



UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA
GRADO EN GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**LA CONTRATACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS
CON CONSUMIDORES: CLÁUSULAS ABUSIVAS**

Alumna: Nayhara Morón Jiménez

Tutor: Pablo Amat Llombart

Curso académico: 2016/2017

A mi familia.

Por todo el cariño y apoyo a lo largo de este proceso.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	6
1. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Resumen	8
1.2. Relación con asignaturas de GAP	10
2. CONTEXTO HISTÓRICO	11
3. CONCEPTOS CLAVE	15
3.1. El consumidor y usuario	15
3.2. El empresario, el productor y el proveedor.....	17
3.3. Las condiciones generales de la contratación	19
3.4. Cláusula abusiva.....	22
4. EL USO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO	24
4.1. Introducción al mercado de servicios financieros	24
4.2. El préstamo con garantía hipotecaria celebrado con consumidores y usuarios.....	27
4.3. La forma del contrato: el empleo de Condiciones Generales de la Contratación en préstamos con garantía hipotecaria.....	31
5. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA: REQUISITOS PARA SU DECLARACIÓN	35
5.2. Cláusulas abusivas sobre intereses de demora	43
5.3. Cláusula suelo	46
5.4. Cláusulas de redondeo al alza	51

5.5. Cláusulas relativas a los gastos de constitución de la hipoteca	52
5.6. Cláusulas de vencimiento anticipado	57
6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD	60
6.1. La Nulidad de las cláusulas como efecto primordial de la declaración de abusividad	60
6.2. Efectos sobre las cláusulas de intereses de demora.....	62
6.3. Efectos sobre las cláusulas suelo.....	64
6.4. Efectos sobre las cláusulas de redondeo al alza	68
6.5. Efectos sobre las cláusulas relativas a los gastos de constitución de la hipoteca	69
6.6. Efectos sobre las cláusulas de vencimiento anticipado	72
PAUTAS A SEGUIR POR EL CONSUMIDOR Y USUARIO	76
CONCLUSIONES.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	83

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AJD: Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

Art.: artículo

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

C. Com.: Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

CE: Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

CEE: Comunidad Económica Europea.

Directiva 2011/83/UE: Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

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

EEMM: Estados Miembros.

GAP: Gestión y Administración Pública.

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 3/2014: Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Ley 44/2002: Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Ley 44/2006: Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

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

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

OCU: Organización de Consumidores y Usuarios.

p.: página.

pp.: páginas.

R. Prop: Registro de la Propiedad.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Resumen

Este trabajo tiene como objeto el estudio de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores.

Como sabemos, la figura del consumidor y usuario ha estado presente a lo largo del último siglo. No obstante, en las últimas décadas la importancia de este grupo social ha ido aumentando.

Dicho auge viene causado por la desigualdad en las relaciones contractuales en las que el consumidor y usuario se encuentra inmerso. Encontramos dos figuras definidas en estas relaciones contractuales: la parte fuerte y la parte débil.

En lo referente a la parte débil de estas relaciones (el consumidor), procederemos a analizar sus características, así como la evolución de la normativa, tanto a nivel nacional como europeo, que trata de velar por la protección de esta figura y evitar los desequilibrios entre las partes que se han venido generando.

En cuanto a la parte fuerte del contrato (el profesional o empresario), también estudiaremos sus características e indicaremos a quiénes se les reconoce esta posición en las relaciones contractuales.

Estudiaremos también el marco en el cual se desarrollan estos tipos de contratos, concretamente el mercado de servicios financieros. Así indicaremos las características de los préstamos con garantía hipotecaria y analizaremos las condiciones generales de la contratación.

En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria existen una serie de cláusulas generales, algunas de las cuales pueden resultar abusivas para el consumidor y usuario.

En el presente trabajo procedemos a abordar el modelo de contratación cuyo uso está en auge: se trata de los contratos de adhesión en cuyo contenido encontramos una serie de cláusulas genéricas establecidas. Algunas de éstas se pueden declarar abusivas.

Estudiaremos pues, algunas de las cláusulas contenidas en el catálogo *numerus apertus* de la legislación nacional que han tenido una mayor repercusión para el consumidor y usuario.

Analizaremos su definición, su naturaleza y sus características para poder conocer en profundidad el contenido de las mismas. Además, explicaremos cuáles son los requisitos para que dichas cláusulas se determinen como abusivas en los contratos de hipoteca y los tipos de controles que serán necesarios para el análisis de las mismas.

Por otra parte, tras la explicación de cada una de las cláusulas generales de estos contratos masivos, examinaremos los efectos para cada una de ellas una vez se hayan declarado como abusivas.

A lo largo de este trabajo hemos intentado mantener toda la legislación, doctrina y jurisprudencia actualizada sobre el tema ya que se encuentra en pleno auge.

1.2. Relación con asignaturas de GAP

En cuanto a las asignaturas impartidas a lo largo del grado en GAP, podemos relacionar algunas de las mismas con el objeto principal de este trabajo.

Por una parte, relacionamos la asignatura Fundamentos de Derecho Mercantil con la protección a los consumidores y usuarios. Durante el periodo de tiempo en el cual la estudiamos, conocimos la introducción al Derecho de consumo y a la evolución de las leyes que amparan a los consumidores. Además, estudiamos las partes de un contrato y los diferentes tipos que podemos encontrar.

Por otra parte, la asignatura de Gestión Financiera nos permite conocer el concepto de los tipos de interés que citaremos más adelante en el trabajo. Además la asignatura de Gestión Tributaria contempla las modalidades de impuestos, que nos ayudarán a entender algunas de las cláusulas que definiremos más adelante.

Por último, también debemos destacar la asignatura de Derecho Administrativo, gracias a la cual comprendemos la definición de nulidad, los procedimientos judiciales que puede iniciar el consumidor y usuario en pro de la defensa de sus derechos e intereses.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

Cabe sostener que el gran desarrollo económico de las últimas décadas del siglo XX constituyó una de las causas del aumento del consumo, propiciando la aparición de un nuevo grupo social en el mercado económico: los consumidores. Dicho colectivo ha ido adquiriendo importancia y peso específico, por lo que resultó necesario aprobar una política específica para su protección en el ámbito de la sociedad occidental.

La desigualdad presente en las relaciones comerciales contractuales y de riesgo en el mercado, hizo que en España como en el resto de países occidentales, surgiera una gran preocupación por este nuevo colectivo de ciudadanos.

Atendiendo a tal preocupación, se recogió en el artículo 51 de la Constitución Española (CE)¹el principio *pro consumatore*, reconociéndolo como uno de los principios generales del derecho que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. Mediante la redacción de este artículo se pretende dotar a los consumidores y usuarios de una protección jurídica frente a las situaciones de desigualdad en las relaciones contractuales con empresas y prestadores de servicios.

En cumplimiento de dicho mandato constitucional, la normativa de desarrollo del principio *pro consumatore* quedó inicialmente plasmada en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Pese a que la LGDCU era considerada la piedra angular del conjunto normativo para la protección de los consumidores, también fue muy criticada por su generalidad, su técnica jurídica y su falta de rigor. Esto se debe a que dicha ley se promulgó con gran premura y rapidez, para dar respuesta al dramático caso del aceite desnaturalizado de colza, un

1 Art. 51 CE: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

fenómeno social que aceleró su proceso de aprobación dando lugar a una ley deficiente desde el punto de vista técnico.

La finalidad de esta Ley viene recogida en el preámbulo de la misma, y no es otra que proporcionar al consumidor y usuario una herramienta jurídica para su protección y defensa. Pero tal y como hemos indicado anteriormente, la ley presenta una gran deficiencia jurídica, dejando muchos ámbitos en materia de defensa del consumidor y usuario sin resolver ni regular.

Por ello en 2006 el poder legislativo otorga un mandato acorde con lo establecido en la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (Ley 44/2006), para armonizar toda la normativa en materia de consumo y transponer las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios, dando lugar al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU). De tal forma que la LGDCU quedó derogada por este Real Decreto Legislativo.

El TRLGDCU “pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria” (preámbulo III, del Real Decreto Legislativo 1/2007).

Pese a todo, las modificaciones posteriores aprobadas en el marco del Derecho comunitario, exigieron de una nueva reforma que incluyera diversas actualizaciones en la Ley de Defensa de los Consumidores y el resto de normas complementarias, para transponer, por ejemplo, al Derecho interno la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (Directiva 2011/83/UE).

La Directiva 2011/83/UE reguló un nuevo marco legal para los contratos a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; además, modificó la normativa europea sobre cláusulas abusivas. Pretendía impulsar la protección de los consumidores y usuarios europeos, así como fortalecer la seguridad jurídica tanto de los consumidores y usuarios como la de los empresarios, eliminando así las diferencias en esta materia existentes en la legislación europea.

Las modificaciones en el marco legislativo nacional se llevaron a cabo mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto

refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre(Ley 3/2014).

Entre las diversas modificaciones que incluyó la Ley 3/2014, se encuentra la modificación del artículo 80.1.b) del TRLGDCU, añadiendo que la letra de los contratos debía ser legible para el consumidor.

A causa de esta modificación se introdujeron reformas en los contratos de préstamo hipotecario. Es evidente que dentro de la protección de los consumidores y usuarios, los contratos de préstamo hipotecario constituyen una materia controvertida.

Nos encontramos ante un modo de contratar donde distinguimos una “parte débil” y una “parte fuerte”, términos acuñados para las partes que celebran dichos contratos. Por regla general, la parte débil es el consumidor, y la parte fuerte el propio banco. Por ello la normativa y la jurisprudencia hacen hincapié en la parte débil, por ser la que se encuentra en desventaja en los contratos de préstamo hipotecario.

El concepto de “parte débil” apareció en Italia, en los años 70 del siglo pasado, atendiendo en un principio a necesidades socio-políticas. Hoy en día esta expresión ha sido acogida por el derecho de consumidores para referirse a aquella parte de la relación contractual que se encuentra en desventaja ante la negociación de los términos y condiciones del contrato. Si bien es cierto, en el marco de los consumidores y usuarios, no siempre se asocia a la parte débil con la parte deudora, siendo en la mayoría de los casos la parte acreedora la que se asocia con esta connotación, por lo tanto como norma general podemos decir que “debilidad” no indica “deuda” sino la existencia de una posición desventajosa a la hora de contratar y negociar.

La mayor parte de los contratos hipotecarios que se suscriben con consumidores suelen llevarse a cabo mediante “contratos de adhesión”, en los cuales el consumidor únicamente ha de dar su consentimiento a las cláusulas contenidas en el contrato para su validez. Para el banco es una gran ventaja, ya que el elemento de predisposición parte de cláusulas establecidas por la otra parte, la Entidad Financiera. Una situación en la que se imponen las condiciones contractuales sin negociarlas individualmente, produciendo así un desequilibrio entre las partes. Por tanto, tal y como hemos indicado en el párrafo anterior el

prestamista/banco se convierte en la “parte fuerte” o “privilegiada” frente al consumidor o “parte débil”.

Los contratos de préstamo hipotecario, así como la mayor parte de los contratos de consumo, se integran mediante cláusulas predispuestas o condiciones generales, reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), que analizaremos más adelante.

También podemos encontrar entre estas cláusulas generales, las denominadas “cláusulas abusivas”, que causan un desequilibrio de carácter económico o jurídico al consumidor y usuario. No obstante ello, no quiere decir que en todos los contratos de consumo encontremos cláusulas abusivas, ni que las condiciones generales per se sean abusivas.

3. CONCEPTOS CLAVE

3.1. El consumidor y usuario

El aumento del consumo junto con el gran desarrollo económico han llevado en las últimas décadas a la aparición de una figura muy destacada en el mercado: el consumidor y usuario.

Tal es la repercusión de esta nueva figura que a medida que ha ido aumentando su importancia se han ido aprobando diferentes normativas específicas, tanto a nivel nacional como a nivel europeo, para lograr la protección de sus derechos e intereses. Dicha normativa intenta dar respuesta a las frecuentes situaciones de desigualdad en las relaciones contractuales y de riesgo en el mercado.

Atendiendo a tal preocupación, los artículos 51 y 53 de la CE, regulan los principios rectores de la política social y económica (entre los que se encuentra la protección de los consumidores y usuarios), los cuales poseen el carácter de informadores del ordenamiento jurídico, vinculando así a los poderes públicos para que velen por el cumplimiento de estos principios. Además, dicha vinculación permite fundamentar la inconstitucionalidad de las disposiciones con rango de ley, según lo establecido en el artículo 161.1 de la propia CE.

El Derecho de Consumo se interpretará siempre de manera que resulte más beneficioso para el consumidor. A pesar de que en la normativa actual se reconoce la libertad de empresa, la autonomía privada y la unidad de mercado, se basa en principio *pro consumatore*, reconocido especialmente en el artículo 51 de nuestra Carta Magna. Este principio constituye la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus intereses de la manera más favorable.

Actualmente, el concepto de consumidor y usuario lo encontramos en el artículo 3 del TRLGDCU:

“Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Según REYES LÓPEZ con dicho concepto “se pretende delimitar la normativa de consumo a las relaciones que surgen en el mercado entre consumidor y empresario, porque se parte de la premisa de que el consumidor es el sujeto más desfavorecido de la relación”².

Por otro lado, se ha dicho que este nuevo concepto “no ha establecido fractura alguna, sino que se ha mantenido una línea continuista con la propia noción de derecho interno. No obstante, es natural que la nueva disposición hubiera de plantear un concepto general y armonizado de consumidor y usuario, de manera que dicho concepto general restringiera a los supuestos específicos de consumidor”³.

Consideramos que las diversas opiniones de los autores citados en los párrafos anteriores pretenden aclarar que el concepto que establece la TRLGDCU de los consumidores y usuarios es generalista, lo que permite abarcar un ámbito mayor que los supuestos específicos en los que se define a esta figura de gran relevancia en el mercado. Por otro lado también se reafirma la dualidad de posiciones en las relaciones de mercado, haciendo hincapié en que una de ellas se encuentra en desventaja (el consumidor y usuario).

Cabe destacar también que en el Libro IV, relativo a los viajes combinados, artículo 151 de la TRLGDCU hace mención especial al concepto de consumidor y usuario:

“Consumidor o usuario»: cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”.

Esta definición especial es necesaria ya que el concepto recogido en el artículo 3 de esta misma ley es muy amplio y en el ámbito de los viajes combinados se requiere una definición más concreta.

Atendiendo a tales definiciones, creemos conveniente destacar la diferencia entre la figura del consumidor y la de usuario. En primer lugar definiremos al consumidor como el sujeto que adquiere productos para consumirlos posteriormente.

² REYES LÓPEZ, M.J. (2012). *Manual de derecho privado del consumo*. Madrid: La Ley, p. 151.

³ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, pp. 70-71.

Por otro lado, definiremos al usuario como destinatario de bienes no consumibles y servicios, es decir, aquel sujeto que disfruta habitualmente de un servicio o del empleo de un producto.

Por tanto a pesar de hacer mención a la diferencia entre el consumidor y el usuario debemos tener en cuenta que ambas figuras deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 3 de la TRLGDCU: ser persona física y “actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial” o ser persona jurídica y actuar “sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

Es interesante destacar que nuestra normativa sí permite considerar a las personas jurídicas como consumidores y usuarios a diferencia del derecho comunitario. Tras una larga disputa doctrinal, la TRLGDCU ha acabado con dicha polémica gracias a su definición apuntada “en cuanto todas las actividades que realizan las entidades de naturaleza mercantil están encaminadas a la obtención de un beneficio económico, como así se desprende de su propia naturaleza. Dicha conclusión deriva además de la interpretación conjunta de los artículos 3 y 4 del TRLGDCU”⁴.

3.2. El empresario, el productor y el proveedor

En el TRLGDCU encontramos por un lado la definición de consumidores y usuarios, y por otro lado la de empresarios, productores y proveedores. Tales figuras han hallado su definición en este marco normativo por su importancia en las relaciones comerciales de mercado.

En el artículo 4 de la ley encontramos el concepto de empresario, el cual alude a: “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Por tanto, se considera empresario a todo aquél que ejerza una actividad empresarial, sin importar si lo hace en un ámbito público o privado y sin tener en cuenta si lo hace por sí mismo o por orden de otra persona.

⁴ REYES LÓPEZ, M.J. (2012). *Manual de derecho privado del consumo*. Madrid: La Ley. p. 164.

En ese sentido, según el artículo 1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (C. Com.) “son comerciantes para los efectos de este Código:

1 º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2 º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código”.

Por tanto, las notas características de la figura del empresario son la habitualidad en la actividad y la profesionalidad. Además, de la normativa de consumidores y usuarios se desprende que “lo que caracteriza principalmente la figura del empresario es la actividad económica que desarrolla”⁵.

Según LASARTE, podemos distinguir las siguientes actividades económicas del empresario:

1. Actividad industrial;
2. Actividad dirigida a la producción agrícola y ganadera;
3. Actividad artesanal;
4. Actividad de las llamadas “profesiones liberales”;
5. Actividad intermediaria en la circulación de bienes y servicios.

En definitiva, podemos decir que para adquirir la condición de empresario se debe cumplir los requisitos citados previamente, además de poseer la capacidad legal para ejercer el comercio.

Al igual que el empresario, la figura del productor también se encuentra regulada en el TRLGDCU concretamente en su artículo 5:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”.

⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson, p. 73.

Por ello, en este artículo encontramos un concepto amplio de fabricante, que abarca tanto a aquel que pone un producto en el mercado, como a aquel que únicamente lo fabrica.

Además en el artículo 138 de la ley encontramos otra definición del productor:

“1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de:

- a) Un producto terminado.
- b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) Una materia prima”.

En el apartado 2 del mismo artículo se puede apreciar la delgada línea que distingue la figura del productor y la del proveedor. No obstante, en el artículo 7 de la ley consta una definición concreta de la figura del proveedor:

“A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución”.

Para concluir con este apartado, cabe señalar que proveedor será cualquier empresario que suministra productos al mercado, distinguiéndose de la figura del vendedor, que según la legislación civil es aquel que interviene en un contrato de compraventa. De esta manera se evidencia nuevamente la relación entre las tres figuras definidas en este epígrafe.

3.3. Las condiciones generales de la contratación

Los contratos de consumo, entre los que se encuentran los contratos de préstamo hipotecario, contienen una serie de condiciones generales aplicables a cada uno de ellos, las cuales cuentan con una regulación específica en la LCGC.

Esta normativa nace con la finalidad de regular la contratación en masa, para lograr el equilibrio entre ambas partes a la hora de celebrar un

contrato, logrando a su vez el aumento de la seguridad jurídica en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios.

Las condiciones generales se encuentran definidas en el artículo 1.1 de la LCGC, en cuya virtud:

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Es por ello por lo que de la redacción de dicho artículo podemos decir que las condiciones generales tienen dos rasgos característicos: la predisposición y la incorporación a una pluralidad de contratos.

Por una parte, la predisposición se entiende como la imposición unilateral de una de las partes (contratista) de una serie de condiciones. Por otra parte, la incorporación a una pluralidad de contratos no es otra cosa que la aplicación de dichas condiciones estándares a un gran número de contratos por igual. De este modo, las características de las condiciones generales propician una gran ventaja al predisponente o “parte fuerte” de la relación contractual.

Las condiciones generales de la contratación se pueden emplear tanto en contratos que regulen relaciones de profesionales entre sí, como de éstos con los consumidores y usuarios.

La Ley citada anteriormente posee un alcance general, y puede aplicarse a todas las situaciones en las que el elemento predominante sea la predisposición, protegiendo así los intereses de los consumidores y usuarios, y los de cualquier persona que contrate con un profesional, incluso aunque él mismo lo sea.

En el artículo 5 de la LCGC encontramos regulados los requisitos de incorporación, es decir, los presupuestos que deben cumplir las condiciones generales para ser válidamente incorporadas a un contrato. Los requisitos de incorporación son:

1. La aceptación por la parte adherente o consumidores y usuarios, es decir, la parte firmante del contrato acepta todas las cláusulas recogidas en el mismo.

2. La firma de todos los contratantes.
3. La mención a las condiciones generales incorporadas; es decir, todo contrato que haga uso de estas condiciones, deberá hacer referencia a las mismas.

Por tanto, no puede entenderse que ha habido aceptación cuando el profesional no haya informado expresamente y no haya facilitado a la contraparte un ejemplar de las condiciones generales incorporadas al contrato.

Por otro lado, en el artículo 7 de la citada ley encontramos regulados los requisitos de no incorporación. Es decir, se enumeran aquellas condiciones que no pueden establecerse en los contratos. Se trata de los siguientes requisitos:

“a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Se entiende como ilegibles aquellas cláusulas que no se puedan leer debido al tamaño de su letra o cuyo fondo sea demasiado oscuro; se entienden por ambiguas aquellas cláusulas que pueden llevar a confusión por contradecirse; y se consideran oscuras aquellas cláusulas que no muestran con claridad lo que se está exigiendo. Siempre y cuando se den algunos de los requisitos plasmados anteriormente, las condiciones no podrán incluirse en los contratos de consumo.

Una vez establecidos los requisitos permitidos y no permitidos a la hora de incorporar condiciones generales a un contrato, debemos tener en cuenta los criterios de interpretación de dichas cláusulas generales:

- Transparencia;
- Claridad;
- Concreción;
- Sencillez.

Además, en el caso de que exista una contradicción entre las condiciones generales de un contrato y las condiciones particulares previstas en el mismo, prevalecerán estas últimas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el consumidor y usuario en virtud del principio *pro consumatore*.

En el caso de que una cláusula se declare contraria a los requisitos de incorporación establecidos en la legislación en materia de condiciones generales de contratación, se producirá la nulidad de la misma, es decir, se entenderá como no incorporada al contrato.

3.4. Cláusula abusiva

Los contratos de adhesión, es decir, aquellos celebrados en masa integrados por cláusulas generales o predispuestas, pueden contener cláusulas abusivas, es decir, aquellas que causan un perjuicio económico o jurídico a los consumidores y usuarios.

En ese sentido la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 3, define estas cláusulas:

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

Cabe destacar que la finalidad de dicha Directiva no es otra que la de establecer un marco legal mínimo el cual deben cumplir todos los países miembros de la Unión Europea. Es por ello que nada impide a los Estados miembros incluir medios que protejan de forma más amplia al consumidor y usuario. Esta previsión figura en el artículo 8 de la misma Directiva.

La regulación comunitaria en materia de cláusulas abusivas ha sido incorporada posteriormente a nuestro ordenamiento jurídico. En primera instancia se reguló en la LCGC, concretamente en su artículo 8.2 que desarrollaba el contenido de la Directiva 93/13/CEE:

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

Como se puede observar, no se ofrece una definición clara y concisa de la institución sino que se establecía el concepto de cláusula abusiva por remisión al artículo 10 bis de la LGDCU, que establecía que:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley”.

Este artículo ha sido derogado por el vigente TRLGDCU y ha sido sustituido por el artículo 82.1 de dicha ley, que dispone lo siguiente:

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

Así pues, los requisitos para declarar una cláusula como abusiva son:

1. Que sea una condición que vaya en contra de las exigencias de la buena fe.
2. Que dicha condición o cláusula cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación jurídica.
3. Que dicho desequilibrio se haga en perjuicio del consumidor.
4. Que sean condiciones o cláusulas no negociadas individualmente.

4. EL USO DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

4.1. Introducción al mercado de servicios financieros

Un mercado se entiende como el lugar donde se produce la compraventa de una cosa, por tanto, si hablamos de mercado financiero nos referimos al lugar en el que se intercambian activos financieros.

Según CALVO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ ÁLVAREZ “el mercado financiero es un conjunto de mercados en el cual las unidades que son deficitarias obtienen recursos sobrantes de las unidades que son excedentarias. Esto lo pueden hacer de forma directa, intermediada o gestionada (a través de las entidades gestoras de carteras, por ejemplo) por eso el mercado financiero es un grupo de mercados, multifacético y complejo porque un mercado financiero puede ser, al mismo tiempo, libre, monetario, organizado, intermediado y centralizado”⁶.

Las Entidades Financieras son las encargadas de la mediación entre los sujetos que intervienen en este mercado. Esto supone una posición ventajosa para las mismas, ya que éstas son capaces de acceder comercialmente a ambos tipos de clientes y ofrecerles los productos y servicios que mejor se adapten a sus necesidades.

Las Entidades Financieras pueden ser bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito o empresas financieras. Estos intermediarios financieros se diferencian en la variedad de servicios y productos que ofertan a los clientes y su naturaleza jurídica.

Existen dos tipos de servicios a prestar por las diferentes entidades: pasivos y activos. Las operaciones pasivas o de financiación comprenden todas aquellas actividades en las que se captan recursos tanto propios como ajenos.

⁶ CALVO GONZÁLEZ, J.L. Y MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A. (2007). Dinero y banca. Manual de mercados financieros. Valencia: Tirant lo Blanch, p.73.

Por un lado, los recursos propios comprenden todas las aportaciones por parte los socios o accionistas y los beneficios no distribuidos de la propia entidad. Además cuentan con recursos propios permanentes.

Por otro lado, cuentan con recursos ajenos obtenidos por los diferentes créditos del Banco de España, las operaciones interbancarias y depósitos monetarios de los clientes de la entidad (libretas, cuentas corrientes, plazos fijos, etc.).

En cuanto a las operaciones activas o de inversión consisten en “la asignación por cuenta propia de los fondos que captan las Entidades de crédito en las operaciones pasivas”⁷. La asignación de esos recursos se traduce como crédito y existen muchos tipos dependiendo de los diversos aspectos a considerar como por ejemplo, la forma de contratación, el tipo de garantía, si se trata de crédito público o privado o según el plazo de amortización.

Dentro de la variedad de operaciones de carácter pasivo o activo, en la siguiente tabla recogemos los tipos más destacados.

OPERACIONES DE PASIVO	OPERACIONES DE ACTIVO
CUENTAS CORRIENTES A LA VISTA	EL PRÉSTAMO
CUENTAS DE AHORRO	EL CRÉDITO
DEPÓSITOS A PLAZO	GARANTÍAS EN LOS CRÉDITOS
CERTIFICADOS DE DEPÓSITO	PÓLIZA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO
EFFECTOS DE PROPIA FINANCIACIÓN Y CESIÓN DE ACTIVOS	CRÉDITOS A TIPO DE INTERÉS VARIABLE

Tabla 1. Tipos de operaciones que realizan las Entidades Financieras. Fuente: Elaboración propia

Como hemos comentado previamente, las Entidades Financieras ceden recursos mediante operaciones de activo o financiación tanto a empresas como a particulares, logrando así transformar el ahorro en inversión. Dentro de las operaciones de activo diferenciamos operaciones destinadas a la financiación de particulares y de empresas.

⁷ MORAL BELLO, C. (2002). *Los mercados financieros*. Madrid: IT&FI, p. 158.

Mediante dichas operaciones estas entidades logran satisfacer las diferentes necesidades de estos colectivos. Las operaciones de activo más destacadas para la financiación de particulares son los créditos personales y el préstamo hipotecario.

Generalmente se suele aplicar la misma definición para los créditos y para los préstamos, sin embargo en la práctica son diferentes. “El contrato de crédito es aquel por el que una Entidad de Crédito pone a disposición del cliente una cantidad de dinero en una cuenta corriente durante la vigencia del contrato, pudiendo retirar hasta el límite concedido e ingresar el dinero que desee, obligándose -al vencimiento- a reintegrar el saldo que hubiera a favor del banco. Por su parte, el contrato de préstamo consiste en poner a disposición del cliente una cuantía total a la firma del contrato, obligándose este último a restituirla al término del contrato, o periódicamente en el tiempo mediante un convenio de pagos, y a satisfacer los intereses devengados por la cantidad tomada a préstamo”⁸.

Por tanto la diferencia entre ambos términos radica en la forma contractual. En el caso de los créditos, una vez superado el periodo de tiempo éste se renueva; por el contrario, los préstamos se amortizan según lo predispuesto en los contratos de constitución.

Otra de las diferencias entre ambas figuras crediticias es la posición del cliente una vez llega el vencimiento de la operación, en el caso de los créditos puede presentar posiciones deudoras y acreedoras, pero en el caso de las operaciones de préstamo la posición resultante del sujeto es siempre deudora frente a la Entidad de Crédito.

Por otra parte ambas operaciones tienen similitudes, pues ambas tienen la finalidad de financiar o dar crédito a un sujeto durante un periodo determinado para que éste pueda satisfacer sus necesidades; también comparten el factor riesgo, es decir, ambas operaciones comportan este factor. Por ello las Entidades se encargan de establecer condiciones, garantías y cláusulas en los contratos para intentar minimizarlo al máximo y asegurar el buen fin de las operaciones.

En cuanto a la financiación de empresas, encontramos diferentes fórmulas a aplicar. Dependiendo de la situación económico-financiera y las necesidades a cubrir de cada una de ellas se lleva a cabo un tipo de operación u otro.

⁸ MORAL BELLO, C. (2002). *Los mercados financieros*. Madrid: IT&FI, pp. 160 – 161.

Opina la doctrina que “para cubrir estas necesidades tienen diversas opciones, como recurrir a fondos propios mediante emisiones de deuda, acciones, etc., o bien recurrir al sector financiero. Desde la perspectiva bancaria existen muchas operaciones en función de la necesidad financiera de la empresa que se pretende cubrir”⁹.

Según IGUAL¹⁰, los diferentes productos bancarios se configuran en relación a las necesidades de financiación de las empresas; de ese modo considera el capital circulante como una necesidad y el descuento de efectos, el anticipo sobre créditos comerciales o las pólizas de crédito como productos bancarios que las pueden satisfacer.

Por otra parte también considera que las necesidades financieras (a corto, medio o largo plazo) pueden satisfacerse mediante préstamos, en el caso de necesidades de financiación a la exportación, créditos documentarios y ofreciendo avales para satisfacer las garantías a terceros.

4.2. El préstamo con garantía hipotecaria celebrado con consumidores y usuarios

El préstamo con garantía hipotecaria es un préstamo otorgado por una Entidad de Crédito que se garantiza por medio de un bien inmueble. Generalmente este préstamo se concede para la adquisición de una vivienda, sin embargo existen otras variantes como la adquisición de inmuebles para la actividad comercial, la rehabilitación, la construcción de la propia vivienda, etc.

Por norma general el crédito disponible (otorgado por el préstamo) permite que el prestatario pueda adquirir ese bien inmueble, logrando cubrir el valor total en una parte o al completo. Esto permite que tanto la escritura de compraventa como la de hipoteca accedan al mismo tiempo al Registro de la Propiedad.

⁹ IGUAL, D. (2008). *Conocer los productos y servicios financieros. Productos de tesorería, de inversión, de financiación, leasing, factoring, renting, tarjetas*. Barcelona: Profit, p.77.

¹⁰ IGUAL, D. (2008). *Conocer los productos y servicios financieros. Productos de tesorería, de inversión, de financiación, leasing, factoring, renting, tarjetas*. Barcelona: Profit, p.78.

Se afirma no sin razón que “de esta forma el negocio de préstamo con garantía hipotecaria ha de incluirse en la categoría de los contratos de adhesión (...) existe una oferta por parte de la Entidad de Crédito y una aceptación del cliente cuando se adhiere al contrato, precedido de la información que el futuro cliente solicita y que le brinda el futuro prestamista”¹¹. Por tanto a la hora de llevar a cabo este tipo de contrato se entiende perfeccionado cuando hay un acuerdo de voluntades entre las partes, es decir, cuando concurren la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del negocio.

Debemos hacer mención a la diferencia entre el contrato de hipoteca y el préstamo con garantía hipotecaria, puesto que en la práctica se utilizan como sinónimos y son dos conceptos diferentes.

En el caso del contrato de hipoteca nos encontramos ante la simple constitución de una garantía real mientras que en el préstamo con garantía hipotecaria nos encontramos con una obligación personal con garantía real personal. En el primero de los casos, el deudor solo responde con el bien hipotecado. Por otro lado, en el segundo caso el deudor responde con todos sus bienes e ingresos presentes y futuros, además de con la garantía real (hipoteca).

En la práctica lo que se denomina comúnmente como hipoteca es en realidad un préstamo con garantía hipotecaria, pues parece lógico que las Entidades de crédito empleen este contrato ya que asegura el cumplimiento de las obligaciones del prestatario de una forma más contundente que con las simples garantías personales.

En todos los préstamos con garantía hipotecaria encontramos dos sujetos diferenciados: acreedor hipotecario y deudor hipotecario.

El acreedor hipotecario (prestamista, Banco) es el titular de un derecho subjetivo denominado *derecho de crédito*. A este sujeto se le reconoce la facultad de poder exigir al deudor hipotecario (prestatario) un comportamiento de dar, hacer o no hacer (devolver el préstamo con los intereses).

El deudor hipotecario posee un deber jurídico, una obligación frente al acreedor hipotecario de realizar una prestación en favor del mismo.

¹¹ YSÀS SOLANES, M. (1994). *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: La Ley, p. 81.

Como parte acreedora podemos identificar a las entidades de crédito (prestamista) y como parte deudora al consumidor (prestatario).

En relación con el sujeto pasivo, el deudor hipotecario, es interesante aclarar una serie de situaciones:

- En primer lugar, hay ocasiones en las que el mismo propietario del bien inmueble es a la vez el deudor de la obligación garantizada mediante el préstamo hipotecario. En estos supuestos el propietario del inmueble puede pactar la constitución de una hipoteca con un tercero, normalmente una Entidad Financiera, como medio de financiación.
- En segundo lugar, hay ocasiones en las que el propietario del bien hipotecado constituye una hipoteca para garantizar una deuda ajena (de un tercero, familiar, amigo, etc.). En estos casos el nombre que recibe el propietario del bien inmueble es el de tercer hipotecante o también hipotecario no deudor.
- En tercer lugar hay ocasiones en las que el propietario del bien inmueble hipotecado lo adquiere una vez constituida ya la hipoteca. En este caso al propietario del bien hipotecado se le denomina tercer poseedor y se subroga en la posición del primer deudor hipotecario.

Es conveniente, una vez aclaradas cuales son las partes contratantes, que profundicemos en ellas y veamos qué sujetos o entidades pueden ocupar cada una.

En primer lugar, procede aludir a la parte acreedora o entidades de crédito. Actualmente podemos encontrar el concepto de entidades de crédito en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, concretamente en su artículo 1:

“Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia”.

Además, en el segundo párrafo de este mismo artículo encontramos varios ejemplos de entidades de crédito, lo que facilita su comprensión. Así, en virtud de lo expuesto en la ley son entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial.

De este modo cuando aludimos a la expresión “banco” o “entidad de crédito” estamos haciendo referencia a todas aquellas entidades que intervienen en el mercado financiero.

Por otro lado, en cuanto a la parte deudora, es necesario hacer referencia a lo ya mencionado respecto de la noción del consumidor. Como ya dijimos, esta noción viene recogida en el art. 3 TRLGDCU¹². Por ello, para calificar el préstamo como operación celebrada con consumidores, únicamente podrán situarse en la posición jurídica de deudores hipotecarios las personas físicas o jurídicas que actúen en un ámbito ajeno al de su actividad comercial. Es decir, la normativa de tutela de consumidores y usuarios (el TRLGDCU), no se aplicaría en caso de finalidad profesional/empresarial del préstamo con garantía hipotecaria.

Como ya habíamos avanzado, generalmente el préstamo con garantía hipotecaria se utiliza para la adquisición de un bien inmueble, lo que no produce ningún conflicto con la noción de consumidor si este actúa como tal conforme a la definición legal. No obstante, existen casos que plantean ciertas dudas, como por ejemplo puede ser el del abogado que usa un préstamo con garantía hipotecaria para adquirir un bien inmueble que va a servir a la vez como su vivienda habitual y como despacho profesional. Pese a que parezca que en este caso la noción de consumidor entra en conflicto (al haber “usado” el préstamo con fines profesionales) en la práctica se considera al abogado como consumidor a los efectos de aplicación de la normativa de protección de consumidores.

¹² “Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

4.3. La forma del contrato: el empleo de Condiciones Generales de la Contratación en préstamos con garantía hipotecaria

En nuestro ordenamiento jurídico predomina el principio general de libertad de forma (artículo 1278 CC) para la formación de los contratos. El contrato de préstamo con garantía hipotecaria queda perfeccionado en el momento en el que las partes llegan a un acuerdo. Como ya hemos avanzado estos contratos suelen ser de adhesión, debiendo respetar los requisitos de sencillez y claridad en la redacción de los contratos, y así deberán formalizarse por escrito, nunca verbalmente.

Es necesario destacar que, en todo caso, los contratos de préstamo hipotecario requieren para su validez el cumplimiento de dos requisitos establecidos en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria:

1. Constitución del mismo mediante escritura pública;
2. Que dicha escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

El hecho de inscribir dicha escritura en el Registro de la Propiedad hace que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria tenga validez, ya que dicha inscripción posee carácter constitutivo.

Tal y como hemos manifestado anteriormente los préstamos con garantía hipotecaria son puramente contratos de adhesión.

Según YSÀS SOLANES “la generalización de este tipo de negocios que ofrecen la seguridad de la garantía real para el acreedor, normalmente una Entidad de crédito, ha hecho que se hayan convertido en contratos *standard*, las condiciones de los cuales el prestatario no puede negociar, ya que vienen impuestas unilateralmente por el prestamista a través de condiciones generales”¹³.

Por tanto, estos contratos empleados actualmente por los prestamistas contienen condiciones que no han sido negociadas individualmente con los prestatarios.

¹³ YSÀS SOLANES, M. (1994). *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: La Ley, p. 81.

No debemos asociar el contrato de adhesión con algo negativo, ya que el prestamista presenta una oferta de condiciones en dicho contrato que el prestatario decide aceptar. Tratarse de un contrato masivo tampoco significa que no haya competencia por parte de las Entidades Financieras, ya que cada una de ellas presenta diferentes ofertas más o menos beneficiosas para el consumidor.

A pesar de que esta modalidad de contratos presenten unas condiciones generales preestablecidas, existe una gran variedad de modalidades en cuanto a cantidades, tipo y periodos de amortización, tiempo, etc.

El consumidor puede elegir el contrato que contenga la oferta que más se adapte a sus intereses y considere como más ventajosa, ya que no hay un contrato tipo establecido para todos los contratos de adhesión. Sin embargo, aunque no hay un tipo indiferentemente adoptado por las Entidades, “en todos los casos la oferta es cerrada y la opción del futuro prestatario se limita a adherirse a la oferta que le parece más beneficiosa”¹⁴.

Según GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, “la contratación en masa de las grandes empresas ha inundado todos los sectores de la población. En comparación con esta masa de contratos es irrelevante la significación de los contratos puramente civiles. Son, en efecto, escasísimos los contratos de depósito o de préstamo en los que no sea un Banco el depositario o prestamista”¹⁵.

Evidentemente, el papel de las Entidades Financieras es de vital importancia en el mercado financiero actual. Nuestra Constitución recoge la libertad de iniciativa privada y pública en sus artículos 38 y 129.2 respectivamente, permitiendo a éstas actuar dentro del mercado y para con el mismo en régimen de libre competencia.

Ello no quiere decir que éstas puedan actuar según sus intereses únicamente, sino que debe existir la presencia de los poderes públicos (art. 51 CE) para poder intervenir en la protección de los intereses y derechos de la parte débil (el consumidor y usuario o prestatario).

¹⁴ YSÀS SOLANES, M. (1994). *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: La Ley, p. 82.

¹⁵ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. (1959), “Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 71, p. 49.

Como bien se ha afirmado “efectivamente, el legislador constitucional proclamó en su artículo 51.1 la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores, porque en una economía social de mercado deben tutelarse los legítimos derechos e intereses de aquéllos, frente a los potenciales fallos del mercado”¹⁶.

En resumen, el objetivo final es encontrar el equilibrio entre la libertad de empresa y la protección del consumidor y usuario. Este punto de equilibrio se encuentra en la legitimidad de los intereses de los consumidores y usuarios.

Los poderes públicos intervendrán en la protección de los mismos siempre y cuando sean legítimos esos intereses económicos, ya que el hecho de que sean económicos no puede constituirse como un “elemento determinante de la actuación de los poderes públicos, que deberán tomar en consideración los de los otros poderes económicos que actúan en el mercado”¹⁷.

Tras la aprobación de la LGDCU se logró dar la relevancia necesaria a los consumidores y usuarios en las relaciones de mercado, logrando así la protección de los derechos e intereses de esta figura.

En el marco de los contratos masivos o de adhesión existen una serie de criterios para evitar abusos en perjuicio de la parte débil. Según DÍEZ-PICAZO éstos podrían ser:

“1. La interpretación objetiva del contrato de adhesión:

- Criterio de mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 CC).
- Criterio de mayor conformidad con la finalidad objetiva del contrato, desde el punto de vista colectivo (art. 1286 CC).
- Criterio de interpretación acorde a la buena fe.
- Criterio de interpretación *contra stipulatorem* (art. 1288 CC).

2. Los contratos obligan no sólo a aquello que expresamente se encuentre pactado, sino también a las consecuencias que de acuerdo con la naturaleza del vínculo sean conformes con la buena fe y con los usos del tráfico (art. 1258 CC).

¹⁶ MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. (2002). *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz: EDICIP, p. 25.

¹⁷ MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. (2002). *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz: EDICIP, p. 26.

3. Los criterios que deriven de los límites de admisibilidad de la autonomía privada y de las exigencias de conmutatividad de intereses en el comercio jurídico. <<Deben considerarse nulas aquellas cláusulas que sean inmorales o contrarias al orden público de acuerdo con las condiciones éticas imperantes y también aquellas que impongan a la parte más débil especiales obligaciones que carezcan de propia causa o que exoneren a la parte más fuerte de responsabilidad si tal exoneración carece a su vez de causa>>”.

Estos criterios se basan en la derogada LGDCU; no obstante es importante tenerlos en cuenta a la hora de llevar a cabo un contrato de adhesión, ya que permiten dotar de mayor protección y seguridad al contratante, que como hemos indicado previamente se encuentra en clara desventaja frente al consumidor.

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA: REQUISITOS PARA SU DECLARACIÓN

5.1. Aproximación introductoria

Como hemos mencionado a lo largo del trabajo, el consumidor ha ido adquiriendo una gran relevancia en el mercado económico en las últimas décadas. En comparación al momento en el que entró en vigor la LCGC (año 1998) a hoy en día, podemos observar un gran cambio.

En la actualidad se aprecia un incremento notorio en cuanto a las reclamaciones judiciales de los consumidores y usuarios. Éstos tienen por finalidad iniciar procedimientos legales en defensa de sus derechos e intereses en los contratos masivos. Debemos hacer hincapié en las cláusulas abusivas contempladas en los contratos; “tanto la Directiva Comunitaria 93/13 como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en interpretación de la misma han fortalecido tanto los mecanismos procesales como materiales que permiten una correcta interpretación de la norma”¹⁸.

De ello se desprende que el Derecho comunitario tiene muy en cuenta los intereses de los consumidores y usuarios, hasta el punto de otorgar a este colectivo nuevas herramientas o mecanismos para lograr su defensa y protección en el ámbito de la contratación.

Del mismo modo a nivel nacional la actuación del legislador también muestra la preocupación por este colectivo. Una clara manifestación de ello es la incorporación de ciertos preceptos de la LCGC en el TRLGDCU, lo que comporta una mayor claridad y precisión en ciertos conceptos. Del mismo modo encontramos en la normativa del consumidor y usuario criterios propios de la materia contractual.

Por otro lado, los consumidores y usuarios encuentran en la dualidad de acciones (colectivas e individuales) un mayor abanico de actuaciones frente a los abusos en la contratación. No obstante, lo que en un principio

¹⁸ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*. Barcelona: Bosch, p. 55.

parece un aumento de las posibilidades de actuación, pronto queda desarmado ante las dificultades procesales y materiales, lo que hace que sea necesario esclarecer cuál de estas acciones sería más conveniente ejercitar. Es lógico pensar en un primer momento que las acciones colectivas serían las idóneas para el caso, pues como ya hemos avanzado, las cláusulas abusivas aparecen en la mayoría de ocasiones en los contratos de adhesión o en masa.

No obstante, la mala gestión de algunas organizaciones de consumidores junto a ciertas lagunas legales de nuestro sistema jurídico, hace que sean las acciones individuales, ejercitadas por particulares, las que hayan prosperado en mayor grado que las acciones colectivas.

Cabe destacar que es en este último período de crisis económica donde las entidades de crédito han obtenido una gran ventaja. Ante la decadencia de la situación económica de los particulares, los supuestos de impago han ido aumentando. Esto ha permitido a las entidades de crédito ejercitar diversos procedimientos judiciales en los cuales, como comentábamos anteriormente, contaban con cierta ventaja. Estos procedimientos son el procedimiento monitorio o el procedimiento de ejecución.

Desde el punto de vista de los consumidores, estos dos procedimientos conllevan una serie de desventajas: en primer lugar, en el corto plazo de oposición o contestación del que disponen; en segundo lugar, en que las entidades de crédito cuentan con una serie de medidas de apremio que les permiten actuar de forma más dura contra los deudores; y en tercer lugar, la limitación de motivos de oposición en estos procedimientos.

Ante esta situación y ante la falta de una tutela expresa para el consumidor y usuario en nuestro ordenamiento jurídico, las posibilidades se reducen a dos: por un lado, poner los medios para que la confrontación se produzca dentro del proceso de ejecución (dejando de lado el proceso monitorio), o por otro lado permitir que el proceso de ejecución se suspenda y remitir a las partes a un proceso declarativo, más equitativo para ambas.

No obstante, estas “soluciones” para paliar la situación de superioridad de las entidades de crédito en el proceso tienen una serie de ventajas y desventajas. Según FERNÁNDEZ SEIJO, “la literatura jurídica desarrollada en torno a la tutela del consumidor cada vez es más amplia y

más completa”¹⁹. Es un claro reflejo de que la protección de los consumidores y usuarios es una materia que exige una mayor regulación por su gran controversia e importancia.

Previamente hemos hecho hincapié en el concepto de cláusulas abusivas, el cual figura en el artículo 3 de la Directiva 93/13. Nos ofrece un marco normativo que abarca a todos los países miembros de la UE, permitiendo a los mismos la posibilidad de incluir medios o recursos que permitan aumentar o consolidar la protección de los consumidores y usuarios (regulado en el artículo 8 de la misma)²⁰.

Además de encontrarlas reguladas en dicha Directiva, a nivel de España, en el artículo 82.1 del TRLGDCU también podemos encontrar la definición de las mismas. De este modo queda derogado el artículo 8.1 de la LGDCU, incorporando a su vez nuevos matices al concepto de cláusula abusiva.

Por una parte el RDL 1/2007 incluye, además de las cláusulas o estipulaciones, a las prácticas, y así el ámbito de tutela es mucho más amplio. Por otro lado, recoge como cláusulas abusivas las no negociadas individualmente, como aquellas condiciones generales aceptadas de forma expresa por el contratante. En estos casos, pese a declararse la abusividad de la misma, esta no queda anulada ya que ha sido aceptada por el adherente.

Ante la controvertida situación que ha dado lugar a diversos debates doctrinales, tanto el Derecho comunitario como nuestra legislación nacional han articulado diferentes instrumentos para esclarecer la declaración de una cláusula como abusiva.

Por un lado, a nivel europeo debemos destacar el artículo 4 de la Directiva 93/13: “El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran a su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

¹⁹ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*. Barcelona: Bosch, p. 57.

²⁰ “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

Por otra parte, la legislación nacional destaca en el RDL 1/2007, concretamente en su artículo 82.3, lo siguiente: “El carácter abusivo de una cláusula teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”.

Según FERNÁNDEZ SEIJO “debe advertirse que la radical novedad de la regulación no resulta del contenido literal de las normas, sino de la interpretación que de las mismas ha dado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo a partir de la consideración de la necesidad radical de protección a la parte más débil, al consumidor”²¹.

De tal afirmación se desprende la importancia del consumidor para el Derecho Comunitario, dado que la protección de ésta parte contratante ha adquirido una gran relevancia en el mercado financiero.

Una vez analizado el concepto de cláusulas abusivas debemos plantear si realmente el debate doctrinal proviene de una parca definición o si realmente tiene otros orígenes. En este punto es necesario hacer mención a la interpretación práctica de dicho concepto en la actualidad.

Es por ello por lo que la mayoría de autores atribuyen el problema al contenido del “desequilibrio importante”. Éste deriva de los derechos y obligaciones de los consumidores y usuarios, pero también de los procedimientos que se llevan a cabo para exigir los mismos. En este sentido el TJUE ha manifestado en relación al artículo 3 de la Directiva 93/13, en su Sentencia de 14 de marzo de 2013 que “el concepto de desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si – y, en su caso, en qué medida – el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

²¹ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*, op.cit., p. 60.

En el Derecho comunitario, concretamente en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13²², se indica que la declaración de abusividad no debe afectar a los elementos esenciales del contrato (objeto, precio, retribuciones, etc.). Sin embargo, en nuestra legislación vigente no encontramos referencia alguna a esto; por ello para nuestro derecho interno la declaración de abusividad de una cláusula contractual puede afectar tanto a los elementos accesorios como al objeto del mismo.

En el momento en que se declara la abusividad y ésta afecta al objeto del contrato encontramos, dependiendo de la legislación que tomemos como referente, dos posiciones antagónicas. Por un lado, nuestra normativa, pese a que se contempla que la abusividad puede recaer sobre el objeto del contrato, la mayor parte de la doctrina opina que no es posible un control real sobre las cláusulas que delimitan al objeto del mismo. Pues se entiende que si el consumidor presta su consentimiento a elementos tan elementales, es porque los mismos le han instado a aceptar, es decir, el mismo consumidor y usuario decide aceptar el objeto.

Por otro lado, desde el punto de vista del Derecho comunitario, en el caso de que la abusividad afecte al objeto contractual, no será de aplicación la legislación comunitaria en materia de cláusulas abusivas. No obstante, ello provocaría una indefensión para los consumidores, al no poder actuar frente a una desigualdad. Es por ello que a nivel europeo la solución que se brinda al consumidor es la de acudir a la normativa general de contratación para solicitar la nulidad de esa cláusula y su posterior extinción.

Pese a que en nuestra normativa no se contemple un control para aquellos casos en los que una cláusula abusiva afecte al objeto del contrato, sí que se han constituido diferentes tipos de controles respecto a estas cláusulas, estos son:

1. Control de incorporación;
2. Control de contenido;
3. Control de transparencia.

²² “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, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”.

El control de incorporación viene tipificado en el artículo 5 de la LCGC²³, y se denomina “requisitos de incorporación”.

Por tanto se trata de un conjunto de medidas o pautas que debe cumplir una cláusula para que se pueda considerar válida dentro de un contrato. Junto a este precepto debemos tener en cuenta también el artículo 7 del mismo texto legal, el cual plantea los supuestos en que una cláusula no debe quedar incorporada al contrato:

“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

²³ “1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.

3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

Lo expuesto en este artículo queda reiterado por el contenido del art. 80.1 del Texto Refundido de 2007. De la redacción de este artículo se desprenden los siguientes requisitos:

A) Requisitos de comprensibilidad y perceptibilidad: según estos en primer lugar para que una cláusula sea comprensible se necesita que la misma haya sido redactada de forma clara, concreta, sencilla y transparente, es decir, que se pueda comprender directamente sin necesidad de hacer alusión a otros textos legales.

Este requisito se exige no solo de una cláusula en concreto, sino que la totalidad de cláusulas que conforman el contrato deberán cumplir con estos requisitos y no propiciar una situación de confusión al consumidor.

B) Requisitos de entrega, firma y accesibilidad al condicionado: debemos recordar en primera instancia, que en nuestro ordenamiento jurídico reina el principio de libertad de forma en los contratos. Por ello, estos requisitos deben ser analizados dependiendo del modo en que se haya documentado el contrato:

- Contratos documentados por escrito: tradicionalmente se exigía la firma del adherente junto con las cláusulas contractuales. En la actualidad esta necesidad ha perdido relevancia, pues no es necesario que las cláusulas y la firma del adherente consten en el mismo documento.
- Contratos documentados mediante simple resguardo: las condiciones han de estar inscritas en un lugar visible del contrato, de forma que se garantice al adherente su conocimiento en el momento de celebrar el contrato.
- Contratos telefónicos o telemáticos: se considera necesario que haya una transmisión de información al adherente previamente a la celebración del contrato. Además es necesario que se celebre el contrato de forma escrita o en un soporte duradero.

El control de contenido es en realidad un control de legalidad, pues todas aquellas cláusulas que sean contrarias a la normativa vigente, no superarán el mismo, y por tanto, no quedarán incluidas en el propio contrato.

En lo que respecta al control de transparencia, debemos destacar la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, donde podemos encontrar el alcance de este control. En primer lugar, se plasma la insuficiencia que plantea la LCGC ante los requisitos de transparencia que establece para la declaración de abusividad de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente.

En segundo lugar, declara que la transparencia de estas cláusulas no negociadas debe incluir un control de comprensibilidad real de su relevancia dentro del contrato. Además un elemento indispensable para el control de transparencia es la información que el consumidor recibe antes de aceptar el mismo. Según la sentencia arriba citada “no puede estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”.

Para concluir con la definición del control de transparencia debemos señalar que dentro del mismo se contempla también el control de las cláusulas sorprendentes. Dichas cláusulas se entienden como aquellas cuya presencia no es la supuesta por el consumidor, es decir, no es el comportamiento razonablemente esperado para el contratista.

La aparición de estas cláusulas y la necesidad de su control radican en la confianza de los consumidores en la parte contratante a la hora de establecer las cláusulas contractuales, es decir, de la confianza que depositan en los mismos. Esta confianza está ligada al principio de buena fe en las relaciones contractuales.

Analizaremos a continuación las cláusulas abusivas más habituales en los contratos de préstamo hipotecario.

5.2. Cláusulas abusivas sobre intereses de demora

Los intereses de demora en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, se articulan como una “sanción” para el consumidor o “indemnización” para la entidad de crédito. Esta “sanción” nace de aplicar un tipo de interés a la cuantía que se adeuda: en muchas ocasiones estos intereses son abusivos por ser claramente superiores al legalmente establecido.

No obstante, por norma general los intereses de demora no son ilegales, pues son válidos si las partes contratantes lo pactan al inicio del contrato. En la actualidad, según el artículo 114 de la LH, dicho interés de demora pactado “no podrá ser tres veces superior al interés legal del dinero”. Generalmente este tipo de interés nace para cubrir el riesgo de la parte acreedora frente a la deudora.

Pese a que posteriormente haremos referencia a los efectos derivados de la declaración de abusividad de las cláusulas de los contratos con garantía hipotecaria, es necesario mencionar los efectos que genera para el propio contrato la abusividad de la cláusula sobre intereses de demora.

Siguiendo la jurisprudencia del TS y del TJUE, debemos destacar en primer lugar que el poder judicial, ante la declaración de abusividad de una cláusula de interés de demora, no podrá nunca reducir el importe de dichos intereses.

Pese a que esta podría ser la solución más práctica para acabar con el elemento que produce la abusividad, es decir, un tipo de interés desproporcionado, la realidad es que si aplicáramos esta sanción únicamente, lo peor que podría ocurrirle a la parte acreedora del contrato sería la reducción al límite de lo no abusivo de dicho tipo de interés.

La corriente doctrinal se inclina por entregar al juez la facultad de excluir dicha cláusula del contrato, erradicando así el problema de raíz. Como ya comentamos anteriormente, cabe destacar que los contratos pueden continuar vigentes siempre y cuando a pesar de eliminar estas cláusulas abusivas, el objeto del mismo no quede afectado. Por tanto a raíz de este principio y del deseo del ordenamiento de que los contratos sigan vivos, esta facultad otorgada a los jueces se ve limitada, no pudiendo excluir la cláusula (abusiva) de intereses de demora en el caso de que el

objeto del contrato quede afectado. Además con esta limitación se pretende salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios.

En relación a este tema es necesario destacar la STS 364/2016, de 3 de junio, que ha establecido unos límites para la declaración de abusividad de las cláusulas de intereses de demora. No obstante debemos mencionar que anteriormente a esta sentencia ya encontrábamos alusión a este tema en las sentencias 626/2016, de 18 de febrero y 705/2015, de 23 de diciembre. En ambas sentencias se declararon como abusivas dichas cláusulas por tener establecido en el contrato con garantía hipotecaria un tipo de interés de demora del 19%.

La STS 265/2015, de 22 de abril instauró que el interés de demora, para no ser abusivo, debía resultar de la suma del interés remuneratorio y de un pequeño margen sobre el mismo. Además dicha sentencia proporcionaba como referencia el interés de demora procesal del artículo 576 LEC, derivando del mismo que resultaría “abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto al interés remuneratorio”²⁴. Dicha declaración supondría en los posteriores años el inicio de un mecanismo de protección a los consumidores y usuarios.

Pese a que todas estas sentencias son muy relevantes para la declaración de abusividad, la STS 364/2016, de 3 de junio es mucho más importante. Como hemos avanzado en el párrafo anterior, esta sentencia establece un límite concreto para el tipo de interés de demora: así según la misma serán abusivos todos aquellos intereses que superen en dos puntos el tipo de interés ordinario. Es por ello por lo que esta sentencia se considera vital para la protección de la parte débil ante estas cláusulas, pues es determinante a la hora de aplicar un tipo de interés de demora y que no perjudique a los consumidores y usuarios.

Un ejemplo práctico de este tipo de cláusula declarada como abusiva a los bancos BBVA y Banco Popular es la siguiente:

"Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la Cláusula 6a bis, un interés de demora del 19% NOMINAL ANUAL, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril de 2015.

periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.

Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9a".

No obstante, a todo lo anteriormente dicho hay que hacer una pequeña matización. ¿Están asumiendo los jueces el papel de legislador?

Parece ser que ante la falta de una regulación legal que acabe con el problema de los intereses de demora abusivos, se están tomando las resoluciones judiciales como el punto de partida para la lucha frente a estos.

La realidad es que es necesaria una regulación legal de los intereses de demora, es decir, que el legislador establezca un límite máximo legal y tipificado, no teniendo que recurrir (como está pasando ahora) a resoluciones judiciales para encontrar un límite con el cual declarar la abusividad de estos intereses. Es evidente que la declaración legal de este límite dotaría de mayor seguridad a los consumidores y usuarios, pues hasta ahora han dependido de la resolución de un juez para determinar la abusividad o no de un caso concreto.

Aunque parezca que con la reciente STS 364/2016 el problema queda en parte solucionado, debemos recalcar que es tarea del legislador fijar este límite, y no del juez. El nacimiento de este límite a través de la vía judicial surge de una creciente casuística en la que los propios jueces vieron necesario establecer una pauta de interpretación.

Por otro lado pese a que la necesidad de esta regulación legal es necesaria, pues el ejercicio del papel legislativo por parte de los jueces termina afectando a nuestro sistema y complicando la búsqueda de una solución coherente y eficaz, la realidad es que si por fin el legislador decide establecer un límite máximo (por ejemplo del 5%) para los intereses de demora, nos encontraríamos ante la siguiente disyuntiva: ¿a quién debemos hacer caso? ¿a los jueces que en su día dictaron sentencias que establecían criterios para la declaración de abusividad de estas cláusulas?

Parece sencillo en estos casos que el límite legal debería prevalecer sobre los límites impuestos por resoluciones judiciales; no obstante, el problema radica en aquellos supuestos en que se han seguido los límites judiciales. En estos casos se podría dar un conflicto de intereses si el límite legal establecido por el legislador entra en conflicto con el judicial.

Lo que parece claro en esta materia es que, como en la mayoría de casos de cláusulas abusivas, la regulación, los mecanismos de actuación y la protección al consumidor necesita de una mayor regulación y estudio.

5.3. Cláusula suelo

Actualmente las cláusulas suelo incluidas en los préstamos con garantía hipotecaria a interés variable tienen una gran relevancia para el consumidor y usuario, puesto que no se han podido beneficiar de las fluctuaciones del Euribor (publicadas diariamente). En el momento en que se establece este tipo de contrato con las entidades financieras, el prestatario se ve obligado a devolver el capital prestado al prestamista, pagando una serie de intereses fijos o variables.

El tipo de interés variable se establece en función de dos factores:

1. Tipo o índice de referencia, es decir, el tipo de interés oficial o no, que fluctúa en el tiempo (generalmente se emplea el Euribor).
2. Porcentaje fijo o diferencial adicional al tipo oficial.

Los efectos eventuales que pueden ocasionar las oscilaciones del interés oficial o de referencia se pueden paliar estableciendo unas limitaciones, bien al alza o bien a la baja. Las limitaciones al alza se denominan comúnmente como cláusulas techo y las limitaciones a la baja como cláusulas suelo: son los topes máximos y mínimos del tipo de interés aplicable que ha de pagar el prestatario.

La disyuntiva con las cláusulas suelo aparece cuando el índice de referencia, o la suma del índice de referencia más el diferencial, descienden por debajo del suelo establecido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En tales situaciones el consumidor se ve

afectado negativamente, pues la cláusula impide que la bajada del índice de referencia se vea reflejada en su tipo de interés.

Es por ello que aunque en teoría se establece el tipo de interés como variable, en la práctica resulta un tipo de interés mínimo fijo.

Una vez definida la cláusula suelo, debemos plantearnos si es legal dicha cláusula, teniendo en cuenta el perjuicio que puede ocasionar al consumidor y usuario. La respuesta la encontramos en la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el Banco de España en el año 2013, en la que se dispone que “en el caso de que el contrato incluya alguna de estas cláusulas, debe hacerse una mención específica y especial a las mismas, indicando el tipo mínimo y máximo a aplicar y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos”.

Por tanto, de esto deducimos que la aparente solución aportada por las entidades financieras para evitar la abusividad de estas cláusulas es la de informar al consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato.

Como el resto de cláusulas y condiciones generales, las cláusulas suelo pasarán a entenderse incorporadas en el contrato en el momento que el adherente las acepte y el contrato se firme por todas las partes. En esto consiste el llamado control de incorporación, sin el cual las cláusulas y condiciones generales del contrato no quedan adheridas al mismo y no tendrán validez ninguna, pues se tendrán por no puestas.

Además, el control de incorporación vela por que las condiciones y cláusulas que se van a incluir en el contrato se ciñan a los criterios de claridad, sencillez, concreción y transparencia.

No obstante cabe destacar que las cláusulas suelo cuentan con un mayor control, un doble control de transparencia. Dicho control consiste, por un lado en el ya citado control de incorporación al contrato.

El control de incorporación básicamente consiste en atender a los criterios contenidos en los arts. 5 y 7 de la LGDCU, es decir, los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Estos criterios actúan como garantía para el consumidor y usuario, pues pretenden acabar con

aquellas cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, todas ellas cláusulas que tienden a producir inseguridad jurídica en el consumidor y usuario.

En segundo lugar encontramos el control de transparencia. Es aquí dónde radica el mayor control para la incorporación de las cláusulas suelo al contrato (pues el resto de cláusulas solo deben superar el primer control para considerarse válidas).

Este control de transparencia es en realidad un control abstracto de validez y a través del mismo se pretende comprobar si el consumidor realmente conoce al momento de firmar el contrato o es capaz de conocer sin complicaciones, la carga económica que supone para él mismo la celebración de dicho contrato (el sacrificio patrimonial que va a realizar a cambio de la prestación económica), así como la carga jurídica que deberá soportar al suscribir dicho contrato.

De ello podemos deducir que lo que pretende básicamente el control de transparencia es luchar contra la falta de información a la hora de formalizar el contrato, una información que debe ser previa, clara y comprensible.

Es en este punto en el que debemos plantearnos si las cláusulas suelo, tal y como las hemos estudiado, superarán el doble control de transparencia para terminar siendo incorporadas al contrato. Como avanzamos anteriormente, pese a que en un primer término se nos plantea un contrato a un tipo de interés variable, en realidad nos encontramos con un tipo de interés mínimo fijo. Sin embargo, esta circunstancia, de notable importancia para el consumidor, no llega a ser percibida por el mismo como parte del objeto principal del contrato de préstamo de garantía hipotecaria.

No obstante, si esto fuera así en todos los casos, las cláusulas suelo estarían prohibidas y como hemos comentado antes son legales. La legalidad viene dada por la necesidad de informar del tipo mínimo (y del máximo si el contrato cuenta con cláusula techo). Dicha información previa a la constitución del mismo permite que las cláusulas suelo superen el control de transparencia, al contar el consumidor con información previa, clara y comprensible, suficiente como para entender la carga

jurídica y económica que va a soportar con la suscripción de dicho contrato.

Lo anteriormente expuesto ha sido varias veces reiterado por el TS en la mayoría de sus sentencias sobre las cláusulas suelo. Además, el TS en la lucha contra la abusividad de estas cláusulas, en pos de la protección de los consumidores y usuarios, proporciona una serie de criterios para valorar la falta de transparencia (no conformando una lista cerrada):

- “a. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir – o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e. En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”²⁵.

Según PERTIÑEZ VILCHEZ, “el nivel de transparencia o información requerido por la STS 9.5.2013 (Art. 3088) es tan exigente, que de acuerdo con la práctica que ha sido habitual en la comercialización de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, se antoja 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 realizase el contrato de préstamo hipotecario con pleno conocimiento de causa sobre la existencia de una cláusula suelo en el contrato, su influencia en el coste real del crédito, su incidencia en la

²⁵ THOMSON REUTERS PROVIEW. (2014). *Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad*. Navarra: Aranzadi, p. 26.

ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de referencia durante la vigencia del préstamo”²⁶.

Dicha sentencia del TS establece un grado de exigencia tan alto que nos lleva a la conclusión de que generalmente todas las cláusulas suelo establecidas en los contratos de préstamo hipotecario son abusivas.

Las cláusulas suelo, según considera el TS, forman parte del objeto principal del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que si dichas cláusulas establecidas en el mismo se redactan atendiendo a los criterios de claridad y transparencia, según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, éstas no deberán someterse a un control de contenido. En todos los supuestos en los que estas cláusulas se han sometido a enjuiciamiento no han cumplido con el control de transparencia, por lo que el TS ha debido examinar si éstas superan el control de contenido en pro de la defensa de los derechos del consumidor y usuario.

De ello se deriva que la abusividad de dichas cláusulas queda reflejada en el hecho de que ninguna de las que se han sometido a enjuiciamiento hayan superado el control de transparencia. Es por ello por lo que es fácil comprender la gran cantidad de jurisprudencia y doctrina al respecto, pues es un ítem de gran relevancia en nuestra sociedad actual tal y como se ha demostrado en estos últimos años.

La siguiente cláusula del Banco Popular es un ejemplo de cláusula suelo declarada como abusiva:

"Limite a la variación del tipo de interés aplicable: No obstante lo previsto en los apartados anteriores se acuerda y se pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,00 por ciento".

²⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, p. 15.

5.4. Cláusulas de redondeo al alza

Las cláusulas de redondeo al alza son nulas actualmente y cuando eran utilizadas se empleaban para agilizar el proceso de obtención de la cuota a pagar por la parte contratante. La disputa vino causada porque la parte fuerte del contrato iba en contra de lo establecido en nuestra legislación.

Esta práctica consistía en redondear la cuota siempre al alza, es decir, siempre a favor de la entidad de crédito. Dicho aumento se llevaba a cabo a cuartos u octavos de punto, es decir sólo por exceso. Por ejemplo en el caso de que el Euribor referente a la hora de calcular la cuota o de la revisión del tipo de interés aplicable, estuviera a 4,501, se consideraba como 4,750 (en el caso de que lo pactado fuera de un cuarto de punto porcentual).

Un claro ejemplo de este tipo de cláusula declarada como abusiva por parte del BBVA y Banco Popular es la siguiente: "si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de punto porcentual".

La SAP de 11 de septiembre de 2001 declaraba nulas las cláusulas de redondeo al alza de los contratos de préstamo bancario de Caja Madrid, ordenando su eliminación y prohibiendo su uso. Esta sentencia es muy importante ya que declaró por primera vez estas cláusulas como nulas, abriendo paso a una nueva vertiente en pro de la defensa de los consumidores y usuarios.

A consecuencia de esta sentencia fue aprobada una nueva Ley Financiera, en la cual se encuentra regulado el criterio a seguir a la hora de calcular la cuota del préstamo en cuestión, concretamente en la disposición adicional 12ª de la Ley 44/2002²⁷.

²⁷ "En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto

Según el artículo 1256 CC, “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, y por esta razón se han declarado nulas ya que las financieras han aprovechado su situación de superioridad frente al consumidor y usuario.

La legislación es entonces cuando se plantea si realmente estas cláusulas deben seguir vigentes o no en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Dada la posición de las entidades financieras, la parte fuerte, respecto a la del consumidor, el TS declaró finalmente como nulas todas estas cláusulas a través de la STS 663/2010, de 4 de noviembre y de la STS 75/2011, de 2 de marzo.

De ese modo las cláusulas estudiadas se consideran abusivas al tratarse de cláusulas no negociadas individualmente, y que además van en contra de la buena fe y causan para el consumidor un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones.

5.5. Cláusulas relativas a los gastos de constitución de la hipoteca

La cláusula de gastos de constitución es una de las cláusulas más habituales en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Además constituyen un tema de creciente relevancia dada la jurisprudencia reciente al respecto. También la mayor parte de la doctrina se posiciona al declarar que las mismas presentan cierto carácter abusivo.

No obstante, es necesario efectuar un primer inciso sobre los elementos que realmente constituyen tales gastos, es decir, qué conceptos conforman los gastos para la formalización de una hipoteca.

Cabe destacar que los gastos de formalización son elevados, y ello es así por los costes adicionales de notaría, registro de la propiedad, tasación del inmueble... Así mismo hay que tener en cuenta que también se

anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto”.

insertan como gastos de formalización los gastos finales necesarios para la cancelación total del préstamo con garantía hipotecaria.

Entre los gastos de constitución y formalización de una hipoteca o un préstamo con garantía hipotecaria encontramos:

1. **Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (AJD):** a la hora de firmar un préstamo con garantía hipotecaria, uno de los tributos a pagar es el Impuesto Sobre Actos Jurídicos Documentados.

Este impuesto grava tanto las transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones societarias, como los actos jurídicos documentados. Este último es el que nos interesa y el que grava la constitución de la hipoteca, es decir, los documentos mercantiles, registrales y notariales.

2. **Registro de la Propiedad:** los gastos del Registro vienen derivados de la necesidad de que todos los bienes muebles e inmuebles queden inscritos o censados en el mismo, así como la garantía real hipotecaria, cuya inscripción resulta imprescindible y constitutiva de aquella.

El valor de dicha inscripción registral varía en función del valor de la hipoteca o préstamo con garantía hipotecaria, al que hay que añadir otros gastos derivados de la inscripción tales como los aranceles registrales.

3. **Notaría:** de acuerdo con la importancia y la relevancia del contrato de hipoteca o de préstamo con garantía hipotecaria, por el cual la entidad de crédito y el particular llegan a un acuerdo, es necesaria la intervención de un tercero que actúe en calidad de testigo.

La finalidad del notario no es otra que dar fe pública de lo que se ha firmado y de que se ha hecho de mutuo acuerdo, contando ambas partes con plenas facultades y en cumplimiento de las leyes vigentes.

Además la escritura pública notarial donde se documenta la hipoteca es la que tendrá acceso al Registro de la Propiedad para su inscripción.

4. **Tasación de la vivienda:** la tasación no es sino un informe realizado por un técnico especializado (tasador) para averiguar el valor de la vivienda que va a ser objeto de hipoteca o préstamo con garantía hipotecaria. En dicha valoración se tienen en cuenta aspectos como los metros cuadrados de la vivienda, los materiales empleados en su construcción, la ubicación de la vivienda, etc.
5. **Comisión de apertura:** suma de dinero que cobra la entidad de crédito al formalizar el préstamo hipotecario, justificando la misma con los gastos administrativos y de gestión del préstamo que este produce.
6. **Gastos de gestoría:** la gestoría es una empresa cuyo cometido es el de tramitar la hipoteca, es decir, llevar a cabo todas aquellas actuaciones burocráticas para que la misma adquiera vigencia legal.

Entre las actuaciones que lleva a cabo la gestoría encontramos la de pagar la minuta del notario, recoger la escritura firmada por el mismo, llevarla al R. Prop., liquidar el impuesto, etc.

A los gastos anteriormente citados, que pueden considerarse como los principales, hay que añadir otros tales como el seguro contra incendios u otros gastos que se derivan de la propia compra (IVA 10%, Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados por escritura de compra o Gastos notariales/Registrales).

Por ello es curioso destacar que si agrupamos todos los gastos mencionados con anterioridad encontramos que en la práctica, los gastos de constitución llegan a establecerse entre el 10%-15% del valor del inmueble.

Ahora bien, como hemos mencionado anteriormente, los gastos de constitución o formalización de la hipoteca son un tema de creciente relevancia. La importancia de las cláusulas sobre ello reside en la consideración de injustos o abusivos por varios tribunales, entre los que se encuentra nuestro TS. Esto ha hecho que nazca una corriente doctrinal al respecto y que muchos consumidores y usuarios se planteen la opción de reclamar su devolución.

En concreto, debemos hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015. La relevancia radica en el hecho de que anuló la cláusula sobre los gastos de formalización de la hipoteca, entendiendo que no debía ser el consumidor el que soportara esta carga económica. En concreto, en dicha sentencia se sustanció un proceso entre la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) y el banco BBVA.

Frente a la imposición por el banco de los gastos de constitución al consumidor, el TS concluyó que este hecho “no sólo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de gastos, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante”. Además, y quizá lo más relevante, remarcó que “quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución”.

Al respecto debemos destacar también a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, de 9 de diciembre de 2016. En ella se resolvían las pretensiones de un consumidor frente a la entidad de crédito Liberbank, solicitando que se declarase la nulidad de todos aquellos gastos de constitución a los que tuvo que hacer frente por considerarlos excesivos y abusivos. Mediante la sentencia se condenó al banco a devolver los gastos de constitución de la hipoteca.

En efecto, la sentencia estimó parcialmente las pretensiones del demandante y se aplicó por analogía la STS 705/2015, de 23 de diciembre citada, la cual afirmaba que son nulas las cláusulas que “imponen al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato como consecuencia de la intervención notarial y registral y el pago de los

tributos en los que el sujeto pasivo es el banco, como sucede en determinados hechos imponibles del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados”.

A estas sentencias se está uniendo una creciente corriente de casos en los que los consumidores, al amparo de lo establecido por el TS, están comenzando a reclamar tales gastos. Además, tras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo que acabamos de citar, las posibilidades de triunfar en sus pretensiones se ven aumentadas.

Sin duda alguna la jurisprudencia actual y la futura propiciará (como en el caso de las cláusulas suelo) toda una corriente doctrinal al respecto, que esperemos que recoja y regule mecanismos y soluciones frente a lo que hasta ahora era una obligación para el consumidor.

Un ejemplo a destacar de esta modalidad de cláusulas que se ha declarado como abusiva para el BBVA dice así:

"Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos

de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª".

5.6. Cláusulas de vencimiento anticipado

El artículo 1255 CC recoge el principio de libertad de contratación, según el cual las partes contratantes pueden pactar las cláusulas que consideren oportunas dentro del contrato, siempre que no vayan en contra de las leyes, la moral y el orden público.

En la cláusula de vencimiento anticipado las partes pueden acordar que, ante una serie de supuestos tasados, el préstamo podrá terminar anticipadamente. Como consecuencia de ello, se producirá la ejecución del contrato de préstamo hipotecario y la reclamación de la totalidad de lo adeudado al prestamista en tal fecha.

Tradicionalmente la doctrina sostenía que el vencimiento anticipado sólo tenía lugar cuando el deudor hipotecario incumplía una de las cláusulas contractuales. No obstante, en la actualidad la realidad es que las entidades de crédito han establecido una multitud de cláusulas de

vencimiento anticipado con el objetivo final de provocar la ejecución del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Cabe destacar que en la práctica no se ha negado la validez de las mismas, pero para ello es necesario que en el contrato quede claramente estipulado en qué supuestos se dará dicho vencimiento anticipado, sin que este pueda quedar en manos de la entidad de crédito.

De tal modo lo que se persigue es una mayor seguridad para el consumidor y usuario, que se consigue, al igual que con las cláusulas suelo, cumpliendo con el deber de información que tiene la entidad de crédito para con el consumidor.

Una de las cláusulas de vencimiento anticipado declarada como abusiva en un contrato con préstamo con garantía hipotecaria del BBVA, dice así:

"No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses" .

Cabe hacer mención al posicionamiento del TJUE en esta materia. En principio afirma que una cláusula que asegura el vencimiento anticipado ante el impago de alguno de los plazos no debería ser abusiva per se.

Sin embargo, también indica que hay que atender al caso concreto y analizar las circunstancias. Por ello el TJUE ha indicado que para que las cláusulas de vencimiento anticipado no sean abusivas, es preciso que el incumplimiento que se produzca lo sea respecto "de una obligación que revista carácter esencial y que tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo"²⁸.

Lo que nos debemos plantear también acerca de estas cláusulas es si se consideraran como abusivas en el caso de que el acreedor no haya exigido la aplicación del vencimiento anticipado.

²⁸ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. (2017). *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*. Madrid: Lefebvre, p. 140.

En el caso de que el acreedor no sea la parte del contrato que solicite el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, sino que la propia situación del deudor haya sido la que propicie el vencimiento, no dará lugar a la determinación de la abusividad de la cláusula.

El juez nacional no puede esperar a que la cláusula se ejercite o no; si la cláusula es abusiva lo es con independencia de que el acreedor haya exigido su vencimiento anticipado o no. Según la STS de 18 de febrero de 2016, serán abusivas aquellas cláusulas de vencimiento anticipado que permitan la ejecución con el incumplimiento de un solo plazo.

El TS está castigando de este modo a las entidades de crédito, ya que una cláusula de esta índole no cuantifica la gravedad del incumplimiento. De ese modo, gracias a la doctrina del TS, podemos observar que los elementos que determinan la abusividad son la duración y la cuantía del préstamo.

Cabe mencionar, una vez hemos profundizado en las diferentes corrientes y posturas doctrinales y jurisprudenciales, que existe un catálogo de ciertas cláusulas de vencimiento anticipado no inscribibles, entre ellas encontramos:

- Cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una o dos cuotas del mismo. Esta cláusula no es inscribible en virtud de lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, pues este artículo exige para reclamar la totalidad de lo adeudado el impago de al menos tres cuotas del préstamo.
- Cláusula de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca, no inscripción en plazo determinado o denegación parcial. Este pacto queda rechazado gracias a la STS de 12 de diciembre de 2009.
- Cláusula de vencimiento anticipado en caso de enajenación o realización de actos dispositivos sobre la finca hipotecada, etc. La exclusión viene dada por el conflicto de los artículos 27 y 107.3 de la LH y porque es contrario al principio de libertad de contratación.

Hay que dejar claro que las cláusulas mencionadas anteriormente no son todas las que se dan en la práctica, pues el catálogo es más extenso. Además no se trata de un *numerus clausus*, es decir, no es un catálogo cerrado al que no puedan acceder más cláusulas.

6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD

6.1. La Nulidad de las cláusulas como efecto primordial de la declaración de abusividad

La declaración de abusividad de una cláusula contractual comporta una serie de efectos en relación con la misma y con el contrato en general en el que se encuentra establecida.

El principal efecto que deriva de la declaración de una cláusula como abusiva es la nulidad de pleno derecho.

Según lo establecido en el artículo 6 de la Directiva 93/13, “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”.

Por tanto, la Unión Europea protege a los consumidores de aquellas cláusulas abusivas adheridas a contratos celebrados en el ámbito nacional, desvinculándolas de los mismos pero manteniendo la vigencia del contrato siempre que no se trate de cláusulas determinantes.

El criterio fundamental a aplicar a la hora de declarar la nulidad de una cláusula se basa en dos circunstancias:

1. Que se trate de una cláusula accesorio, es decir, que no sean fundamentales para la definición del objeto del contrato.
2. Que el resto de las cláusulas que integran el mismo no generen una desigualdad entre las partes.

Por tanto, si dicha cláusula declarada como nula define el objeto del contrato en cuestión o si produce una situación que no resulte equitativa para ambos sujetos intervinientes en el mismo, se deberá entender como nula dicha cláusula y el resto del contrato.

La importancia de la Directiva 93/13 hizo que nuestro legislador transpusiera su contenido a dos Leyes: la LCGC y el TRLGDCU.

Respecto de la LCGC, la transposición queda reflejada en su artículo 10, que dice:

“1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

Por otro lado, las referencias a dicha transposición contenidas en el TRLGDCU, se encuentran concretamente en su artículo 83, que dice así:

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

Como ya hemos dicho, la nulidad puede afectar a una sola cláusula o a la totalidad del contrato; en ambos casos la nulidad es de pleno derecho, lo que implica que se entenderán por no puestas las cláusulas abusivas o en su caso el contrato.

La situación resultante debe tenerse muy presente, especialmente para el consumidor. En algunos casos, una de las partes puede quedar en peor situación de la que se encontraba al inicio del contrato. El juez nacional es quien realmente tiene un papel trascendente. Debe tenerse en cuenta que si se declara la nulidad del contrato las prestaciones han de restituirse; por ejemplo en el caso de un préstamo otorgado al consumidor, éste debería devolver el aval recibido en un primer momento.

La jurisprudencia del TJUE ha sido determinante para la protección del consumidor; no obstante, no declara el carácter abusivo de una cláusula sino que establece una serie de pautas o criterios para poder

evaluar si la legislación de un país a nivel interno permite el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 93/13²⁹.

El juez nacional es el encargado entonces de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula. Es por ello por lo que su papel es trascendente para la protección del consumidor y para la equidad de ambas partes contratantes.

6.2. Efectos sobre las cláusulas de intereses de demora

La nulidad de las cláusulas de intereses de demora ha ido evolucionando con el paso del tiempo. En primera instancia los tribunales declaraban la nulidad parcial de dichas cláusulas, tal y como podemos ver en la STS de 23 de septiembre de 2010. Es decir, se minoraba el tipo de interés a aplicar por un periodo de tiempo determinado.

Posteriormente se ha evolucionado hacia una nulidad total en la que dichas cláusulas se suprimen completamente del contrato en cuestión. Según la STS de 22 de abril de 2015, la consecuencia principal de la declaración de nulidad de las cláusulas de interés de demora es la supresión de dichas cláusulas del contrato, sin que se pueda aplicar supletoriamente la normativa nacional en estos casos. Este principio podrá quebrantarse en los casos en los que la cláusula de intereses de demora declarada como abusiva afecte al objeto principal del contrato. Esto queda reflejado en otras sentencias posteriores como en la STJUE de 21 de enero de 2016 y la STS de 18 de febrero de 2016.

No obstante, las cláusulas de intereses de demora insertadas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, no se consideran como

²⁹ STJUE 26 de abril de 2012, caso Invitel: “22.(...) La competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de cláusula abusiva, a la que se refieren el artículo 3, apartado 1, de la Directiva y el Anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que la respuesta del Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate”.

parte primordial del objeto del contrato y por lo tanto el efecto principal de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de las mismas. Así se constata en diferentes sentencias, como por ejemplo la STS de 7 de septiembre de 2015, la STS de 18 de febrero de 2016 o la STS de 3 de junio de 2016.

Debemos aclarar que dicha supresión no implica eliminar los intereses establecidos en el contrato, es decir, únicamente se eliminarán aquellos puntos porcentuales aplicados sobre el interés ordinario que causan un perjuicio para el consumidor y usuario.

Pese a que algunas corrientes jurisprudenciales consideraron que una de las posibilidades para acabar con la abusividad de estas cláusulas era limitar o reducir este tipo de interés hasta aproximarlos al tipo de interés legal lo máximo posible, no obstante, la jurisprudencia más reciente opina en su mayoría que la solución se encuentra en la cesación de efectos de dichas cláusulas.

Respecto de la declaración de abusividad, es necesario hacer referencia a lo expuesto por el TJUE, que siguiendo lo dispuesto en la Directiva 93/13, ha creído conveniente otorgar a los jueces nacionales la potestad y la obligación de declarar estas cláusulas como abusivas para ejercer una protección mayor y efectiva al consumidor y así subsanar los desequilibrios entre las partes contratantes. A esta facultad no va ligada la facultad de modificar dichas cláusulas, pues en estos casos desaparecería el efecto disuasorio (lograr que las entidades financieras dejen de utilizar tales cláusulas en los contratos).

En este tema tan controvertido es importante destacar la STS de 23 de diciembre de 2015, la cual hace referencia al artículo 114 de la LH. En dicho artículo, concretamente en su apartado número 3, se hace referencia a un máximo legal a pactar de intereses de demora entre las partes. Al respecto el TJUE dijo que pese a que los intereses se pactaran bajo lo dispuesto en dicho precepto, esto no los excluía del control de abusividad, pues pueden serlo cuando impliquen una “imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”³⁰; también se hace mención a este tema en la STS de 18 de febrero de 2016.

³⁰ STS de 23 de diciembre de 2015.

Esta última sentencia es relevante para la declaración de abusividad de los intereses de demora, al otorgar al juez algunos criterios para su declaración, entre ellos destacan los siguientes:

- La comparación del tipo de interés pactado en el contrato con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo entre las partes.
- La consideración acerca de si el profesional podía de forma razonable estimar que el consumidor aceptó esa cláusula en una negociación individual.

Como efecto práctico de la declaración de abusividad de estas cláusulas, al consumidor se le habrá de devolver aquellas cantidades indebidamente cobradas por concepto de intereses de demora.

6.3. Efectos sobre las cláusulas suelo

El efecto con mayor trascendencia jurídica tras la declaración de abusividad de las cláusulas suelo ha sido la retroactividad³¹. Es necesario hacer mención a la STS de 9 de mayo de 2013 en la cual, en primer lugar, se reafirma el hecho de que un contrato puede subsistir a pesar de la declaración de abusividad de una de sus cláusulas, siempre y cuando ésta no afecte al objeto del contrato.

Además esta sentencia establecía en su Fundamento Jurídico número 16 una postura clara frente a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos, promoviendo su eliminación y prohibición en los mismos.

Pese a que en los contratos en los que reina la nulidad parcial se debe seguir el principio de la *restitutio in integrum*, en el caso concreto que abarca la citada sentencia, procede la irretroactividad pues en la misma se alegan motivos tales como que dichas cláusulas “no son cláusulas inusuales o extravagantes” o “su inclusión en los contratos de

³¹ La retroactividad es la figura de nuestro ordenamiento jurídico que permite devolver a un estado anterior los actos y situaciones jurídicas.

interés variable responden a razones objetivas”³². Pese a ello, la sentencia tiene efectos ultra partes para asegurar el cese de uso de estas cláusulas abusivas.

Dicha sentencia mostraba la actitud moderada adoptada por parte del TS, al devolver únicamente las cantidades indebidamente cobradas a partir del momento de la publicación de esta sentencia.

Por otra parte, es importante mencionar también la STS de 25 de marzo de 2015, la cual pese a que promueve el cese del uso de dichas cláusulas se reafirma, en primer lugar, por proclamar la irretroactividad, no afectando de este modo a las situaciones decididas por resoluciones judiciales que cuentan con fuerza de cosa juzgada.

No obstante, es interesante hacer referencia a lo contenido en el Fundamento Jurídico 9 de la misma sentencia. En este podemos apreciar la evolución de la aplicación de la retroactividad a las cláusulas suelo declaradas como abusivas.

En este momento, pese a que en primera instancia parece ser que se promueva la aplicación de una retroactividad limitada en el tiempo, la jurisprudencia mayoritaria termina optando por una irretroactividad total como venía predicándose en la STS de 9 de mayo de 2013.

De ese modo el alcance de la nulidad es el mismo, no afectando a aquellas situaciones con fuerza de cosa juzgada que han sido avaladas por resoluciones judiciales.

Tal y como se establece en el Fundamento Jurídico número 10 de esta sentencia, “una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información (...) si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las

³² STS de 9 de mayo de 2013.

sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013”³³.

Es por ello por lo que siguiendo la línea evolutiva de la retroactividad encontramos en este fundamento un primer ápice hacia una futura retroactividad plena.

En este caso, se plantea una aplicación retroactiva, tomando como referencia la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. Esta retroactividad limitada en el tiempo únicamente podría aplicarse en aquellos casos en los que la abusividad venga causada únicamente por no superar el control de información. Por ello, la retroactividad se computaría desde el momento en que se declare la abusividad de dicha cláusula per sólo hasta el 9 de mayo de 2013.

En la misma línea la STS de 29 de abril de 2015 se planteó también una retroactividad parcial (Fundamento Jurídico número 15). En esta se establece la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria desde la STS de 9 de mayo de 2013 hasta la actualidad.

Es importante clarificar que esta sentencia (sentencia de 9 de mayo de 2013) se entiende como modelo de referencia en cuanto al cómputo temporal, porque en la misma se eliminó la presunción de buena fe de las entidades de crédito. Este argumento se reafirma en sentencias publicadas anteriormente como la ya citada STS de 29 de marzo de 2015.

El auge del estudio de la retroactividad llegó con la STJUE de 21 de diciembre de 2016. En primer lugar, se negaba la posibilidad de establecer una retroactividad limitada (en base a la STS de 9 de mayo de 2013), pues esta sólo permitía una protección limitada a los consumidores, siendo esta incompleta e insuficiente.

Del mismo modo según el TJUE el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se oponía a la jurisprudencia nacional al no concordar en la aplicación de una retroactividad limitada.

De esta manera este tribunal circunscribía que la retroactividad debía alcanzar “las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial

³³ STS de 25 de marzo de 2015.

mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”³⁴.

Fue en este momento en el que los Tribunales se plantearon el hecho de reconsiderar su postura moderada, ya que los intereses y derechos de los consumidores no se veían realmente protegidos. La solución más adecuada entonces, fue la de aplicar la retroactividad plena mediante la cual, a efectos prácticos, se devolvían las cantidades íntegras que se habían cobrado indebidamente, sin que de ello dependiera de ninguna limitación o punto de referencia temporal a excepción del inicio del contrato.

Dicha postura la encontramos reflejada en la STS de 24 de febrero de 2017, en la que se declaraba que “procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013”³⁵.

Por tanto, ya que la jurisprudencia nacional anterior no proporcionaba una protección plena a los consumidores, con esta sentencia (STS de 24 de febrero de 2017), el derecho nacional se acomodaba a lo dispuesto por el TJUE estableciendo de ese modo una aplicación retroactividad plena y por ende se aumentaba la protección al consumidor y usuario.

³⁴ STEJUE de 29 de diciembre de 2016.

³⁵ STS de 24 de febrero de 2017.

6.4. Efectos sobre las cláusulas de redondeo al alza

Respecto a las cláusulas de redondeo al alza, es conveniente hacer hincapié en la declaración de abusividad más que en los efectos derivados de la misma.

Como bien sabemos, en el artículo 8 de la LCGC se establece que serán nulas todas aquellas cláusulas que sean abusivas cuando el contrato se lleve a cabo con consumidores.

En primer lugar mencionaremos la STS de 4 de noviembre de 2010, según la cual las cláusulas de redondeo al alza resultarán nulas por “tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Lo afirmado por el TS en esta sentencia sigue la corriente doctrinal al respecto de la nulidad en las cláusulas establecidas en los contratos con consumidores. Como ya avanzamos anteriormente la no negociación individual de las cláusulas es un elemento esencial para la declaración de abusividad.

Por otro lado, esta sentencia hace referencia a otra dictada por el TJUE el 3 de junio de 2010. En esta se reafirma la posibilidad de un control nacional para que el poder judicial pueda revisar las cláusulas contractuales definitorias del objeto contractual. De este modo se aumenta la seguridad jurídica y la protección de los consumidores y usuarios.

Del mismo modo la STS de 29 de diciembre de 2011 reafirma en su fundamento jurídico número 5 lo establecido por la anterior sentencia citada, declarando como nulas, concretamente, las cláusulas de redondeo al alza por fracciones.

Volviendo a hacer mención a la declaración de la nulidad de dichas cláusulas, cabe destacar que según lo reafirmado en la sentencia de 2 de marzo de 2011, el hecho de que una cláusula se establezca en un contrato con garantía de préstamo hipotecario, no asegura la negociación individual con la parte débil del contrato.

En dicha sentencia se establece por tanto que “el Banco no ha acreditado que la cláusula de redondeo al alza ha sido negociada individualmente y que su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación”³⁶.

Encontramos entonces la justificación de dicha nulidad, ya que se evidencia el “exceso aleatorio” por parte de la entidad de crédito del tipo de interés, lo que no es sino una simplificación del redondeo.

Esto provoca un gran desequilibrio entre las partes, especialmente para el consumidor. Por un lado la entidad de crédito ve su posición reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación.

Por otro lado, el consumidor ve su posición más debilitada al tener que asumir un exceso de gastos sin recibir nada a cambio. En consecuencia, podemos afirmar que dicha cláusula genera un importante desequilibrio que va en contra de la buena fe contractual.

Recapitulando lo mencionado anteriormente, debemos concluir con la mención de la STS de 11 de febrero de 2015, la cual reafirma la STS de 4 de noviembre de 2010, con la declaración expresa de abusividad de estas cláusulas afirmando que las mismas deben tenerse por no puestas.

Este mandato tiene un gran alcance, hasta el punto de extenderse a la liquidación de intereses, teniéndose por no puestas dichas cláusulas.

El efecto práctico económico a favor de los consumidores y usuarios no es otro que la recuperación de aquellas cantidades indebidamente pagadas.

6.5. Efectos sobre las cláusulas relativas a los gastos de constitución de la hipoteca

La abusividad de estas cláusulas viene reconocida desde muchos años atrás, tal y como podemos observar claramente en las siguientes sentencias:

- STS de 16 de septiembre de 1994;
- STS de 12 de mayo de 1995.

³⁶ STS de 2 de marzo de 2011.

En ambas encontramos dicha declaración. Por tanto la importancia por la consecución de un equilibrio entre las partes contractuales se remonta a muchos años atrás. No obstante, la parte fuerte de estos contratos ha continuado imponiendo este tipo de cláusulas en los contratos celebrados con consumidores.

En ambas sentencias citadas previamente se hace referencia al artículo 10.1.c) apartado 11 de la LGDCU, ya derogada. A colación debemos destacar la STS de 1 de julio del año 2000.

En la misma se reafirma lo dictado por las sentencias del 94 y 95, teniendo presente el artículo 10 de la LGDCU, ya derogada que decía así:

“1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos (...)

c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye (...)

11. En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”.

Por tanto, de la redacción de este artículo, concretamente de su apartado 11, se desprende que los gastos de constitución en los préstamos con garantía hipotecaria pueden ser nulos y abusivos.

A lo largo de este trabajo hemos destacado que la declaración de abusividad y de nulidad van aparejadas con el quebrantamiento de la buena fe contractual.

Y es que tal y como se desprende del apartado c) de dicho artículo, que lleva por título “Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones”, se persigue una equidad en lo que respecta al beneficio de las partes no únicamente persiguiendo el interés propio.

Otro ejemplo dispar a lo citado anteriormente es el que encontramos en la STS de 12 de marzo de 2014. En este caso nos encontramos con una cláusula contractual que imponía el pago del Impuesto sobre el

Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a la compradora de la vivienda, cláusula impuesta por la vendedora.

En este caso el TS basa la fundamentación de la abusividad en un elemento doctrinal de gran relevancia: el desequilibrio importante para el consumidor. El Tribunal entendía que una lesión suficientemente grave para el consumidor podía considerarse como un desequilibrio importante. Del mismo modo apreciaba que el hecho de transmitir la obligación de pago del IIVTNU al consumidor, era una lesión muy grave para su patrimonio.

Por ende según la teoría del Tribunal Supremo, al producirse un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del consumidor, nos encontramos ante una cláusula esencialmente abusiva. Como resultado, el TS declaró nula dicha cláusula alegando además que era contraria a la buena fe y que la falta de información era evidente, pues parece ser que era muy complicado para la compradora alcanzar a comprender la carga económica que suponía asumir el pago de dicho impuesto.

Por último, haremos mención a la reciente STS de 23 de diciembre de 2015, en la cual se hace alusión directa al TRLGDCU. En esta sentencia se examinaba una cláusula que imponía al consumidor los costes derivados de la constitución de un contrato de préstamo hipotecario. Esto venía contraviniendo lo expuesto en la citada Ley.

Como ya avanzamos anteriormente, las cláusulas abusivas cuentan con un catálogo recogido en la TRLGDCU, catálogo que permite el reconocimiento de otras cláusulas no contenidas en el mismo (por ello podemos decir que dicho catálogo no es *numerus clausus*).

En dicho listado es de especial relevancia, en este caso, el artículo 89.3 de la TRLGDCU, invocado por el Tribunal para fundamentar la abusividad y por ende la nulidad de dicha cláusula.

Este artículo dice así:

“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas (...)

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)”.

Por consiguiente la abusividad de esta cláusula queda justificada al contravenir las normas imperativas en materia de protección a los consumidores y usuarios, en concreto como hemos dicho y como sostenía el TS el artículo 89.3 de la TRLGDCU.

A efectos prácticos económicos, se trata de la devolución al consumidor del importe de los gastos de constitución e impuestos pagados por aplicación de esta cláusula.

6.6. Efectos sobre las cláusulas de vencimiento anticipado

Actualmente existe una gran controversia respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado. En consecuencia podemos encontrar numerosas sentencias al respecto. Entre ellas destacamos las recientes sentencias del TS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016.

En ambas sentencias, como veremos a continuación, se tratan las condiciones necesarias para la declaración de abusividad de estas cláusulas y per se su nulidad.

En ambas sentencias se justifica la existencia de tales cláusulas en los contratos haciendo referencia a normas de nuestro ordenamiento jurídico vigente. En primer lugar, se hace mención al artículo 1129 del CC³⁷, en éste se contempla la posibilidad de reclamar a la entidad financiera la totalidad de las cantidades con anterioridad al vencimiento del contrato, cuando el deudor ha perdido el derecho a utilizar el plazo.

³⁷ “Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”.

En segundo lugar, se hace referencia al artículo 1124 del CC³⁸ en el cual se contiene la resolución de relaciones bilaterales en caso de incumplimiento.

Por otro lado, también es interesante destacar el artículo 693.2 de la LEC, el cual recoge la posibilidad de resolver el contrato en el ámbito de los préstamos y créditos con garantía hipotecaria.

Es en base a estos artículos por lo que el TS no niega la validez de las cláusulas con vencimiento anticipado que se hayan establecido, siempre y cuando éstas se hayan establecido en el contrato tasando, expresamente, aquellos supuestos en los que entrará en juego dicha cláusula. Todo ello en pos de evitar que la resolución del contrato quede al arbitrio de la parte acreedora, lo que supondría un gran desequilibrio para la parte deudora – consumidor.

En estas sentencias también se alude a la jurisprudencia del TJUE, en concreto a la que se desprende de la STJUE de 14 de marzo de 2013. Según la misma, los jueces tienen la obligación de vigilar que en aquellos casos en los que se resuelva anticipadamente el contrato, se produzca tal efecto a consecuencia de motivos tasados y no por el libre arbitrio.

Las sentencias en referencia siguen lo dispuesto en las sentencias de este mismo Tribunal dictadas en años anteriores:

- STS de 2 de enero de 2006;
- STS de 4 de junio de 2008;
- STS de 12 de diciembre de 2008;
- STS de 16 de diciembre de 2009.

Las sentencias del TS dictadas en diciembre de 2015 y febrero de 2016, coinciden al entender que una cláusula que permite la resolución del contrato ante el impago, total o parcial, de una sola cuota es abusiva y

³⁸ “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

por ende nula e inaplicable. Todo ello debido a que no se vincula el vencimiento anticipado a parámetros cuantitativos o temporales de especial gravedad.

De este modo queda reflejada la idea planteada tanto a nivel nacional como a nivel comunitario de que las cláusulas de vencimiento anticipado son abusivas en atención a las condiciones de uso, no por la figura en sí.

Por otro lado, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, la STJUE de 26 de enero de 2017 es de gran relevancia tanto por su reciente dictamen como por contener las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado.

En primer lugar este Tribunal Europeo es claro al afirmar que las cláusulas abusivas nunca vincularán al consumidor. Además faculta a los jueces nacionales para inaplicar dichas cláusulas, pero nunca para modificar su contenido con el fin de adecuarlo al derecho nacional vigente.

Es por esto por lo que los contratos que contengan estas cláusulas deben subsistir, cuando sea posible, sin otra modificación que no sea la eliminación de las cláusulas de este tipo declaradas como abusivas.

Además el TJUE impone a los EEMM la obligación y el deber de “prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con consumidores”³⁹.

Por consiguiente, a fin de garantizar el efecto disuasorio contenido en el artículo 7 de la Directiva 93/13, cuando el juez nacional aprecie la abusividad de estas cláusulas, el hecho de que las mismas no se hayan aplicado, no se opone a que el juez pueda deducir las consecuencias legales pertinentes.

No obstante, este Tribunal “prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional”⁴⁰.

³⁹ STJUE de 26 de enero de 2017.

⁴⁰ STJUE de 26 de enero de 2017.

Podemos concluir por tanto, de lo expuesto a nivel nacional y comunitario, que al contrario que de la gran mayoría de cláusulas consideradas como abusivas, las cláusulas de vencimiento anticipado no son abusivas por sí mismas, sino por su deficiente e injusto uso. La posibilidad de rescindir anticipadamente el contrato, que sí viene recogida en nuestro ordenamiento jurídico vigente, ha terminado por constituir una herramienta abusiva en manos de la parte acreedora, con el fin de asegurarse el cobro de la totalidad de la deuda ante el mínimo incumplimiento de la parte deudora.

A efectos prácticos, la declaración de la abusividad de las cláusulas relativas al vencimiento anticipado del contrato, suponen al consumidor y usuario la garantía de que dicho contrato no se verá afectado por las condiciones impuestas por las entidades financieras en los mismos.

PAUTAS A SEGUIR POR EL CONSUMIDOR Y USUARIO

El consumidor y usuario tiene varias vías mediante las que reclamar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras. Por una parte, tienen la opción de reclamar extrajudicialmente; sin embargo si esta vía “más pacífica” resulta insuficiente también cuentan con la opción de ejercitar la vía judicial.

En cuanto a la reclamación extrajudicial, podemos dividir en tres las vías principales que puede seguir el consumidor y usuario:

1. Presentar la reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad

Este paso es obligatorio y mediante el mismo, el consumidor iniciará el proceso ya que es el interesado en la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por esa entidad financiera.

Este primer paso únicamente inicia la vía extrajudicial. El modo de iniciarlo, es mediante la presentación de un escrito ante los Servicios de Atención al Cliente exponiendo la causa de dicha reclamación.

Además será necesario presentar la siguiente documentación:

- Identificación del interesado: nombre y apellidos o denominación social, domicilio y Documento Nacional de Identidad.
- Identificar a la entidad financiera: establecer la denominación de la entidad y de la oficina en cuestión contra la que se reclama, indicar el tipo de entidad que es (caja de ahorros, banco, cooperativa, etc.) y además el código de la entidad.
- Motivo concreto por el cual se interpone la queja / reclamación.
- Lugar, fecha y firma original o digital.
- Fotocopia de la documentación acreditativa de los hechos reclamados.

Se recomienda presentarla por email y también presencialmente en la sucursal bancaria, exigiendo que pase por registro de entrada y sea convenientemente sellada por la entidad.

2. Reclamación al Defensor del Cliente

En el caso de que una vez interpuesta dicha reclamación no haya sido suficiente para el consumidor o no se obtuviera respuesta, se puede recurrir a esta vía.

El Defensor del Cliente es un órgano externo a la entidad financiera que goza de autonomía, posee carácter voluntario y trata de mediar entre el banco y el cliente.

El consumidor o cliente debe presentar una queja por escrito que guarde relación con la vulneración de los derechos e intereses del mismo. El plazo máximo para interponerla es de 12 meses después de que tengan lugar los hechos.

El Defensor del Cliente debe aceptar la queja presentada y tramitarla. Además debemos tener en cuenta que la postura de esta figura externa es la mediación, sin que por ello las conclusiones que emita resulten obligatorias para la entidad de crédito, sino meras recomendaciones que el banco puede adoptar o desestimar.

3. Reclamación ante el Banco de España

En el caso de que las vías anteriormente descritas hayan sido insuficientes, podemos recurrir al Banco de España. Es necesario tener presente que para acudir al mismo, es necesario haber presentado previamente una queja ante el Servicio de Atención al Cliente de la entidad, y si pasados más de dos meses sin haber obtenido respuesta o la respuesta obtenida es insuficiente, podremos acudir al Banco de España.

Este órgano tiene un Servicio de Reclamaciones que está disponible para el consumidor. Acoge cualquier queja a reclamación ante una entidad española o extranjera y sobre cualquier producto o servicio bancario que haya sido comercializado.

Las entidades financieras ante estas situaciones, pueden responder de diferentes maneras:

1. Silencio;
2. Denegación de la negociación;
3. Posibilidad de llevar a cabo una negociación privada entre la misma y el cliente.

Generalmente las respuestas más comunes por parte de las entidades financieras han sido la primera o la segunda. No obstante, en el caso de que se de cualquiera de estas tres opciones, el consumidor y usuario debe valorar la respuesta de la entidad financiera en cuestión.

4. Reclamación judicial

En el caso de que los derechos e intereses de los consumidores y usuarios se sigan viendo desprotegidos, al obtener una solución nula o insuficiente a sus reclamaciones, deben acudir a la vía judicial.

Para iniciar esta vía es necesario que el consumidor y usuario afectado presente una demanda por escrito, que debe ir dirigida al juzgado de primera instancia perteneciente al domicilio o establecimiento de la parte demandada.

En el caso de que la cantidad reclamada ante el juzgado de primera instancia no exceda de 2.000 euros, se podrá presentar dicha demanda mediante el proceso de juicio verbal. Mediante este proceso no será necesaria la asistencia de procurador y de abogado, la asistencia podrá hacerse en nombre propio, es decir, por el propio demandante. Pese a todo, se recomienda consultar con profesionales.

Una vez presentada la demanda y admitida a trámite, el Juzgado en cuestión debe proporcionar una copia de la misma a la parte demandada y una citación a ambas partes a una vista ante el juez. En esta vista se podrán presentar todas las pruebas que se consideren oportunas para que puedan ser juzgadas.

En el caso de que la parte demandante no asista a la vista, se entiende que ha desistido a la misma. En consecuencia, deberá pagar las costas del juicio y una indemnización a la parte demandada por los daños

y perjuicios ocasionados a la entidad en el caso de que sí hubieran asistido a la vista.

Por otro lado, si la parte demandada es la que no asiste, la tramitación del juicio continúa sin su presencia y en el caso de que haya disconformidad con la sentencia que dicte el Juzgado, podrán presentar un recurso de apelación.

Respecto a esta vía, es necesario mencionar que el consumidor y usuario podrá contar con el apoyo del Servicio de Orientación Jurídica, de carácter gratuito, gestionado por los Colegios de Abogados que cuentan con financiación pública, en el caso de que se acredite insuficiencia de recursos para litigar, al igual que la posibilidad de solicitar abogado y procurador de oficio (gratuitos).

En consecuencia, de este proceso el Juzgado correspondiente dictará sentencia, estimando o no, la demanda interpuesta por el consumidor y usuario. En este caso, la decisión resultante de este proceso sí es vinculante a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada, por lo que se deberán efectuar las medidas, soluciones y decisiones adoptadas en la sentencia una vez firme, y salvo que se interponga recurso de apelación.

CONCLUSIONES

Tras el estudio de las cláusulas abusivas y su incorporación en los contratos de adhesión, concretamente en los de préstamo con garantía hipotecaria, creemos conveniente realizar una serie de conclusiones en pro del análisis y comprensión de las mismas.

Para comenzar, hablaremos de la normativa existente a nivel español y comunitario. A nivel nacional encontramos una evolución normativa sobre esta materia, la cual a través de sucesivas reformas se ha ido actualizando en pro de las necesidades y las obligaciones de las partes contractuales. En la práctica, los consumidores y usuarios han necesitado progresivamente una mayor protección ante situaciones de desigualdad. Ante esto, la respuesta nacional fue, como ya hemos avanzado anteriormente, la reforma de textos normativos que preveían la protección de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, a nivel comunitario la protección de este grupo social ha quedado cubierta en gran parte gracias a la Directiva 93/13, la cual proporciona en el ámbito europeo un amplio marco de protección.

No obstante, es necesario hacernos la siguiente pregunta ¿es suficientemente amplia esta protección?, es decir, ¿la normativa vigente es lo suficientemente eficiente a la hora de proteger a los consumidores y usuarios? En un principio parece ser que la respuesta debería ser afirmativa, pues la doble normativa nacional y comunitaria parece abarcar prácticamente todos los casos de abusividad contractual, estableciendo entre otros mecanismos una lista abierta de cláusulas abusivas, lo cual permite obtener unos supuestos tasados de abusividad, sin cerrar las puertas a futuros abusos que puedan surgir en materia contractual.

Sin embargo, si vemos la realidad jurisprudencial actual parece ser que algo está funcionando mal en nuestro ordenamiento jurídico. Pues pese a que, como hemos dicho, la normativa es bastante proteccionista, el auge de los casos de declaración de abusividad de cláusulas contractuales ha aumentado estos últimos años.

Con este auge jurisprudencial los consumidores han visto una nueva vía de protección. El gran número de sentencias declarando la abusividad de cláusulas contractuales ha puesto en manos de los consumidores un nuevo mecanismo para luchar contra aquellos supuestos en los que se

produzca un desequilibrio en sus derechos y obligaciones. Hasta tal punto ha llegado esta tarea jurisprudencial que gran parte de la doctrina ha criticado a nuestro poder legislativo, achacándole a éste que los jueces están realizando su labor, al servir estas sentencias como referente en la lucha contra la abusividad contractual que perjudica a los consumidores y usuarios.

En segundo lugar, debemos hacer una breve apreciación acerca de las cláusulas abusivas en sí. Como hemos dicho, recientemente han aumentado los supuestos en los que se han declarado como abusivas diversas cláusulas contractuales. Esto nos hace preguntarnos si realmente los controles establecidos a nivel nacional para la incorporación de las mismas son suficientes o efectivos.

Como ya estudiamos a lo largo del trabajo, para la incorporación de una cláusula a un contrato, ésta debe superar una serie de controles. No obstante, la realidad demuestra que tal vez dichos controles son insuficientes o ineficaces, pues de ser lo suficientemente estrictos no habría tantos supuestos de abusividad. Por ello, a nuestro parecer, sería conveniente aumentar las restricciones y sanciones, aumentando por ende la dureza de los controles, además de considerar los efectos que dicha cláusula producirá si se incorpora en el contrato para el consumidor y usuario en cuestión.

En relación a esto, debemos hablar de la posición de las entidades de crédito. Éstas se aprovechan por ser la parte fuerte del contrato, bien por la falta de conocimiento sobre la materia por parte de los consumidores, o bien por la falta de dureza y de control público a la hora de erradicar la abusividad de dichos contratos.

Actualmente parece que las cosas están cambiando; recientemente los tribunales han obligado a que las entidades de crédito devuelvan las cantidades indebidamente cobradas.

Llegados a este punto cabe que nos planteemos si, a pesar de la evolución normativa y la reciente actuación jurisprudencial, el consumidor realmente se encuentra protegido. Es decir, si realmente sus derechos y obligaciones se tienen en cuenta.

Muchos de estos sujetos no tienen conocimiento en la materia, y a la hora de formalizar un contrato de adhesión e incluir diferentes cláusulas, muchos tienden a aceptarlas simplemente sin plantearse las consecuencias, pues no saben cuáles podrán ser.

Es entonces cuando el poder legislativo debe actuar, pues como ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo, la normativa en materia de protección a los consumidores y usuarios necesita de una reforma exhaustiva, fundada no en la deficiencia normativa sino en la práctica.

Somos conocedores de numerosas sentencias declarando la abusividad de algunas de las cláusulas incluidas en los contratos, lo cual demuestra que es necesaria dicha reforma normativa para poder paliar esta situación y considerar la repercusión para el consumidor y usuario.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- BROSETA PONT, M. (1965). *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- CALVO GONZÁLEZ, J.L. Y MARTÍNEZ ÁLVAREZ, J.A. (2007). *Dinero y banca. Manual de mercados financieros*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*. Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias*. Barcelona: Bosch.
- FLORES DOÑA, M.S., RAGA GIL, J.T. y otros. (2016). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson.
- FREIXAS, X. Y ROCHET, J.C. (1999). *Economía bancaria*. Madrid: Antoni Bosch editor y Banco Bilbao Vizcaya.
- GARRIDO BUJ, S. (2002). *Las Entidades de crédito: funcionamiento y gestión*. Madrid: UNED.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L. (2017). *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*. Madrid: Lefebvre.
- IGUAL, D. (2008). *Conocer los productos y servicios financieros. Productos de tesorería, de inversión, de financiación, leasing, factoring, renting, tarjetas*. Barcelona: Profit.

- LASARTE, C. (2010). *Derechos reales y Derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- LASARTE, C. (2016). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L. (2002). *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz: EDICIP.
- MARCOS GONZÁLEZ, M. (2011). *La apreciación de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*. Madrid: Civitas.
- MORAL BELLO, C. (2002). *Los mercados financieros*. Madrid: IT&FI.
- PARDO GATO, J.R. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Madrid: Dijusa.
- REYES LÓPEZ, M.J. (2012). *Manual de derecho privado del consumo*. Madrid: LA LEY.
- RUIZ DE LARA, M. (2014). *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y protección del consumidor a la luz de la jurisprudencia comunitaria y nacional*. Madrid: Fe d'erratas.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., LÓPEZ TAPIA, Y.L. (2013). *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*. Madrid: Tecnos.
- SANTOS MORÓN, M.J. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Madrid: BOE.
- THOMSON REUTERS PROVIEW (2014). *Cláusulas suelo: ¿se puede negociar con el banco? Anulación y retroactividad*. Navarra: Aranzadi.

- YSÀS SOLANES, M. (1994). *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*. Madrid: La Ley.

REVISTAS

- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. (1959), “Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, n. 71, p. 49.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, p. 15.

PÁGINAS WEB

- Consumoteca (2016). “Interés de demora” en Consumoteca. <<http://www.consumoteca.com/economia-familiar/economia-y-finanzas/interes-de-demora/>> [Consulta: 2 de junio de 2017].
- Consumoteca (2012). “Principio pro consumatore” en Consumoteca. <<http://www.consumoteca.com/familia-y-consumo/consumo-y-derecho/principio-pro-consumatore/>>[Consulta: 22 de mayo de 2017].
- Noticias Jurídicas (2014). “Hoy entra en vigor la reforma de la Ley de consumidores y usuarios” en *Noticias Jurídicas*. <<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3860-hoy-entra-en-vigor-la-reforma-de-la-ley-de-consumidores-y-usuarios/>> [Consulta:28 de abril de 2017].

- Ossola, F.A.; Hiruela, M.P. (2007). “El contratante débil (Determinación de la categoría jurídica)” en Revista Oficial del Poder Judicial, p. 415 – 422. <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c820f60043eb7b79a691e74684c6236a/21+Doctrina+Internacional++M.+Hiruela+y+F.+Ossola+%28Argentina%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c820f60043eb7b79a691e74684c6236a>> [Consulta: 29 de abril de 2017].