

**COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS
FINANCIEROS**

**DOBLE GRADO EN DERECHO Y DIRECCIÓN Y
ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**

Trabajo Fin de GRADO



**Cláusulas abusivas en los contratos
de préstamo hipotecario
Análisis de la STJUE del 26 de enero de
2017 relativa al vencimiento anticipado**

**Autor: Jurado Calatayud, Antonio
Tutora: Velarde D´amil, Yvette**

Madrid, diciembre 2017

ÍNDICE

Introducción.....	3
1. Evolución de la institución hipotecaria	4
1.1 Ley Hipotecaria.....	4
1.2 La Hipoteca como derecho.....	4
1.3 Influencia de la crisis inmobiliaria en los préstamos hipotecarios.....	5
2. Derechos y Obligaciones derivadas de la relación jurídica.....	6
2.1 Obligaciones del deudor hipotecario.....	6
2.2 Derechos del acreedor hipotecario.....	6
3. Contratos de adhesión.....	8
3.1 Definición.....	8
3.2 Función del contrato.....	9
4. Cláusulas denominadas abusivas y su evolución.....	10
4.1 Situación de inferioridad entre consumidores y usuarios.....	10
4.2 Evolución legislativa. Inclusión de la Directiva 93/13 CEE.....	11
4.3 Directiva Europea.....	13
5. Cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario.....	16
6. Cláusulas de vencimiento anticipado.....	22
7. Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017	27
7.1 Marco jurídico.....	27
7.2 Litigio principal.....	30
7.3 Cuestiones prejudiciales y fallo.....	31
8. Derecho comparado.....	34
9. Interpretación jurisprudencial de la STJUE de 26 de enero de 2017	38
10. Conclusiones.....	40
Bibliografía.....	43
Índice de siglas.....	47

Introducción

El objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es el de analizar en profundidad las cláusulas declaradas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario, haciendo especial hincapié en la cláusula de vencimiento anticipado, recientemente estudiada por el TJUE, el cual ha dictado los criterios que han de seguir los jueces de los Estados Miembros para declarar dicha cláusula abusiva (Sentencia TJUE de 26 de Enero de 2017)¹ sentando a mi parecer un precedente que garantiza la mejor defensa de los consumidores pero a la vez desprotege en gran medida a los bancos. A la hora de estudiar dichas cláusulas, siendo un tema socialmente controvertido, analizaré el contexto político y económico así como la evolución de la institución hipotecaria, en la que profundizaré, su influencia en la crisis de 2008 y las consecuencias que esta desencadenó relativas a los préstamos hipotecarios.

La elección de este tema se debe a la indudable importancia que supone para el ámbito del derecho inmobiliario la declaración de nulidad de determinadas cláusulas, dentro de un país que ha sufrido recientemente la mayor crisis inmobiliaria de su historia y que aún se encuentra en recuperación económica.

Así como la importancia a nivel nacional que tienen las decisiones que adoptan los Tribunales de la Unión Europea, que sientan jurisprudencia en todo el territorio comunitario, y el peligro que puede suponer en este caso desproteger de tal manera a los bancos ante determinados impagos.

Analizaré el tratamiento de dichas cláusulas en Francia y Gran Bretaña y las posibles controversias y diferencias en los distintos países con respecto a España. Finalizando el trabajo con un resumen jurisprudencial de la Sentencia en cuestión y las distintas formas en las que los jueces la han interpretado.

¹ Unión Europea. Sentencia del TJUE de 27 de enero de 2017 sobre cláusula de vencimiento anticipado y otras cuestiones. CURIA

1. Evolución de la institución hipotecaria

1.1 Ley Hipotecaria

En 1861 se promulgó la Ley Hipotecaria², en adelante LH, dotando así al sistema español de un registro moderno para la época, con la revolución industrial y el auge del liberalismo económico surgió la necesidad de crear un sistema registral que mostrara públicamente al mercado la titularidad y las cargas de cada bien, protegiendo de esta manera el tráfico jurídico y estableciendo un registro nacional que permitiera documentar el tráfico de inmuebles y a la vez contabilizar el crédito territorial.

Tras varias reformas llegamos a la LH de 1944 y el texto refundido de 1946 que rigen la actualidad estableciendo un sistema registral dotado de fe pública. El derecho real de hipoteca se concibe como el eje del sistema registral español y a su vez como operador necesario y fundamental en el correcto desarrollo del mercado hipotecario y en consecuencia del crédito hipotecario.

En estas últimas reformas se perfeccionó el procedimiento judicial y el procedimiento ejecutivo extrajudicial que derivan necesariamente de la existencia de préstamos hipotecarios, los cuales, en virtud de una entrega dineraria, generan una relación jurídica con la devolución del montante prestado más intereses y gastos como contraprestación y en caso de no cumplirse la obligación principal, la institución bancaria ejecuta la garantía hipotecaria y procede a la subasta del bien que, prácticamente en ningún caso finaliza con una venta justa para el deudor. (Valero, 2013)

1.2 La Hipoteca como derecho

La hipoteca es un derecho real de garantía en virtud del cual quedan gravados los bienes sobre los que recae supeditando la ejecución de la misma al no cumplimiento de una obligación principal, asiduamente pecuniaria. Al ser un derecho real otorga a su titular poder

² España. Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

sobre la cosa con carácter inmediato y oponibilidad <<erga omnes>>, al ser además un derecho indivisible, característica muy importante a la hora de entender las cláusulas establecidas en los préstamos hipotecarios, por su unidad natural, no admite división por lo tanto ante un incumplimiento de la obligación principal, por naturaleza, ha de hacerse efectivo dicho derecho provocando la ejecución del bien establecido como garantía.³

El derecho de hipoteca es un derecho accesorio a una obligación principal, se constituye como garantía de pago de una deuda. El derecho de hipoteca otorga al acreedor, en virtud del carácter real e indivisible del derecho, la posibilidad de embargar y subastar el inmueble sujeto como garantía para así hacer efectivo su derecho, nacido en virtud de una relación jurídica acorde al derecho. (Enciclopedia Jurídica, 2014)

1.3 Influencia de la crisis inmobiliaria en los préstamos hipotecarios

En nuestro sistema, siempre ha sido considerada la garantía real hipotecaria sobre un inmueble como la medida más eficaz para garantizar el cumplimiento de una obligación de carácter dinerario contraída previamente. La entrada en el Euro supuso para el país un crecimiento económico considerable provocado por la afluencia de crédito barato. Las construcciones se multiplicaron y con ello, la constitución de hipotecas, a través de préstamos hipotecarios concedidos por las entidades bancarias. En el año 2006 el precio de la vivienda comienza a sufrir un descenso, la burbuja mobiliaria estalla, disparando los tipos de interés; se produjeron muchos desahucios y ante dicha situación los deudores se vieron obligados a dejar de pagar las cuotas. Los bancos ante los impagos de los deudores ejecutaron las garantías hipotecarias y procedieron a subastar las viviendas; subastas generalmente desiertas que provocaban la venta del inmueble por la mitad de su valor, quedando pendientes de pago el montante restante del préstamo, los intereses de demora y las costas de ejecución. Ésta circunstancia ha atizado a España estos últimos años y los ciudadanos de a pie son los graves damnificados de esta situación. La garantía real hipotecaria puede quedar desvirtuada ante determinadas situaciones y es deber de los que gobiernan garantizar una regulación eficaz y

³ Artículo 1860 del Código Civil, en adelante CC: *“La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.*

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.”

efectiva que proteja los derechos de los consumidores. (Méndez Gutiérrez del Valle, 2014:9-31)

2. Derechos y obligaciones derivadas de la relación jurídica

2.1 Obligaciones del deudor

El artículo 105 de la LH, establece que *[...] podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil.*⁴

El artículo 140 de la LH, como complemento, establece que, pese a lo dispuesto en el artículo mencionado anteriormente, podrá convenirse en la escritura de la hipoteca *[...] que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados*".⁵ En estos casos, en virtud del préstamo hipotecario acordado *"... la responsabilidad del deudor quedará limitada al importe de los bienes hipotecados..."*⁶ (RDL 58/1946 de 8 de Febrero). El deudor quedará, además, obligado a todo aquello que pacte en el contrato de préstamo hipotecario, siempre que las cláusulas que pacte no vulneren el equilibrio entre las partes en cuanto a los derechos y obligaciones dentro de la relación jurídica acordada y no vayan en contra de la ley y el orden público.

2.2 Derechos del acreedor

El acreedor hipotecario es aquella persona física o jurídica que está legítimamente facultado para exigir el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor. Esta obligación surge de un préstamo hipotecario y en caso de no cumplirse dicha obligación, el procedimiento judicial por excelencia para requerir el mismo es la ejecución hipotecaria, en virtud del *ius distraendi*, que es el derecho del acreedor hipotecario que le brinda la posibilidad en caso de vencimiento de la deuda y no habiéndose satisfecho, de vender la cosa recibida en hipoteca.

⁴ Artículo 105 de la LH

⁵ Artículo 140. Párrafo 1º de la LH

⁶, Artículo 140. Párrafo 2º de la LH

Cabe destacar que la propiedad y la posesión del bien hipotecado continúa siendo de aquel que ostentaba dicho derecho en el momento del préstamo hipotecario⁷, es decir, el deudor hipotecario comúnmente. En este caso el banco, solo podrá enajenar el bien en caso de incumplimiento de la obligación⁸; por ello considero que es muy importante tener en cuenta que sobre el bien que se establece en garantía, el banco hasta el momento del incumplimiento no tiene derecho efectivo alguno, por este motivo sopeso que deben existir derechos que salvaguarden al acreedor hipotecario que es base fundamental y necesaria para que exista tráfico económico y jurídico.

Al acreedor hipotecario le son inherentes una serie de derechos que le confieren la posibilidad de conservar su derecho, de transmitirlo y en última instancia hacer valer su derecho real de crédito. La hipoteca le otorga un derecho preferente oponible frente a todos preservando así su posición jurídica. (Selva Gallego, 2015)

En virtud del artículo 115 de la LH para asegurarse percibir los intereses vencidos y no satisfechos, el acreedor tiene la potestad de [...] *exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados*⁹. Y conforme al artículo 117 de la LH el acreedor, ante una disminución del valor o deterioro de la finca podrá rogar al juez de 1º Instancia, del partido en dónde se encuentre adscrita la finca, su preocupación sobre la posible insuficiencia de la hipoteca, y en caso de que dicho temor sea fundamentado y admitido, el juez [...] *dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño*. Y en caso de que el deudor no cesare en su actitud, el juez podrá decretar la administración judicial de la finca o del inmueble hipotecado.(Artículo 117 de la LH).

El artículo 122 de la LH garantiza que la hipoteca *subsistirá íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada*.

⁷ Artículo 1859 del CC: *El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*.

⁸ Artículo 1858 del CC: *...vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*.

⁹ Artículo 115 de la LH.

Este artículo, beneficia en todo caso al acreedor hipotecario, puesto que garantiza la indivisibilidad de la hipoteca, a pesar de que dicho derecho emana de la naturaleza indivisible de la hipoteca.

Esta característica inherente a la hipoteca debe ser especialmente mencionada y recordada en circunstancias en las que ha de llegarse al cumplimiento de las garantías para hacer efectiva la obligación principal previamente contraída, la protección tanto del acreedor, como la del consumidor, que es en este caso el mayor damnificado, debe conllevar una modificación legislativa dado que el carácter indivisible de la hipoteca impide derivar en soluciones no tan perjudiciales para una de las partes.

3. Contratos de adhesión

3.1 Definición

Los contratos de préstamos hipotecarios empleados asiduamente por las entidades bancarias son los denominados contratos de adhesión. Estos contratos se caracterizan porque su clausulado es redactado únicamente por una de las partes, sin necesidad de la intervención de la otra, por lo que la actuación de la parte que no participa se limita exclusivamente a manifestar su voluntad de adherirse o no al contrato y por lo tanto aceptar las estipulaciones establecidas por el primero. Esto quiere decir que la autonomía de la voluntad de esta parte queda limitada a su mínima expresión, que es la aceptación o no del contrato. Por ello el Tribunal Supremo aclara que por motivo de la limitación de la autonomía de la voluntad *se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo*. El Tribunal Supremo, en adelante TS, (STS 3903/2014 de 8 de agosto¹⁰) alude a la validez del contrato pero considera que la autonomía de la voluntad rige respecto del precio y la contraprestación. Es fundamental que el consumidor a la hora de adherirse a un contrato conozca plenamente el precio y la contraprestación correspondiente, en cuyo caso el consumidor ignora por desconocimiento parte del contrato repercutiéndole negativamente generando una desigualdad entre contratantes.

¹⁰ Resolución 464/2014 sobre *condiciones generales abusivas; cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Control de transparencia: caracterización y alcance*

La Sentencia del TS expedida como jurisprudencia por el Consejo General del Poder Judicial, hace referencia a la Sentencia TJUE del 30 de abril de 2014¹¹, haciendo hincapié en la necesidad de que la transparencia de las cláusulas no se de solo gramatical y formalmente, sino también de forma extensiva.

3.2 Función del contrato

La función que cumplen este tipo de contratos es facilitar y agilizar las relaciones en el tráfico jurídico estableciendo de forma estandarizada contratos similares para aquellos adherentes que pretendan contratar. Son contratos que recaen habitualmente sobre bienes o servicios de primera necesidad, como es en este caso la vivienda, y por lo tanto requiere de especial atención por parte del legislador, puesto que debe cerciorarse de que al ser una materia que requiere conocimientos específicos, debe garantizar que la relación jurídica otorgue los mismos derechos a ambas partes. Al ser contratos limitadores de la voluntad de una de las partes contratantes, pueden llegar a producirse abusos envueltos en “Condiciones generales de contratación” y de la protección de estas circunstancias se encarga la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de Defensa de los Consumidores y Usuarios¹². El TS menciona el artículo 10.2 antes de la modificación de dicha ley que establece que *se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éstas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*. Además el artículo 10.1 exige que se cumplan unos requisitos mínimos de formulación de manera que las condiciones generales deben estar redactadas con *concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*(Ley 26/1984, de 19 de julio). Por consiguiente las condiciones generales deben ser perfectamente legibles y comprendidas por una persona de tipo medio. (STS 511/2013, de 13 de noviembre). (Guía Jurídica Wolters Kruwer, 2014).

¹¹ TJUE C-26/13

¹² España. Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

4. Descripción del concepto cláusulas abusivas

4.1 Situación de inferioridad entre consumidores y profesionales

En el mismo sentido, cabe señalar que los contratos de préstamo hipotecario, sobre los que más adelante profundizaré, se caracterizan por ser los supuestos de contrato de adhesión, caracterizados por ser contratos con condiciones generales de contratación, rigiéndose por las previsiones establecidas en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Si bien es cierto que la estipulación de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los negocios jurídicos es una incorporación habitual en contratos generalmente bancarios, todas las sentencias relativas a la determinación de una cláusula abusiva tienen en común la declaración judicial de que existe una situación de inferioridad para con el consumidor respecto del profesional.

En toda relación contractual, desde mi punto de vista, existe una parte que se encuentra en inferioridad respecto del otro contratante (contratos de arrendamiento, contratos de trabajo, contratos de préstamo, en este caso hipotecario). Es decir, en toda relación jurídica una de las partes se encuentra en una situación más ventajosa que la contraria, en todas las situaciones planteadas existen derechos, obligaciones, y leyes que amparan a ambas partes de la relación jurídica. El caso planteado a continuación es similar, haciendo un breve resumen de lo mencionado hasta el momento, considero que la transparencia, claridad y comprensión de las cláusulas establecidas en el contrato es circunstancia determinante, en la misma medida que la buena fe, para determinar la abusividad o no de las cláusulas. Pero, desde mi punto de vista, a la hora de atenernos a la abusividad de las cláusulas, todo se reduce a, salvando lo mencionado, la valoración de la repercusión que puede conllevar una decisión u otra.

Es decir, a mi parecer los tribunales debería tomar en consideración la importancia para el tráfico legal y económico de los bancos y las consecuencias que podría suponer declarar determinadas cláusulas de los contratos abusivas, puesto que la repercusión final desfavorece al consumidor que en última instancia es el individuo que deberá soportar condiciones más exigentes a la hora de solicitar préstamos hipotecarios. Esta situación puede afectar en cierta medida tanto a la economía como a la situación social, que recordemos, es una sociedad que continúa recuperándose de una crisis.

Si bien es cierto, es mi interpretación, por consiguiente emplearé los términos legalmente estipulados para comentar la evolución legislativa que ha sufrido esta materia a lo largo del tiempo y en especial, en el período que comprende la crisis inmobiliaria que supuso un cúmulo de modificaciones en la legislación atendiendo a la necesidad de protección del consumidor.

4.2 Evolución legislativa. Inclusión de la Directiva 93/13 CEE

La norma suprema en España, la Constitución¹³, garantiza en su artículo 51¹⁴ la protección de consumidores y usuarios, pero no es hasta 1984 cuando se decreta la publicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en adelante LGDCU, que establece un régimen de control exhaustivo de cláusulas abusivas. Conforme transcurren los años el uso masivo de los contratos de adhesión se vuelve práctica habitual entre las instituciones financieras que conceden créditos hipotecarios en cantidades masivas, por lo que es necesaria una modificación y reforma de la LGDCU, esta llega en 1998 que incorpora a legislación nacional, la Directiva 93/13 CEE¹⁵, viéndose todos los Estados Miembros, en adelante EEMM, obligados a incluir tal Directiva en sus respectivas regulaciones estatales, acerca de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Para entender como se incluyó la Directiva comunitaria en el derecho Español, hemos de irnos al preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación¹⁶ que dice así:

La presente Ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación...

¹³ España. Constitución española (1978) BOE nº331/1978

¹⁴ Artículo 51 de la Constitución *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procesos eficaces... los legítimos intereses económicos de los mismos.*

¹⁵ Directiva 93/13 CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores

¹⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación

Se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (Ley 7/1998, de 13 de abril).

En virtud de esta Ley, a través de la cual se incorpora a la legislación nacional la Directiva, establece en su capítulo 2, artículo 7 la no incorporación de aquellas condiciones generales en 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*, además de aquellas calificadas como *ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*, reitero, siempre que el adherente no haya tenido participación en la redacción de dichas cláusulas. En virtud del artículo 8 de la presente Ley, se considerarán nulas las condiciones generales de contratación que sean abusivas, entendiendo así aquellas que establece el artículo 10bis de la Ley 26/1984 de la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establece que *se consideraran abusivas todas aquellas estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente y las prácticas no consentidas*, muy importante que sea en contra de las exigencias de la buena fe, *que causen un desequilibrio importante en entre los derechos y las obligaciones de las partes de la relación jurídica.*¹⁷ (Ley 7/1998, de 13 de abril).

La LGDCU garantiza en su artículo 2 la protección tanto de sus intereses económicos como sociales, haciendo especial hincapié en la defensa frente a la inclusión de cláusulas abusivas, y en su artículo, la Directiva, 4 establece que *El carácter abusivo de una cláusula se apreciará 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.*¹⁸ (Ley 26/1984, de 19 de julio).

¹⁷ Párrafo modificado y redactado por la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de protección de consumidores y usuarios

¹⁸ Artículo 4 de Directiva 93/13/CEE

Cuando hablamos de cláusulas de abusividad, como hemos visto a lo largo del trabajo, hacemos referencia a las **condiciones generales de contratación** que las instituciones bancarias emplean a la hora de conceder préstamos hipotecarios. En la LGDCU no aparece definido este término, por consiguiente nos dirigimos a la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores para entender a que nos referimos.

4.3 Directiva Europea:

El artículo 2,3, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establecen que:

En su artículo 2, que *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*. Por consiguiente las cláusulas para poder ser declaradas abusivas deben cumplir en primer lugar las características de predisposición e imposición, esto quiere decir que son cláusulas que le vienen impuestas a los consumidores y que han sido redactadas previamente sin la intervención del mismo.

El segundo elemento es la adherencia al contrato del consumidor, puesto que para declararse abusiva este debe haber sufrido de alguna manera un desequilibrio en sus derechos y obligaciones provocado por la situación de superioridad del empresario siendo esta el tercer elemento configurador.

El artículo 4 está redactado vagamente proporcionando al juez la posibilidad de valorar la situación y todas las circunstancias que rodean a cada caso para determinar así la abusividad o no de las cláusulas, si bien es cierto que dichas cláusulas deberán de estar redactadas de forma clara y comprensible para ser validas.¹⁹(Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril)

El artículo 3 de la Directiva, fue empleado por el Tribunal Europeo para resolver las cuestiones prejudiciales que le plantearon tanto en el caso Pannon, SSTJUE de 4 de

¹⁹ Artículo 4 Directiva: *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 comprensible.*

junio de 2009; como en el caso Constructora, STJUE del 16 de enero, de 2014. (Pérez de Villar Cuesta, 2014)

1. 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.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El artículo 82 del Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias fundamenta y apoya lo establecido en la Directiva Europea en virtud de lo siguiente:

Art.82 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.(RDL 1/2007, de 16 de noviembre) ²⁰

El artículo 84 establece que *En todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:*

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato,*
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.²¹*

²⁰ Artículo 82 del 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

²¹ Artículo 82.4 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre

Tanto la Directiva como la LGDCU establecen unas definiciones similares a la hora de fijar los términos de las cláusulas abusivas y las condiciones generales de contratación, estas modificaciones constantes de la ley se debe al continuo ajuste al que se ve sometida ésta materia, puesto que constantemente conforme se dictan sentencias nacionales y Europeas, el derecho ha de avanzar, sentar jurisprudencia y establecer las mejoras pertinentes derivadas de las vulneraciones que las instituciones financieras puedan cometer, pero siempre atendiendo a la importancia que atañe a la institución hipotecaria dentro del tráfico jurídico y económico. A lo largo de la última década han ido dictándose sentencias que han sentado precedentes a la hora de realizar contrataciones de préstamos bancarios.

Por consiguiente, la conclusión que previamente saco sobre la declaración de abusividad de las cláusulas es que la legislación actual otorga al juez un amplio abanico de posibilidades ateniéndose siempre a los principios judiciales que han de cumplir valorando cada caso concreto. No puede obtenerse un precedente sobre las cláusulas de abusividad, en los contratos de préstamo hipotecario, relativo al vencimiento anticipado sin atenerse a las singularidades que cada caso envuelven y a las apreciaciones de cada juez basándose para calificarlas en los requisitos que deben cumplir las cláusulas en cuestión de acuerdo con la Directiva 93/13CE del Consejo de 5 de abril de 1993. Cabe destacar que por referirnos en todo momento a contratos de adhesión y recalcar la limitada autonomía del consumidor, no quiere decir que todas las cláusulas de estos contratos sean abusivas, lo serán siempre que se den las condiciones aquí mencionadas y la institución financiera haya vulnerado las normas de transparencia referentes a su obligación de informar al consumidor antes de proceder a la firma del contrato.

Hasta el momento todas las consultas sobre cuestiones prejudiciales que se han elevado al Tribunal Europeo han sido contestada estableciendo unas directrices para cada caso concreto, siendo por tanto muy difícil elevar dichas sentencias niveles generales dentro de la declaración o no de abusividad de las cláusulas, debido a que las respuestas se efectúan en un marco muy restringido y concreto, tanto así que resuelven dudas en el ámbito de un litigio. Por lo tanto, lo que queda claro es que el Derecho de la Unión no busca sentar jurisprudencia, sino ayudar a los países comunitarios a establecer unos cimientos y unas directrices entre las

que el juez nacional pueda realizar una interpretación acorde a la legislación comunitaria y nacional. (Centeno Huerta, 2013)

Si bien es cierto que, tanto en la normativa comunitaria como en la estatal, los criterios generales son tales como la buena fe, el perjuicio para con el consumidor, desequilibrio de obligaciones, son conceptos relativamente abstractos que requieren de posterior interpretación y desarrollo. La Directiva fija los conceptos de forma amplia, siendo de especial interés la STJUE de 14 de marzo de 2013²² dónde el Tribunal considera que habrá que atender *las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido* en virtud de *un análisis comparativo* para valorar si el contrato “*deja en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional*. Teniendo que valorar las situaciones de forma abstracta comparando los regímenes legales que encontraríamos con la cláusula incluida por un lado, y siendo inexistente por otro; y así valorar si existe o no desequilibrio. Dicha sentencia trata de cercar los términos de buena fe haciendo al juez nacional revisar *si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo*. (Fernández de Senespleda et al., 2014, 103-104).

5. Cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario

Los contratos de préstamo hipotecario que acuerdan los bancos con los consumidores son contratos en los que el consumidor se adhiere, los denominados contratos en masa, mencionados anteriormente. Los bancos tienen predefinidas una serie de cláusulas, denominadas condiciones generales de contratación, para este tipo de contratos, la inclusión o no de unas u otras varía en función de las características del consumidor así como del crédito financiado, pero la característica fundamental es la adherencia del consumidor sin negociación alguna. Una de las características de dichos contratos es que la declaración de abusividad de una de ellas, solo afecta al contrato en tal punto, es decir, al ser una obligación accesoria el contrato sigue vigente sin la cláusula, entendida por no puesta al ser declarada abusiva. Pero cabe destacar que la declaración de abusividad de determinadas cláusulas

²² Resolución C-415/2011, asunto Mohamed Aziz.

puede llevar a las instituciones financieras al establecimiento de unos criterios nuevos más severos para con los consumidores.

Las cláusulas más frecuentes incorporadas a las escrituras de constitución de hipoteca son las siguientes:

1. Cláusulas relativa a intereses:

- a) Cláusula de interés variable: Este tipo de cláusulas con carácter general, se basan en el establecimiento de un tipo de interés, aplicado al préstamo, de tipo variable en función de unos parámetros de carácter objetivo. Es decir, durante el período de amortización el tipo de interés va a variar conforme lo haga el índice tomado como referencia, indicando el precio del dinero en el mercado en ese momento y en virtud a ese indicador. Tras las discrepancias mantenidas por la doctrina, la resolución de la DGRN de 7 de septiembre de 1988, dispuso la ilicitud de dicha cláusula en todos aquellos casos en los que se dejase al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato. La controversia que genera la cláusula de interés variable podría resolverse estableciendo una unidad monetaria subordinada a una regulación monetaria independiente de las instituciones financieras que pueden establecer el interés aplicando índices de carácter objetivo, como por ejemplo el Euribor. (Castillo, 2016,167)

La realidad aborda, en primer lugar, la fijación del criterio de variabilidad de manera unilateral, en segundo lugar, la fijación acorde al tipo preferencial de otra entidad del mismo grupo, y por último, que se produzca la fijación siendo esta imprecisa.

En el primer caso, la fijación del tipo de interés de forma unilateral no genera una situación de inferioridad con respecto del consumidor. La sustitución unilateral del tipo de interés, se produce en aquellos casos en los que, comenzado un proceso de ejecución, la entidad financiera ejecutante es absorbida produciéndose la cesión del crédito hipotecario. Esta situación en España comenzó a producirse entorno a los años 80. Por ello la modificación del tipo de interés variable motivado por la cesión del crédito puede ser considerada una clausula abusiva, como ocurrió en la STS, Sala 1ª, de 1 de octubre de 2001, considerando la existencia de un riesgo potencial para el consumidor. No siendo así, en aquellos casos en los que el Tribunal aluda a las disposiciones 3 y 4 del artículo 85 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en dónde la

validez y eficacia del contrato queda al arbitrio y a la interpretación acorde al derecho, del profesional, atendiendo siempre a las circunstancias que envuelvan cada caso. Ahora bien, la fijación del criterio de variabilidad vinculado al tipo preferencial de otra entidad del mismo grupo, ha de considerarse abusiva puesto que en virtud de la DGRN de 7 de septiembre de 1988, la entidad está imposibilitada jurídicamente a modificar el tipo de interés, siendo esta práctica contraria al artículo 1256 del CC. Y en el último caso, si la determinación del tipo referencial de interés es imprecisa, deberá siempre aplicarse el principio de *contra stipulatorem*²³ y *favor consumitoris*. (Castillo, 2016, 167-171)

- b) Cláusula de intereses remuneratorios: Los intereses remuneratorios componen los frutos del dinero, su propósito es el de que se conserve la estabilidad entre las contraprestaciones de las partes contractuales, por ello su naturaleza radica en la propia relación contractual. La cláusula que integre dichos intereses, si está redactada de forma clara y transparente, no puede someterse a control judicial. La Ley de 14 de marzo de 1856²⁴ determinó un sistema de fijación del interés remuneratorio que a día de hoy sigue vigente tras las prescripciones establecidas por la Ley de Usura de 23 de julio de 1908. Ni el Código de Comercio, ni el Código Civil limitaron el establecimiento de intereses en los préstamos, por ello se rige por el artículo 1.256 del Código Civil relativo al principio de libertad de pactos. (Castillo, 2016, 173-174) Si bien es cierto, ha sido estudiado y tratado por nuestros tribunales, es necesario que la controversia planteada nazca y encuentre fundamento en el contrato, por ello, el TJUE el 3 de junio de 2010²⁵, declara que los EEMM no están impedidos para mantener y adoptar normas más estrictas que las dispuestas en la Directiva, siempre que justifique tal necesidad en la protección de los consumidores. Esto se produce tras la modificación de la Directiva 13/93CEE, en el artículo 8bis de la Directiva

²³ La interpretación de un contrato con cláusulas ambiguas deberá interpretarse siempre a favor de la parte que no generó la oscuridad en el contrato.

²⁴ Cfr. TOBEÑAS CASTÁN, J., «Derecho Civil Español, Común y Foral», Ed. Reus S.A., 1988, pág. 456.

²⁵ STJU de 3 de junio de 2010. Asunto C-484/2008, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

2011/83/UE, siempre que las medidas que tomen los EEMM no sean contrarios al Tratado.(Castillo, 2016, 174)

- c) Cláusula de intereses moratorios: En primer lugar aclarar que los intereses moratorios, a diferencia de los remuneratorios, no integran el precio del dinero sino que su fundamento es el de sancionar o penar los perjuicios causados por el deudor al acreedor tras incurrir en un retraso de la obligación pactada. Estos intereses se ven apoyados en el Código Civil en el artículo 1.108 que establece que *si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.* Poniendo sin ninguna duda una voluntad legislativa indemnizatoria presente en el artículo 1.152 del Código Civil también. (Castillo, 2016, 179)

El TJUE dicta sentencia el 14 de junio de 2012 de acuerdo a la cuestión prejudicial planteada en la Audiencia Nacional de Barcelona en relación con la interpretación de la Directiva declarando la posibilidad que tiene el juez de interpretar la Directiva en relación con las circunstancias que rodeen a cada caso.(Castillo, 2016, 180). El 14 de marzo de 2013, el TJUE dicta de nuevo sentencia reiterando la doctrina previamente anunciada, pero ésta vez en relación a los préstamos hipotecarios y a la posibilidad de apreciar, o no, el carácter abusivo de los intereses moratorios.²⁶(Castillo, 2016, 181).

Como queda patente, los conflictos que puedan plantearse en esta materia no tienen una solución absoluta para todos los casos, sino que la Comunidad Europea así como los EEMM han percibido la necesidad de regular de forma flexible esta materia para poder así realizar apreciaciones y valoraciones de la situación que se acerquen a la máxima equidad posible para tomar una decisión justa en cada caso concreto.

Existen además dentro de aquellas relativas a intereses, un gran número de cláusulas que en función de las circunstancias que rodeen al contrato, pueden considerarse abusivas o por el contrario entender que no existe desequilibrio alguno, estas cláusulas son: cláusula de

²⁶ TJUE C-618/10

anatocismo, cláusula de variación del tipo de interés en una amortización anticipada, cláusula de cálculo de interés anual y posterior distribución temporal, cláusula de redondeo al alza del tipo de interés...

2. Cláusulas suelo: En virtud de esta cláusula la entidad financiera insta una acotación a la bajada del tipo de interés respecto de los cálculos de entidades independientes (Banco Central Europeo) sometiendo a estos baremos la determinación del tipo de interés variable a aplicar en los contratos de préstamo hipotecario. De esta manera la institución financiera que concede el crédito y que es parte del contrato de préstamo, ve salvaguardados sus intereses ante las posibles bajadas del tipo de interés que pudieran de alguna manera afectarle negativamente. Esta cláusula ha sido objeto de opinión pública y tratada en los tribunales nacionales, llegando a producirse la pronunciación Europea, manifestando hasta cuatro posturas diferentes en los elementos esenciales del contrato. La abusividad o no de dicha cláusula atiende a las circunstancias de cada caso, estableciendo el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que *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 comprensible*. Por lo tanto la falta de transparencia lleva consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor sin posibilidad de realizar una comparación con las ofertas del mercado y sin tener la posibilidad de realizar un análisis de su situación económica tras la vinculación contractual.

El 9 de mayo de 2013 la sala de lo Civil del Tribunal Supremo falló declarando la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores declarando la falta de información suficiente siendo esta un elemento definitorio del objeto del contrato. La estipulación de cláusulas suelo y a la par, cláusulas techo, genera un supuesto teórico en el que tanto el profesional, como el consumidor pueden beneficiarse de situaciones anormales y cambios en los tipos de interés. No más lejos de la realidad, ha quedado patente que este tipo de cláusulas escondían su naturaleza de interés fijo bajo una redacción correcta, pero una aplicación irrealizable, siendo el techo generalmente

no alcanzado en ninguna situación económica común. (STS 9 de mayo de 2013)²⁷. Esta Sentencia genera doctrina, cerrando el proceso que comenzó en 2010 con una demanda presentada por AUSBANC contra varias entidades de crédito.

El 7 de abril de 2016 la jueza del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, declaró la nulidad, por abusividad, de las cláusulas suelo que vinculaba a 15.000 consumidores afectados tras los contratos contraídos con 101 entidades en 2010, convertidas en 40 en el momento del fallo tras los procesos de fusión de muchas de ellas. La asociación ADICAE en representación de los afectados, consigue con dicho fallo la devolución de las cantidades cobradas *indebidamente desde 2013*. Afectando dicha sentencia a entidades financieras muy importantes en nuestro país como Bankia, CaixaBank, Sabadell...²⁸ (SJM nº11 de 7 de abril de 2016).

3. Cláusulas techo: La cláusula techo tiene, por naturaleza, la necesidad existir a la par que la cláusula suelo, es decir se fijan límites superiores e inferiores en el contrato para evitar el posible perjuicio que puede causar la fluctuación de la regulación monetaria escogida (generalmente Euribor). La realidad es que los límites que los bancos fijaban por arriba (techo), el Euribor no ha llegado jamás a alcanzar tales cotas de %. Por lo tanto, dentro de este tipo de cláusulas puede esconderse la abusividad, entendiendo ésta situación como un desequilibrio para con el consumidor, que ve cómo las cláusulas techo y suelo acaban convirtiéndose en una cláusula, al fin y al cabo, de interés fijo, puesto que solo se tiene en consideración en la práctica el tipo de interés mínimo establecido.

4. Dación en pago: En nuestra legislación la dación en pago conlleva la cancelación de la deuda hipotecaria pendiente en caso de que se entregue la vivienda o en inmueble puesto en garantía. El Juzgado nº 10 de Barcelona²⁹ falló en 2016, admitiendo, por primera vez, la anulación de la hipoteca al entregar la vivienda. El artículo 1911 del Código

²⁷ Sentencia Nº: 241/2013 referida a las cláusulas suelo en hipotecas

²⁸ Procedimiento núm. 471/2010.

²⁹ Procedimiento Juicio Ordinario 732/2015

Civil reconoce la responsabilidad patrimonial universal por lo que, a *priori*, no tendría cabida la dación en pago, pero el artículo 140 de la LH establece la posibilidad del acuerdo entre las partes para establecer la dación en pago, mientras que en este caso llega de la mano de la vía judicial, interpretando el Magistrado, en virtud del artículo 3 de la Directiva 13/93/CEE, que el banco no cumplió con el principio de buena fe. (Gil, 2017)

5. Vencimiento anticipado: El contrato de préstamo con garantía hipotecaria incluye entre sus cláusulas de forma general la estipulación de un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, al igual que buena parte de los negocios jurídicos recurren a dicha cláusula. La jurisprudencia ha venido considerando la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado entre el consumidor y la entidad financiera como consecuencia del préstamo contraído, encontrándose su fundamento en el principio de autonomía privada, siempre que se establezca como consecuencia del incumplimiento de una obligación de carácter relevante. Esto lo dicta el Tribunal Supremo³⁰ para evitar la posibilidad de que se produzca un desequilibrio que proporcione a la entidad la posibilidad de unilateralmente imponer las condiciones que suponen el incumplimiento de la obligación.³¹

6. Cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios

Dentro de las cláusulas que pueden considerarse abusivas, centraré mi trabajo de investigación en las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario, su reciente tratamiento por el TJUE, así como la evolución de la LH, la LGDCU, debido a la aprobación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la constante jurisprudencia que se ha ido dictando en todo el período que transcurre desde la aprobación de la Directiva hasta la actualidad, analizando la importancia de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con

³⁰ STS, Sala 1ª, de 16 de diciembre de 2009

³¹ La Sentencia mencionada anteriormente, se basa en la doctrina declarada por la Sentencia del TS de 4 de junio de 2008. STS 2599/2008

los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Las cláusulas de vencimiento anticipado, reitero, son cláusulas habitualmente incluidas en los contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria y supeditan la aplicación de la misma al cumplimiento de la obligación contractual y los intereses pactados en el plazo establecido, permitiendo a la entidad contratante, en caso de no cumplirse el plazo y, de forma unilateral, dar por concluido el contrato y en virtud de la legislación actual, proceder a los procedimientos de subasta para hacer efectiva la obligación.

El plazo para devolver el capital y los intereses pactados, en España, es frecuente que se pacte la devolución fraccionada del capital y los intereses, siendo estos montantes cuotas.

Existen formas diversas de perder el derecho al plazo pactado, el artículo 1.129 del CC tasa los supuestos en los que un consumidor puede perder tal derecho, los supuestos son: *i) Cuando resulte insolvente, ii) Cuando no otorgue o disminuya la garantía, iii) Cuando desaparezca por caso fortuito*. Estos son los principios tasados legalmente, pero las partes en sus contratos, y en este caso la institución bancaria en virtud de las condiciones generales de contratación, tienen la posibilidad de establecer cuantas otras estimen pertinentes por el *principium libertatis contractuum*³².

Es por tanto una práctica habitualmente empleada pactar el vencimiento anticipado en determinadas circunstancias relativas a la solvencia del prestatario, el impago de las cuotas etc..

Los contratos de adhesión de la entidad financiera establece de forma generalizada el vencimiento anticipado del préstamo siempre que se produzcan determinadas causas, entre otras:

- a) Impago de uno o más plazos o cuotas del préstamo
- b) Arriendo de la finca
- c) Declaración de concurso, disminución de solvencia y embargo de bienes

³² Principio de libertad contractual.

d) Incendio de la finca o deterioro de ¼ parte del valor de la finca

Como expliqué anteriormente, la legislación permite que las partes pacten este tipo de cláusulas, pero reviste especial importancia prestar atención a este tipo de supuestos por el carácter unilateral del contrato de adhesión y la posibilidad de que en los mismos existan cláusulas que desequilibren los derechos y obligaciones de las partes y sean por tanto abusivas. Por este motivo el vencimiento anticipado es una de las cláusulas que ha sido estudiada y sobre la que el TJUE se ha pronunciado.

En función de cada caso, ateniéndose el banco a las cláusulas estipuladas en cada contrato y teniendo en cuenta el tipo de incumplimiento se determinará o no el vencimiento anticipado.

En primer lugar puede producirse un incumplimiento genérico. La jurisprudencia ha determinado que cabe el vencimiento anticipado ante incumplimientos de especial relevancia, fundamentando la aplicación de dicha cláusula siempre que *se apoye en una causa justa y objetiva- verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, siempre que aparezca expresamente en el contrato y tenga entidad suficiente como para fundamentar tan graves consecuencias*³³. (Castillo Martínez, 2016, 249).

Generalmente la cuantía que se acuerda en el contrato de préstamo hipotecario lleva al consumidor a tener que prolongar el pago de las cuotas y los intereses en un periodo temporal largo, teniendo el banco que asumir el riesgo de impago a lo largo del espacio temporal que se fijó en la firma del contrato, este es uno de los motivos por los que el banco trata de salvaguardarse ante el impago de las cuotas mensuales acordadas. Ahora bien no es posible dejar únicamente al arbitrio del banco la decisión del número de cuotas o % del montante total a partir del cual ha de efectuarse la cláusula y vencer anticipadamente el contrato. Por este motivo la LH y la LEC establecen los criterios que han de producirse para efectivamente, de acuerdo a los principios de buena fe, vencer anticipadamente el contrato. El artículo 693 de la LEC otorga al prestamista la posibilidad de hacer efectiva esta cláusula siempre que el prestatario incurra en el incumplimiento de abono de mínimo 3 cuotas, siendo equiparable

³³ SSTs de 4 de junio de 2008 (Cendoj ROJ: STS 2599/2008), de 16 de diciembre de 2009 (Cendoj ROJ: STS 8466/2009) y de 17 de febrero de 2011 (Cendoj ROJ: STS 515/2011)

según la ley al impago durante 3 meses. El artículo dota al prestatario de la posibilidad de liberar el bien si este fuere la vivienda habitual siempre que se consigne lo acordado.³⁴

Por consiguiente el impago de 3 cuotas justifica la ejecución de la garantía hipotecada entendiéndolo el prestamista la dificultad existente de cumplimiento del contrato. Desde mi punto de vista, el juez se encuentra en una situación jurídicamente complicada puesto que ha de velar por los intereses de ambas partes, teniendo que valorar las consecuencias que su decisión puede generar tanto entre los prestamistas y los prestatarios, en el caso analizado entre la institución financiera y el consumidor perjudicado, y las consecuencias que pudiera tener su fallo para con el resto de relaciones entre dichas instituciones y sus clientes. Es decir, un fallo favorable hacia el consumidor puede generar un cambio en el modelo de préstamo hipotecario de la entidad financiera con sus futuros clientes, estableciendo tipos de interés más altos, menor número de cuotas y mayor número de montante en cada cuota, criterios estrictos a la hora de conceder préstamos, generando un descenso de la concesión de crédito, repercutiendo tanto en el mercado inmobiliario, como en el laboral, como en muchos ámbitos en los que los consumidores podrían verse a la larga más perjudicados.

La STS de 16 de diciembre de 2009³⁵ establece que el acreedor no podrá imponer al deudor el compromiso de no arrendar finca hipotecada, siendo además inválida y no inscribible. Ahora bien antes de la Ley 4/2013, de 4 de junio, *de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, de acuerdo a la redacción del artículo 13 Ley de Arrendamientos Urbanos, en adelante LAU, el arrendatario tenía el derecho de permanecer en la vivienda hasta 5 años incluso en el caso de que se produzca la enajenación forzosa. Tras la Ley 4/2013 la resolución del derecho del arrendador por enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria extinguirá el arrendamiento, siempre que no haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a la resolución que determina el derecho del

³⁴ Artículo 693.3 “*En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comuniqué al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*”

³⁵ Sentencia nº 792/2009

arrendador, únicamente ante esta circunstancia permanecerá el arrendamiento hasta el plazo fijado. (Fernández de Senespleda et al., 2014, 116-117).

Ahora bien, el artículo 1129.1º CC establece como supuesto legal de vencimiento anticipado la situación de insolvencia del consumidor. Aquella cláusula que recoja dicha previsión no podrá ser tachada de abusiva. Ahora bien las instituciones financieras prevén una interpretación distinta de dicho artículo, estableciendo conceptos como la *disminución de la solvencia del deudor por cualquier causa, o por el embargo de bienes*. Este tipo de cláusulas suponen la auto atribución por parte de la entidad de la facultad discrecional de resolución del contrato de forma unilateral. El Tribunal Supremo considera estas acepciones desproporcionadas y así lo declara en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 argumentando que el banco no tiene la posibilidad de emplear la facultad contractual resolutoria ante cualquier incidencia negativa en el patrimonio del contratante, bien sea eventual o efectiva, suponiendo dicha cláusula un desequilibrio manifiesto. (Fernández de Senespleda et al., 2014, 118)

La STS de 16 de diciembre de 2009 consideró no inscribibles aquellas cláusulas de vencimiento anticipado por impago de otro tipo de obligaciones que nada tienen que ver con el contrato de préstamo hipotecario, debido a la característica subjetiva de insolvencia apreciada. (Fernández de Senespleda et al., 2014, 118).

En caso de embargo de la finca hipotecada, según la doctrina, la posición que ostenta el acreedor no queda perjudicada por un embargo o la concurrencia de otros acreedores debido a la naturaleza de la hipoteca, los acreedores hipotecarios son preferentes. Por este motivo la inclusión de dicha causa para declarar el vencimiento anticipado, vulnera los artículos 131 y 133 de la LH y el 1129. 1º CC debido a que no se ve menoscabada la garantía real y la preferencia de la hipoteca. (Fernández de Senespleda et al., 2014, 119).

7. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017

El asunto planteado³⁶ que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, conforme al artículo 267³⁷ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santander, mediante Auto de 10 de septiembre de 2014 en el procedimiento entre Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García, en adelante B.P. y J.G.

La sentencia versa sobre la petición de decisión prejudicial que tiene por designio la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores , en el contexto de un litigio entre B.P. y J.G. en relación con la ejecución del inmueble del último, sobre el que constituyó una hipoteca como garantía de un préstamo concedido por B.P.

La sentencia dispone el marco jurídico, en relación al caso planteado, dividiendo el Derecho de la Unión aplicable, del derecho español aplicable. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14:1)

7.1 Marco jurídico

Derecho de la Unión

- Con arreglo a la Directiva, el Tribunal, alude a las disposiciones decimosexta³⁸ y vigésima cuarta³⁹ de la Directiva los cuales hacen mención al requisito comentado anteriormente sobre las exigencias de buena fe y a la obligación de los tribunales y autoridades nacionales de poner fin al uso de cláusulas abusivas.

³⁶ C-421/14

³⁷ “ El Tribunal será competente para pronunciarse con carácter prejudicial: sobre la interpretación de Tratados;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.”

³⁸ considerando [...] que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta;

³⁹ [...] Considerando que los órganos judiciales y autoridades deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

- El artículo 1 de la Directiva alude al propósito de la misma de acercar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los EEMM sobre esta materia, es decir, la Directiva cumple una función de armonización del derecho comunitario.
- El artículo 3, incluido en el marco jurídico, define las cláusulas abusivas como aquellas [...] *que no se hayan negociado individualmente* es decir, que haya sido redactada por el profesional sin que el consumidor haya influido más que con la aceptación, siempre que sean *contrarias a las exigencias de buena fe, causen detrimento del consumidor o un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones*.

Estas tres características, aparecidas anteriormente a lo largo del trabajo, son fundamentales a la hora de declarar una cláusula abusiva.

La Directiva dicta someramente las características para la declaración de abusividad, pero con términos que dejan al arbitrio del juez nacional la decisión discrecional. La Directiva tiene la finalidad no de establecer taxativamente los criterios de abusividad, sino de dictar las pautas que posteriormente los jueces de los EEMM deben emplear para un uso adecuado del derecho, siendo así, además, más sencilla la trasposición de la Directiva a cada legislación nacional.

- El artículo 4, incluido dentro del marco jurídico de Derecho de la Unión, tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes objetos del contrato, haciendo el artículo hincapié en [...] *todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*. En este caso apreciamos como la Directiva garantiza al consumidor que la decisión tendrá en cuenta tanto el contrato de préstamo, como aquellos de los que sea dependiente. Mientras que al acreedor no se le permite considerar las circunstancias que rodeen a otros contratos del consumidor para ejercer el vencimiento anticipado. Este artículo además en su segundo apartado, hace referencia a la accesoriedad de las cláusulas, estableciendo que *el carácter abusivo no se referirá a la definición del objeto principal ni a la adecuación entre precio y retribución*[...]. Este apartado permite a los bancos de alguna manera jugar con cláusulas oscuras puesto que no afectan al contrato, según el artículo 6.1, incluido en el marco jurídico de la sentencia,

establece que pese a la existencia de cláusulas abusivas en el contrato, *no vincularán al consumidor [...] dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos*, siempre que puedan *subsistir sin las cláusulas abusivas*. El legislador europeo en todo momento, a la hora de redactar la Directiva, evita el término “nulidad” o “nulidad de pleno derecho”, y emplea el término “no vincularán”, esto quiere decir que los jueces nacionales no tienen la potestad de establecer modificaciones sobre las consecuencias de las cláusulas puesto que al interpretar la abusividad de la clausula impide desplegar todos sus efectos y, además, han de eliminarse los efectos que la misma haya desplegado sobre el consumidor. (Alfaro,2017).

- El artículo 7 es el último del Derecho de la Unión incluido, en el que la Comunidad Europea ruega a los EEMM que velen *en interés de los consumidores, porque existan medios adecuados y eficaces para que cese e uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y usuarios*. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14: 2)

Derecho español

- Tras las modificaciones pertinentes de la Ley 1/2000⁴⁰, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC, el Tribunal incluye en el marco jurídico de derecho español el artículo 695 de la LEC, este artículo hace referencia a, una vez iniciado el proceso de ejecución promovido por la decisión del banco de llevar a cabo el vencimiento anticipado, podrá admitirse oposición al procedimiento de ejecución de los bienes hipotecados cuando se fundamente la misma en *el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución que hubiese determinado la cantidad exigible, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes*, desde el momento en el que entró en vigor dicha Ley.

⁴⁰ Reformas: Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para proteger a los deudores hipotecarios; Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y fomento de la investigación y el desarrollo.(BOE N° 155, 29 junio de 2013, p. 48767); Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. (BOE n° 217, de 6 de septiembre de 2014, p.69767)

- En virtud del artículo 557 de la LEC, también incluido, podrá J.G. oponerse a la ejecución fundada en títulos no judiciales siempre que *“el título contenga cláusulas abusivas”*⁴¹
- El Tribunal incluye también, un artículo mencionado anteriormente, el 693.2 de la LEC, referido a la posibilidad de reclamar la totalidad del adeudo, es decir, aplicar el vencimiento anticipado, en caso de falta de pago de, *al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor obligación de pago [...] que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses.*
- Para concluir, a tenor de la disposición transitoria cuarta e la Ley 1/2013 será de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.
- Por último el artículo 136 y 207.3-4 de la LEC hacen mención a la preclusión⁴² y el efecto de cosa juzgada⁴³. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14:3)

7.2 Litigio principal

El 12 de junio de 2008, B.P. concedió a J.G. un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda del último. Dicho préstamo se acordó por un plazo de 47 años, debiendo devolverse de forma fraccionada en 564 cuotas mensuales. Como consecuencia del impago de 7 mensualidades y aplicación de la cláusula *6bis* se declaró el vencimiento anticipado del contrato de préstamo y, el 23 de marzo de 2010, B.P. reclamó el pago de la totalidad del capital pendiente de devolución, además de intereses (ordinarios y moratorios), costas y gastos. Dando curso a la reclamación, no habiendo podido J.G. hacer frente a la misma, se procedió a la venta en pública subasta del bien constituido en garantía. El 11 de enero de 2011 tuvo lugar la subasta, la cual se declaró desierta⁴⁴. En consecuencia, mediante decreto de adjudicación de 21 de marzo de 2011, el órgano competente adjudicó el bien a B.P. por una suma que representaba el 50% de la tasación. El 6 de abril B.P. solicita la entrada en posesión del bien, que se ve interrumpida por tres incidentes sucesivos, entre los cuales figura

⁴¹ Artículo 557.1, 7ª)

⁴² Efecto del transcurso de los plazos y por tanto de la ineficacia de los actos correspondientes

⁴³ Efecto producido por una resolución firme que impide entablar un proceso sobre objeto idéntico al mencionado

⁴⁴ La subasta desierta es aquella a la que no acude ningún postor

el que concluyó con pronunciamiento de auto de 12 de junio de 2013 por el que se considera abusiva la cláusula 6 del contrato de préstamo. La adopción del auto 8 de abril de 2014 puso fin a la suspensión del procedimiento de lanzamiento. (STJUE,2017,5).

El 11 de junio de 2014, J.G. formula ante el órgano remitente un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución del bien hipotecado, invocando el carácter abusivo de la cláusula 6 del contrato. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14: 4-5)

Ante dicha oposición, el 16 de junio de 2014 mediante auto, el órgano remitente suspende el procedimiento de lanzamiento y pone de manifiesto la existencia de dudas respecto del carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato :

- La cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios, y
- La cláusula *6bis* relativa al vencimiento anticipado, en virtud de la cual B.P. tiene la potestad de exigir la devolución del capital, intereses, costas y gastos, cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal.

Desde mi punto de vista, muy importante considerar dentro de la redacción de la cláusula el término *cuando se produzca la falta de pago [...] de cualquier cantidad adeudada* puesto que la redacción, así como la claridad y transparencia son factores determinantes de la existencia, o no, de abusividad.

7.3 Cuestiones prejudiciales y fallo

El Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santander decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales, dentro de las que analizaremos aquellas que atañen al trabajo y la resolución del Tribunal respecto a dichas cuestiones, puesto que este último *considera admisible la petición de decisión prejudicial* (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14:6):

1º Si la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no es posible que constituya obstáculo a la protección del consumidor. 2º Y por lo tanto, la

posibilidad que tiene el consumidor de denunciar, de conformidad con los artículos 6.1⁴⁵ y 7.1⁴⁶ de la Directiva la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto en la norma nacional para hacer interponer dicha denuncia.

El Tribunal expone que, la cuestión sobre si los artículo 6 y 7 de la Directiva 93/13 se oponen a la norma nacional, Ley 1/2013, ya fue examinada por el Tribunal de Justicia, fallando en sentido afirmativo, en la sentencia del 29 de octubre de 2015, BBVA⁴⁷. Es decir, considera que, pese a que J.G. formuló oposición un año después de que expirara, este plazo *no permite garantizar que tales consumidores puedan aprovechar plenamente ese plazo y ejercitar sus derechos*. (STJUE C-421/14; 8, 37). Por lo tanto sienta doctrina en aquellos casos en los que, frente a una ejecución hipotecaria forzosa, se presente oposición en base a la existencia de cláusulas abusivas independientemente del plazo preclusivo de un mes considerado insuficiente para el ejercicio efectivo del derecho del consumidor. ((STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14: 8-10)

3º Si, a fin de garantizar la protección de los consumidores, de conformidad con los artículos mencionados en la cuestión prejudicial segunda, el Juez nacional debe apreciar de oficio la existencia de una clausula abusiva, extrayendo las consecuencias procedentes, aunque se haya resuelto en sentido contrario o se haya declinado dicha apreciación en resolución firme.

Por un lado expone que el sistema de protección del consumidor se basa en la idea de que el consumidor se haya en situación de inferioridad respecto del profesional tanto a nivel de negociación como a nivel de información (STJUE C-421/14, apartado 40) y que el artículo 6 de la Directiva es una *disposición imperativa* que pretende reemplazar el equilibrio formal por un equilibrio real para reestablecer la igualdad entre las partes y reitera que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo y subsanar el desequilibrio *tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello* (STJUE C-

⁴⁵ Artículo 6.1: [...]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.

⁴⁶ Artículo 7.1: [...]en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

⁴⁷ Procedimiento (C-8/14, eu:c:2015:731)

421/14, apartado 41). Por el contrario, recuerda la importancia que tiene el principio de cosa juzgada, tanto en el Derecho de la Unión como en el nacional, para garantizar la estabilidad del Derecho (STSJUE C-421/14, apartado 46). A esta cuestión, el Tribunal explica que el artículo 207 de la LEC es compatible con el derecho de la Unión, y que por lo tanto el juez nacional no realizará un nuevo examen cuando ya exista una resolución con fuerza de cosa juzgada sobre la legalidad de las cláusulas a menos que, dice el Tribunal, *existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial [...] la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, cumpliendo lo exigido [...] está obligado a apreciar, [...], el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.*

6º Interpretación del artículo 693.2 de la LEC en el sentido de que no puede suponer obstáculo para la protección del consumidor.

El Tribunal estipula que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que *se opone* a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado, motivando su respuesta en primer lugar en que la cláusula *6bis*, en virtud de la cual el acreedor puede *declarar el vencimiento anticipado [...] en caso de que se produzca la falta de pago de cualquier cantidad*, no refleja lo establecido por el artículo 693.2 de la LEC, aduciendo que las partes *manifestaron su voluntad de no limitar las causas de vencimiento anticipado a las previstas por la ley*. Considerando entonces que la cláusula *6bis* se entiende impuesta en el ámbito de la Directiva y por lo tanto, el juez nacional tiene la obligación de apreciar de oficio *su eventual carácter abusivo*. Dicho esto, en virtud del artículo 6 de la Directiva el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación *únicamente la cláusula contractual abusiva* evitando que surta efectos vinculantes, por lo que el contrato en cuestión debe persistir siempre que sea jurídicamente posible⁴⁸.

Además aclara que la declaración de nulidad no depende de si la entidad a la hora de aplicar la cláusula espera a hacer efectiva la norma de Derecho nacional, sino que

⁴⁸ Sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)

independientemente de que la haya empleado o no, su abusividad ha de quedar fuera del contrato y sin efecto alguno. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14:13)

7º Y por último si de conformidad con la Directiva 93/13, en concreto con los artículos mencionados anteriormente, de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecia la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado, debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias inherentes incluso cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

El Tribunal considera que el artículo 3 y 4 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que el examen del carácter abusivo de una cláusula determinada si ésta causa en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* entre los derechos y obligaciones de las partes, debiendo tener en consideración el juez la norma nacional en caso de que no concorra acuerdo entre las partes, los medios de los que dispone el consumidor para que cese el uso de estas cláusulas y la naturaleza de los bienes objetos del contrato.

Por lo que al vencimiento anticipado se refiere, el Tribunal estipula que, el juez nacional debe examinar:

- Si la facultad que se le concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista *carácter esencial* en el marco de la relación contractual de que se trate.
- Si dicha facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter *suficientemente grave* en relación con la duración y la cuantía del préstamo
- Si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en materia
- Y por último si el Derecho Nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan así al consumidor poner fin a los efectos del vencimiento anticipado. (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14: 14-15)

8. Derecho comparado

Los contratos de adhesión, término nacido en Francia a principios del siglo XX y adoptado más tarde por Estados Unidos, en los que se encuentran implícitas las condiciones generales de contratación, no son un fenómeno que se produce exclusivamente en España, sino que

muchos otros países han tenido que avanzar y desarrollar leyes que protegieran a los consumidores cada vez más, para evitar el desequilibrio que puede generarse entre el profesional y el consumidor, llegando Francia a regular los desequilibrios que pudieran producirse en contratos entre empresarios, introduciendo una ley en 2008 sobre la posibilidad de que existieran entre ellos situaciones de debilidad⁴⁹. Las cláusulas abusivas, conceptos a la orden del día en nuestro país, han generado mucha controversia en el ámbito de la contratación de préstamos hipotecarios. España se ha visto obligada a modificar continuamente la ley para mejorar la protección al consumidor. Todos los países durante los últimos 50 años han tenido la obligación de salvaguardar los intereses de los consumidores, no todos han adoptado las mismas medidas, ni han avanzado en el mismo período de tiempo. Si bien es cierto que tanto en Estados Unidos como en muchos de los EEMM de Europa existe un control exhaustivo para defender y salvaguardar la relación de igualdad contractual entre las partes contratantes, aún más siendo una de ellas profesional. (Gual Acosta, 2009,16).

En Estados Unidos la protección al consumidor llegó con la expedición del Código Uniforme de Comercio (UCC) en el año 1962. En este “código” se adopta el término de contrato de adhesión como una forma de contratación, mostrando así su interés por delimitar los desequilibrios entre consumidores y profesionales.

El código fue redactado por la Conferencia Nacional de Comisionado sobre Leyes Estatales Uniformes. Todos los Estados tienen como facultad la posibilidad de decretar sus propias normas, pero es conveniente que en materias que vinculan a todos los Estados exista una regulación relativamente uniforme. El Código mencionado tuvo esa voluntad, muchos de los Estados lo adoptaron íntegramente, y otros realizaron modificaciones adecuándolo a sus propios códigos de comercio. Esto se debe a que en el caso de los préstamos hipotecarios, la regulación de Estados en dicha materia puede ser distinta, en algunos Estados el banco, en caso de impago puede llegar a tomar la vivienda por dación en pago, y en otros Estados mediante ejecución hipotecaria.

⁴⁹ (Ghestin, 1998, pp. 3-14; Paisant, 1998, p. 23).

Lo que quedó patente tras la promulgación del UCC y el transcurso de los años, es que gracias a ella y a la *Common Law*, los jueces de los Estados llegan a anular aquellas cláusulas que consideran abusivas. (Gual Acosta, 2009, 16).

El sistema anglosajón rápidamente, al igual que muchos países europeos, comenzó a regular los contratos entre consumidores y profesionales, decretando en 1961 la *Consumer Protection Act*, modificándose posteriormente en 1971. Se sucedieron varias normas hasta expedir, en 1977, la *Unfair Contracts Term Act* (en adelante *UCTA*), que unificó todas las normas de protección al consumidor y además estableció como protección para con el consumidor la declaración de abusividad de aquellas cláusulas que fueran consideradas irracionales. En 1994 se expidió la *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations* (en adelante *UTCCR*) para adoptar la Directiva CE 13/93 y en 1999, se traspuso directamente la Directiva. La *UTCCR* hizo referencia a la abusividad de las cláusulas no negociadas entre profesionales y consumidores siempre que se produjera un desequilibrio normativo en detrimento del consumidor y fuera contrario a la buena fe. Las leyes de 1977 y 1999 se superpusieron por ello en 2005 se llevó a cabo un proyecto de reforma legislativa para proteger en mayor medida al pequeño y mediano empresario, carente de defensa en las leyes mencionadas. (Gual Acosta, 2009, 17-22)

En Francia, fue en 1972 cuando, en virtud de una ley de venta a domicilio, comenzó a desarrollarse el cuerpo normativo relativo a la protección del consumidor. En 1978 fue el año en el que se decretaron las *Leyes Scrivener*⁵⁰, estas sufrieron una modificación en 1995 a través de la *Ley 96*⁵¹. Tres años más tarde se incorpora la Directiva CE 13/93, a día de hoy todas las leyes mencionadas y las expedidas entre 1998 hasta actualmente para la defensa del consumidor quedan recogidas en el Código de Consumo de 1993 o en la Ley 949⁵².

Por norma general, tanto en Italia, Alemania, como Francia los criterios que se tienen en cuenta para determinar la abusividad o no de las cláusulas son: la buena fe y el desequilibrio

⁵⁰ Cuerpo normativo sobre crédito al consumo y cláusulas abusivas.

⁵¹ Una cláusulas abusiva no es ilícita, ya que la ley no prohíbe su acuerdo. Esta ley otorga al juez, bajo unos parámetros generales, la determinación de abusividad de las cláusulas atendiendo a cada circunstancia.

⁵² Ley relativa a la parte legislativa del Código del Consumidor.

normativo entre profesional y consumidor, quedando este último término a la discrecionalidad de cada juez, en cada caso. (Roppo&Napolitano, 1994, Vol VII, 2-3).

Francia, es uno de los países que más regulación normativa ha expedido para proteger a sus consumidores, llegando al punto de, en aquellos contratos de adhesión entre profesionales, proteger a aquel profesional que se encuentre por su condición en una situación de inferioridad respecto del otro profesional, quedando recogida dicha protección del profesional débil en la Ley 776 de 2008⁵³. Francia transpone directamente el artículo 4.2 de la Directiva:

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 comprensible.

Por lo que considera que la apreciación de abusividad se estudiará sobre lo “accidental, natural y subsidiario”. Siendo estos términos, a mi parecer, bastante abstractos y discrecionales.(Gual Acosta, 2009, 18)

Muchos países comenzaron tratando la problemática de las cláusulas abusivas mediante listas que establecieran y tasaran los supuestos en los que se encontraba ante una cláusula abusiva y aquellos casos en los que no, Francia en la Ley 776 contaba con un listado blanco que fue modificado mediante un Decreto en 2009 que establecía dos listas, la primera de ellas, denominada negra, establecía los supuestos que se entendían como abusivos y quedaban totalmente prohibidos; y la segunda de ellas, denominada gris, elaboraba una lista sobre presunciones de hecho de abusividad a tener en cuenta por los jueces. (Gual Acosta, 2009, 26).

Existe además, una Comisión de Cláusulas Abusivas, formada por expertos, funcionarios y jueces que analizan y determinan las situaciones de abusividad y posteriormente las remiten al Consejo de Estado y este las prohíbe. (Gual Acosta, 2009, 30).

⁵³ Ley de modernización de la economía

Por lo tanto, podemos afirmar, que la protección del consumidor pasa por regular las cláusulas abusivas para que no exista en los contratos de adhesión desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Muchos países están concienciados del continuo avance y la proliferación de este tipo de contratos en cada vez más servicios, y España es uno de esos países que más atención está prestando en los contratos de adhesión característicos de préstamos hipotecarios. Atañe a todos los países establecer una regulación acorde a las coyunturas económicas, sociales y políticas de los mismos a la hora de determinar la abusividad o no de las cláusulas, pues no todas pueden ser entendidas de forma genérica sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso.

9. Interpretación jurisprudencial de la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017

Dentro de las Sentencias que encontramos desde que el TJUE falló estableciendo los criterios que debían tener en consideración los jueces de los EEMM, encontramos en nuestros Tribunales, consideraciones dispares a la hora de emplear de forma jurisprudencial dicho fallo. Podemos distinguir a grandes rasgos dos interpretaciones de la misma.

La primera de ellas podemos apreciarla en la siguiente resolución:

1. La Sección 4ª de la AP de Barcelona declara no haber lugar al recurso de apelación frente al Auto de instancia. AUTO N° 93/2017.

La resolución impugnada dice así: *ACUERDO: DECLARAR NULA POR CUANTO ABUSIVA LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO contenida en la SEXTA BIS del contrato celebrado por las partes en fecha 28/2/2001.Y ACUERDO EL SOBRESIMIENTO DE LA PRESENTE EJECUCIÓN.* El Tribunal se basa en la Sentencia del TJUE para interpretar la Directiva, artículo 3.1 y 4.1, y para declarar la oposición entre la norma de la Unión y el artículo 693.2 de la LEC. Y desestima el recurso que presenta el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria produciéndose la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, que no del contrato, debido a la oposición a la ejecución, y se produce el sobreseimiento del proceso.

Los preceptos que emplea la AP de Barcelona son los que versan del punto 68 al punto 74 de la Sentencia de 26 de enero de 2017, que corresponde con la respuesta que otorga el TJUE en relación a las cuestiones prejudiciales que hacen mención a la apreciación por parte del juez, *de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad*, de la existencia de cláusulas abusivas, debiendo tenerla por no puesta.

Esta interpretación de la Sentencia supone favorable al consumidor, y garantiza que el juez nacional interpretará el Derecho de la Unión para favorecer al consumidor y tratar de reestablecer el equilibrio de derechos y obligaciones entre ambos, que se ve menoscabado por el carácter eventual de determinadas cláusulas abusivas. El derecho de la Unión a través de la Directiva, pretende otorgar a los jueces de los Estados una regulación laxa que les permite interpretar la abusividad de las cláusulas ateniéndose siempre a las consecuencias que rodean a cada caso en concreto.

2. La Sección 9ª de la AP de Valencia declara la estimación del recurso de apelación interpuesto por Bankia contra el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia de fecha 22 de octubre de 2015 dictado en la Ejecución Hipotecaria 179/2012, revocando la resolución y acordando la continuación del procedimiento de ejecución.

La AP apoyándose en los apartados 45-50 de la Sentencia del TJUE aboga por la importancia del principio de cosa juzgada para mantener y garantizar la estabilidad del Derecho, por ello no cabe la impugnación de las resoluciones judiciales que hayan adquirido fuerza de cosa juzgada tras haber agotado los plazos legalmente estipulados, habiendo en consideración que el plazo de preclusión en esta Sentencia si es relevante puesto que el procedimiento es anterior a la LEC y por lo tanto no es interpretable el mes estipulado como plazo.

La Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 26 de enero de 2017 continua en la línea que viene siguiendo el TJUE a la hora de tratar posibles situaciones de desequilibrio en el marco de las relaciones entre profesionales y consumidores y dicta una vez más doctrina cercandocada vez más, los criterios y los parámetros a tener en cuenta para mantener el equilibrio entre derechos y obligaciones entre las partes de los contratos. El caso

Aziz abrió la posibilidad de que la norma nacional fuera contraria a la normativa Europea y esto ha llevado a España y a los Juzgados nacionales a un estudio exhaustivo de la Ley, para en primer lugar integrar el Derecho de la Unión en nuestro Derecho, y en segundo lugar, para garantizar así a los consumidores una mayor y mejor defensa de sus derechos.

10. Conclusiones

En primer lugar, tras haber analizado con detenimiento la institución hipotecaria, la hipoteca como derecho y, la promulgación y evolución de la LH, la primera conclusión que considero pertinente destacar es la necesidad que urge en dicha materia de devolver a la hipoteca su carácter eficaz como garantía para el cumplimiento de una obligación principal. Considero que tanto la LH como la LEC, deben garantizar eficazmente el correcto equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, sobre todo en aquellas situaciones en las que se produzca la ejecución de la garantía, tratando de ajustar la ley hacia una venta del inmueble por el valor real del mismo.

La segunda conclusión que extraigo del trabajo viene en relación con los contratos de adhesión. En mi opinión, la sociedad burocrática actual favorece la proliferación de estos contratos, permitiendo a los bancos emplear dichos contratos a la hora de constituir préstamos hipotecarios limitando el ejercicio de la autonomía de la voluntad del consumidor a la mínima esfera, la de aceptación, por ello considero que la ley debería haber puesto el foco en este tipo de contratos, en primer lugar por el volumen de consumidores que quedaban afectados, y en segundo lugar por la importancia que deriva de la constitución de tales préstamos, ya que habitualmente los consumidores establecían sus casas como garantías.

Si bien es cierto no todos los contratos de adhesión tienen por qué necesariamente generar un desequilibrio entre las partes, los bancos a la hora de conceder dichos préstamos deberían atenerse a la legislación vigente y establecer una relación justa e igual para con los consumidores.

La tercera conclusión que extraigo del trabajo es la importancia que tiene, para el Derecho de los EEMM, la Directiva 93/13/CEE que dicta las pautas, de forma genérica, para la interpretación de las cláusulas de los contratos por parte de los jueces nacionales ateniéndose

siempre a cada caso concreto, para declarar la abusividad de aquellas que vulneren los derechos y las obligaciones de las partes y generen un desequilibrio entre las mismas. Es necesario que los jueces nacionales interpreten, con la mayor diligencia posible, el Derecho de la Unión para con nuestra Ley y poder así garantizar una mejor defensa de los derechos y obligaciones no solo de los consumidores, sino también de los profesionales que son también una parte muy importante de la relación jurídica. Las cláusulas abusivas en los contratos son una materia en la que la interpretación de los jueces, ateniéndose a cada caso concreto, de la legislación aplicable, es fundamental para garantizar la igualdad entre las partes de un negocio jurídico.

En relación al vencimiento anticipado, considero que es una cláusula incluida en contratos en los que la cuantía al ser elevada, se divide su pago en fracciones, alargando por tanto el tiempo de la relación contractual. Es una cláusula controvertida y considero que el acreedor antes de ejercitar en virtud del artículo 693.2 de la LEC, artículo a mi juicio obsoleto, el vencimiento anticipado, conviene tratar con objetividad la gravedad del incumplimiento. Y a pesar de que el TJUE ya ha establecido doctrina acerca de esto, cabe destacar que pese a que el acreedor ejerza el vencimiento anticipado con lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC, si en su contrato de préstamo convinieron, como es habitual, que el acreedor puede *declarar el vencimiento anticipado [...] en caso de que se produzca la falta de pago de cualquier cantidad*, el legislador considerará que no se sometieron a la estipulación legal, pudiendo en caso de considerar dicha cláusula abusiva, suspenderse el proceso de ejecución hipotecaria.

Haciendo especial hincapié en la Sentencia dictada por el TJUE del 26 de enero de 2017, de gran calado jurídico, puesto que dictamina los criterios que han de seguir los jueces de los EEMM para declarar la abusividad o no de las cláusulas de vencimiento anticipado. El TJUE aboga siempre por una interpretación de la Directiva de acuerdo con la legislación nacional. En este caso reitera que el plazo preclusivo para interponer oposición fundada en la abusividad de las cláusulas es insuficiente, *sentencia del 29 de octubre de 2015, BBVA*, y contrario a la Norma de la Unión, y que el principio de cosa juzgada es inalterable, salvo aquellos supuestos en los que la abusividad de las cláusulas dudosas no haya sido

previamente juzgada. Considero que el TJUE está acertado en su fallo, puesto que por un lado otorga indudable importancia a la necesidad de preservar la seguridad jurídica en virtud del principio de cosa juzgada, pero a la vez es garantista para con los consumidores decretando el plazo preclusivo insuficiente para la defensa del consumidor. Y de acuerdo con las Sentencias previas del TJUE, al resolver sobre cuestiones prejudiciales con soluciones interpretativas, dicta los parámetros o criterios en los que el juez ha de moverse para el correcto uso del Derecho de la Unión y del Derecho Nacional.

Y por último destacar la indudable importancia de dicha materia en el Derecho español y europeo. La necesidad de avanzar y regular estos negocios jurídicos y el impulso en cuanto a defensa jurídica que supuso la trasposición en nuestra legislación de la Directiva para salvaguardar y defender los derechos de los consumidores.

Como opinión final me gustaría expresar, dentro de la complejidad de la situación, la dificultad tanto para los órganos judiciales, como para los órganos legislativos, como para las partes es alcanzar una posición jurídica que sea beneficiosa y justa para todas las partes. Es necesario cooperar entre todos los agentes que intervienen en esta institución para que evolucione con los cambios y las circunstancias temporales que se produzcan.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

-Manuales

Castillo Martínez, (2016), *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Valencia.

Fernández de Senespleda, Serra Rodríguez, Izquierdo Blanco, Soler Solé; (2014), *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*, 1ªed. Barcelona.

Tobeñas Castán,(1998), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Ed. Reus S.A.

-Revistas

Gual Acosta, J. (2016). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. Revista *IUSTA*, 1(30). [en línea] disponible en: <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/viewFile/3055/2922>

Méndez Gutiérrez del Valle, R. (2014). De la hipoteca al desahucio: ejecuciones hipotecarias y vulnerabilidad territorial en España. *Fundación 1 de Mayo*, (67). [en línea] disponible en: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Estudio84.pdf>

Legislación

España. Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. Boletín Oficial del Estado nº 206 de 25/07/1889

España. Decreto de 8 de febrero de 1946, p. and 2015, V. (1946). *Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. TITULO V. De las hipotecas.* [en línea]Noticias Jurídicas. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lh.t6.html

España. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [en línea] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>. Boe.es. (1984). *BOE.es - Documento BOE-A-1984-16737.* [en línea]Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

España. Constitución Española Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978, nº 311. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores[en línea]Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:es:HTML>

España. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación [en línea] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>

Boe.es. (1998). *BOE.es - Documento BOE-A-1998-8789*. [en línea] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>

España. Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil [en línea] Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.html

España. Ley 4/2003, de 4 de junio de *medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas*. Boletín Oficial del Estado nº134, de 5 de junio de 2013

España. la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de protección de consumidores y usuarios [en línea] Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-22950>

España. 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. Boletín Oficial del Estado nº 287 de 30 de noviembre de 2007 [en línea] Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html

Jurisprudencia

España. Tribunal Supremo (Sala 1ª) STS 554/200 de 1 de octubre de 2001

España. Tribunal Supremo (Sala Primera), de 4 de junio de 2008, STS 2599/2008

España. Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 2009, Sentencia nº 792/2009

España. Tribunal Supremo (Sala Primera), de 16 de diciembre de 2009, STS8466/2009

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 4 de junio de 2009, caso Panonn, [versión electrónica-base de datos Aranzadi] C-243/08

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, caso Schneider, [versión electrónica-base de datos Aranzadi] C-135/08

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 3 de junio de 2010. Asunto C-484/2008, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid

España. Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 14 marzo de 2012, nº 179/2012. JUR 2012\248010

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de junio de 2012. Asunto C-618/10, entre Banco Español de Créditos, S.A. y Joaquín Calderón Camino

España. Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, Sentencia N°: 241/2013 referida a las cláusulas suelo en hipotecas

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, [versión electrónica-base de datos Aranzadi] C-415/11

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [versión electrónica-base de datos Aranzadi] STS 464/2014

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) [versión electrónica-base de datos Aranzadi] TJCE 2014/105

España. Juzgado de lo Mercantil N° 11 de Madrid, Sentencia de 7 de abril de 2016. Procedimiento núm. 471/2010.

España. Juzgado de lo Mercantil N°10 de Barcelona, Sentencia de 7 de diciembre de 2016 Sentencia n° 297/2016

España. Tribunal Supremo (Sala Primera), de 12 de julio de 2017, STS 2862/2017

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 26 de enero de 2017. Asunto C-421/14

España. Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia de 15 de marzo de 2017, n° 93/2017

Unión Europea. Tribunal de Justicia (Sala Primera) [versión electrónica-base de datos Aranzadi] TJCE 2017/31

Páginas Web

Abogadohipotecarioalicante.com. (2015). *Contenido del derecho del acreedor hipotecario*. [en línea] Disponible en: <http://www.abogadohipotecarioalicante.com/2015/03/contenido-del-derecho-del-acreedor.html>

Aranzadi [en línea] disponible en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es/cisne.sim.ucm.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

Boletín Oficial del Estado [en línea] disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

Elderecho.com. (2013). *El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante*. [en línea] Disponible en: http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html

El economista (2017) *Primera Sentencia que permite anular la hipoteca al entregar la vivienda* [en línea] Disponible en: <http://www.economista.es/legislacion/noticias/8072407/01/17/Primera-sentencia-que-admite-anular-la-hipoteca-al-entregar-la-vivienda.html>

Enciclopedia-juridica.biz14.com. (2014). *Hipoteca*. [en línea] Disponible en: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/hipoteca/hipoteca.htm>

Guía Jurídica Wolters Kluwer (2014) *Contratos de adhesión* [en línea] disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjAzNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAiq9eTTUAAAA=WKE#15

Hebrero, J. (2014). *El deber de transparencia en los contratos de adhesión*. [en línea] tuGuíaLegal.com. Disponible en: <https://tuguialegal.com/2014/10/28/el-deber-de-transparencia-en-los-contratos-de-adhesion/>

Jurídicas, N. (2014). *Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea · Noticias Jurídicas*. [en línea] Noticias Jurídicas. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4938-clausulas-abusivas-en-contratos-de-prestamo-hipotecario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea/#_Toc402336577

Registradores. (2013). *La hipoteca una institución dinámica - Ángel Valero Fernández-Reyes - Registradores*. [en línea] Disponible en: <http://registradores.org/blog/la-hipoteca-una-institucion-dinamica/>

Índice de siglas

- Ley Hipotecaria: LH
- Código Civil: CC
- Tribunal Supremo: TS
- Ley General de Defensa de Consumidores y Usurarios: LGDCU
- Estado Miembro: EEMM
- Ley de Arrendamientos Urbanos: LAU
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE