

---

3. Los actos realizados en contra de esta prohibición son nulos de pleno derecho y el consumidor podrá reclamar el duplo de las cantidades entregadas o garantizadas por tales conceptos.

<sup>78</sup> “... la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta -no la anulabilidad- la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en “detrimento del consumidor”, de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor, ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.” Jurisprudencia comunitaria citada en la STS 9 Mayo 2013, 117,

118. En este sentido la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 33, afirma que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, de tal forma que “cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone...” (STS 09/05/2013)



Resulta además que, no encontrándose afectada la defensa del orden público, la nulidad civil no debe ser apreciada de oficio por el juez (STS 31 Marzo 2011).

... no habiéndose pedido en la demanda la nulidad de los contratos litigiosos sino la condena de la demandada a su “cumplimiento estricto” en un régimen diferente del expresamente pactado por las partes; habiendo acordado la sentencia recurrida no ese cumplimiento estricto, ni tampoco la indemnización de daños y perjuicios que constituía la verdadera finalidad de la demanda... **no cabiendo en casos similares acordar de oficio la nulidad de los contratos en cuanto cuestión nueva y dado que la competencia del orden jurisdiccional civil en estos casos no se orienta a la defensa del interés público** (SSTS 16-10-06 en rec. 4705/99 , 15-3-09 en rec. 1936/99 , 30-6-09 en rec. 369/05 y 24-2-10 en rec. 1110/05); y en fin, pudiendo ser incluso la nulidad de los contratos perjudicial para la propia parte demandante... la consecuencia no puede ser otra que la estimación de los motivos aquí examinados... (STS 31 Marzo 2011).

Son tantos los matices y las particularizaciones. A poco que nos desviamos del ámbito de consumo, el régimen es otro, dependiendo de si el orden público se encontrase o no afectado. ¿Alguien podrá enumerar una lista cerrada de casos de tal afectación? Una vez más, algo falla, el sistema no termina de convencer: no genera suficiente confianza, seguridad jurídica.

## **8.5. Otras posibles soluciones**

Ante semejante “fiasco”, ¿qué hacer? Se nos ocurren varias ideas tan de sentido común que difícilmente acertamos a entender por qué no se han realizado ya: control preventivo voluntario de las minutas de préstamo bancarias y tribunal centralizado único para estos temas.

### ***8.5.1. Control preventivo voluntario de las minutas de préstamo bancarias***

Las entidades de crédito habrían de tener la posibilidad de ver reconocida preventivamente -en el ámbito administrativo, con reserva siempre de la tutela judicial a posteriori-, la conformidad de sus minutas al TRLDCU. Y también de simplificar sus minutas, merced a su reenvío al clausulado tipo aprobado previamente por la Administración, publicado en internet y popularizado en nuestras escuelas mediante incorporación al curriculum escolar.

Los bancos que así actuasen gozarían de un prestigio y consideración social añadida, algo así como de un sello de calidad.

Recurrentemente se viene insistiendo en el control por notarios y registradores de las cláusulas abusivas. Me temo que el camino, sin ser equivocado<sup>79</sup>, es insuficiente. Ni un notario ni un registrador están en condiciones de excluir todas las posibles cláusulas abusivas, sino solo las así previamente declaradas o manifiestamente claras<sup>80</sup>.

### ***8.5.2. Tribunal centralizado único para esta materia***

Habría que idear un Tribunal único para tratar de las “grandes cuestiones de consumo”. Es imposible, con una jurisprudencia menor, no unificada, abrirse camino en estos temas.

Este tribunal estaría ya inventado: bastaría con copiar el modelo ideado en el art. 127 bis y siguientes de la LJCA, a saber, el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado. A saber, competencia, la Audiencia Nacional; legitimación exclusiva, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -u otro organismo que a tal fin se declare competente- (art. 11.1 LJCA), quien puede actuar de oficio o a instancia de parte; tramitación preferente y abreviada; la sentencia que estime el recurso implicará la corrección de la conducta infractora, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios, incluido el lucro cesante, que dicha conducta haya causado; durante la tramitación del procedimiento puede solicitar su intervención, como parte

---

<sup>79</sup> BALLUGERA GÓMEZ, “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”. Diario La Ley, nº 8092, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2013, LA LEY 2813/2013, (pp. 1-81) p.53, señala que la lucha contra las cláusulas abusivas no puede dejarse en manos de los jueces de manera exclusiva: las autoridades de consumo, las juntas arbitrales de consumo, el Banco de España, el Ministerio Fiscal, todos han de colaborar. También, por supuesto, notarios y registradores de la propiedad.

<sup>80</sup> “... la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma ley, y el mandato legal de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra»... al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados. Así lo ha confirmado la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Tercera) de 1 de abril de 2011, en la que el Tribunal llega a la conclusión de que «pueden claramente los Registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando ésta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren juicio de ponderación alguno». En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula... para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de enero), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores...” (RGDRN 13 septiembre 2013)

recurrente, «cualquier operador económico<sup>81</sup> que tuviere interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y no la hubiera recurrido de forma independiente»; los efectos de las sentencias estimatorias se extienden a los interesados que se encuentren en idéntica situación y que lo soliciten en el plazo de un año (art. 110.1, en relación con el art. 127ter, 10 de la LJCA).

Se nos ocurre todavía la implantación en España, de forma matizada, de los *punitive damages* anglosajones, a los que las películas nos tienen tan acostumbrados. No necesariamente, restringidos al ámbito que tratamos, habrían de ser inconstitucionales. Pero esto es ya materia que requeriría su propio estudio.

---

<sup>81</sup> Bien entendido, como señalan MONSALVE DEL CASTILLO, Rafael Y PORTILLO CABRERA, Estefanía, en “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9, 2011, p.24 (23-32), que la exclusión del Registro de asociaciones de la interviniente implicaría la pérdida del interés legítimo previsto en el art. 413.2 LEC (en el caso que analizamos, restringida a su intervención).

## 9. La VENTA EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO, una ejecución imposible

Probablemente la STJUE 14 marzo 2013 ha afectado hasta tal punto nuestro sistema de tutela judicial efectiva que aún no hemos sido capaces de recomponerlo. La venta extrajudicial, un asunto pendiente de reconsideración.

### 9.1. Inviabilidad de la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula en el procedimiento extrajudicial.

Como señala en su apartado 23 la STJUE de 4 de junio de 2009<sup>82</sup>, “el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”.

Pues bien, ocurre que el Notario no está capacitado<sup>83</sup> para enjuiciar de pleno tal nulidad (cfra. art. 129 LH). Dado que el Notario no es un Juez, no puede decidir como él. A lo más que podría llegar es a actuar como un escribano extrajudicial. Y bien, ¿debería poder hacerse cargo “in totum” un secretario de una ejecución hipotecaria?

En la venta extrajudicial el deudor carece de la posibilidad de que un juez DE OFICIO (arts. 552.1 y 681.1 LEC), sin adelanto ni desembolso de dinero alguno por parte del deudor, considere abusiva cierta cláusula pactada y, seguidamente, sobresea la ejecución. Por ello, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, en sentencia de enero de 2014, ha declarado la nulidad -por abusiva y contraria al Derecho Comunitario- de una cláusula

---

<sup>82</sup> STJUE, Sala Cuarta, de 4 de junio de 2009, Pannon GSM Zrt. contra Erzsébet Sustikné Gyórfi, asunto C-243/08

<sup>83</sup> “En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente, en la forma prevista por el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta, por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013...” (Preámbulo de la Ley 1/2013)

hipotecaria en la que se obligaba al cliente a acudir a la subasta extrajudicial -ante notario- en lugar de a la vía judicial en caso de no cumplir con sus obligaciones de pago.

## **9.2. La inseguridad del rematante ex art. 236.I.3<sup>84</sup> in fine del Reglamento Hipotecario.**

Los asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca ejecutada, aún posteriores a su inscripción, no se cancelan. Y bien, ¿para qué sirve una subasta tan insegura?<sup>85</sup>

Todavía más. Imaginemos que un tercero se persona en el procedimiento de ejecución ante notario a fin de dejar constancia que con esa fecha ha interpuesto **tercería de dominio** sobre la finca. ¿Qué ha de hacer entonces el Notario? La ejecución judicial especial del art. 681 ss LEC se suspendería en tal caso (art. 696 LEC). En cambio, el art. 236.ñ RH no prevé la suspensión del procedimiento notarial por tal motivo.

## **9.3. Requerimiento de pago al deudor**

Quien conozca la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2013<sup>86</sup> podría fácilmente, mediante una “triquiñuela”, paralizar una ejecución extrajudicial. Me pregunto si esto es razonable. La resolución en cuestión dice así:

---

<sup>84</sup> Artículo 236 I RH. 1. Verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se procederá a la protocolización del acta y al otorgamiento de la escritura pública por el rematante o el adjudicatario y el dueño de la finca o la persona designada conforme al artículo 234... 3. La escritura será título bastante para la inscripción a favor del rematante o adjudicatario así como para la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella. Se exceptúan aquellos asientos ordenados por la autoridad judicial de los que resulte que se halla en litigio la vigencia misma de la hipoteca

<sup>85</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, “La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial”, en Notario del Siglo XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, núm. 51, publicado: 22 Octubre 2013, accesible en Internet: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/analisis-de-la-actual-situacion-hipotecaria-espanola/3526-la-venta-extrajudicial-ante-notario-de-la-finca-hipotecada-constitucionalidad-y-diferencias-con-la-ejecucion-directa-judicial>, analiza en detalle las diferencias entre una y otra ejecución, mostrándose empero a favor de la constitucionalidad y subsistencia –en los términos vigentes- de la venta extrajudicial.

<sup>86</sup> Publicada en BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2013, páginas 99184 a 99189

6. En el presente expediente resulta que en un primer intento, el notario autorizante del acta, no obteniendo respuesta a su llamada en el domicilio señalado para notificaciones en la escritura de constitución de hipoteca, trató de realizar el requerimiento con un vecino, el cual rehusó hacerse cargo de las cédulas de notificación alegando ver a los deudores muy raramente. Y en un segundo intento, el notario entendió efectivamente la diligencia con la persona que le abrió la puerta del domicilio, quien dijo ser amigo de los deudores.

7 ... A falta del deudor, la diligencia puede practicarse en el domicilio tan sólo con el familiar o pariente más próximo o dependiente, siempre que sean mayores de catorce años. En consecuencia la diligencia llevada a cabo con cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio no es válida como pretende el recurrente... Por otra parte, la relación de amistad en este caso no está acreditada, ni es notoria, sino que está sólo reconocida por una de las partes de la misma, que ni siquiera manifiesta ser vecino del requerido (RDGRN 16 de noviembre de 2013).

Y bien, puesto que de lo que se trata es de corregir la asimetría de las partes, de proteger al consumidor, ¿no debería el Notario asesorar al requerido de tal doctrina antes de hacerle entrega del requerimiento? Ni que decir tiene que, esto sabido, difícilmente un vecino aceptaría hacerse cargo de tal requerimiento... salvo que pretendiese perjudicar al requerido, claro.

#### **9.4. Desistimiento del ejecutante<sup>87</sup>**

¿Debe ser admitido por el Notario sin restricción o sólo si se realiza antes de la publicación del anuncio de la subasta? ¿Sin previa audiencia y aún con la oposición del ejecutado? Más concretamente, ¿del deudor o del hipotecante no deudor o de ambos? Y si se encuentran no personados, ¿debe notificárseles a tal fin?

Salta a la vista que en el ámbito judicial la cosa es bien distinta (cfr. arts 20 LEC, 186 LC y 74 LJCA).

Puesto que al deudor ni al ejecutado, tampoco en la venta extrajudicial, le es indiferente tal desistimiento, ¿está justificada su diferencia de trato en uno y otro procedimiento? Ahora bien, a diferencia del juez, ¿cómo podría el notario entrar a valorar si, atendidas las circunstancias, admite o no tal desistimiento?

---

<sup>87</sup> Análisis de la cuestión, y visión general de la venta extrajudicial, en OSCENSE, “Entrega de llaves y Extinción de la deuda ? Venta Extrajudicial ante Notario”, entrada publicada en blog notin.es el día 16 de febrero de 2011: <http://notin.es/entrega-de-llaves-y-extincion-de-la-deuda-venta-extrajudicial-ante-notario/>

## 9.5. Posibles soluciones

Podríamos aún enunciar otras diferencias entre la ejecución judicial y la extrajudicial que hacen que esta última no termine de convencer. Para solventar su insuficiencia dejamos propuestas dos medidas, cumulativas.

### ***9.5.1. Un órgano centralizado del Notariado<sup>88</sup> que unifique “ex ante” la práctica notarial***

El notario, a la hora de decidir si la vivienda es o no la habitual del ejecutado, dado que podría no serla el día de la ejecución (y viceversa, llegar a serla tras la firma de la hipoteca), ¿cómo debería actuar?

Podría ocurrir que, al requerir de pago al deudor, o en cualquier otra momento, el Notario descubra que el solar hipotecado es en realidad una vivienda. O que el local hipotecado sobrevenidamente, acaso de forma ilegal, se haya convertido en vivienda del deudor. ¿Y si la vivienda hipotecada resultase ser la habitual no del deudor sino del hipotecante –no deudor-?

Los casos dudosos son innumerables. Y las soluciones adoptadas, todas ellas razonables, discordantes. ¿Es razonable un sistema así?

El órgano centralizado propuesto excedería en sus funciones al Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) del Consejo General del Notariado, recientemente creado, ideado para suplir la inoperancia<sup>89</sup> del Registro de Condiciones Generales, dado que ni todas las cláusulas declaradas abusivas se inscriben en él ni su acceso al resulta fácil.

---

<sup>88</sup> Un órgano así aparece propugnado por OSCENSE, “Un órgano centralizado del Notariado para la ejecución extrajudicial“, entrada publicada en blog notin.es el día 1 de abril de 2012: <http://notin.es/un-organo-centralizado-del-notariado-para-la-ejecucion-extrajudicial/>

<sup>89</sup> El sistema, en opinión de CARLES OLLÉ, ha fallado estrepitosamente. “Los notarios atados de pies y manos al no poder rechazar cláusulas hipotecarias”, Diario La Ley, nº8094, Sección Hoy es Noticia, 30 de mayo de 2013. LA LEY 6069/2013.

### **9.5.2. Un órgano judicial único para toda España**

Nos referimos a un órgano judicial único especializado en este tipo de ejecuciones - extrajudiciales-, que telemáticamente –mediante videoconferencia-, sirviendo el Notario a este propósito a modo de escribano, pudiera resolver las cuestiones de derecho que mediante ley se concreten; un órgano así habría de ampliar el campo de actuación del Notario en este ámbito, llenándolo al tiempo de garantía -tutela- judicial.

Puede que nuestra organización judicial no se corresponda con los adelantos de la época. De la misma forma que está prevista la creación de Tribunales de Instancia en la reforma proyectada de la LOPJ, ¿por qué no crear una Sala de lo Civil en la Audiencia Nacional? Los Juzgados y Tribunales centrales, centralizados, parecen tener más futuro que los radicados en los vetustos partidos judiciales.



## 10. CONCLUSIONES

La protección de consumidores en materia hipotecaria no es una cuestión zanjada a día de hoy<sup>90</sup>. Muy probablemente en breve conoceremos nuevas e importantes reformas en este ámbito.

Por nuestra parte, proponemos las siguientes:

1. Control preventivo administrativo, unificado, voluntario para las entidades de crédito, de las minutas de préstamo bancarias.
2. Simplificación de las minutas de préstamo bancarias mediante remisión, igualmente voluntaria para las entidades de crédito, a un clausulado tipo aprobado previamente por la Administración.
3. Tribunal centralizado único en materia de consumo, a semejanza del ideado para el Mercado Único en el art. 127 bis LJCA.
4. Un órgano centralizado del Notariado que unifique el modus operandi notarial en el ámbito de las ejecuciones extrajudiciales.
5. Un órgano judicial único para toda España especializado en ejecuciones extrajudiciales. Operaría on line, en sesión única, actuando el Notario como escribano.

---

<sup>90</sup> Existe una Propuesta de Directiva, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifica la Directiva 2008/48/CE, aprobada por el Pleno del Parlamento Europeo el 10 de septiembre de 2013, que previsiblemente forzará a importantes cambios. Entre otros, la admisión de la dación en pago acordada entre las partes (Artículo 28. Demoras y ejecución hipotecaria...4. Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito). Puede consultarse el texto de dicha propuesta en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0341+0+DOC+XML+V0//ES>

## 11. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO PENCO, Ángel, “Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea”, Revista IUS vol.6 no.29 Puebla ene./jun. 2012, accesible en Internet: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472012000100002](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100002).

ACHÓN BRUÑÉN, María José, “Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales”, Diario La Ley, nº8127, 16 de julio de 2013, LA LEY 4800/2013.

ALMAGRO NOSETE, José, “Un auto pionero, abierto a grandes horizontes. (Ejecución hipotecaria inmobiliaria)”, Diario La Ley, nº 8088, Sección Columna, 22 de mayo de 2013. La Ley 2990/2013. pp. 1-6.

BALLUGERA GÓMEZ, “Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013”. Diario La Ley, nº 8092, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2013, LA LEY 2813/2013, (pp. 1-81).

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, en “La protección del deudor hipotecario a propósito de la sentencia del TJUE, Sala primera, de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2013, p.213-250.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: Aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derechos Transnacional, marzo 2011, vol.3º, nº1, (pp.84-117).

CORDERO, Encarna en “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil de 9 de mayo de 2013)”, Diario La Ley, nº8098, 5 de junio de 2013, LA LEY 2925/2013, (pp.1-4).

FERNÁNDEZ-GALLARDO FERNÁNDEZ-GALLARDO , Javier Ángel, “Los intereses moratorios en el proceso de ejecución hipotecaria”, Revista Jurídica de Castilla y León, número 31. septiembre de 2013. Puede consultarse en Internet:

[http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/699/126/LOS%20INTERESES%20MORATORIOS%20DIGITAL.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL\\_delaPresidencia&blobnocache=true](http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/699/126/LOS%20INTERESES%20MORATORIOS%20DIGITAL.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true)

GÓMEZ GÁLLIGO, JAVIER, “La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial”, en Notario del Siglo XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, núm. 51, publicado: 22 Octubre 2013, accesible en Internet: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/analisis-de-la-actual-situacion-hipotecaria-espanola/3526-la-venta-extrajudicial-ante-notario-de-la-finca-hipotecada-constitucionalidad-y-diferencias-con-la-ejecucion-directa-judicial>.

GONZÁLEZ CARRASCO, María Carmen, “La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin posibilidad de integración judicial”, trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Angel Carrasco Perera. Puede consultarse en Internet: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/26.pdf>.

HERNÁNDEZ GUARCH, Carlos, “La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas”, Revista CESCO de Derecho comparado, nº6, 2013, p.167, puede consultarse en: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

HOLGADO MADRUGA, Federico en “La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2012, de 14 de mayo”, Diario La Ley, nº8122, Sección Tribuna, 9 de julio de 2013, LA LEY 3508/2013, pp.1-4.

IÑIGO FUSTER, Andrés, “Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usuario a la luz de la Ley de Represión de la Usura”, Revista Jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros tribunales, núm 16, enero 2003.

LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. “Comentario a la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a tipo variable con consumidores”. Sepin Mercantil, mayo 2013.

DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Yolanda y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel en “Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios”, Revista General de Derecho Procesal, nº31, septiembre de 2013, (pp. 1-44).

De Torres Perea, José Manuel “Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”, Revista Jurídica Valenciana, núm 31 y nº. 2, giner-juny 2014, pags. 23-62.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María en “Comentario a la Disposición Adicional Primera. Tres de la LCGC: art.10 bis 1 del TRLGDCU” en Comentarios a la ley sobre Condiciones Generales de la contratación (Coordinado por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, DIEZ PICAZO y ALFARO AGUILA-REAL), Madrid, 2002, p.913-914.

MONSALVE DEL CASTILLO, Rafael Y PORTILLO CABRERA, Estefanía, en “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9, 2011, (23-32).

OLLÉ, CARLES, “Los notarios atados de pies y manos al no poder rechazar cláusulas hipotecarias”, Diario La Ley, nº8094, Sección Hoy es Noticia, 30 de mayo de 2013. LA LEY 6069/2013.

OSCENSE, “Entrega de llaves y Extinción de la deuda ? Venta Extrajudicial ante Notario”, entrada publicada en blog notin.es el día 16 de febrero de 2011: <http://notin.es/entrega-de-llaves-y-extincion-de-la-deuda-venta-extrajudicial-ante-notario/>.

OSCENSE, “Un órgano centralizado del Notariado para la ejecución extrajudicial“, entrada publicada en blog notin.es el día 1 de abril de 2012: <http://notin.es/un-organo-centralizado-del-notariado-para-la-ejecucion-extrajudicial/>.

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, Cizur Menor, Navarra 2004.

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco en “La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013”, Diario La Ley, nº8154, (5138/2013).

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, InDret 3/2013.

Reyes López, María José. *Manual de derecho privado de consumo*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

Rosana Viejo González y Segismundo Álvarez Royo-Villanova, “La expresión manuscrita del art. 6 de la Ley 1/2013”, en Notario del Siglo XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, publicado: 11 Julio 2013, accesible en Internet: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/el-deudor-hipotecario-finalmente-protegido/51-la-expresion-manuscrita-del-art-6-de-la-ley-1-2013>.

SABATER BAYLE, Elsa, “Los contratos usuarios en la recientes jurisprudencia”, Aranzada Civil, núm 1, 1994, pp. 5-30.

STS de 9 de mayo de 2013, sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo. (RJ 2013\3088). Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Gimeno-Bayón Cobos.